

O PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE NAS OPERAÇÕES
FINANCEIRAS COM NÃO RESIDENTES, EM SEDE
DE IMPOSTO DO SELO

Miguel Teixeira de Abreu | Mariana Gouveia de Oliveira

O CIRE E A RECUPERAÇÃO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS
EM CRISE

Paulo de Tarso Domingues

RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO
COM FUNDAMENTO NA DECLARAÇÃO DE NULIDADE
OU REVOGAÇÃO DE ACTOS INVÁLIDOS

Ana Gouveia Martins

ALTERAÇÕES AO CÓDIGO DO TRABALHO: BREVES NOTAS

Patrícia Perestrelo | Simão de Sant'Ana | Madalena Caldeira

A DICOTOMIA ESTRUTURAL DO CONTENCIOSO
TRIBUTÁRIO: IMPUGNAÇÃO JUDICIAL VS ACÇÃO
ADMINISTRATIVA ESPECIAL

Sara Soares

EMBARGOS DE TERCEIRO: POSSE E DIREITO INCOMPATÍVEL

Isabel Sousa Castro

O FINANCIAMENTO BANCÁRIO PARA AQUISIÇÃO
DE EMPRESAS

Bernardo Teixeira de Abreu

Alterações ao Código do Trabalho: Breves Notas

PATRÍCIA PERESTRELO
SIMÃO DE SANT'ANA
MADALENA CALDEIRA*

Advogados AB

1. Considerações Introdutórias

A Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho¹ entrou em vigor no passado dia 1 de Agosto², tendo introduzido alterações substanciais no ordenamento jurídico-laboral português. Este diploma veio dar cumprimento aos compromissos assumidos pelo Estado português com a comumente designada *Troika* (FMI, BCE e Comissão Europeia) no chamado Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica (abreviadamente, “MoU”), de 17 de Maio de 2011³, o qual contém, conforme veremos, exigências específicas quanto a mudanças a introduzir no Código do Trabalho.

* Com a colaboração de Manuel Sá Martins, Mestre em Direito e Advogado Estagiário AB.

¹ Esta lei, que procedeu à terceira revisão do nosso Código do Trabalho, passará a ser referida, simplesmente, como “Lei n.º 23/2012”.

² Sem prejuízo do disposto em matéria de produção de efeitos no artigo 10.º da mesma Lei. Sobre este preceito, vd. Luís MIGUEL MONTEIRO – *Código do Trabalho Anotado* (coord: Pedro ROMANO MARTINEZ), 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 99.

³ Cfr. in http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf.

Na sequência do MoU, no dia 18 de Janeiro de 2012, foi adoptado em sede de Concertação Social o denominado Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego⁴, o qual desenvolveu e concretizou as medidas acordadas com a *Troika*. Posteriormente, o Governo apresentou, na Assembleia da República, a Proposta de Lei n.º 46/XII, que veio dar origem à referida Lei n.º 23/2012.

Como resulta da Exposição de Motivos da referida Proposta de Lei, as alterações introduzidas visam sobretudo a modernização do mercado de trabalho e das relações laborais, de modo a contribuir para o aumento da produtividade e da competitividade da economia nacional⁵. São, em boa verdade, claros os desideratos do diploma: “*i) Melhorar a legislação laboral, quer através da sua atualização e sistematização, quer mediante a agilização de procedimentos; ii) Promover a flexibilidade interna das empresas; iii) Promover a contratação colectiva*”⁶.

Analisando a Lei n.º 23/2012, torna-se possível identificar três grandes campos de alterações legislativas, a saber: (i) organização do tempo de trabalho; (ii) cessação do contrato de trabalho; e (iii) situações de crise empresarial. A estes acresce um conjunto de outras novidades – em matérias como a fiscalização das condições de trabalho, os prazos de celebração e de duração do contrato a termo de muito curta duração ou a instrução do procedimento disciplinar tendente ao despedimento, entre outras – que, sem prejuízo de não serem abordadas no presente artigo, não deixam de ter relevância no quadro desta alteração legislativa⁷.

Com a exposição que se segue tentaremos transmitir uma visão panorâmica desta reforma do Código do Trabalho, por forma a dar um contributo

⁴ Cfr. in www.portugal.gov.pt/media/424132/compromisso_crescimento_competitividade_emprego.pdf.

⁵ A este respeito, denota João LEAL AMADO – «O despedimento e a revisão do Código do Trabalho: primeiras notas sobre a Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho», in *RLJ*, Ano 141, n.º 3974, Maio-Junho de 2012, p. 297-308, p. 308 e seg., que “*a presente reforma legislativa confirma que este ramo do Direito está cada vez menos centrado no trabalho e na pessoa de quem o presta e cada vez mais na empresa e nos custos que esta tem de suportar*”.

⁶ Para uma exposição (crítica) sobre o sentido “flexibilizante” das sucessivas revisões da Lei do Trabalho, vd. António MONTEIRO FERNANDES – *Um rumo para as leis laborais*, Almedina, Coimbra, 2002 e António CASIMIRO FERREIRA – *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*, Vida Económica, Lisboa, 2012, p. 109 e segs..

⁷ No quadro da presente exposição, não teremos ocasião de nos pronunciarmos sobre estas outras novidades. Não obstante, atento o seu interesse, fica aqui uma sugestão bibliográfica: JOANA VASCONCELOS – «Procedimento para despedimento por facto imputável ao trabalhador», in *RDES*, Ano LIII, N.ºs 1-2, 2012, p. 163-172.

para a sua análise crítica e compreensão objectiva. Desde já se denota que esta revisão da legislação laboral não deixa de suscitar complexos problemas de interpretação e aplicação prática, pois, em muitas matérias, “caminha-se sobre o fio da navalha” de um eventual juízo de inconstitucionalidade. Feita esta nota introdutória, resta-nos, pois, sem mais demora, principiar a nossa (brevíssima) digressão.

2. Organização do Tempo de Trabalho

Quanto à organização do tempo de trabalho, são de destacar as medidas introduzidas nos regimes jurídicos do banco de horas, do trabalho suplementar e das férias, feriados e faltas. No que concerne ao primeiro, é especialmente relevante a criação/desenvolvimento das figuras do banco de horas individual e do banco de horas grupal; no que respeita ao trabalho suplementar, constata-se a eliminação do descanso compensatório e a redução dos valores pagos a título da respectiva compensação; por fim, salienta-se a eliminação de quatro feriados na enumeração do artigo 234.º do CT, a supressão da majoração de até três dias de férias e a criação de uma nova regra respeitante a faltas injustificadas em dias habitualmente designados como “ponte”. De seguida, atentaremos no teor de cada uma destas alterações.

Banco de Horas – O banco de horas é, sumariamente, um instituto jurídico de flexibilização do tempo de trabalho, que permite às empresas ajustar os horários de trabalho dos seus trabalhadores a picos de produção decorrentes da variabilidade dos mercados; esta figura permite, assim, aumentos pontuais da prestação de trabalho (que posteriormente são compensados), sem que tal consubstancie trabalho suplementar⁸.

Apesar de este regime já se encontrar previsto no CT de 2009, nos termos do MoU, o Estado Português comprometeu-se a “*preparar um plano de acção para promover a flexibilidade dos tempos de trabalho, incluindo as modalidades que*

⁸ Vd. CATARINA CARVALHO – «A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho», in *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 359-406, p. 395 e segs., e António NUNES DE CARVALHO – «Notas sobre o regime do tempo de trabalho na revisão do Código do Trabalho», in *Código do Trabalho – A Revisão de 2009*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 327-379, p. 370 e segs..

permitam a adopção do regime laboral do “banco de horas”, por acordo mútuo entre empregadores e trabalhadores negociado ao nível da empresa” (4.6.i)). Tal compromisso foi primeiramente integrado no âmbito do Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego (no qual se acordou ainda a criação do banco de horas grupal) e veio, ulteriormente, a ser concretizado no quadro normativo da Lei n.º 23/2012.

Assim, se antes da entrada em vigor desta Lei, só através de regulamentação colectiva era possível instituir um banco de horas (cfr. artigo 208.º do CT, na redacção originária), o novo diploma veio introduzir a possibilidade de criação de bancos de horas por acordo individual entre empregador e trabalhador (cfr. o novo artigo 208.º-A do CT) e transpôs a figura da “adaptabilidade grupal” para este domínio, através do mecanismo do “banco de horas grupal” (cfr. o novo artigo 208.º-B do CT)⁹.

Com estas medidas, o legislador terá pretendido dinamizar a flexibilização da organização do tempo de trabalho, na medida em que, até agora, o instituto em causa tem tido escassa aplicação prática. Com efeito, é certo que, por via do princípio da dupla filiação, o banco de horas resultante de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho (doravante “IRCT”), que surge previsto no artigo 208.º do CT, obriga apenas o empregador e os trabalhadores ao seu serviço que sejam membros das respectivas associações celebrantes. Ora, não só a generalidade dos IRCT’s não prevê o regime do banco de horas¹⁰, como, o mais das vezes, tal instituto só faz sentido se for aplicado à generalidade dos trabalhadores.

O novo artigo 208.º-A, com a epígrafe “*banco de horas individual*”, permite que o regime do banco de horas possa ser instituído por acordo entre o empregador e o trabalhador, mediante proposta, por escrito, do empregador, presumindo-se a aceitação do trabalhador que a ela não se oponha, por escrito,

⁹ Para uma diferenciação entre as figuras da adaptabilidade e do banco de horas, vd. CATERINA CARVALHO – ob. cit., p. 384 e segs., e António NUNES DE CARVALHO – ob. cit., p. 375.

¹⁰ Em Fevereiro de 2011, o Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social apresentou um estudo intitulado “*Emprego, contratação colectiva de trabalho e protecção da mobilidade profissional em Portugal*”, que detectou apenas 3 convenções colectivas de trabalho que prevêem a existência de um banco de horas, num total de 72 convenções analisadas – cfr. documento disponível in <http://www.gep.msss.gov.pt/edicoes/outras/ecctpmpp.pdf>.

nos catorze dias seguintes ao conhecimento da mesma (cfr. n.º 1 e 2 do artigo 208.º-A e n.º 4 do artigo 205.º do CT).

Nos termos deste preceito, a figura do banco de horas individual está sujeita a limites mais apertados do que os do banco de horas por regulamentação colectiva: o acréscimo de trabalho está limitado a duas horas diárias e cinquenta horas semanais, com um limite anual de cento e cinquenta horas (em contraposição com o banco de horas instituído por IRCT, cujos limites são de quatro, sessenta e duzentas horas, respectivamente – cfr. n.º 1 do artigo 208.º-A e n.º 2 do artigo 208.º).

Por sua vez, o novo artigo 208.º-B do CT prevê o “*banco de horas grupal*”, que possibilita a aplicação do regime do banco de horas aos trabalhadores não abrangidos pelo IRCT que o instituiu ou que não aceitaram a proposta que lhes tenha sido dirigida individualmente pelo empregador¹¹. Conforme se referiu *supra*, o banco de horas grupal surge fortemente inspirado na figura da “adaptabilidade grupal” consagrada no artigo 206.º do CT (para o qual, aliás, remete o artigo 208.º-B)¹².

