

O ALARGAMENTO DO PERÍODO EXPERIMENTAL PARA TRABALHADORES À PROCURA DE PRIMEIRO EMPREGO E DESEMPREGADOS DE LONGA DURAÇÃO. COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 18 DE MAIO DE 2021 (ACÓRDÃO N.º 318/2021).

FRANCISCO BRIOSA E GALA*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Enquadramento. 3. Fundamentação do Acórdão. 4. Comentário.

1. INTRODUÇÃO.

A adoção de medidas legislativas que comprimem ou diminuem a segurança no emprego tem vindo, não raro, a invocar como objetivo a promoção do acesso ao trabalho remunerado por parte dos trabalhadores à procura de primeiro emprego e dos desempregados de longa duração. Assim, o Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de fevereiro¹, determinava a admissibilidade de contratos a termo com «trabalhadores à procura de primeiro emprego», com «desempregados de longa duração» ou «noutas situações previstas em legislação especial de política de emprego» [artigo 41, n.º 1, alínea h)], enquanto *causa própria*². Tal medida legislativa foi justificada pelo objetivo de “absorção de maior volume de emprego, favorecendo os grupos socialmente mais vulneráveis”³. Este preceito foi submetido ao escrutínio do Tribunal Constitucional (também

“Tribunal” ou “TC”) que concluiu pela sua não inconstitucionalidade⁴. A primeira codificação laboral, levada a efeito pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto, manteve aquele motivo no elenco de fundamentos admissíveis para a contratação a termo (cf. art. 129, n.º 3/b), tal como o fez a Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro (cf. art. 140, n.º 4/b). O TC voltaria a debruçar-se sobre a questão no Acórdão 338/2010, de 22 de setembro, concluindo, de novo, no sentido da não inconstitucionalidade da norma⁵. Em 2019, a 15.ª alteração ao Código do Trabalho (“CT”), empreendida pela Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, reabilitou o motivo transitando-o para o quadro do período experimental, onde passa a prever-se uma duração de 180 dias, aplicável aos trabalhadores à procura de primeiro emprego e aos desempregados de longa duração [cf. art. 112, n.º 1, b), subalínea iii)], “em assumida contrapartida da eliminação daqueles motivos de contratação a termo”⁶.

Ainda nesse ano, um grupo de 35 deputados solicitou ao TC a apreciação e a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral dessa norma, invocando a violação do princípio da igualdade e do

* Professor Adjunto Convidado no Instituto Politécnico de Beja. Investigador Doutorando Integrado do CEDIS – Centro de I&D sobre Direito e Sociedade, NOVA School of Law.

¹ Lei da Cessação do Contrato de Trabalho e da Celebração e Caducidade do Contrato a Termo (“LCCT”), diploma que, *inter alia*, instituiu um novo regime do contrato a termo, revogando o Decreto-Lei n.º 781/76, de 28 de outubro.

² Na tipologia proposta por XAVIER, BERNARDO LOBO, *Curso de Direito do Trabalho*, 2.a ed. (Lisboa: Verbo, 1993), p. 469, uma “causa subjetiva” do contrato a termo, acrescentando que “[o]s casos de carácter subjectivo estão desligados da oferta de emprego da empresa e têm a ver com a especial promoção de emprego de certo tipo de desempregados – contratação de trabalhadores à procura do primeiro emprego ou de desempregados de longa duração [art. 41.º, 1, h)] e ainda de substituições temporárias [art. 41.º, 1, a)]”.

³ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de fevereiro.

⁴ Acórdão n.º 581/95, de 31 de outubro (Conselheira Assunção Esteves), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950581.html> [Consult. 30/06/2022].

⁵ Acórdão n.º 338/2010, de 22 de setembro (Conselheiro José Borges Soeiro), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100338.html> [Consult. 30/06/2022].

⁶ MONTEIRO, Luís Miguel, «Anotação ao Artigo 112», *Em Código do Trabalho - Anotado*, AAVV., 13.a ed. (Coimbra: Almedina, 2020), p. 285.

direito à segurança no emprego, consagrados, respetivamente, no art.13 e no art.53 da Constituição da República Portuguesa (“CRP”)⁷. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/2021, de 1 de julho⁸, objeto do presente comentário, concluiu, em sede de fiscalização abstrata, pela inconstitucionalidade da norma contida no art. 112.º, n.º 1, alínea b), subalínea iii), do CT, mas apenas no trecho que se refere aos trabalhadores à procura do 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) empregadores(s)”⁹. Não, porém, relativamente aos demais segmentos da norma.

