



De
LEGIBUS

3



Julho de 2022



**O PERÍODO EXPERIMENTAL – ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 318/2021, DE 18/05**

DIANA DUARTE DE JESUS



REVISTA DE DIREITO

LAW JOURNAL

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona

<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

O PERÍODO EXPERIMENTAL – ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 318/2021, DE 18/05

DIANA DUARTE DE JESUS*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Do período experimental; 2.1. Conceito; 2.2. Regime legal; 2.3. Breves notas sobre a Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro; 3. Análise do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/2021, de 18 de maio; 3.1. A causa; 3.2. Fundamentação; 3.3. Declarações de voto; 3.3.1. Declaração de voto – Mariana Canotilho; 3.3.2. Declaração de voto – José João Abrantes; 3.3.3. Declaração de voto – Maria José Rangel Mesquita; 3.3.4. Declaração de voto – Assunção Raimundo; 4. Conclusão.

RESUMO: Este texto pretende caracterizar de forma breve o período experimental e analisar o acórdão do TC n.º 318/2021, de 18/05 na parte que versa sobre a conformidade das alterações introduzidas pela Lei n.º 93/2019, de 4/09 à Constituição da República Portuguesa, no que concerne ao aumento do período experimental para os trabalhadores à procura de primeiro emprego e desempregados de longa duração.

PALAVRAS-CHAVE: Período experimental; trabalhadores à procura de primeiro emprego; desempregados de longa duração; Constituição; princípio da segurança no emprego; princípio da igualdade.

ABSTRACT: This paper pretends to briefly characterize the trial period and analyze the judgment of Constitutional Court nr. 318/2021 in the part that deals with the compliance of the amendments introduced by Law nr. 93/2019, issued on 4/09 to Portuguese Constitution, regarding the increase of trial period for first-time jobseekers and long-term unemployed persons.

KEYWORDS: Trial period; first-time jobseekers; long term unemployed persons; Constitution; job security principle; equality principle.

* Licenciada em Gestão no Ramo de Gestão Financeira e em Direito. Mestranda em Direito na ULHT. Investigadora Convidada do CEAD – Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez.

1. INTRODUÇÃO

O período experimental é um instituto que assume um papel fundamental na relação laboral. Este permite que, tanto o trabalhador como o empregador, avaliem se é do seu interesse manter o contrato de trabalho celebrado.

A instituição do período experimental em Portugal remonta a 1937 com a publicação da Lei n.º 1952, de 10 de março do referido ano. A partir da década de 60 do século passado, já se encontram referências que correspondem a um instituto próximo daquilo que conhecemos hoje. O instituto foi alvo de sucessivas alterações ao longo dos anos, quer qualitativamente quer quantitativamente.

A análise desta figura deve ser feita em consonância com a Constituição da República. Neste caso, são imprescindíveis o direito à segurança no emprego (artigo 53.º da CRP), direito à liberdade de iniciativa económica privada (artigo 61.º da CRP) e o princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP).

O direito à segurança no emprego proíbe os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos. Integra-se no capítulo dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores e, como tal, está sujeito ao regime do artigo 18.º da CRP. O que significa que este direito só poderá ser restringido nos casos previstos na Lei Fundamental e essa restrição deve limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Ademais vincula entidades públicas e privadas e, em caso de restrição, deve haver obediência ao princípio da proporcionalidade.

Na análise que nos propomos fazer, importa também fazer referência ao princípio da igualdade. Estamos perante relações de poder, nas quais, em regra, o empregador está numa posição de primazia. Daí que estejam consagrados limites à sua atuação. Mas não podemos também deixar de lado o direito à liberdade de iniciativa económica privada, sendo fundamental encontrar uma forma de compatibilizar todos estes direitos.

Nunca podemos esquecer os interesses económicos do empregador, pelo que uma interpretação demasiado restrita do direito à segurança no emprego pode ter o efeito contrário àquele que se pretende atingir, conduzindo ao recurso a soluções que aumentam a precariedade laboral. Ou seja, o

empregador não pode ser impedido de cessar contratos de trabalho, quando a sua manutenção é incomportável para a empresa ou porque, por exemplo, pretende mudar de área de negócio. Veja-se que tal situação colocaria em causa todos os outros postos de trabalho que podem vir a ser criados e/ou outros já existentes na empresa, não esquecendo também os casos em que o trabalhador não se adapta ao seu posto de trabalho.

A Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, introduziu algumas alterações ao Código do Trabalho, nomeadamente em matéria do período experimental. Estas alterações suscitaram dúvidas quanto à sua constitucionalidade e foi requerido ao Tribunal Constitucional que se pronunciasse sobre as mesmas.

Assim, foi proferido o acórdão n.º 318/2021, de 18 de maio de 2021, publicado em Diário da República no dia 1 de julho de 2021, que declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, da norma contida no artigo 112.º, n.º 1, al. *b*), subalínea *iii*) do CT na parte que respeita aos trabalhadores à procura de primeiro emprego, quando aplicável a trabalhadores que anteriormente tenham sido contratados, com termo, por um período igual ou superior a 90 dias, por outro(s) empregador(es). Não foi uma decisão unânime tendo sido proferidas várias declarações de voto que contrariam no todo ou em parte a decisão do Tribunal Constitucional.

Assim, o nosso objetivo é caracterizar sucintamente o período experimental em Portugal e proceder à análise do acórdão n.º 318/2021, de 18 de maio de 2021 apenas na parte que respeita a este instituto.

No segundo ponto deste texto procederemos à apresentação do conceito e regime legal do período experimental, não deixando de fazer uma breve referência à Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro.

No terceiro ponto procederemos à análise do referido acórdão apresentando a fundamentação dada pelo Tribunal Constitucional para a sua decisão e as declarações de voto de vencido.

Por fim, adotaremos uma posição tendo em conta a doutrina estudada, a fundamentação dada pelo Tribunal Constitucional para a sua decisão e as posições dos juízes conselheiros que votaram vencidos e, com este enquadramento, sugerimos a revisão de alguns conceitos.