A Lei n.º 23/2012 passou, assim, a prever que o IRCT que institua o regime de banco de horas previsto no artigo 208.º possa admitir que o empregador o aplique ao conjunto dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica quando, pelo menos, 60% dos trabalhadores dessa estrutura sejam abrangidos pelo referido instrumento, por filiação em associação sindical celebrante da convenção e por escolha dessa convenção como aplicável, e enquanto essa percentagem mínima se mantiver (cfr. n.º 1 do artigo 206.º e n.º 1 do artigo 208.º-B).

Paralelamente, o Código do Trabalho prevê agora que, quando a proposta do empregador referente ao banco de horas individual seja aceite por, pelo menos, 75% dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica a quem for dirigida, o empregador pode aplicar o mesmo regime de banco de

¹¹ Com as limitações previstas no n.º 3 do artigo 208.º-B, referentes a certos grupos de trabalhadores que ficam excluídos da ampliação do âmbito subjectivo do regime do banco de horas.

¹² Esta aparente duplicação do regime da adaptabilidade grupal veicula para o regime do banco de horas as dúvidas que já vinham sendo identificadas no quadro do artigo 206.º do CT. A este respeito, vd. António NUNES DE CARVALHO – «Notas sobre o art. 206.º do Código do Trabalho (adaptabilidade grupal)», in *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 215-250, p. 229 e segs., e IDEM – «Tempo de Trabalho», in *RDES*, Ano LIII, N.ºs 1-2, 2012, p. 21-51, p. 32 e segs..

horas ao conjunto dos trabalhadores dessa estrutura, enquanto se mantiver essa percentagem (cfr. n.º 3 do artigo 206.º e n.º 2 do artigo 208.º-B)¹³.

A respeito do novo regime legal, convém salientar que o Tribunal Constitucional já decidiu, no seu acórdão n.º 338/2010, de 22 de Setembro¹⁴, não serem inconstitucionais as normas relativas à adaptabilidade grupal, com base em argumentos que podem ser transpostos para o banco de horas grupal. Tais argumentos passam, nomeadamente, pela invocação do princípio da igualdade para legitimar a extensão do regime de uma convenção colectiva de trabalho a trabalhadores não sindicalizados (“*Os trabalhadores que operam no quadro de uma mesma empresa ou de um mesmo sector devem estar sujeitos a um mesmo conjunto de condições de trabalho, a menos que haja uma razão válida para assim não suceder*”) e pela existência de interesses gerais dos trabalhadores prevalecentes sobre o repouso e a vida familiar (“*Esses interesses poderão passar, nomeadamente, pela viabilidade económica da empresa e pela consequente manutenção dos postos e das condições de trabalho dos trabalhadores*”).

Não obstante, reconhece-se que o banco de horas grupal, enquanto instrumento de organização dos tempos de trabalho, suscita delicadas questões em matéria de tutela da vida pessoal e familiar do trabalhador¹⁵, sobretudo considerando que este poderá nem sempre ter dado o seu assentimento à aplicação de um tal regime, e poderá não estar sequer vinculado ao mesmo por via do princípio da filiação. Em face do exposto, poderá ser acertada a posição daqueles que defendem, na aplicação do banco de horas grupal, a possibilidade de o trabalhador se opor à prestação de actividade em acréscimo, mediante invocação de “motivo atendível”, nos termos do n.º 3 do artigo 227.º do CT¹⁶.

¹³ IDEM – *Ibidem*, p. 32, refere que, nesta segunda hipótese, embora a lei não o diga expressamente, “*parece indispensável que a formação do acordo ao abrigo do art. 208.º-A tenha resultado de proposta genericamente dirigida aos trabalhadores de certa unidade, desenhando um esquema comum*”.

¹⁴ Publicado em Diário da República, 1ª S. – N.º 216, de 8 de Novembro (Proc. n.º 175/09); <http://dre.pt/pdf1sdip/2010/11/21600/0499405031.pdf>.

¹⁵ A qual merece tutela constitucional, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da CRP, onde se consagra a necessidade de “*permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar*”. A propósito desta questão, vd. João LEAL AMADO – *Contrato de Trabalho*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 271 e seg..

¹⁶ Vd., neste sentido, António NUNES DE CARVALHO – ob. cit., p. 33 e segs., António MONTEIRO FERNANDES – «As primeiras estações da reforma laboral: tempo de trabalho, tempo de não trabalho, compensação de despedimento», in *RDES*, Ano LIII, N.ºs 1-2, 2012, p. 101-109, p. 103, e Luís MIGUEL MONTEIRO – ob. cit., p. 503.

Antes de concluir esta breve análise ao novo regime do banco de horas, cumpre fazer uma última referência à alteração introduzida na alínea a) do n.º 4 do artigo 208.º do CT, respeitante à compensação do trabalho prestado em acréscimo. A este propósito, na redacção anterior, essa compensação era feita por redução equivalente do tempo de trabalho, pagamento em dinheiro ou ambas as modalidades. Com a terceira revisão do Código do Trabalho, passou também a ser possível a compensação mediante “*aumento do período de férias*” (cfr. subalínea ii) da alínea a) do n.º 4 do artigo 208.º do CT)¹⁷.

Em jeito de balanço: parece resultar que o legislador procurou flexibilizar a adopção do regime do banco de horas, enquanto instrumento de gestão da prestação de trabalho, algo que o poderá tornar, a prazo, numa alternativa interessante ao trabalho suplementar; não obstante, é manifesto que a compatibilização da figura do banco de horas com os preceitos que tutelam o direito ao repouso é uma matéria complexa¹⁸, pelo que, atendendo ao teor das alterações legislativas, será possível antever alguma turbulência jurisprudencial no seio de empresas que, unilateralmente, imponham este regime a alguns dos seus trabalhadores.

Trabalho suplementar – Em termos gerais, em matéria de trabalho suplementar¹⁹, a nova redacção dos artigos 229.º e 230.º do CT veio eliminar o descanso compensatório remunerado em caso de prestação de trabalho suple-

¹⁷ A nova formulação tem suscitado alguma perplexidade na doutrina, na medida em que a neutralização do trabalho prestado em acréscimo mediante “*aumento do período de férias*” pouca semelhança terá com o instituto das férias (desde logo, afigura-se que estas “férias” compensatórias não comportam sequer o respectivo subsídio e são diferentes na sua finalidade e no seu regime de gozo). Seria, porventura, mais rigorosa, a qualificação como dispensa da prestação de trabalho, embora sem pagamento de subsídio de refeição. Neste sentido, vd. António NUNES DE CARVALHO – ob. cit., p. 26 e segs., e Luís MIGUEL MONTEIRO – ob. cit., p. 499 e segs..

¹⁸ Vd. sobre este aspecto JÚLIO GOMES – «Nótula sobre o banco de horas no Código do Trabalho de 2009 e o trabalho prestado em dia de descanso obrigatório e em dia feriado», in *RMP*, n.º 125, 2011, p. 247-253.

¹⁹ Sobre a figura, e já no quadro da Lei n.º 23/2012, vd. Luís MENEZES LEITÃO – *Direito do Trabalho*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 267 e segs., Maria do ROSÁRIO RAMALHO – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 495 e segs., e António MONTEIRO FERNANDES – *Direito do Trabalho*, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 306 e segs..

mentar em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em dia feriado. Nestes termos, a partir da entrada em vigor desta alteração, apenas confere direito a descanso compensatório o trabalho suplementar que seja impeditivo do gozo do descanso diário (cfr. n.º 3 do artigo 229.º do CT) e aquele que seja prestado em dia de descanso semanal obrigatório (cfr. n.º 4 do artigo 229.º do CT).

Simultaneamente, foi reduzido para metade o acréscimo (sobre o valor da retribuição horária) devido ao trabalhador que preste trabalho suplementar, nos termos do n.º 1 do artigo 268.º do CT: para o trabalho suplementar prestado em dia útil, o acréscimo passou de 50% do valor da retribuição horária para 25% na primeira hora ou fracção desta, e de 75% para 37,5% em cada hora ou fracção subsequente; por sua vez, o montante do acréscimo devido por trabalho prestado em dia de descanso semanal (obrigatório ou complementar) passou de 100% para 50%²⁰. Esta alteração havia já sido contemplada no MoU (4.6.ii).

Porventura, a questão mais complexa em matéria de alterações ao regime do trabalho suplementar prende-se com o regime transitório imposto relativamente às convenções colectivas, constante do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012²¹. Como decorre deste preceito, determina-se a “*nulidade*” das disposições de

²⁰ Esta alteração suscita algumas questões quanto ao regime da isenção do horário de trabalho, na medida em que o montante destes acréscimos serve de parâmetro para a definição do subsídio de isenção do horário de trabalho. A este respeito, e com a opinião de que o novo regime do artigo 268.º do CT não se projecta directamente no montante dos subsídios de isenção de horário de trabalho praticados à data da entrada em vigor da Lei n.º 23/2012, António MONTEIRO FERNANDES – «As primeiras estações da reforma laboral...», ob. cit., p. 105, nota 4 e António NUNES DE CARVALHO – ob. cit., p. 42 e segs.. Este último autor considera, apesar de tudo, que quando uma convenção colectiva ou uma cláusula negocial se limitem a remeter – para efeitos de determinação do montante do subsídio por isenção de horário de trabalho – para o valor da hora de trabalho suplementar, haverá que determinar se tal remissão é estática ou dinâmica. Ou seja, haverá casos em que as normas remissivas incorporam o critério de retribuição do trabalho suplementar, como mero facto, na regulação do montante do subsídio de isenção do horário de trabalho (remissão estática) e casos em que as normas remissivas tomam o regime do trabalho suplementar como verdadeiro critério normativo, válido imediatamente para a definição do subsídio de isenção de horário de trabalho (remissão dinâmica). Trata-se, no fundo, de um problema de interpretação casuística da norma remissiva, pelo que haverá que avaliar em cada situação.

²¹ A respeito deste regime transitório, vd. Luís GONÇALVES DA SILVA – *Código do Trabalho Anotado* (coord: Pedro ROMANO MARTINEZ), 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 95 e segs..

IRCT e das cláusulas de contratos de trabalho celebrados antes da entrada em vigor desta reforma legislativa que disponham sobre descanso compensatório por trabalho suplementar prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em dia feriado (cfr. n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012); e ficam suspensos por dois anos os acréscimos de pagamento do trabalho suplementar superiores aos estabelecidos pelo CT (cfr. n.º 4 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012).

No que toca à “*nulidade*” prevista no supradito n.º 2 do artigo 7.º, esta parece ser uma solução legal tecnicamente criticável. Com efeito, e atendendo à natureza deste instituto jurídico, não podemos dizer que se trata aqui de uma qualquer nulidade, sob pena de estarmos a advogar que o legislador pretendeu, por esta via, derrogar, com eficácia retroactiva, disposições de convenções colectivas de trabalho celebradas antes da entrada em vigor da nova Lei – convenções essas que, aquando da sua entrada em vigor eram perfeitamente válidas²². cremos, pois, que será de interpretar correctivamente a letra da lei, de forma a aplicar ao caso os regimes da caducidade por impossibilidade legal superveniente (quanto às estipulações contratuais) e da perda ou cessação de eficácia (*ex nunc*) por revogação legal (quanto aos IRCT’s)²³.