Por conseguinte, o TC não encontrou qualquer desconformidade constitucional no alargamento de 90 para 180 dias do período experimental aplicável aos «trabalhadores à procura de primeiro emprego» (ressalvado o recorte *supra* mencionado) e aos «trabalhadores desempregados de longa duração».

2. ENQUADRAMENTO.

I. O período experimental corresponde ao tempo inicial de execução do contrato de trabalho, um período que visa possibilitar “às partes ponderar a viabilidade da situação laboral criada e a sua própria vontade, agora já esclarecida por uma experiência real de trabalho”¹⁰. Durante o período experimental, qualquer das partes pode denunciar o contrato de trabalho sem aviso prévio¹¹, sem necessidade de invocação de justa causa e não é devido pagamento a título de indemnização ou compensação (cf. art. 114, n.º 1). Trata-se, portanto, de uma fase do vínculo laboral em que este é “facilmente dissolúvel por qualquer das partes”¹², materializando-se, assim, num período de acentuada precariedade laboral¹³. Até à entrada em vigor da Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, a diferente duração do período experimental fundava-se no critério da natureza das funções ou tarefa a desempenhar^{14/15}. Para os trabalhadores integrantes do chamado “regime geral”, i.e., para os trabalhadores que desempenham funções indiferenciadas, a duração do período experimental situava-se nos 90 dias.

⁷ O pedido de impugnação apresentado ao TC, no âmbito do Processo n.º 897/2019, incluiu um conjunto de normas da Lei n.º 93/2019. O objeto deste comentário circunscreve-se à apreciação constitucional da norma *supra* identificada.

⁸ Acórdão n.º 318/2021, de 1 de julho (Conselheiro José António Teles Pereira), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210318.html> [Consult. 30/06/2022].

⁹ Acórdão 318/2021 [ponto 3, alínea a)].

¹⁰ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito do Trabalho II - Direito individual*, (Coimbra: Almedina, 2019), p. 341. Também: FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, *Direito do Trabalho*, 21.a ed. (Coimbra: Almedina, 2022), pp. 276-277: “O contrato de trabalho é celebrado em contexto de grande indeterminação. Quanto a ambas as partes, só o desenvolvimento factual da relação de trabalho pode esclarecer, com alguma nitidez, a compatibilidade do contrato com os respectivos interesses, conveniências ou necessidades. Daí que a lei considere, justamente, experimental o período inicial da execução do contrato de trabalho (art. 111º/1 CT)”; CORREIRA, MIGUEL JOSÉ PUPO, «Da Experiência no Contrato de Trabalho», *Boletim da Faculdade de Direito*, 1971, p. 152: “Ao celebrarem um contrato de trabalho, a entidade patronal e o trabalhador não se encontram, normalmente, na posse de elementos que lhes permitam formar um juízo fundamentado sobre as recíprocas qualidades e capacidades, o que determina um estado de insegurança acerca da conveniência de se vincularem definitivamente, que só poderá ser desfeito através de uma mútua experiência que lhes proporcione o conhecimento prático dos elementos necessários para a formulação desse juízo de valor”.

¹¹ Exceção feita para o empregador, nos termos do art. 114, n.º 2 e 3, respetivamente para o caso em que o período experimental tenha durado mais de 60 dias (aviso prévio de sete dias) e para o caso em que o período experimental tenha durado mais de 120 dias (aviso prévio de 15 dias). No entanto, nos termos do n.º 4 do mesmo preceito, o não cumprimento, total ou parcial, do período de aviso prévio apenas determina o pagamento da retribuição correspondente ao aviso prévio em falta.

¹² AMADO, JOÃO LEAL, *Contrato de Trabalho - Noções Básicas*, 3.a ed. (Coimbra: Almedina, 2019), p. 167.