2. DO PERÍODO EXPERIMENTAL

2.1 CONCEITO

O período experimental “é caracterizado pela liberdade de cada uma das partes de pôr fim ao contrato de trabalho, sem necessidade de invocação de motivo, sem pré-aviso e sem qualquer indemnização ou compensação”¹. O período experimental pode ser entendido como “uma fase inicial do próprio contrato de trabalho, mas que já o integra², ou, noutra perspetiva, como negócio autónomo que o antecede”^{3/4}. Este período inicial do contrato de trabalho tem como objetivo primordial permitir a ambas as partes aferir se o vínculo contratual estabelecido deve ser mantido ou não. Este lapso temporal permite que o empregador apure se o trabalhador está apto para desempenhar as tarefas que foi incumbido de forma ágil e zelosa, possuindo “capacidade mental, técnica e/ou física”⁵; e se se adapta às condições onde terá de realizar as tarefas que lhe foram destinadas. Do lado do trabalhador, destina-se a aferir as condições oferecidas pelo empregador, nomeadamente se “a entidade patronal é portadora de requisitos morais e económicos que lhe garantam o pagamento da retribuição e um trabalho realizado em condições higiénico-sanitárias e morais convenientes”⁶, equacionar a onerosidade

1 Júlio Gomes, “Do uso e abuso do período experimental”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXXXI, (XIV da 2.ª série), (Lisboa: Editorial Verbo, jan./jul., 2000), 37.

2 Neste sentido, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 9.ª ed., (Coimbra: Almedina, 2019), 485. Também Maria Ramalho adota a posição que o período experimental corresponde à fase inicial de duração do contrato e que “corresponde a uma fase de grande precariedade do vínculo”. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, 7.ª ed., (Coimbra: Almedina, 2019), 222-223.

De facto, este instituto parece corresponder a uma fase inicial do contrato de trabalho, uma vez que é este o entendimento que está espelhado no nosso Código do Trabalho.

3 Neste caso, entende-se que as partes apenas dão início ao contrato de trabalho quando o período experimental termina, assumindo o período experimental uma fase pré-contratual.

4 Carolina Melo Correia Herzer-Hecker, “O Período Experimental no Contrato de Trabalho: Delimitação do Instituto e seu Uso Abusivo”. (Tese, Universidade Católica, 2020), disponível em <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/31656>, consultado em 18-11-2021, 7.

5 Vide neste sentido, António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 20.ª ed., (Coimbra: Almedina, 2020), 274-276.

6 Pupo Correia, 16 *apud*, Júlio Gomes, “Do uso,” 38.

do trabalho com a “sua capacidade física e com a retribuição estipulada”⁷ e a relação de confiança que se deve estabelecer. Os interesses tutelados são de ambos, podendo assim falar-se em bilateralidade⁸.

Para João Leal Amado, “durante o período experimental, a lei permite aquilo que a CRP proíbe”⁹. Aqui pode afirmar-se desde já estarem sintetizadas as questões suscitadas em torno das quais versou o pedido de apreciação e declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma prevista no artigo 112.º do CT, como veremos infra ponto 3.

Este instituto é encarado por um lado como facilitador da cessação do contrato, mas também como um fator que conduz à estabilidade da relação laboral¹⁰, pois se é verdade que o trabalhador pode ver o seu contrato denunciado sem direito a indemnização ou compensação, também é verdade que

7 *Ibidem*.

8 Esta é uma posição que suscita algumas dúvidas a Júlio Gomes que segue de perto M. Carmen Piqueras Piqueras e Maria Amparo Ballester. Autoras estas que consideram que o período experimental serve essencialmente os interesses do empregador. O autor assume a posição que o período experimental tem um carácter bilateral, mas serve sobretudo os interesses do empregador. Júlio Gomes, “Do uso,” 39-40. Veja-se também a este propósito Pedro Romano Martinez, que alerta que o trabalhador pode também beneficiar deste período de prova, nos casos em que o trabalhador tem a liberdade de denúncia do contrato de trabalho limitada, note-se os casos em que há um pacto de preferência ou um contrato de trabalho desportivo. Além disso, o trabalhador também pode denunciar o contrato de trabalho sem aviso prévio contra o consagrado no artigo 400.º do CT. Martinez, *Direito do Trabalho*, 486.

Maria do Rosário Palma Ramalho pauta-se pelo carácter bilateral, pois ambos avaliam o interesse na manutenção do contrato de trabalho. Contudo, defende que deve reconhecer-se “que o período experimental tem um interesse acrescido para o empregador, uma vez que decorrido este período, o empregador está mais limitado quanto à possibilidade de fazer cessar o contrato de trabalho do que o trabalhador”. Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, 212-213.

Já em 1961 Raul Ventura defendia que o período experimental interessa a ambas as partes, pelo menos no plano teórico, já que a vertente prática respeita ao empregador. Raul Ventura, “O Período de Experiência no Contrato de Trabalho”, *Revista de Ciências Jurídicas e de Administração Pública – O Direito*, fasc. n.º 4, (out./dez, 1961), 247-248.

9 João Leal Amado, *Contrato de Trabalho – Noções básicas*, 3.ª ed., (Coimbra: Almedina, 2019), 170.

10 Vide neste sentido Tatiana Guerra de Almeida, *Do período experimental no contrato de trabalho*, (Coimbra: Almedina, 2007), 187; Maria do Rosário Palma Ramalho, que considera que este instituto constitui “válvula de segurança do sistema de cessação do contrato de trabalho, para efeitos de facilitar a cessação precoce do negócio laboral” e “impõe-se o exercício do direito dentro dos limites da boa-fé”. Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, 224-225; também João Reis. “Reforma de 2019: algumas observações”, *Revista Questões Laborais* n.º 55, (Coimbra: Almedina, jul./dez, 2019), 17-39, 33, considera que o período experimental “facilita mais a rutura e é mais barato para o empregador”.

este período permite-lhe tomar conhecimento das tarefas que terá de desempenhar efetivamente e das condições que encontra na organização. Também o empregador durante este lapso temporal terá a oportunidade de perceber se deverá prolongar o vínculo laboral que se quer estável por um período indeterminado.