A aplicação deste n.º 2 do artigo 7.º poderá mostrar-se particularmente complexa nos casos em que as convenções colectivas tenham alterado o equilíbrio entre o descanso compensatório e a retribuição do trabalho suplementar (ex: aumentando o primeiro e reduzindo a segunda, nos termos dos anteriores n.º 6 do artigo 229.º e n.º 3 do artigo 268.º do CT). Nestes casos, deve considerar-se que a cessação de vigência da disposição mais favorável ao trabalhador (como seja a que prevê um maior descanso compensatório) acarreta, também, a desaplicação da estipulação menos favorável (mormente a que prevê um menor acréscimo retributivo)²⁴.

²² Sobre o conceito de “nulidade”, vd. Carlos Alberto da MOTA PINTO – *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (2.ª reimp.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 619 e segs.: “[o] negócio nulo não produz, desde o início (*ab initio*), por força da falta ou vício de um elemento interno ou formativo, os efeitos a que tendia”.

²³ Vd. quanto a este ponto António NUNES DE CARVALHO – ob. cit., p. 37 e segs., e António MONTEIRO FERNANDES – ob. cit., p. 105. Em sede de discussão parlamentar, na especialidade, foi inclusive discutida a bondade constitucional desta norma, quando declara nulas aquelas disposições de IRCT’s..

²⁴ Vd., neste sentido, António NUNES DE CARVALHO – ob. cit., p. 38.

Apesar de tudo, não deixa de notar-se que o legislador instituiu a prevalência do novo regime legal de descanso compensatório apenas relativamente a disposições pretéritas, parecendo daí resultar que a restrição à autonomia colectiva tem um âmbito temporal circunscrito apenas à autonomia já exercida, nada impedindo que os parceiros sociais ou as partes do contrato de trabalho instituíam, por convénio colectivo ou acordo individual, descanso compensatório por trabalho suplementar²⁵.

Centrando-nos agora na suspensão, por dois anos, dos acréscimos de pagamento do trabalho suplementar superiores aos estabelecidos agora pelo CT, constatamos que, de acordo com o n.º 5 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, decorrido o prazo previsto no n.º 4, sem que as referidas disposições ou cláusulas tenham sido alteradas, “*os montantes por elas previstos são reduzidos para metade, não podendo, porém, ser inferiores aos estabelecidos pelo Código do Trabalho*”.

Ora, na medida em que este n.º 5 do artigo 7.º opera uma interferência directa no equilíbrio definido pelas partes em sede de autonomia colectiva (“... *são reduzidos para metade...*”), levantam-se dúvidas legítimas quanto à sua conformidade com a “reserva de contratação colectiva” que resulta dos n.ºs 3 e 4 do artigo 56.º da Constituição e da Convenção n.º 98 da OIT²⁶.

Não obstante, permanecem intactas, quer a possibilidade de o empregador, querendo/a título de liberalidade, continuar a pagar o trabalho suplementar em conformidade com os acréscimos anteriormente consagrados, quer a possibilidade de novos IRCT's estabelecerem acréscimos por prestação de trabalho suplementar superiores aos legalmente fixados²⁷.

²⁵ Sobre esta questão, vd. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES – *O Tempo de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 269 e seg., ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO – ob. cit., p. 38 e seg., LUÍS MIGUEL MONTEIRO – ob. cit., p. 545, MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO – ob. cit., p. 502, e ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES – *Direito do Trabalho...*, ob. cit., p. 313. Em boa verdade, como salienta este último autor, “[n]ada impede (hoje como ontem) que, por decisão do empregador, sejam praticados acréscimos remuneratórios mais elevados ou concedidos descansos compensatórios em casos não contemplados pela lei”.

²⁶ Assim, vd. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO – ob. cit., p. 40.

²⁷ Vd. JOANA VASCONCELOS – *Código do Trabalho Anotado* (coord: Pedro ROMANO MARTINEZ), 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 604 e LUÍS GONÇALVES DA SILVA – ob. cit., p. 97. No entanto, já é duvidoso que possam valer estipulações individuais em sentido diferente, em face da conjugação do disposto no artigo 268.º, n.º 3 com o artigo 3.º, n.º 5 do CT. Assim, vd. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES – ob. cit., p. 313, nota 1.

Analisando a abordagem da Lei n.º 23/2012 ao trabalho suplementar, reconhecemos que foram diminuídos os direitos do trabalhador, ao nível do descanso compensatório e da majoração retributiva, pelo que o empregador poderá sentir-se mais tentado a utilizar tal instituto, já que o mesmo implicará menos custos do que anteriormente. No entanto, não deixamos de notar que tal opção legislativa poderá ser tida como contraproducente numa óptica de política de emprego, visto que, como bem denota LEAL AMADO, “*em lugar de criar mais postos de trabalho e de contratar novos trabalhadores, assim reduzindo o desemprego, estas soluções legais estimulam o empregador a sobreutilizar os trabalhadores já contratados*”²⁸.

Férias, Feriados e Faltas – Entre as alterações introduzidas em matéria de férias, convém destacar a eliminação da majoração de até três dias por ano com base na assiduidade, anteriormente prevista no n.º 3 do artigo 238.º do CT. Esta medida obedece, naturalmente, a motivações de natureza económica, designadamente o aumento dos níveis de produtividade, por via do acréscimo do número de horas de trabalho. A medida reflecte ainda uma alteração de paradigma, em que se passa, conforme se verá, do anterior esquema de incentivos à assiduidade, para uma maior prevenção e penalização do absentismo²⁹.

Nos termos do n.º 3 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, esta alteração tem carácter imperativo em relação às disposições constantes de IRCT ou cláusulas de contratos de trabalho posteriores a 1 de Dezembro de 2003 e anteriores à entrada em vigor da nova Lei, as quais “*são reduzidas em montante equivalente até três dias*”. Não obstante, considerando que o novo regime parece ter em vista apenas os acréscimos do período de férias que visem compensar elevados níveis de assiduidade, será de crer que o período de férias com extensão superior à legal, fixado por IRTC, e sem relação com a assiduidade do trabalhador (mas consumindo o acréscimo que, nos termos da Lei anterior, decor-

²⁸ Vd. João LEAL AMADO – «O despedimento e a revisão do Código do Trabalho...», ob. cit., p. 301.

²⁹ Vd. Teresa TEIXEIRA MOTTA – «Férias, Feriados e Faltas», in *RDES*, Ano LIII, N.ºs 1-2, 2012, p. 53-63, p. 63.

ria desse cumprimento pontual), não é prejudicado pela regra decorrente do n.º 3 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012³⁰.

Destacamos ainda a nova possibilidade de encerramento da empresa para férias dos trabalhadores em dias de “ponte” (dia que esteja entre um feriado que ocorra à terça-feira ou quinta-feira e um dia de descanso semanal), nos termos da nova redacção da alínea b) do n.º 2 do artigo 242.º do CT. Para tanto, o empregador deve informar os trabalhadores abrangidos do encerramento a efectuar no ano seguinte até ao dia 15 de Dezembro do ano anterior. Neste caso, o encerramento da empresa ou do estabelecimento para férias determina o respectivo desconto no período de férias do trabalhador³¹ ou mesmo a prestação de actividade fora do horário de trabalho noutros dias (para recuperação do trabalho perdido), sem que a mesma seja considerada trabalho suplementar (cfr. alínea g) do n.º 3 do artigo 226.º e alínea b) do n.º 2 do artigo 242.º do CT).

Completando a incursão pelas alterações em matéria de férias, é ainda de referir que foi alterado o disposto no artigo 238.º do CT, introduzindo-se um novo n.º 3 nos termos do qual “*caso os dias de descanso do trabalhador coincidam com dias úteis, são considerados para efeitos do cálculo dos dias de férias, em substituição daqueles, os sábados e os domingos que não sejam feriados*”. Assim, no cômputo dos dias de férias de trabalhadores cujos dias de descanso não sejam o sábado e o domingo, serão estes tidos em conta como se de dias úteis se tratassem³².

Já no que concerne aos feriados, a nova Lei procede à eliminação de quatro feriados: o Corpo de Deus, 5 de Outubro, 1 de Novembro e 1 de Dezembro. Por esta via, o número de feriados obrigatórios foi reduzido de treze para nove: 1 de Janeiro, Sexta-Feira Santa, Domingo de Páscoa, 25 de Abril, 1 de Maio, 10 de Junho, 15 de Agosto, 8 e 25 de Dezembro. Esta alteração, nos termos

³⁰ Vd. neste sentido Luís MIGUEL MONTEIRO – ob. cit., p. 560 e seg.. Este autor oferece o seguinte exemplo: “*não deverá ser reduzido o período de 25 dias úteis de férias estipulado em regulamentação colectiva, cujo regime se limita a indicar que não lhe acresce qualquer dia de férias por efeito da assiduidade do trabalhador*”. E veja-se, o que constava a este propósito da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 46/XII.

³¹ António MONTEIRO FERNANDES – «As primeiras estações da reforma laboral...», ob. cit., p. 104, considera que se deveria reconsiderar esta ideia de que o tempo de suspensão de actividade, decidida pelo empregador, pode ser qualificado como “tempo de férias”, já que este último conceito não se coaduna bem com a ideia de imposição unilateral da entidade patronal.

³² Vd., sobre esta norma, Teresa TEIXEIRA MOTTA – ob. cit., p. 57 e seg..

do n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 23/2012, entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 2013.

Os direitos dos trabalhadores foram também reduzidos no quadro da prestação de trabalho normal em dia feriado em empresa não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia; neste caso, ao abrigo da Lei anterior, o trabalhador tinha direito a descanso compensatório de igual duração ou a acréscimo de 100% da retribuição correspondente; agora, tem direito a descanso compensatório com duração de metade do número de horas prestadas ou a acréscimo de 50% da retribuição correspondente (cfr. artigo 269.º do CT). Nos termos do disposto na alínea b) do n.º 4 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, ficam suspensas durante dois anos as disposições de IRTC's e as cláusulas de contratos de trabalho que disponham sobre esta matéria.

Finalmente, no que tange ao regime das faltas, foi aditado um novo n.º 3 ao artigo 256.º do CT, que passa a dispor que em caso de falta injustificada a um ou meio período normal de trabalho diário, imediatamente anterior ou posterior a dia ou meio-dia de descanso ou a feriado, *“o período de ausência a considerar para efeitos da perda de retribuição prevista no n.º 1 abrange os dias ou meios-dias de descanso ou feriados imediatamente anteriores ou posteriores ao dia de falta”*. Esta é uma medida que visa, obviamente, desincentivar as faltas em dia de “ponte”; nos termos da nova Lei, o trabalhador que falte à segunda ou sexta-feira ou em dia anterior ou posterior a feriado verá serem contabilizados, para efeitos de perda de retribuição, o dia da falta injustificada, bem como o dia de descanso ou feriado contíguo³³.

No entanto, e como nota MONTEIRO FERNANDES, se o objectivo desta alteração legislativa é combater o absentismo e se o absentismo português é, na quase totalidade, integrado por faltas justificadas (doenças profissionais e não profissionais e “outras causas” ultrapassam 95% do total), o mero agravamento da penalização das faltas injustificadas pode acabar por “falhar o alvo”³⁴.