¹³ Sobre o enquadramento e caracterização do período experimental: MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito do Trabalho*, 10.a ed. (Coimbra: Almedina, 2022), pp. 458-468; FERNANDES, *Direito do Trabalho*, pp. 276-282; LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito do Trabalho*, 7.a ed. (Coimbra: Almedina, 2021), pp. 266-272; AMADO, *Contrato de Trabalho*, pp. 167-174; RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II - Situações Laborais Individuais*, 8.a ed. (Coimbra: Almedina, 2021), pp. 220-236; MONTEIRO, LUÍS MIGUEL, «Anotações aos art. 111-114», Em *Código do Trabalho - Anotado*, AAVV., 13.a ed. (Coimbra: Almedina, 2020); CORDEIRO, *Direito do Trabalho II*, pp. 341 e ss.; ALMEIDA, TATIANA GUERRA DE, *Do período experimental no contrato de trabalho*, (Coimbra: Almedina, 2007); GOMES, JÚLIO VIEIRA, *Direito do Trabalho*, vol. I (Coimbra: Coimbra Editora, 2007), pp. 486-498; GOMES, MARIA IRENE, «Calcorreando o período experimental ou período de prova», Em *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais I*, ed. AAVV., (Coimbra: Coimbra Editora, 2014), pp. 349-365. Em momento anterior à primeira codificação laboral, v. VENTURA, RAÚL, «O Período de Experiência nos Contratos de Trabalho», *O Direito*, vol. 4 (1961), pp. 247-280; CORREIRA, «Da Experiência no Contrato de Trabalho».

¹⁴ Deixando de lado a norma aqui em apreço [art. 112, n.º 1, b), subalínea iii)], nos termos do artigo 112, n.º 1, a duração do período experimental no contrato de trabalho por tempo indeterminado tem a seguinte duração: a) 90 dias para a generalidade dos trabalhadores; b) 180 dias para trabalhadores que: (i) exerçam cargos de complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou que pressuponham uma especial qualificação; ii) trabalhadores que desempenhem funções de confiança; c) 240 dias para trabalhador que exerça cargo de direção ou quadro superior.

¹⁵ Assim como na diferente natureza do vínculo, se um contrato por tempo indeterminado, se um contrato a termo (neste caso, cf. art. 112, n.º 2). Note-se, contudo, que, na vigência da LCCT, a diferente duração do período experimental dependeu, ainda, em certo momento, da dimensão da empresa. Sobre a questão, na jurisprudência, v. Acórdão n.º 64/91, de 4 de abril de 1991 (Conselheiro Ribeiro Mendes), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910064.html> [Consult. 30/06/2022], que não considerou existir inconstitucional material na norma que possibilitava a existência de períodos experimentais diferentes em função da dimensão da empresa, embora tenha declarado a inconstitucionalidade formal de todas as normas do Decreto 302/V, da Assembleia da República, por violação dos artigos 54, n.º 2/d e 56, n.º 2/a da CRP; na doutrina, v., criticamente, GOMES, JÚLIO VIEIRA, «Do uso e abuso do período experimental», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.o 1-2 (2000), pp. 64-66.

A Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, alterou este *statu quo* ao proceder a uma equiparação – para efeitos da duração do período experimental – entre trabalhadores que exercem cargos de elevada complexidade técnica e um universo de trabalhadores que exercem funções indiferenciadas, a saber: (i) trabalhadores que estejam à procura de primeiro emprego; (ii) desempregados de longa duração. Fê-lo, numa lógica de compensação, subtraindo estas mesmas categorias ao elenco de motivos que permite a contratação a termo¹⁶. Assim, com a entrada em vigor da Lei n.º 93/2019, os trabalhadores admitidos para o exercício de funções indiferenciadas passaram a ser objeto de uma distinção em matéria de duração do período experimental, olhando à sua condição perante o mercado de trabalho: trabalhadores à procura de primeiro emprego ou desempregados de longa duração passam a ter um período experimental de 180 dias, sem prejuízo da possibilidade de redução da sua duração por IRCT ou por acordo escrito das partes (cf. art. 112, n.º 5) ou até mesmo da sua exclusão por acordo escrito das partes (cf. art. 111, n.º 3). Por outro lado, prévios vínculos contratuais entre o trabalhador e o mesmo empregador¹⁷, para quem aquele executou “funções sobreponíveis ao objeto do contrato de trabalho”¹⁸, implicam a redução ou a exclusão do mesmo, consoante a sua duração (cf. art. 112, n.º 4)¹⁹. II. A previsão legal de um período de «experiência» ou de «prova» no contrato de trabalho não mereceu, até hoje, qualquer censura constitucional²⁰. O mesmo não sucedeu relativamente ao “movimento de constante expansão” quanto à fixação da sua duração²¹. Com efeito, o TC já foi, por mais do que uma vez, chamado a pronunciar-se sobre o alargamento da duração do período experimental²². No Acórdão 632/2008, sindicou-se, precisamente,