2.2 REGIME LEGAL

Hodiernamente, o período experimental está consagrado no livro I, título II, capítulo I, secção IV – artigos 111.º a 114.º do Código do Trabalho.

Em obediência ao princípio da boa-fé (artigo 111.º, n.º 2 do CT), as partes devem adotar um comportamento que permita aferir se é do seu interesse manter o contrato. Deve ser dada ao trabalhador a oportunidade de “demonstrar as suas qualidades ou aptidões para o desempenho das funções para as quais foi contratado”¹¹, se tal não ocorrer estaremos perante uma denúncia abusiva por parte do empregador e, desta forma, a denúncia do contrato é ilícita.

O período experimental pode ser afastado mediante acordo expresso de ambas as partes, com exceção nos contratos de comissão de serviço, onde se exige que seja expressamente estipulado (artigos 111.º, n.º 3 e 112.º, n.º 3 do CT). Concordamos com esta aceção, pois, dada a natureza deste contrato, pressupõe-se que ao ser selecionada determinada pessoa para o desempenho de uma função específica já se tem conhecimento das aptidões da mesma¹², sendo certo que qualquer uma das partes pode cessar a comissão de serviço quando assim o entender e sem necessidade de dar justificação (artigo 163.º do CT).

A duração do período experimental varia consoante a duração do contrato de trabalho (nos contratos de trabalho a termo) e funções exercidas e tipo de trabalhador. A regra é que nos contratos por tempo indeterminado, o período experimental tem a duração de 90 dias para a generalidade dos trabalhadores, sendo este período alargado até 240 dias

11 Ac. TRP, de 05-03-2012 – P.º 1114/09.7TTPRT.P1 in www.dgsi.pt.

12 Neste sentido vide Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 271.

consoante a natureza da atividade que o trabalhador desempenha (artigo 112.º do CT)^{13/14}.

Compreende-se, em nossa opinião, que a duração do período experimental varie consoante a função do grau de complexidade das funções que o trabalhador desempenha. Quanto maior o grau de complexidade, maior o grau de exigência, maior responsabilidade e maiores as consequências negativas em caso de inaptidão ao posto de trabalho.

A duração do período experimental é contada a partir do início da prestação do trabalhador¹⁵. Não são tidos em conta os dias de falta, de licença, ainda que justificadas, de dispensa ou suspensão do contrato. O período experimental é reduzido ou excluído, nos termos do artigo 112.º, n.º 4 do CT, tendo em conta que para a contagem do período experimental estão incluídos os tempos de trabalho executados pela mesma pessoa para o mesmo empregador, para a mesma atividade, objeto ou posto de trabalho¹⁶.

O período experimental pode também ser reduzido por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou mediante acordo escrito entre as partes (artigo 112.º, n.º 5 do CT).

Monteiro Fernandes¹⁷ refere que parece resultar deste regime que o período experimental não pode ser aumentado seja qual for a via admitida

13 Salvo melhor opinião, “cargos de complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou que pressuponham uma especial qualificação”, “cargo de direção ou quadro superior”, “funções de confiança” são termos relativamente indeterminados. Estes são termos que não apresentam uma definição concreta e objetiva e podem suscitar dúvidas na sua concretização prática. A jurisprudência diz-nos que a concretização destes conceitos é aferida casuisticamente.

14 É a natureza das funções que deve servir de base ao período experimental. Pedro Oliveira, “Nada de novo debaixo do Sol: o período experimental e a precariedade das relações laborais”, *Revista Questões Laborais* n.º 55, (Coimbra: Almedina, jul./dez, 2019), 87-103, 89.

15 Para a contagem do período experimental recorremos ao artigo 279.º, al. b) do CC, pois o legislador laboral não consagrou qualquer disposição neste sentido. Pedro Romano Martinez defende que deve contar-se logo o primeiro dia, pois corresponde ao dia de início da execução do vínculo. Martinez, *Direito do Trabalho*, 488-489.

16 No entendimento de Paula Quintas e Hélder Quintas, o período experimental deveria ser excluído e não reduzido, pois estamos perante a “mesma actividade [...], mesmo posto de trabalho ou do mesmo objecto”. Paula Quintas e Hélder Quintas, *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*. 9.ª ed., (Coimbra: Almedina, 2020), 89. Partilhamos deste entendimento, pois estamos perante uma situação em que tanto o trabalhador como o empregador já conhecem as condições, logo parece-nos que configura uma situação que aumenta a precariedade laboral. Contra esta opinião ver Martinez, *Direito do Trabalho*, 489-490.

17 Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 271.

para a sua redução e eliminação. Com efeito, da redação dos n.ºs 3 e 5 do artigo 112.º do CT podemos inferir que a lei, ao dispor das hipóteses de “redução” ou “exclusão”, não autorizou o intérprete a considerar que por vontade das partes ou IRCT, o período experimental possa ser ampliado, em obediência ao princípio *ubi lex non distinguiti, neque interpres distinguere potest*.

Verificamos assim que, no nosso país, o legislador optou por limitar a autonomia privada e regular este instituto. Neste caso em particular deixou margem às partes para reduzir ou excluir o período experimental, mas não para aumentá-lo, tendo estas de limitar-se ao lapso de tempo consagrado.

Durante o período experimental, salvo acordo expresso em contrário, qualquer uma das partes pode pôr termo ao contrato sem necessidade de aviso prévio, invocação de justa causa e direito a indemnização ou compensação. No entanto, a lei impõe ao empregador, e apenas a este, um aviso prévio conforme o estipulado no artigo 114.º, n.ºs 2 e 3 do CT. O incumprimento desses prazos implica o pagamento da retribuição correspondente ao aviso prévio em falta (artigo 114.º, n.º 4 do CT)¹⁸.