³³ Vd., a este propósito, Teresa TEIXEIRA MOTTA – ob. cit., p. 60 e segs.. Esta autora constata que esta medida corresponde não a uma inovação, mas antes à reintrodução no ordenamento jurídico-laboral português de uma norma que constava já da Lei das Férias, Feriados e Faltas (cfr. n.º 2 do artigo 27.º da LFFF, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 397/91, de 16 de Outubro) e que o Código de 2003 “deixou cair”.

³⁴ Vd. António MONTEIRO FERNANDES – ob. cit., p. 104.

3. Cessação do contrato de trabalho

A matéria da cessação do contrato de trabalho viu feita a sua revisão – esperada – nesta altera o legislativa e, no entanto,   data em que se escreve, antevê-se já a nova mudança no que aos valores compensatórios respeita, limitando, afinal, qualquer conclusão que nos propus ssemos alcançar.

Trata-se, claro, de matéria de particular relevância prática no quadro da actual crise econ mico-financeira, a qual regista níveis de desemprego sem precedentes. Esta questão ocupa os pontos do MoU (4.3, 4.4 e 4.5) dedicados às questões da compensa o por cessa o do contrato de trabalho e   da conceptualiza o dos próprios despedimentos. Neste âmbito, o Governo Português assumiu o compromisso de “*efectuar reformas no sistema de protec o do emprego com o objectivo de combater a segmenta o do mercado de trabalho, promover a cria o de emprego e facilitar os ajustamentos no mercado de trabalho*”, tendo o Executivo acabado por fazer reflectir as altera es legislativas acordadas com a *Troika* na supradita Proposta de Lei n.  46/XII e, conseqüentemente, no texto final da Lei n.  23/2012.

Neste quadro, salienta-se que as altera es introduzidas em sede de despedimento por inadaptac o foram profundas. Como   consabido, o despedimento por inadaptac o, desde que surgiu em 1991, por via do Decreto-Lei n.  400/91, de 16 de Outubro, não teve praticamente aplica o prática, atento o grau de exigência dos seus requisitos³⁵. Ora, com a revisão do Código do Trabalho aqui em análise, pretendeu-se alterar esta situa o, tendo sido criada uma nova modalidade de inadaptac o, a par daquela que depende da necessidade de terem ocorrido modifica es no posto de trabalho.

Já no que respeita ao despedimento por extin o do posto de trabalho, merece destaque a elimina o de alguns dos pressupostos que anteriormente vigoravam, atinentes   selec o do posto de trabalho a extinguir, escolha do trabalhador atingido pela extin o do posto de trabalho e verifica o da (in) existência de posto de trabalho compatível.

³⁵ Vd. Pedro ROMANO MARTINEZ – «O Código do Trabalho e a reforma de 2012. Aprecia o geral», in *RDES*, Ano LIII, N.às 1-2, 2012, p. 9-19, p. 16 e IDEM – *Código do Trabalho Anotado* (coord: Pedro ROMANO MARTINEZ), 9.  ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 793.

Finalmente, não deixaremos de fazer referência à redefinição quantitativa das compensações devidas pelo empregador em caso de cessação do contrato de trabalho por causas objectivas, na medida em que deixou de fixar-se a compensação em um mês de retribuição base e diuturnidades por cada ano de antiguidade, passando a calcular-se o valor da compensação com base em 20 dias por cada ano de antiguidade³⁶. Denota-se, desde já, que esta medida, devido ao seu regime transitório, se afigura como uma alteração tecnicamente complexa.

Feita esta nota introdutória, atentemos, pois, nos supraditos elementos da reforma do Código do Trabalho introduzida pela Lei n.º 23/2012 referentes à cessação do contrato de trabalho.

Despedimento por inadaptação – Nos termos do artigo 373.º do CT, “*considera-se despedimento por inadaptação a cessação de contrato de trabalho promovida pelo empregador e fundamentada em inadaptação superveniente do trabalhador ao posto de trabalho*”³⁷. A este respeito, o artigo 374.º do CT explicita que a inadaptação do trabalhador pode verificar-se em caso de: (i) redução continuada de produtividade ou de qualidade; (ii) avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho; ou (iii) risco para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros; quando alguma destas situações seja determinada pelo modo de exercício de funções do trabalhador e torne praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho (cfr. n.º 1 do artigo 374.º do CT)³⁸.

³⁶ Denote-se que o MoU não se fica por aqui. Conforme resulta do ponto 4.4.iii deste documento, o Governo deverá apresentar uma proposta com o objectivo de alinhar o nível de compensações por cessação de contrato de trabalho com o nível médio da UE. Ora, segundo notícias já divulgadas, o Executivo tenciona apresentar aos Parceiros Sociais uma proposta para reduzir os actuais 20 dias por cada ano de antiguidade para 12 dias – o tema segue em discussão.

³⁷ Sobre a figura, vd. JÚLIO GOMES – *Direito do Trabalho*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 997 e segs., Pedro ROMANO MARTINEZ – *Direito do Trabalho*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 1075 e segs., e, fazendo alusão ao regime de 2012, Pedro FURTADO MARTINS – *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.ª ed., Principia, Lisboa, 2012, p. 372 e segs., Luís MENEZES LEITÃO – ob. cit., p. 400 e segs., Maria do ROSÁRIO RAMALHO – ob. cit., p. 913 e segs., e António MONTEIRO FERNANDES – *Direito do Trabalho...*, ob. cit., p. 514 e segs..

³⁸ Denote-se que, para os trabalhadores afectos a cargos de complexidade técnica ou de direcção, a lei prevê um regime próprio em sede de inadaptação (cfr. a este propósito os artigos 374.º, n.º 2 e 375.º, n.º 3 do CT).

À luz da redacção originária do artigo 375.º, n.º 1 do CT, e para a generalidade dos trabalhadores, o despedimento por inadaptação dependia da verificação cumulativa dos seguintes requisitos: (i) era necessário que, nos seis meses anteriores, tivessem sido introduzidas modificações no posto de trabalho resultantes de alterações nos processos de fabrico, de novas tecnologias ou de equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia; (ii) exigia-se que tivesse sido ministrada ao trabalhador acção de formação profissional adequada às modificações introduzidas no posto de trabalho; (iii) depois de ministrada a formação, deveria ter sido facultado ao trabalhador um período de adaptação não inferior a trinta dias; (iv) não poderia existir na empresa outro posto de trabalho disponível compatível com a qualificação e a aptidão do trabalhador; e (v) a inadaptação não poderia decorrer de falta de condições de segurança, higiene e saúde no trabalho imputável ao empregador. Como facilmente se depreende, e como já referido anteriormente, dada a exigência dos seus requisitos esta figura sempre teve uma aplicabilidade marginal.

Ora, nos termos em que se encontrava consagrada na lei, a inadaptação do trabalhador não poderia corresponder a uma qualquer situação de inaptidão superveniente do trabalhador, resultante por exemplo de perdas de faculdades profissionais deste³⁹. De facto, a inadaptação apenas se verificava quando tivessem sido introduzidas modificações no posto de trabalho (novos processos de fabrico, novas tecnologias ou novos equipamentos baseados em diferente tecnologia) e o trabalhador não conseguisse adaptar-se (reduzia a produtividade ou a qualidade da sua prestação, provocava avarias repetidas, criava riscos para si e para os outros).

Por contraste, com a reforma laboral em análise, o conceito legal de inadaptação dilata-se, passando a abranger não apenas as hipóteses de verdadeira e própria inadaptação mas também os casos de autêntica “*inaptidão profissional subjectiva*”, ou seja, casos em que não existem modificações no posto de trabalho, mas em que se regista uma alteração substancial da prestação realizada

³⁹ Vd. JORGE LEITE – *Direito do Trabalho*, Vol. II, Serviços Sociais da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2004, p. 226.

(*maxime* com redução continuada da produtividade/qualidade com carácter definitivo)⁴⁰.

Assim sendo, e como resulta da nova redacção do artigo 375.º do CT, passaram a existir dois tipos de inadaptação: a inadaptação no sentido tradicional, que decorre de terem sido introduzidas modificações no posto de trabalho e que continua configurada no n.º 1 do referido preceito (o seu regime jurídico foi mantido, com algumas adaptações ao nível de prazos e de comunicações); e uma “nova” inadaptação – que alguns autores designam por inaptidão/ineptidão – em que ocorre uma modificação substancial da prestação do trabalhador, independentemente de terem sido introduzidas alterações do posto de trabalho⁴¹.

Note-se que, neste segundo caso, a modificação substancial da prestação de trabalho não se funda num comportamento culposo do trabalhador, pois, caso contrário, o empregador poderia recorrer ao despedimento por facto imputável ao trabalhador. Os requisitos (cumulativos) deste novo “*despedimento por inaptidão*”⁴² encontram-se estabelecidos no novo n.º 2 do artigo 375.º do CT: (i) degradação substancial da prestação realizada pelo trabalhador, determinada pelo modo do exercício das funções e com carácter presumivelmente definitivo; (ii) informação escrita do empregador ao trabalhador, demonstrativa de modificação substancial da prestação; (iii) possibilidade de o trabalhador se pronunciar por escrito em prazo não inferior a cinco dias úteis; (iv) emissão, por escrito, pelo empregador, de ordens e instruções adequadas respeitantes à execução do trabalho, com o intuito de a corrigir; (v) prestação de formação profissional adequada ao trabalhador, por autoridade competente ou entidade formadora certificada; e (vi) concessão de um período de adaptação “pós instruções correctivas” de, pelo menos, 30 dias.

Trata-se aqui, em boa verdade, de uma adulteração da figura do despedimento por inadaptação, a qual passa a poder estar desligada da introdução de quaisquer modificações no posto de trabalho e a basear-se em situações

⁴⁰ Vd. João LEAL AMADO – «O despedimento e a revisão do Código do Trabalho...», ob. cit., p. 305.

⁴¹ Assim, vd. Pedro ROMANO MARTINEZ – «O Código do Trabalho e a reforma de 2012...», ob. cit., p. 16.

⁴² Emprega esta expressão João LEAL AMADO – ob. cit., loc. cit..

de mera redução das aptidões ou do desempenho do trabalhador, sem que estas lhe sejam imputáveis a título de culpa, nem disciplinarmente relevantes.

Ora, esta solução merece algumas reservas, na medida em que será discutível, à luz do artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa, que possa tolerar-se uma (nova) forma de cessação do contrato de trabalho, com esta configuração, situada a meio caminho entre o despedimento por causas objectivas e o despedimento por causas subjectivas. Como já consideram alguns autores, pode estar aqui em causa uma eventual situação de inconstitucionalidade⁴³.

Acresce que a alínea d) do n.º 1 do artigo 375.º do CT, que requeria a inexistência na empresa de outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador como condição legitimadora do despedimento por inadaptação, foi revogada pela Lei n.º 23/2012. Também esta alteração deve ser encarada com algumas reservas, na medida em que o artigo 53.º da Constituição proíbe “*os despedimentos sem justa causa*” e a noção de “*justa causa*” incorpora a ideia de que haja uma situação de impossibilidade prática do prosseguimento das relações de trabalho⁴⁴. Assim sendo, poder-se-á questionar se a supressão do ónus de ocupação substitutiva, com a revogação da alínea d) do n.º 1 do artigo 375.º do CT, não choca efectivamente com o referido preceito constitucional⁴⁵.