a fixação em 180 dias para os trabalhadores que exerçam funções indiferenciadas, tendo o aresto concluído pela inconstitucionalidade da norma: “Assim, não sendo patente a insuficiência dos prazos em vigor, e não se encontrando nos antecedentes atrás citados qualquer justificação para a alteração que o decreto visa alcançar, tudo indica que a medida que se contém na norma questionada – no que se refere aos trabalhadores indiferenciados – se não compatibiliza com o teste da necessidade ou da exigibilidade, a que estão subordinadas todas as normas infraconstitucionais que restrinjam direitos fundamentais. Com efeito, o eventual incremento marginal de eficácia que decorreria do alargamento do período experimental não tem, por si só, virtualidade para justificar que esse alargamento se faça de 90 para 180 dias para os trabalhadores não especializados, equiparando-os para esse efeito aos trabalhadores especializados. Por este motivo, há que concluir que o legislador não protegeu como devia, face ao disposto nos artigos 53.º e 18.º, n.º 2, da Constituição, os trabalhadores indiferenciados de situações injustificadas de precariedade do emprego. Pelos motivos expostos, o Tribunal pronuncia-se pela inconstitucionalidade, por violação disposto nos artigos 53.º e 18.º, n.º 2, da Constituição, da norma contida na alínea a) do n.º 1 do artigo 112.º do Código do Trabalho, na revisão aprovada pelo Decreto n.º 255/X da Assembleia da República, quando aplicada aos trabalhadores que exercem trabalho indiferenciado”²³.

Terá sido a condição do trabalhador perante o mercado de trabalho justificação suficiente para uma alteração de sentido na jurisprudência constitucional? Vejamos o que diz o acórdão em análise.

¹⁶ Assinala o aspeto, por exemplo, RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II*, p. 225. Com efeito, a Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, procedeu em simultâneo à alteração ao art. 140, n.º 4, alínea b) do CT, apenas permitindo a contratação a termo, ao abrigo desta alínea, no caso de contratação de trabalhador em situação de desemprego de muito longa duração. Para uma perspetiva sobre as alterações ao Código do Trabalho levadas a cabo pela Lei n.º 93/2019, v., entre outros, REIS, JOÃO, «Reforma de 2019: algumas observações», *Questões Laborais*, n.º 55 (2019), pp. 17-39; em específico quanto às implicações em matéria do regime jurídico do contrato de trabalho a termo, VICENTE, JOANA NUNES, «A Lei n.º 93/2019, de 4/9 e a revisão do regime jurídico do contrato de trabalho a termo», *Questões Laborais*, n.º 55 (2019), pp. 105-124; QUINTAS, PAULA, «O novo regime do contrato a termo após as alterações introduzidas pelas Leis nos 90/2019 e 93/2019, de 04 de setembro», *Questões Laborais*, n.º 56 (2020), pp. 53-79. De referir que o Programa do XXI Governo Constitucional previa “a revogação da norma do Código do Trabalho que permite a contratação a prazo para postos de trabalho permanentes de jovens à procura de primeiro emprego e desempregados de longa duração, e avaliar novos mecanismos de aumento da sua empregabilidade” – cf. <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc21/governo/programa-do-governo>, p. 24 [Consult. 30/06/2022].

¹⁷ Incluindo, após a alteração efetuada pela Lei n.º 93/2019, o período “de estágio profissional para a mesma atividade” (cf. art. 112, n.º 4).

¹⁸ A expressão é do Acórdão 318/2021 (ponto 2.3.3).