Esta liberdade de desvinculação *ad nutum* não pode ser arbitrária, pois tal não pode traduzir-se numa violação do princípio da segurança no emprego (artigo 53.º da CRP). O período experimental não pode ser utilizado para, de uma forma encapotada, despedir o trabalhador por motivos ideológicos, políticos ou por outras razões que em nada têm relação com a inaptidão do trabalhador para o posto de trabalho para o qual foi contratado.

Se estivermos perante uma situação de abuso de direito¹⁹ (artigo 334.º do CC), o despedimento será tratado não pelo regime do período experimental, mas sim pelo regime geral do despedimento.

18 Esta necessidade de pré-aviso parece justificar-se tendo em conta a “certa expectativa do trabalhador na subsistência da relação laboral” que se desenvolveu ao longo do período experimental. Tatiana Guerra de Almeida, *Do período experimental no contrato de trabalho*, 162.

19 “O abuso de direito tem de basear-se em factos e não em meras conjecturas.” Há ainda que verificar se os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social e económico desse direito são manifestamente excedidos. Ac. STJ, de 02-02-2005, P.º 04S3430, in www.dgsi.pt. Veja-se que estaremos perante uma situação de abuso de direito quando o contrato é denunciado com base em causas que são estranhas à relação de trabalho, têm por base questões discriminatórias ou arbitrárias, por exemplo, despedimento de uma trabalhadora porque está grávida, professa uma religião ou pertence um partido político diferente do do empregador. Cabe aqui à parte lesada fazer prova dos factos que invoca (artigo 342.º do CC).

Monteiro Fernandes considera que o legislador consagrou “a presunção de que a cessação do contrato é determinada por inaptidão do trabalhador ou por inconveniência das condições de trabalho oferecidas pela empresa”²⁰.

2.3 BREVES NOTAS SOBRE A LEI N.º 93/2019, DE 4 DE SETEMBRO

A Lei n.º 93/2019 procedeu à 15.ª revisão do Código do Trabalho e teve a sua origem no acordo celebrado em sede de concertação social e na Proposta de Lei n.º 136/XIII. No âmbito desta investigação, interessa-nos em particular as seguintes alterações que passamos a enunciar.

A partir da entrada em vigor desta Lei ficou vedada a celebração de contratos de trabalho a termo aos trabalhadores à procura de primeiro emprego e aos desempregados de longa duração, a não ser que estejamos perante a satisfação de necessidades temporárias da empresa (artigo 140.º, n.ºs 1 e 2 do CT), com o objetivo de combater a precariedade e de manter a segurança no emprego.

O período experimental, com a entrada em vigor da referida lei, foi alargado de 90 para 180 dias para trabalhadores à procura de primeiro emprego e aos desempregados de longa duração quando celebrem um contrato por tempo indeterminado, com o objetivo de promover a contratação destes trabalhadores com contrato de trabalho sem termo e estimular a sua inserção no mercado de trabalho de forma mais estável do que quando contratados com contrato de trabalho a termo²¹.

3. ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 318/2021, DE 18 DE MAIO

3.1. A CAUSA

Um grupo de 35 deputados à Assembleia da República pediu ao Tribunal Constitucional, no âmbito da fiscalização abstrata da constitucionalidade e

20 Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 273.

21 Proposta de Lei n.º 136/XIII, 3.

da legalidade a apreciação e declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade das normas constantes nos artigos 112.º, n.º 1, al. *b*)²², 142.º e 502.º, n.º 1, al. *b*), subalínea *ii*)²³ do CT na redação dada pela Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro²⁴.

Os requerentes invocaram que o artigo 112.º do CT devia ser declarado inconstitucional, pois violava o princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP) e o direito à segurança no emprego (artigo 53.º da CRP).

A exposição de motivos que acompanhou a proposta de lei referente a esta questão tentou justificar esta alteração alegando que se trata de uma forma de estimular a contratação sem termo destas categorias de trabalhadores ao eliminá-las do elenco de motivos para contratação a termo certo e, ao aumentar o período experimental para 180 dias, considerar-se-ia alcançado o objetivo de “diminuir as resistências dos empregadores em celebrarem um contrato de trabalho sem termo”²⁵. Os requerentes consideraram que tal alteração teria o efeito contrário e que este alargamento corresponderia a “uma forma de compensação às entidades patronais”²⁶, pois deixaram de poder contratar estes trabalhadores a termo, a não ser que seja para colmatar uma necessidade temporária da empresa. Esta alteração, argumentaram, serve sobretudo os interesses do empregador, sendo difícil considerar esta medida indispensável à liberdade de iniciativa privada (artigo 61.º da CRP) e à segurança no emprego, havendo uma violação do princípio da igualdade, pois não existem razões suficientes que justifiquem o tratamento diferenciado destes trabalhadores face aos restantes.

22 O objeto do pedido não estava claramente delimitado, pois no requerimento os deputados pediram a declaração de inconstitucionalidade para o artigo 112.º, mas este é constituído por vários números, alíneas e subalíneas. Assim, após a notificação para o efeito, os requerentes delimitaram o seu pedido, mencionando em particular que o artigo 112.º, n.º 1, al. *b*) do CT violava a Constituição.

23 O TC não declarou inconstitucional o alargamento das possibilidades de celebração de contratos de muito curta duração (artigo 142.º do CT), nem a norma que consagra a cessação da vigência de convenções coletivas por extinção da associação sindical ou da associação de empregadores outorgantes (artigo 502.º do CT).

24 Uma vez que esta investigação versa sobre o período experimental, limitar-nos-emos apenas a analisar a questão referente ao artigo 112.º - Duração do período experimental, do CT.