Merece ainda registo que, para os trabalhadores afectos a cargos de complexidade técnica ou de direcção, continua a aplicar-se o n.º 2 do artigo 374.º do CT (a inadaptação verifica-se “*quando não se cumpram os objectivos previamente acordados, por escrito, em consequência do seu modo de exercício de funções e seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho*”), mas o n.º 3 do artigo 375.º esclarece agora que o incumprimento dos objectivos tanto pode levar a um despedimento por inadaptação no sentido “tradicional”, em que tenham sido introduzidos novos processos de fabrico/tecnologias [cfr. al. a)], como a

⁴³ Vd., a este propósito, João LEAL AMADO – ob. cit., loc. cit..

⁴⁴ Vd. António MONTEIRO FERNANDES – «A justa causa de despedimento na Constituição e na lei. Ensaio em torno de um tema antigo», in *Prontuário de Direito do Trabalho*, CEJ, n.º 87, 2010, p. 219-249.

⁴⁵ Num artigo publicado na p. 31 da edição do jornal *Público* de 21-11-2011, intitulado “*A austeridade laboral segundo a troika*”, António MONTEIRO FERNANDES considerou mesmo que “*a eliminação do encargo de procurar ocupação viável para o trabalhador em risco de despedimento (...) trata-se de uma directriz manifestamente inconstitucional*”.

um “*despedimento por inaptidão/ineptidão*”, em que tais modificações no posto não tenham ocorrido [cfr. al. b)].

Finalmente, saliente-se um aspecto atinente ao procedimento a cumprir para levar a cabo um despedimento por inadaptação: é que embora este continue a ser complexo e exigente para a entidade empregadora (cfr. artigos 375.º a 379.º do CT), a verdade é que a Lei n.º 23/2012 introduziu, através do artigo 379.º, n.º 2, do CT, uma espécie de “via verde” para o despedimento por inadaptação, ao conferir ao trabalhador a faculdade de denunciar ele próprio o contrato, mantendo o direito à respectiva compensação, mal receba das mãos do empregador a comunicação prevista na al. b) do n.º 2 do artigo 375.º – informação escrita da apreciação da actividade antes prestada, com descrição circunstanciada dos factos, demonstrativa de modificação substancial da prestação do trabalhador.

Despedimento por extinção de posto de trabalho⁴⁶ – As modificações introduzidas pela Lei n.º 23/2012 no regime jurídico do despedimento por extinção do posto de trabalho foram diversas⁴⁷, embora seja de assinalar, sobretudo, a eliminação de dois condicionalismos que a lei antes impunha ao empregador: (i) o respeito pelos critérios de antiguidade em relação ao posto de trabalho a extinguir, em caso de pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico; e (ii) a impossibilidade de transferência do trabalhador para outro posto de trabalho compatível, por inexistente, como condição demonstrativa da impossibilidade de subsistência da relação laboral.

Com efeito, nos termos da nova redacção do n.º 2 do artigo 368.º do CT, caberá ao empregador determinar livremente o concreto posto de trabalho a extinguir (e, portanto, o concreto trabalhador a despedir), embora aquele deva definir “*critérios relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho*”. Esta alteração provém, mais uma vez, dos compro-

⁴⁶ Sobre a figura, vd. Pedro ROMANO MARTINEZ – *Direito do Trabalho...*, ob. cit., p. 1072 e segs., e, fazendo alusão ao regime de 2012, Pedro FURTADO MARTINS – ob. cit., p. 286 e segs., Luís MENEZES LEITÃO – ob. cit., p. 397 e segs., e MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO – ob. cit., p. 897 e segs..

⁴⁷ Foram alterados, mais concretamente, os n.º 2 e 4 do artigo 368.º, a alínea c) do n.º 1 do artigo 369.º, os n.º 1 e 2 do artigo 370.º, as alíneas b) e c), do n.º 2 e os n.ºs 5 e 6 do artigo 371.º e o artigo 372.º do CT.

missos assumidos pelo Governo Português com a *Troika*, pois, como consta do ponto 4.5.ii do MoU, ficou aí acordado que “*os despedimentos individuais associados à extinção do posto de trabalho não devem necessariamente seguir uma ordem pré-estabelecida de antiguidade, se mais do que um trabalhador estiver destinado a funções idênticas (art.º 368 do Código do Trabalho). A ordem pré-definida de antiguidade não é necessária desde que o empregador estabeleça um critério alternativo relevante e não discriminatório (semelhante ao já existente no caso dos despedimentos colectivos)*”⁴⁸.

A respeito deste novo regime, diz-nos FURTADO MARTINS que “*no essencial, as regras neste domínio passaram a ser iguais às do despedimento colectivo, facultando-se ao empregador uma ampla margem de actuação, podendo basear a escolha numa multiplicidade de factores, desde que estes sejam lícitos e congruentes com os motivos do despedimento*”⁴⁹. Ou seja, o legislador confere maior liberdade ao empregador, permitindo-lhe escolher critério(s) – relevante(s) e não discriminatório(s) – na selecção do posto de trabalho a extinguir, mas esta liberdade tem um preço, pois passa a recair, também, sobre o empregador o ónus de demonstrar a *relevância* (e não discriminação) do(s) critério(s) elegido(s) para o efeito de extinção do posto de trabalho.

A segunda alteração, igualmente significativa, ao regime do despedimento por extinção do posto de trabalho consta da nova redacção do n.º 4 do artigo 368.º do CT, nos termos da qual “*uma vez extinto o posto de trabalho, considera-se que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador demonstre ter observado critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho*”⁵⁰.

⁴⁸ Poder-se-á ainda fazer uma breve referência ao que consta, a este respeito, da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 46/XII, nos termos da qual “[a] *obrigatoriedade de aplicação de um critério legal rígido para a seleção do posto de trabalho a extinguir, em caso de pluralidade de postos de trabalho com conteúdo funcional idêntico, mostra-se inadequada à prossecução dos objetivos visados por este tipo de despedimento, impondo à empresa uma solução que poderá não ser a mais ajustada às suas necessidades e às dos trabalhadores*”.

⁴⁹ Vd. Pedro FURTADO MARTINS – «Alterações ao Regime do Despedimento por Extinção de Posto de Trabalho», in *RDES*, Ano LIII, N.ºs 1-2, 2012, p. 173-184, p. 178. Este Autor esclarece ainda que, no que concerne à obrigação de não discriminação, “*nada obsta a que sejam ponderados factores ligados à pessoa do trabalhador, como sejam as respectivas habilitações ou a avaliação do desempenho, desde que tais factores constituam os critérios de selecção e não as razões determinantes do despedimento*”.

⁵⁰ Esta alteração é também o corolário das obrigações assumidas no MoU, pois, como ficou determinado no ponto 4.5.iii. deste documento, os despedimentos individuais por extinção

Nos termos da nova redacção, a comprovação da impossibilidade da subsistência da relação de trabalho passa a resumir-se à demonstração pelo empregador que os critérios por ele escolhidos para seleccionar o trabalhador a despedir cumprem as exigências legais (cfr. n.º 2 do artigo 368.º do CT). Tal significa, pelo menos na decorrência literal da nova previsão legal, que a manutenção do vínculo pode considerar-se impossível, mesmo quando exista na empresa um posto de trabalho susceptível de ser ocupado pelo mesmo trabalhador. Haverá, no entanto, porventura que ter em atenção, em conjugação com os princípios constitucionais, a previsão do MoU segundo a qual existindo postos de trabalho compatíveis os despedimentos devem ser evitados.

A este propósito, aliás, refere MONTEIRO FERNANDES que “o legislador ordinário não é livre de estabelecer uma narrativa própria, em conformidade com a política legislativa do momento, acerca do que “seja” ou possa “considerar-se” impossibilidade prática do prosseguimento da relação de trabalho. Não pode, em suma, declarar impossível esse prosseguimento, quando ele é possível...”⁵¹. Também aqui podem levantar-se dúvidas quanto à compatibilidade desta norma – que se traduz, no fundo, numa subjectivação do despedimento por extinção do posto de trabalho – com o grau mínimo de objectividade e de certeza que a nossa Lei Fundamental exige para a admissibilidade do despedimento individual por causas ditas “objectivas”⁵².

Como refere BERNARDO XAVIER, “não seria conforme com a Constituição um regime legal que prescindisse das hipóteses de encontrar medidas alternativas, de tutela aos trabalhadores com compensações adequadas, ou que desprezasse o controlo das decisões empresariais no sentido da rutura”⁵³. Por isso mesmo, tem havido quem defenda que a simples circunstância de a lei ter deixado de referir expressa-

do posto de trabalho “não devem estar sujeitos à obrigação da tentativa de transferência do trabalhador para outro posto de trabalho disponível ou uma função mais apropriada (arts. 368º, 375º do Código do Trabalho). Em regra, se existirem postos de trabalho disponíveis, compatíveis com as qualificações do trabalhador, devem ser evitados despedimentos”.

⁵¹ Vd. António MONTEIRO FERNANDES – *Direito do Trabalho...*, ob. cit., p. 509.

⁵² Assim, vd. António GARCIA PEREIRA – *As mais recentes alterações ao código do trabalho e a gravidade dos seus objectivos e implicações – III*, publicado in www.lutapopularonline.org. Também António MONTEIRO FERNANDES – ob. cit., loc. cit., considera que esta modificação legislativa é “claramente inconstitucional”.

⁵³ Vd. Bernardo LOBO XAVIER – *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, Verbo, Lisboa, 2000, p. 280.

mente a indisponibilidade de um posto de trabalho alternativo, como pressuposto legitimador do despedimento por extinção do posto de trabalho, não acarreta a automática licitude do despedimento realizado, quando exista uma alternativa à cessação contratual⁵⁴. Para quem sufraga esse entendimento, tal resulta do princípio geral segundo o qual o empregador deve procurar, na medida das possibilidades consentidas por uma gestão racional, reafectar os trabalhadores excedentários a outros postos de trabalho dos quais eventualmente disponha.

Em suma, este deverá ser um aspecto a considerar pelo empregador na sua decisão de proceder à extinção de posto de trabalho.

Compensação por despedimento – Nos termos da redacção originária do artigo 366.º do CT, em caso de despedimento colectivo⁵⁵, o trabalhador tinha direito a receber uma compensação pecuniária cujo montante correspondia a um mês de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade. A lei acrescentava que em caso de fracção de ano a compensação seria calculada proporcionalmente (cfr. artigo 366.º, n.º 2 do CT) e que a compensação nunca poderia ser inferior a três meses de retribuição base e diuturnidades (cfr. artigo 366.º, n.º 3 do CT na redacção originária).

Ora, a redacção do artigo 366.º foi profundamente alterada pela Lei n.º 23/2012, tendo sido instituído um novo método de cálculo da compensação – decorrente do MoU –, que fora inicialmente introduzido pela Lei n.º 53/2011, de 14 de Outubro, para os contratos posteriores a 1 de Novembro

⁵⁴ Vd. Pedro FURTADO MARTINS –«Alterações ao regime...», ob. cit., p. 182 e segs., e IDEM – *Cessação do Contrato de Trabalho...*, ob. cit., p. 296 e segs..

⁵⁵ Tenha-se em conta que a nova Lei mantém a técnica, adoptada no Código anterior, de tomar como base o método de cálculo da compensação por despedimento colectivo (cfr. artigo 366.º do CT) para estender a sua aplicação, por via de expressa remissão legal, a outros casos, designadamente: caducidade do contrato de trabalho a termo (cfr. artigos 344.º, n.º 2 e 345.º, n.º 4 do CT), caducidade do contrato de trabalho por encerramento total e definitivo da empresa (cfr. artigo 346.º, n.º 5 do CT), despedimento após a declaração de insolvência do empregador (cfr. artigo 347.º, n.º 5 do CT), despedimento por extinção do posto de trabalho (cfr. artigo 372.º do CT), despedimento por inadaptação (cfr. artigo 379.º do CT), extinção do contrato de trabalho na sequência de cessação da comissão de serviço (cfr. artigo 164.º, n.º 1, alíneas b) e c) do CT) e resolução do contrato, pelo trabalhador, em caso de transferência definitiva do local de trabalho que lhe cause prejuízo sério (cfr. artigo 194.º, n.º 5 do CT).

de 2011⁵⁶. Vejamos, então, como se procede, actualmente a esse cálculo de compensação.

Segundo o novo n.º 1 do artigo 366.º do CT, em caso de despedimento colectivo, o trabalhador passa a ter direito a compensação correspondente a 20 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade⁵⁷. Simultaneamente, foram revistos os limites da compensação: por um lado, foi suprimido o limite mínimo de três meses de retribuição base e diuturnidades para a compensação⁵⁸; por outro lado, a Lei n.º 23/2012 estabeleceu limites quantitativos máximos⁵⁹.

Assim: (i) o valor da retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador a considerar para efeitos de cálculo da compensação não pode ser superior a 20 vezes a retribuição mínima mensal garantida (ou seja, actual-

⁵⁶ No fundo, a Lei n.º 23/2012 tratou apenas de generalizar o sistema adoptado com o aditamento do artigo 366.º-A pela Lei n.º 53/2011 (aplicável aos ‘novos contratos’), tendo para esse efeito revogado esse artigo e incorporado o mesmo no actual artigo 366.º do CT. A respeito da alteração legislativa de 2011, vd. HELENA SALAZAR – «O novo sistema de compensação por cessação do contrato de trabalho», in *RCEJ*, N.º 19, 2011, p. 203-219.

⁵⁷ A lei esclarece ainda que o valor diário de retribuição base e diuturnidades é o resultado da divisão por 30 da retribuição base mensal e diuturnidades (cfr. artigo 366.º, n.º 2, al. c) do CT), bem como que, em caso de fracção de ano, o montante da compensação é calculado proporcionalmente (cfr. artigo 366.º, n.º 2, al. d), do CT).

⁵⁸ Bernardo LOBO XAVIER – «Compensação por despedimento», in *RDES*, Ano LIII, N.ºs 1-2, 2012, p. 65-100, p. 76 e segs., considera que, com o desaparecimento deste limite mínimo, a compensação dos trabalhadores recém-admitidos passa a ser baixíssima (serão 1,67 dias por cada mês de antiguidade), algo que “*choca-se com o art. 53.º da Const.*”.

⁵⁹ Nas palavras de João LEAL AMADO – ob. cit., p. 302, “*enquanto a lei anterior se preocupava com a consistência mínima do direito do trabalhador, a nova lei perspectiva este direito, sobretudo, como um custo empresarial – e procura conter esse custo, embaratecendo o despedimento. Mais uma vez, competitividade empresarial oblige...*”. Convém ainda referir que, diferentemente do regime anterior, no qual se estabelecia um método de cálculo que poderia ser incrementado por acordo, no novo regime, afirma-se que o valor da compensação “*não pode ser superior*” aos limites legalmente instituídos. Assim sendo, pode entender-se que a lei não possibilita um acordo com os trabalhadores ou a aplicação de método diverso decorrente de IRCT, que leve a que tais limites sejam ultrapassados – vd. Pedro ROMANO MARTINEZ – *Código do Trabalho Anotado* (coord: Pedro ROMANO MARTINEZ), 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 777. Diversamente, António MONTEIRO FERNANDES – ob. cit., p. 525, entende que, atento o disposto no artigo 360.º, n.º 1, alínea f), nada impede que o processo de cálculo estabelecido no artigo 366.º do CT seja posto de lado. Segundo este autor, “[a]quilo que na formulação utilizada parece ser um conjunto de factores determinantes de um limite máximo, redundará afinal no processo de cálculo de um valor mínimo garantido”. Ainda sobre esta questão, vd. Bernardo LOBO XAVIER – ob. cit., p. 78 e segs..

mente, €485,00 x 20 = €9.700,00) [cfr. n.º 2, alínea a) do artigo 366.º do CT]; e (ii) o montante global da compensação não pode ser superior a 12 vezes a retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador, nem exceder o montante correspondente a 240 vezes a retribuição mínima mensal garantida (i.e., €485,00 x 240 = €116.400,00) [cfr. n.º 2, alínea b), do artigo 366.º do CT].

Os objectivos declarados desta redução dos montantes da compensação são o aumento da competitividade da economia nacional e o estímulo ao emprego, conforme consta da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 46/XII: “[e]stas modificações são fulcrais para a criação de emprego, bem como para a existência de condições adequadas à promoção da mobilidade dos trabalhadores. A rigidez do mercado de trabalho é assim minorada, facilitando a aproximação do mercado de trabalho português aos mercados existentes em países congéneres na União Europeia”. Em boa verdade, e como refere BERNARDO XAVIER, “*não há segurança no emprego sem emprego e só se podem estabelecer bases de segurança no emprego se houver também uma legislação amiga da empregabilidade*”⁶⁰.

Ainda a propósito do texto da nova Lei, constatamos que este acrescenta que a compensação em causa será paga pelo empregador, com excepção da parte que caiba ao Fundo de Compensação de Trabalho, ou a mecanismo equivalente, nos termos de legislação específica (cfr. n.º 3 do artigo 366.º do CT)⁶¹, sendo certo que, no caso de o Fundo de Compensação do Trabalho

⁶⁰ Vd. Bernardo LOBO XAVIER – ob. cit., p. 74. Este Autor tem, no entanto, dúvidas sobre a eficácia destas alterações face aos objectivos das mesmas e encara com reservas a pretensa aproximação das compensações ao “*nível médio da UE*”. Com efeito, se é verdade que os parâmetros de compensação (em dias) são nos países estrangeiros, abstractamente mais baixos, a verdade é que em muitos deles as bases retributivas são mais elevadas e a negociação colectiva se encarrega de aumentar substancialmente as compensações legais. Perante esta situação, poder-se-á perguntar se será correcto resumir a “generosidade” de um regime de compensações apenas em dias, ignorando outras especificidades relevantes. A este propósito, veja-se o relatório de Março de 2012 do Ministério da Economia e do Emprego, in http://www.dgert.mtss.gov.pt/trabalho/Analise%20Comparativa_Compensacoes_2012.pdf.

⁶¹ Como salienta António MONTEIRO FERNANDES – «As primeiras estações da reforma laboral...», ob. cit., p. 109, a ideia do “*Fundo de Compensação do Trabalho*” vem de longe e parece inspirada pelo facto de, muitas vezes, despedimentos que se afiguram necessários (em prol da viabilidade das empresas) serem inviabilizados ou retardados por falta de fundos para pagar as compensações. A respeito deste Fundo, consideramos que, no actual contexto de crise económico-financeira, o mesmo pode apresentar virtualidades para os agentes económicos mais debilitados, embora cause alguma apreensão saber que tal organismo ainda não viu a

(ou o mecanismo equivalente), não pagar a totalidade da compensação a que esteja obrigado, o empregador responde pelo respectivo pagamento e fica subrogado nos direitos do trabalhador em relação àquele em montante equivalente (cfr. o novo n.º 4 do artigo 366.º do CT).

A nova regulação das compensações parece ser complexa no que concerne ao direito transitório. Com efeito, a aplicação imediata destas novas regras aos contratos de trabalho celebrados antes da entrada em vigor da nova Lei seria susceptível de defraudar as expectativas legítimas e consolidadas dos trabalhadores. Ora, é o próprio MoU que sublinha que as alterações introduzidas nesta matéria devem sê-lo “*sem redução dos direitos adquiridos*” (cfr. ponto 4.4.ii).

Nestes termos, decorre do artigo 6.º da Lei n.º 23/2012 que para o cálculo da compensação, há que distinguir entre os contratos de trabalho celebrados antes e depois de 1 de Novembro de 2011⁶². Em relação aos contratos celebrados depois desta data de referência, aplica-se o novo regime legal, sem limitações. Quanto aos contratos anteriormente celebrados, a compensação é calculada do seguinte modo: (i) em relação ao período de duração do contrato até 31 de outubro de 2012, o montante da compensação corresponde a um mês de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade; (ii) em relação ao período de duração do contrato a partir dessa data, o montante da compensação corresponde ao previsto no artigo 366.º do Código do Trabalho (20 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade); (iii) a lei acrescenta que o montante total da compensação não pode ser inferior a três meses de retribuição base e diuturnidades.

Nos termos das alíneas a) e b) do n.º 4 do artigo 6.º da Lei n.º 23/2012, é ainda imposto um duplo limite quanto aos montantes devidos a título de compensação, a saber: (i) o valor da retribuição base mensal e diuturnidades a considerar para efeitos de cálculo da compensação não pode ser superior a 20 vezes a retribuição mínima mensal garantida (€485,00 x 20 = €9.700,00); e (ii) o montante global da compensação não pode ser superior a 12 vezes

luz do dia e não se sabe quando entrará em funcionamento – muito embora o novo Código contemple já deveres do empregador com ele relacionados (cfr. n.º 3, alínea m) do artigo 106.º e n.ºs 5 e 6 do artigo 127.º do CT). Vd., ainda a este propósito, Bernardo LOBO XAVIER – ob. cit., p. 92 e segs..

⁶² Sobre este preceito, vd. Pedro ROMANO MARTINEZ – *Código do Trabalho Anotado...*, ob. cit., p. 93 e segs..

a retribuição base e diuturnidades, ou 240 vezes a retribuição mínima mensal garantida (€ 485,00 x 240 = € 116.400,00).

Assim, quando da aplicação das regras relativas ao período de duração do contrato de trabalho até 31 de Outubro de 2012 resulte um montante de compensação que seja igual ou superior ao mencionado limite de 12 vezes a retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador (ou a 240 vezes a retribuição mínima mensal garantida), a “conta corrente” do trabalhador pára e, como tal, independentemente do período de duração do contrato após essa data, este não verá acrescentado qualquer valor à compensação já “vencida”. Quer isto dizer que a esse trabalhador não serão aplicáveis as regras relativas ao período de duração do contrato após 31 de Outubro de 2012, pois ocorre uma espécie de congelamento do valor da compensação “vencido” nessa data, não sendo considerados os novos anos de antiguidade posteriores.