25 Ac. do TC n.º 318/2021, de 18-05-2021, P.º 897/19 in www.tribunalconstitucional.pt (doravante Ac. TC n.º 318/2021), 4 - ponto 3.

26 Ac. TC n.º 318/2021, 4 - ponto 4.

A entidade emissora da norma, após ser notificada, remeteu o seu comentário para os trabalhos preparatórios da Lei n.º 93/2019.

3.2 FUNDAMENTAÇÃO

O TC considerou que, tendo em conta o conteúdo do desenvolvimento do pedido, o que está em causa é a situação da subalínea *iii*), da al. *b*), do n.º 1 do artigo 112.º do CT e, considerando os argumentos dos requerentes, analisou a norma em causa avaliando se havia violação do princípio da igualdade e da segurança no emprego.

O TC considerou que até à entrada em vigor da Lei n.º 93/2019 os trabalhadores que exerciam funções indiferenciadas estavam, em princípio, sujeitos a um período experimental de 90 dias. Sendo que os prazos mais longos eram aplicáveis em razão da natureza das suas funções²⁷.

A partir da entrada em vigor desta Lei os trabalhadores indiferenciados passaram a ser sujeitos a um período experimental de 180 dias (o dobro do que estava em vigor anteriormente), se e na medida em que se trate de trabalhadores à procura de primeiro emprego ou desempregados de longa duração.

O TC teve em devida conta o facto do artigo 140.º do CT plasmar que estes trabalhadores deixaram de poder ser contratados a termo com fundamento na sua condição.

O TC considerou que o artigo 53.º da CRP visa impedir que o trabalhador veja a relação laboral cessada de “forma arbitrária, discriminatória ou injustificada”²⁸ por parte do empregador, recorrendo ao acórdão do TC n.º 372/91 para concluir que o alcance da norma contida no artigo 53.º da CRP não se esgota na proibição de despedimento pelos motivos elencados. Este artigo abrangerá também o direito à possível estabilidade do emprego, devendo o legislador evitar situações injustificadas de precariedade de

27 Isto é, cargos de complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou que pressuponham uma especial qualificação, desempenho de funções de confiança, cargo de direção ou quadro superior. Ac. TC n.º 318/2021, 16.

28 Ac. TC n.º 318/2021, 18.

emprego. Esta proteção está também consagrada na Carta dos Direitos Fundamentais da UE, no artigo 30.º.

No que concerne à relação de bilateralidade, considerou o TC que um aumento do período experimental constitui uma compressão dos interesses do trabalhador e um benefício para a entidade patronal, na medida em que ambas as partes não dispõem das mesmas faculdades para fazer cessar o contrato de trabalho. Desta forma, o TC observou que o período experimental tem de ser limitado por lei e este lapso temporal não pode ser demasiado longo sob pena de permitir a cessação do contrato sem a necessidade de recorrer à justa causa, tendo em conta os interesses do trabalhador e o princípio da segurança no emprego²⁹.

O TC entendeu que este alargamento do período experimental dos trabalhadores à procura de primeiro emprego ou desempregados de longa duração para o dobro face à generalidade dos trabalhadores indiferenciados afeta o direito à segurança no emprego havendo uma restrição deste direito fundamental.

Quanto à questão suscitada pelos requerentes de que os limites impostos pelo princípio da proporcionalidade não são respeitados. O TC, após delimitar as categorias dos trabalhadores em causa, entendeu que trabalhador à procura de primeiro emprego seria aquele que nunca esteve vinculado por contrato de trabalho sem termo, tal como a alínea a), do n.º 4 do Decreto-Lei n.º 72/2017, de 21 de junho dispõe. Por seu turno, desempregado de longa duração seria aquele que não teve qualquer vínculo laboral num período superior a 12 meses, conforme o Decreto-Lei n.º 72/2017, de 21-06, artigo 4.º, alínea b)³⁰.

29 Neste sentido, o ac. TC n.º 64/91 citado pelo TC. Ac. TC n.º 318/2021, 23.

30 É este o entendimento maioritário da doutrina e jurisprudência, nomeadamente Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, 215. Veja-se, nomeadamente os seguintes acórdãos: Ac. TRE, de 18-04-2013, P.º 403/11.5TTSTR.E1, in www.dgsi.pt; Ac. STJ, de 24/10/2007 P.º 07S2622 in www.dgsi.pt. Contudo, somos de opinião que este é um entendimento que conduz à precariedade laboral, pois um trabalhador que nunca celebrou um contrato de trabalho sem termo pode já ter uma vasta experiência profissional e ainda assim ser considerado trabalhador à procura de primeiro emprego.

No ac. TC n.º 338/2010 vários juízes votaram de vencidos, nomeadamente o Conselheiro Sousa Ribeiro que salienta tratar-se de “uma característica subjectiva desvalorizadora [...]”. Pode assim, manter-se *ad perpetuum* dentro de uma categoria que o inibe de beneficiar da garantia concedida pelo artigo 53.º da CRP”.

Após o referido enquadramento, o TC verificou se havia alguma violação do princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, tem por base a ideia de que tem de haver uma relação equilibrada entre os meios que são utilizados para atingir o objetivo que se pretende alcançar, através da atuação do poder público, e que irão interferir nos interesses dos cidadãos que são constitucionalmente relevantes. A proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito³¹.

O TC submeteu a norma ao teste da adequação³² e, para tal, socorreu-se do Programa do XXI Governo³³, do “Programa de ação para combater a precariedade e promover a negociação coletiva”³⁴, do acordo de concertação social “Combater a precariedade e reduzir segmentação laboral e promover um maior dinamismo na negociação coletiva”³⁵ e da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 136/XII³⁶, concluindo que resulta de todos estes que o escopo do alargamento do período experimental de 90 para 180 dias é promover a contratação sem termo deste segmento de trabalhadores.