Por outro lado, quando da aplicação das regras relativas ao período de duração do contrato até 31 de Outubro de 2012 resulte um montante de compensação que seja inferior a 12 vezes a retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador (ou a 240 vezes a retribuição mínima mensal garantida), a “conta corrente” do trabalhador continuará a acumular valor, pela aplicação das regras relativas ao período de duração do contrato após 31 de Outubro de 2012, até que seja atingido o limite máximo acima referido (12 vezes a retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador ou a 240 vezes a retribuição mínima mensal garantida).

O regime que assim se deixou enunciado é igualmente aplicável à compensação devida aos trabalhadores em caso de caducidade de contrato de trabalho a termo, ainda que com as devidas adaptações⁶³.

Assim, aos contratos de trabalho a termo celebrados após a mencionada data de referência de 1 de Novembro de 2011, aplicam-se as novas regras, nos termos das quais o trabalhador terá direito a uma compensação equivalente a 20 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade⁶⁴.

⁶³ Vd., sobre esta matéria, Paula PONCES CAMANHO – «Contrato a Termo», in *RDES*, Ano LIII, N.ºs 1-2, 2012, p. 111-118.

⁶⁴ João LEAL AMADO – ob. cit., p. 303, oferece o seguinte exemplo: “na hipótese de caducidade de um contrato a termo de 6 meses, a compensação correspondia, ao abrigo da lei anterior, a 18 dias de

Já no que concerne aos contratos celebrados antes de 1 de Novembro de 2011, teremos, mais uma vez, de prosseguir o exercício já acima elencado: (i) determinar a compensação devida até 31 de Outubro de 2012 ou até à primeira renovação extraordinária, se anterior àquela data⁶⁵, e que corresponde a três ou dois dias de retribuição base e diuturnidades por cada mês de duração do contrato, consoante este não exceda ou seja superior a seis meses⁶⁶; (ii) calcular a compensação relativa ao período posterior a 31 de Outubro de 2012 ou à data da primeira renovação extraordinária, compensação essa à qual já será aplicável o novo regime. O montante total da compensação a pagar ao trabalhador terá sempre de se conformar dentro dos limites máximos que *supra* se referiram.

O regime transitório previsto no artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2012, determina a imperatividade do novo regime legal em relação aos IRCT anteriores que prevejam montantes compensatórios superiores aos resultantes da lei – estas disposições contidas em IRCT são tidas como “*nulas*”⁶⁷. Entendemos, no entanto, que pode o empregador, se assim o desejar, pagar compensações de montantes superiores, não ficando tal pagamento afectado por uma qualquer invalidade. A imperatividade legal neutraliza os instrumentos anteriores à entrada em vigor desta Lei e reduz à ineficácia de certos preceitos colectivos e individuais, por lhe serem anteriores. Retira, pois, a obrigatoriedade de pagamento de compensações superiores, mas não as impede, se resultarem do acordo das partes.

retribuição base e diuturnidades (3 x 6), passando agora para 10 dias de retribuição base e diuturnidades (um ano, 20 dias, meio ano, 10 dias)”.

⁶⁵ A renovação extraordinária que aqui se refere resulta da Lei n.º 3/2012, de 10 de Janeiro, que prevê que os contratos a termo certo que atinjam o máximo da sua duração até 30 de Junho de 2013 podem ser objecto de duas renovações extraordinárias, desde que no total não excedam 18 meses, e que a duração de cada renovação não seja inferior a um sexto da duração máxima ou efectiva do contrato. Esta lei estabelece que os dois regimes de compensação são aplicáveis em função da data da 1.ª renovação: até à data da primeira renovação, aplica-se o regime em vigor à data do início da vigência; após, aplica-se o regime aplicável a um contrato celebrado até àquela data. Sobre esta matéria, vd. Paula PONCES CAMANHO – ob. cit., p. 114 e segs..

⁶⁶ Em boa verdade, a compensação será aqui necessariamente calculada com base nos dois dias de retribuição base e diuturnidades, considerando que o contrato terá durado mais de seis meses (foi celebrado antes de 1 de Novembro de 2011).

⁶⁷ Reitera-se aqui o que se disse *supra* quanto à (incorrecta) aplicação da figura da “*nulidade*” neste artigo.

Para concluir, diremos que a nova regulação das compensações parece orientar-se, somente, no sentido de reduzir os custos dos despedimentos. Porventura, não terão sido ponderados, com a necessária prudência, os riscos de desencadeamento de uma torrente de despedimentos – nas palavras de MONTEIRO FERNANDES, “*mais fáceis, mais baratos, mais seguros*”⁶⁸.

4. Situações de crise empresarial

Entre as matérias objecto de revisão pela Lei n.º 23/2012, o regime da redução temporária do período normal de trabalho ou suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao empregador (vulgo “*lay-off*”)⁶⁹ foi aquele que sofreu um maior número de alterações. A respeito desta figura, convém recordar que a mesma foi introduzida no ordenamento jurídico português através do Decreto-Lei n.º 398/83, de 2 de Novembro (LSCT, conhecida como a *Lei do lay-off*), como uma medida temporária, que permite adaptar os contratos de trabalho à situação de dificuldade económica da empresa, tendo em vista a recuperação da mesma⁷⁰.

Com efeito, logo no preâmbulo deste último diploma pode ler-se que “*o instituto da redução ou suspensão da prestação do trabalho tem em vista a recuperação económica das empresas, meio necessário à manutenção dos postos de trabalho e*

⁶⁸ Vd. António MONTEIRO FERNANDES – ob. cit., p. 108. Este autor destaca ainda que não terá ocorrido ao legislador que, ao diminuir os valores das compensações, está a incentivar os trabalhadores a não aceitarem pacificamente a cessação do vínculo contratual, recebendo a respectiva compensação. Com efeito, a redução do custo do despedimento lícito poderá ter como consequência indesejável o aumento da litigiosidade em torno da sua (suposta) licitude.

⁶⁹ Para um enquadramento da figura do “*lay-off*”, vd., na manualística, Pedro ROMANO MARTINEZ – *Direito do Trabalho...*, ob. cit., p. 819 e segs., e, já no quadro da Lei n.º 23/2012, Luís MENEZES LEITÃO – *Direito do Trabalho*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 340 e segs., e Maria do ROSÁRIO RAMALHO – ob. cit., p. 710 e segs.. Para um tratamento doutrinário autónomo, vd. JORGE LEITE – «Notas para uma teoria da suspensão do contrato de trabalho», in *QL*, N.º 20, Ano IX, 2000, p. 121-138, João LEAL AMADO – «A suspensão do contrato de trabalho: o vínculo relaxado», in *Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 335-349, Miguel RIBEIRO DOS SANTOS – «Procedimentos de lay-off», in *RDES*, n.ºs 1-4, 2010, p. 247-280 e, já no quadro da Lei n.º 23/2012, António NUNES DE CARVALHO – «Suspensão ou redução de laboração em situação de crise empresarial», in *RDES*, Ano LIII, N.ºs 1-2, 2012, p. 119-161.

⁷⁰ Por todos, sobre a acidentada evolução legislativa nesta matéria, vd. António MONTEIRO FERNANDES – *Direito do Trabalho...*, ob. cit., p. 418 e segs., e Maria do ROSÁRIO RAMALHO – ob. cit., loc. cit..

à *contenção do desemprego*". De facto, numa situação em que a viabilidade das empresas se encontre comprometida, as medidas de suspensão dos contratos de trabalho ou de redução do tempo de trabalho podem ser uma alternativa – menos drástica – a medidas mais gravosas para os trabalhadores, mormente um eventual despedimento colectivo. Compreende-se, pois, que as medidas de “*lay-off*”, se rodeadas das cautelas que evitem a sua adopção indevida e a sua degeneração em autênticos despedimentos, possam revelar-se adequadas a evitar a extinção de postos de trabalho, constituindo, por essa via, um importante instrumento da política de combate ao desemprego.

Assim sendo, no presente contexto de crise económico-financeira, o “*lay-off*” acabou por ser uma das matérias objecto de previsão específica no MoU acordado com a *Troika* (ponto 4.6.ii), mais concretamente, através de remissão para os compromissos acordados, em Março de 2011, no Acordo Tripartido para a Competitividade e Emprego⁷¹. Neste Acordo Tripartido, foi elencado um conjunto de medidas para aperfeiçoamento da legislação portuguesa referente ao “*lay-off*”⁷², que veio a constituir a base para as alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2012 nos artigos 298.º e seguintes.

Das alterações introduzidas no regime do “*lay-off*”, cumpre salientar que a Lei n.º 23/2012 começa por aditar ao artigo 298.º do CT um novo n.º 4, nos termos do qual “[a] empresa que recorra ao regime de redução ou suspensão deve ter a sua situação contributiva regularizada perante a administração fiscal e a segurança social, nos termos da legislação aplicável”, excepto no caso de se encontrar em processo de recuperação de empresa ou se for declarada em situação económica difícil.

A propósito deste preceito, entende NUNES DE CARVALHO que o mesmo não prima pela sua clareza: por um lado, a norma desloca do empregador para a empresa a exigência feita quanto à situação tributária e contributiva, sendo manifesto que tal exigência se deveria reportar ao titular da empresa e não

⁷¹ Cfr. in <http://www.ces.pt/download/719/AcordoTripCompetEmprego.pdf>.

Consta deste documento, celebrado no quadro da Comissão Permanente de Concertação Social, que “[o] Governo e os Parceiros Sociais entendem que, na actual situação e sem desvirtuar a natureza excepcional do regime, é necessário agilizar a legislação relativa à redução e à suspensão dos contratos de trabalho em situação de crise empresarial, visto que a experiência demonstrou, tanto no nosso país, como nalguns dos nossos parceiros europeus, que este tipo de medidas pode constituir alternativa às cessações de contratos de trabalho”.

⁷² Elenco esse que foi ulteriormente retomado no já referido Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego, de Janeiro de 2012.

a esta, em si mesma; por outro lado, afigura-se discutível a pertinência deste requisito nas situações em que a aplicação do regime do “*lay-off*” não acarrete participação do Estado; ademais, não parece sequer que se possa determinar a cessação do regime com base na violação deste dever, já que tal não está previsto no n.º 2 do artigo 307.º do CT⁷³.

Por sua vez, Maria do ROSÁRIO RAMALHO considera que este novo requisito pode tornar-se pernicioso: por um lado, porque impedirá muitos empregadores de recorrer a este regime, “*já que um dos primeiros reflexos de uma crise empresarial é a dificuldade de cumprimento das obrigações fiscais*”; por outro lado, porque, com esta exigência, o regime do “*lay-off*” arrisca-se a só poder ser utilizado quando a crise da empresa ainda não é muito grave (subvertendo o pressuposto relativo ao risco de viabilidade da empresa) ou quando a situação já é provavelmente, irremediável (nos casos em que a empresa já foi declarada em situação económica difícil ou entrou em insolvência)⁷⁴.

Facto contínuo, a Lei n.º 23/2012 introduziu um novo artigo 298.º-A, nos termos do qual “[o] empregador só pode recorrer novamente à aplicação das medidas de redução ou suspensão depois de decorrido um período de tempo equivalente a metade do período anteriormente utilizado, podendo ser reduzido por acordo entre o empregador e os trabalhadores abrangidos ou as suas estruturas representativas”. Esta medida visa, naturalmente, impedir que o empregador desencadeie sucessivos períodos de “*lay-off*”, atento o carácter eminentemente transitório deste instituto e o facto de poderem estar envolvidos recursos públicos⁷⁵. Em todo o caso, a inobservância do disposto neste artigo 298.º-A parece ser “isenta” de consequências, uma vez que não faz o empregador incorrer em responsabilidade contraordenacional, nem se inclui no elenco dos casos em que a Autoridade para as Condições do Trabalho pode pôr termo à medida (cfr. artigo 307.º

⁷³ Vd. António NUNES DE CARVALHO – ob. cit., p. 134 e segs..

⁷⁴ Vd. Maria do ROSÁRIO RAMALHO – ob. cit., p. 715 e seg..

⁷⁵ JOANA VASCONCELOS – ob. cit., p. 655, denota que, estranhamente, porém, a parte final do preceito permite que, por acordo entre o empregador e os trabalhadores abrangidos ou as suas estruturas representativas, a duração legalmente fixada para o período de moratória seja reduzida sem qualquer limitação. Atenta esta possibilidade, pode esvaziar-se o alcance prático desta nova solução. Por seu lado, António NUNES DE CARVALHO – ob. cit., p. 136, sustenta que a lei parece permitir o encurtamento substancial do período de moratória, mas não a sua supressão.

do CT)⁷⁶). Na prática, parece-nos que a única consequência decorrente da violação deste preceito poderá vir a ser a não participação estadual na devida “compensação retributiva”.

Paralelamente, assistimos a uma redução dos prazos que medeiam as comunicações necessárias à implementação do “*lay-off*”, os quais anteriormente eram de dez dias e agora são de cinco dias (cfr. n.º 3 do artigo 300.º), o que visa tornar o processo mais célere e tornar mais eficaz o recurso a estas medidas⁷⁷.

Será ainda de notar que, se na redacção anterior à Lei n.º 23/2012, a aplicação imediata da medida de “*lay-off*” só era permitida “*em caso de impedimento imediato à prestação normal de trabalho que seja conhecido pelos trabalhadores abrangidos*” (cfr. artigo 301.º, n.º 2, na redacção originária), actualmente, bastará o acordo entre o empregador e a estrutura representativa dos trabalhadores (a referida no n.º 1 do artigo 299.º ou a comissão *ad hoc*) ou entre o empregador e a maioria dos trabalhadores abrangidos (cfr. artigo 301.º, n.º 2, nova redacção) para dispensar a antiga moratória de cinco dias⁷⁸.

Nos termos legais, a redução ou suspensão determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos deve ter uma duração previamente definida, não podendo, em regra, ser superior a seis meses⁷⁹. O CT prevê, contudo, a possibilidade de prorrogação da medida. Com efeito, já na redacção anterior à Lei n.º 23/2012, o n.º 3 do artigo 301.º do CT permitia a prorrogação, por um período máximo de seis meses, desde que o empregador comunicasse tal intenção e a duração prevista, por escrito e de forma fundamentada, à estrutura representativa dos trabalhadores, ou, na falta dela, a cada um dos

⁷⁶ Assim, vd. JOANA VASCONCELOS – ob. cit., loc. cit..

⁷⁷ No entanto, e como bem refere António NUNES DE CARVALHO – ob. cit., p. 142, esta redução do prazo previsto no n.º 3 do artigo 300.º conduz a uma redução do período reservado à negociação, o que pode diminuir a sua eficácia. De todo o modo, entende este autor que “[n]o caso de uma interrupção abrupta da negociação por parte do empregador, com base no mero decurso do prazo de 5 dias, estaremos perante uma conduta ilícita, que deve ser assimilada à recusa de participação na negociação a que se refere a alínea b) do n.º 2 do artigo 307.º”.

⁷⁸ António NUNES DE CARVALHO – ob. cit., p. 144, entende que a hipótese de acordo com a maioria dos trabalhadores abrangidos, prevista neste preceito, apenas será relevante quando não tenha tido intervenção uma estrutura de representação colectiva.

⁷⁹ Cfr. artigo 301.º, n.º 1 do CT. Em caso de catástrofe ou outra ocorrência que tenha afectado gravemente a actividade normal da empresa, pode ter a duração máxima de um ano.

trabalhadores abrangidos, exigindo-se, consoante os casos, a não oposição, por escrito e nos cinco dias seguintes, da estrutura representativa ou a manifestação, por escrito, de cada trabalhador abrangido⁸⁰. Ora, de acordo com a actual redacção do n.º 3 do artigo 301.º do CT, prescinde-se, quer da não oposição da estrutura de representação colectiva, quer da concordância dos trabalhadores abrangidos pela prorrogação. O objectivo desta alteração será o de agilizar os procedimentos aplicáveis à renovação do regime, por forma a evitar bloqueios indesejáveis à vida das empresas.

A Lei n.º 23/2012 veio ainda determinar, no novo n.º 2 do artigo 303.º do CT, que “*durante o período de redução ou suspensão, bem como nos 30 ou 60 dias seguintes à aplicação das medidas, consoante a duração da respectiva aplicação não exceda ou seja superior a seis meses, o empregador não pode fazer cessar o contrato de trabalho de trabalhador abrangido por aquelas medidas, excepto se se tratar de cessação da comissão de serviço, cessação de contrato de trabalho a termo ou despedimento por facto imputável ao trabalhador*”⁸¹. Nos termos do n.º 3 do referido artigo 303.º, em caso de violação desta obrigação, o empregador terá de devolver os apoios recebidos, em relação ao trabalhador cujo contrato tenha cessado. Esta alteração visa a defesa dos trabalhadores contra eventuais abusos ou arbitrariedades por parte do empregador.

Outra novidade que convém evidenciar prende-se com o pagamento da compensação retributiva, fixada nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 305.º do CT. A este propósito, o novo n.º 4 do artigo 305.º veio determinar que “[a] *compensação retributiva é paga em 30 % do seu montante pelo empregador e em 70 % pelo serviço público competente da área da segurança social*”. Este é, em boa verdade, o regime que já vigorava na primeira regulação desta matéria (cfr. artigo 13.º da LSCT) e na versão inicial do CT (cfr. artigo 344.º, n.º 1 do CT de 2003).

Regista-se ainda uma alteração de relevo no âmbito das contrapartidas financeiras devidas em caso de formação profissional prestada durante o período de “*lay-off*”: consta agora da redacção do n.º 5 do artigo 305.º do CT, que, em caso de frequência pelos trabalhadores de formação profissional adequada ao desenvolvimento da sua qualificação profissional que aumente a sua empre-

⁸⁰ Vd. Miguel RIBEIRO DOS SANTOS – ob. cit., p. 270 e seg..

⁸¹ Concordamos com JOANA VASCONCELOS – ob. cit., p. 662 e seg., quando refere que será de ressalvar ainda a hipótese de cessação do contrato durante o período experimental.

gabilidade ou à viabilização da empresa e manutenção dos postos de trabalho, em conformidade com um plano de formação aprovado pelo serviço público competente na área do emprego e formação profissional, haverá lugar à atribuição de um apoio, em partes iguais, ao empregador e ao trabalhador, correspondente a 30% do Indexante de Apoios Sociais.

Por fim, consideramos pertinente salientar o reforço das medidas de controlo do “*lay-off*”, patente na nova redacção do n.º 2 do artigo 299.º e do n.º 1 do artigo 307.º do CT. Nos termos do primeiro dos referidos preceitos, o empregador deve disponibilizar, para consulta, os documentos em que suporta a alegação de situação de crise empresarial, designadamente de natureza contabilística e financeira, antes da fase de informações e negociação prevista no artigo 300.º do CT. A intenção do legislador terá sido, naturalmente, a de combater a utilização abusiva do “*lay-off*”, fomentando uma maior transparência na análise dos elementos que fundamentam o recurso a este mecanismo. A disponibilização da informação deve ocorrer, naturalmente, em momento que permita a sua efectiva utilização na fase de informações e negociação⁸².

Por seu lado, nos termos do n.º 1 do artigo 307.º, após a implementação do “*lay-off*”, o empregador deve informar trimestralmente as estruturas representativas dos trabalhadores ou a comissão *ad hoc* ou, na sua falta, os trabalhadores abrangidos da evolução das razões que justificam o recurso à redução ou suspensão da prestação de trabalho⁸³.

Em suma, as alterações legislativas que acabámos de expor prendem-se, sobretudo, com o objectivo de flexibilizar o acesso a este regime (através do encurtamento de prazos e facilitação das prorrogações), contrapesado por medidas de racionalização (cfr. artigo 298.º-A do CT) e de reforço da fiscalização por parte dos trabalhadores (cfr. artigos 299.º, n.º 2 e 307.º, n.º 1 do CT)⁸⁴. No contexto da crise que actualmente vivemos, esta figura terá uma crescente importância, pelo que se justifica a atenção que mereceu por parte do

⁸² Neste sentido, vd. António NUNES DE CARVALHO – ob. cit., p. 139.

⁸³ A redacção anterior determinava apenas que “[o] empregador informa trimestralmente as estruturas representativas dos trabalhadores da evolução das razões que justificam o recurso à redução ou suspensão da prestação de trabalho”. Não se encontrava consagrada, portanto, a obrigação de facultar essa informação aos trabalhadores abrangidos. Acresce que, nos termos do novo n.º 4 do artigo 307.º do CT, a violação deste dever de comunicação constitui contra-ordenação grave.

⁸⁴ Vd. António NUNES DE CARVALHO – ob. cit., p. 158.

legislador. Mas só a prática se encarregará de demonstrar se este novo regime pode, ou não, contribuir verdadeiramente para a sustentação do emprego.

SIGLAS E ABREVIATURAS

BCE Banco Central Europeu.

Convenção n.º 98 OIT Adoptada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, 32.ª sessão, a 1 de Julho de 1949; em vigor na ordem internacional desde 18 de Julho de 1951 e na ordem jurídica portuguesa desde 1 de Julho de 1965.

CT Código do Trabalho – aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, rectificado pelo Diário da República, série I, de 18-3-2009 e pelo Diário da República, série I, de 23-7-2012; alterada pela Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro, pela Lei n.º 53/2011, de 14 de Outubro, pela Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho e pela Lei n.º 47/2012, de 29 de Agosto.

FMI Fundo Monetário Internacional.

IRCT Instrumento de Regulamentação Colectiva de Trabalho

LFFF Lei das férias, feriados e faltas – aprovada pelo Decreto-Lei n.º 874/76, de 28 de Dezembro, rectificado pelo Diário da República, série I, de 27-1-77; alterada pelo Decreto-Lei n.º 397/91, de 16 de Outubro e pela Lei n.º 118/99; revogada pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

LSCT Lei do “lay-off” – Decreto-Lei 398/83 de 2 de Novembro, alterado e revogado pela Lei nº 137/99, de 28 de Agosto; revogado pela Lei nº 99/2003, de 27 de Agosto.

MoU Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica

QL Questões Laborais

RCEJ Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas

RDES Revista de Direito e de Estudos Sociais

RLJ Revista de Legislação e de Jurisprudência

RMP Revista do Ministério Público