O TC considerou que “há razões consistentes para crer que a medida poderá incentivar, porventura moderadamente, a contratação num quadro mais estável de categorias de trabalhadores que têm experimentado maior dificuldade na inserção no mercado de trabalho”³⁷. E que esta medida apresentava e continua a apresentar (note-se que esta medida foi pensada e implementada antes da pandemia da Covid-19) aptidão para permitir a estas categorias de

31 Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, 6.ª ed., (Coimbra: Almedina, 2016), 825-826.

32 Com este teste pretende-se aferir se a medida é apropriada à prossecução do fim subjacente, contribuindo para a concretização do objetivo da norma. Se configurar uma atuação lesiva que não contribua para a realização do fim da norma, será inadequada. O que está em causa é o controlo da “relação de adequação medida-fim”. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., (Coimbra: Almedina, 2021), 270.

33 Vide, para maior detalhe, o Programa do XXI Governo Constitucional disponível em <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc21/governo/programa-do-governo>.

34 Resolução do Conselho de Ministros n.º 72/2018.

35 Disponível em <https://ces.pt/concertacao-social/acordos>.

36 Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=42733>

37 Ac. TC n.º 318/2021, 30.

trabalhadores o acesso ao mercado de trabalho através da contratação sem termo, com um impacto positivo nos objetivos da política de emprego que se pretendia implementar, reposicionando a relação contratual num terreno que tende para a estabilidade. Concluiu assim o TC que a medida não é inadequada, passando no primeiro teste.

Quanto ao teste da necessidade³⁸, o TC aferiu se poderia ter sido adotado outro meio menos desvantajoso para o interesse afetado e igualmente eficaz para atingir o fim pretendido. O TC afirmou não possuir outro termo de comparação, não lhe restando senão tomar como base de comparação o facto de anteriormente ter sido possível contratar estas categorias de trabalhadores com contrato de trabalho a termo. O TC concluiu que não se vislumbram soluções menos restritivas, tendo em conta que, apesar de não dispor de “elementos objetivos seguros”, os potenciais benefícios do aumento do período experimental e o risco deste período alargado constituir um contrato de trabalho a termo encapotado, os benefícios são superiores à contratação a termo, pois prefigura-se a constituição de contrato de trabalho sem termo uma vez terminado o período experimental.

No que diz respeito à proporcionalidade em sentido estrito³⁹, começou o TC por referir que o nosso mercado de trabalho é pautado por uma persistente precariedade das relações laborais, mas que tal não se pode imputar à liberdade de denúncia do contrato de trabalho por parte do empregador durante o período experimental, pois não existem dados que o comprovem⁴⁰. Ademais, teve em conta a relevância do acordo de concertação social, assim como o comentário do Presidente da República aquando da promulgação do diploma. Considerou que o período experimental é equilibrado e proporcional face à contrapartida que é o potencial aumento dos contratos de trabalho sem termo, conduzindo assim à estabilização das relações laborais. O TC reconheceu que

38 Para aferir da necessidade da medida adotada, são ficcionadas alternativas à mesma que sejam menos restritivas ao interesse que é afetado (neste caso a segurança no emprego) e que permitam atingir o mesmo objetivo. Como refere Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 270: este subprincípio assenta na ideia de que “o cidadão tem direito à menor desvantagem possível”.

39 O que se afere é se existe uma relação equilibrada entre o valor constitucional que é afetado e o objetivo que se pretende atingir.

40 O TC recorreu ao Livro Verde sobre as Relações Laborais 2016, Trabalho, Solidariedade e Segurança Social para justificar esta sua conclusão. Para maior detalhe vide Ac. TC n.º 318/2021, 33.

este tratamento diferenciado confere uma proteção especial aos trabalhadores conferindo uma maior facilidade na sua contratação.

No que diz respeito ao princípio da igualdade⁴¹, o TC entendeu que o período de 180 dias encerra dois momentos distintos: o primeiro diz respeito a 90 dias que já existia e continua a existir para a generalidade dos trabalhadores e que tem como objetivo ambas as partes tomarem conhecimento das condições laborais e assim decidirem se a relação laboral é de manter ou não. O segundo momento diz respeito a um período de 90 dias (introduzido pela Lei n.º 93/2019) destinado a que o trabalhador adquira um mínimo de experiência genérica. Assim, os 90 dias de período experimental acrescidos a partir do novo regime só encontram justificação relativamente aos trabalhadores “que não tenham (que não demonstrem terem) já cumprido um contrato de trabalho a termo para a mesma actividade por 90 dias [...], ainda que com empregador diferente, porque ao fazerem-no – ao estar demonstrado que o fizeram – adquiriram precisamente aquela experiência profissional que justifica, para quem não adquiriu essa experiência, o alargamento do período experimental”⁴². Assim, o TC não encontra uma justificação objetiva para que o tratamento seja igual àqueles que não têm esta experiência.

Em suma: o TC declarou inconstitucional, com força obrigatória geral, o artigo 112.º, n.º 1, al. *b*), subalínea *iii*), ou seja, o período experimental de 180 dias aplicável a trabalhadores à procura de primeiro emprego nas circunstâncias de terem sido anteriormente contratados a termo por um período igual ou superior a 90 dias por outro empregador. Por outras palavras, o TC consagra que o período experimental de 180 dias é aplicável apenas aos trabalhadores à procura de primeiro emprego que nunca tenham sido contratados a termo por um período igual ou superior a 90 dias por outro(s) empregador(es) e aos desempregados de longa duração.

41 A CRP não proíbe todo e qualquer tratamento diferenciado. Proíbe, sim, discriminações negativas que colidem com a igual dignidade da pessoa humana e diferenças de tratamento sem que tenham justificação. Deve ser tratado por igual o que é substancialmente igual e as situações substancialmente desiguais por desigual.

42 Ac. TC n.º 318/2021, 41.

3.3 DECLARAÇÕES DE VOTO

Face à decisão proferida votaram vencidos vários juízes do TC por discordarem da decisão e, em parte ou na totalidade, dos argumentos utilizados pelo TC para a fundamentar⁴³.

De referir que o Conselheiro Fernando Vaz Ventura e a Conselheira Fátima Mata-Mouros votaram vencidos quanto à declaração de não inconstitucionalidade da norma contida no artigo 112.º, n.º 1, al. *b*), subalínea *iii*) do CT na parte em que a norma é aplicável aos trabalhadores que estejam à procura de primeiro emprego e que não tenham sido anteriormente contratados, com termo, por um período igual ou superior 90 dias, por outro(s) empregador(es), acompanhando ambos a declaração de voto do Conselheiro José João Abrantes.

O Conselheiro Manuel da Costa Andrade também votou vencido esta questão.

3.3.1. DECLARAÇÃO DE VOTO – MARIANA CANOTILHO

A Conselheira Mariana Canotilho votou a favor da declaração de inconstitucionalidade do artigo 112.º do CT e considerou que a decisão do TC peca por defeito. Defendeu que a CRP não é um território neutro, assumiu uma posição favorável aos trabalhadores, sendo estes uma das principais categorias mobilizadas no texto da Lei Fundamental, e que as soluções de regulação do mercado, ainda que abstratamente razoáveis, não são aceitáveis.

Considerou que nesta decisão são deixados de fora profissionais com experiência laboral, quer em tarefas indiferenciadas quer em tarefas diferenciadas, embora todas as razões de igualdade apresentadas no acórdão também lhes sejam aplicáveis. A Conselheira deu como exemplo os trabalhadores por conta própria, os prestadores de serviços, os que realizaram estágios profissionais e bolseiros de investigação científica.

⁴³ Uma vez que o presente trabalho se refere apenas ao período experimental teremos em conta apenas os votos de vencido a respeito do mesmo.

Considerou também que existe violação do direito à segurança no emprego no sentido de que a CRP “impõe uma postura proativa no sentido da proteção dos trabalhadores”⁴⁴ ao legislador. Considerou que, no caso, o que existiu foi uma compressão desse direito por parte do legislador. E que, com a entrada em vigor da Lei 93/2019, ocorreu uma substituição de uma forma de precariedade por outra, pois deixou de ser possível contratar a termo estas categorias de trabalhadores. Subscreveu assim a posição dos requerentes quando estes consideram que os trabalhadores em questão ficam particularmente desprotegidos, pois podem ver o seu contrato denunciado sem direito a indemnização nem necessidade de invocação de justa causa.

Na verdade, a juíza considerou que esta medida agrava a precariedade, pois não há lugar à renovação ao invés do que acontece na contratação a prazo, não podendo o trabalhador fazer planos, nomeadamente assumir responsabilidades financeiras, decidir onde viver, escolher a escola dos filhos, pois pode perder o emprego sem justificação e sem indemnização, o que considera ser uma violação flagrante do artigo 53.º, n.º 1 da CRP.

Discordou da ideia de flexissegurança ou precariedade construtiva, pois não crê que daqui resultem ganhos para os trabalhadores. E não concordou que esta precariedade os tornará mais empregáveis.

A juíza criticou aspetos que o TC utilizou para fundamentar a sua decisão, nomeadamente o direito da UE, a utilização de dados estatísticos desatualizados e o acordo obtido em sede de concertação social.

3.3.2. DECLARAÇÃO DE VOTO – JOSÉ JOÃO ABRANTES

O Conselheiro José João Abrantes pugnou pela inconstitucionalidade do artigo 112.º, n.º 1, al. *b*), subalínea *iii*), considerando que cabe ao Estado, no âmbito das suas tarefas fundamentais, nos termos da alínea *d*) do artigo 9.º da CRP, “a promoção do bem-estar e da qualidade de vida do povo e da igualdade real entre os portugueses”, “bem como a efetivação

⁴⁴ Ac. TC n.º 318/2021, 66.

dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais”⁴⁵.

Este juiz entendeu que este alargamento do período experimental deveria ser inconstitucional por violação dos artigos 13.º e 53.º da CRP, pois abrange “apenas determinados grupos de trabalhadores exclusivamente em função da sua situação pessoal”⁴⁶ e prolonga e agrava “desproporcionadamente a precariedade da relação laboral destes trabalhadores”⁴⁷. Embora se vivencie uma crise económica e social, tal não significa que os direitos fundamentais sejam “menos fundamentais”⁴⁸. Antes pelo contrário, o Estado tem de adotar medidas “que previnam o empobrecimento e corrijam as desigualdades sociais”⁴⁹.

Tendo em conta o reconhecimento da desigualdade que existe entre as partes, empregador e trabalhador, é necessário tutelar os direitos do trabalhador, tendo aqui o direito do trabalho o papel de “contrabalançar essa desigualdade”⁵⁰.

Este Conselheiro entendeu que não há “qualquer diferença objetiva entre estes e os demais trabalhadores que justifique a desigualdade de tratamento nela consagrada”⁵¹. Uma vez que estamos perante trabalhadores que exercerão funções não especializadas. Não é evidente que esta característica subjetiva que está em causa “seja sinónimo de lacunas ou insuficiências em termos de experiência profissional”⁵². O trabalhador à procura de primeiro emprego pode ter uma vasta experiência profissional e o grau de afastamento do desempregado de longa duração do mercado não é substancialmente diferente daquele que está desempregado há seis ou nove meses. E, mesmo que se reconheça que existe uma diferença em termos de experiência profissional face aos demais trabalhadores, esta é atenuada pelo facto de estar em causa

45 Ac. TC n.º 318/2021, 69.

46 Ac. TC n.º 318/2021, 73.

47 Ac. TC n.º 318/2021, 73.

48 Ac. TC n.º 318/2021, 69.

49 Ac. TC n.º 318/2021, 69.

50 Ac. TC n.º 318/2021, 70.

51 Ac. TC n.º 318/2021, 72.

52 Ac. TC n.º 318/2021, 72.

o exercício de funções indiferenciadas, uma vez que aqueles mais qualificados já estão sujeitos a um período experimental de 180 dias. Assim, este alargamento apenas prolonga a precariedade dos trabalhadores à procura de primeiro emprego e desempregados de longa duração que sejam trabalhadores indiferenciados.

Considerou o juiz que existe uma “dupla discriminação” destes trabalhadores em particular, pois é-lhes imposto um período experimental mais longo apenas em razão da sua situação pessoal e porque aqueles que não sejam mais qualificados ou não tenham especial autonomia técnica face aos restantes, são apenas eles os abrangidos por este alargamento do período experimental.

3.3.3. DECLARAÇÃO DE VOTO – MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA

A juíza declarou que acompanha a fundamentação dada no ponto 2.3.3. do acórdão⁵³ e a alínea *a*) da decisão⁵⁴, embora com dúvidas, na medida em que os 90 dias do período experimental que foram acrescidos pelo novo regime podem ser justificados, quanto aos trabalhadores que já tenham cumprido um contrato de trabalho a termo para a mesma atividade com empregador diferente de forma a garantir “um mínimo de experiência profissional do trabalhador na concreta (ainda que mesma) atividade desempenhada no quadro da relação laboral estabelecida com um concreto novo empregador”⁵⁵.

53 Os 90 dias acrescidos pelo novo regime só podem ser justificados quando os trabalhadores não tenham cumprido um ou vários contratos de trabalho a termo para a mesma atividade por 90 dias, ainda que com empregador diferente. Se o fizeram, adquiriram a experiência profissional que justifica o alargamento do período experimental para aqueles que ainda não adquiriram esta experiência.

54 O TC decidiu declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma contida no artigo 112.º, n.º 1, al. *b*), subalínea *iii*), do Código do Trabalho, na redação introduzida pela Lei n.º 93/20019, de 4 de setembro, na parte que se refere aos trabalhadores que “estejam à procura de primeiro emprego”, quando aplicável a trabalhadores que anteriormente tenham sido contratados, com termo, por um período igual ou superior a 90 dias, por outro(s) empregador(es). Ac. TC n.º 318/2021, p. 65, III-Decisão, 3, alínea *a*).

55 Ac. TC n.º 318/2021, p. 76.

3.3.4. DECLARAÇÃO DE VOTO – ASSUNÇÃO RAIMUNDO

A juíza discordou da decisão do TC pugnando pela não inconstitucionalidade, pois a decisão deixou de fora os desempregados de longa duração na perspectiva da experiência adquirida e não teve em conta a relevância do período experimental para o empregador.

A juíza não concordou com a diferenciação que o TC fez entre os trabalhadores à procura de primeiro emprego que já trabalharam para outros empregadores face aos demais, referindo que aquela não justifica a colocação num patamar diferente e, tratando-se do mesmo empregador, o CT já prevê a possibilidade de redução ou exclusão do mesmo.

Além disso, coloca-se a questão da igualdade em relação aos desempregados de longa duração. Se os trabalhadores que já tenham sido anteriormente contratados a termo por um período igual ou superior a 90 dias por outro(s) empregador(es) já adquiriram a experiência profissional, logo está justificada a diferença de tratamento face àqueles que ainda não a adquiriram, também os desempregados de longa duração já podem ter adquirido esta experiência seja em contratos de trabalho a termo ou sem termo.

4. CONCLUSÃO

O período experimental tem um carácter bilateral, apesar de admitirmos que o empregador goza de uma maior proteção. É justificado nas situações em que tanto o empregador como o trabalhador não têm conhecimento das aptidões e das condições de trabalho, respetivamente. É justamente por causa desta sua finalidade que, em situação alguma, pode o recurso ao período experimental ser utilizado para denunciar o contrato por motivos arbitrários, para substituir uma justificação disciplinar, para mascarar despedimento com base em motivos políticos ou ideológicos ou para aligeirar despedimentos por razões objetivas.

Embora a CRP proíba este tipo de comportamento abusivo, a questão resume-se a uma avaliação casuística por parte do tribunal que decidirá sobre a causa. A prova tem aqui um papel fundamental, cabendo ao trabalhador

demonstrar os factos que deram origem ao despedimento abusivo. A existência de conceitos indeterminados vem dificultar a aplicação do instituto e a verificação de casos em que há abuso de direito.

Consideramos que os argumentos utilizados para justificar o alargamento da duração do período experimental para desempregados de longa duração e trabalhadores à procura de primeiro emprego não configuram motivos bastantes para justificar este aumento. Há que ter em conta quais as funções que o trabalhador vai desempenhar. Além disso, o conceito adotado pelo TC de trabalhador à procura de primeiro emprego (trabalhador que nunca esteve vinculado por um contrato de trabalho sem termo) é um conceito que deve ser revisto, pois um trabalhador pode ter sido contratado várias vezes com contrato de trabalho a termo ou contrato de prestação de serviços, tendo assim uma vasta experiência profissional na função que vai desempenhar.

Desta forma, compreendemos que a inconstitucionalidade atinge o disposto no artigo 112.º, n.º 1, al. *b*), subalínea *iii*), na sua integralidade, tendo por base a convicção de que há a violação do princípio da segurança no emprego e da igualdade. Com efeito, parece-nos que o aumento do período experimental contribui para a precariedade laboral, uma vez que estão em causa trabalhadores que vão desempenhar tarefas indiferenciadas. Assim, ao estarem em causa funções que não são particularmente exigentes, não se compreende este alargamento. Até porque o legislador estabeleceu um período experimental de duração superior para os trabalhadores que exerçam cargos de complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou que pressuponham uma especial qualificação, ou que desempenhem funções de confiança (artigo 112.º, n.º 1, al. *b*), subalíneas *i*) e *ii*) do CT. Além disso, o empregador pode denunciar o contrato sem aviso prévio, invocação de justa causa. E o trabalhador não tem direito a indemnização ou compensação, o que torna a denúncia do contrato mais fácil e barata para o empregador.