¹⁹ Para MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, p. 465, “[e]ste regime pressupõe a existência de continuidade, porquanto em caso de interregno deixa de se justificar a sua aplicação”. Em sentido próximo, MONTEIRO, «Anotação ao Artigo 112», pp. 291-292, “exigindo para o preenchimento da respetiva previsão e em acréscimo aos demais requisitos, a ausência de hiato temporal entre sucessivas relações contratuais”.

²⁰ “Como o Tribunal já disse (Acórdão n.º 64/91), a existência de um período experimental, assim configurado com os seus elementos essenciais, não merece qualquer censura constitucional. (...) É legítimo que se entenda que relações como estas, longas e duradouras, necessitem – e em princípio para benefício de ambas as partes – de uma via de respiração, conferida pela previsão legal de um tempo durante o qual tanto o trabalhador quanto o empregador se possam livremente desvincular de um compromisso que, no seu entendimento, se não antevê viável” – Acórdão n.º 632/2008, de 23 de dezembro de 2008 (Conselheira Maria Lúcia Amaral) disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/632-2008-396925> [Consult. 30/06/2022] (ponto 10).

²¹ A expressão é de GOMES, «Do uso e abuso», p. 49.

²² Cf. Acórdão TC n.º 64/91, de 4 de abril e Acórdão 632/2008, ambos já citados.

²³ Cf. Acórdão 632/2008, em decisão unânime (ponto 13 e decisão).

3. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO.

“2.2. (...) Importa, pois, considerar os argumentos dos requerentes, determinando: (i) se há uma restrição de direito consagrado na Constituição; (ii) em caso afirmativo, se essa restrição respeita o princípio da proporcionalidade; e, por fim, (iii) se ocorre violação do princípio da igualdade”²⁴.

Vejamos a fundamentação expendida pelo TC, acompanhando a estrutura do próprio aresto.

PONTO (I) – SE HÁ UMA RESTRIÇÃO DE DIREITO CONSAGRADO NA CONSTITUIÇÃO

I. O TC começa por sublinhar que a garantia dos trabalhadores à segurança no emprego (art. 53 CRP), no plano sistemático, abre o catálogo constitucional dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, discorrendo sobre a importância do bem constitucionalmente protegido²⁵.

Seguindo o curso de um acervo jurisprudencial já firmado, o Tribunal analisa, de seguida, o âmbito de proteção da norma, identificando uma primeira estrutura subjetiva, “que se traduz no direito a não ser privado arbitrariamente do emprego que se obteve”, e uma outra estrutura subjetiva que “pode ser genericamente enunciada como “[...] um direito à possível estabilidade do emprego que se procurou e obteve”²⁶.

Se a violação da primeira estrutura subjetiva pode resultar tanto da previsão de fundamentos inadequados para o despedimento, quanto da previsão de regras que não garantam uma adequada proteção da posição do trabalhador perante a invocação de fundamentos adequados²⁷, a violação da segunda vertente subjetiva pode resultar da previsão de situações injustificadas de precariedade laboral.

II. Pese embora a existência de uma natureza formalmente bilateral no período

experimental, o facto de durante esta fase inicial da execução do contrato de trabalho ser conferida uma faculdade de desvinculação em termos particularmente amplos, tanto ao empregador, quanto ao trabalhador, e bem sabido que, no nosso direito, após o período experimental, o trabalhador pode fazer cessar o contrato de trabalho mediante aviso prévio mas sem necessidade de invocar justa causa, enquanto o empregador se encontra “constrito pelo princípio do despedimento causal”²⁸, esta ideia simétrica de bilateralidade acaba por ser marcada por um certo romantismo bucólico: a existência do período experimental – na *law in action* – torna-se especialmente interessante para o empregador²⁹.

Pelo que, «[n]esta medida, é sustentável que se alegue que qualquer aumento de duração desse mesmo período se traduzirá em benefício para a entidade patronal e em correspondente “compressão” dos interesses dos trabalhadores»³⁰.

III. Com base nesta parametrização, o TC conclui que a norma em causa, ao estender o período experimental, *afeta substancialmente o direito à segurança no emprego*, traduzindo-se numa compressão do bem jurídico protegido pelo art. 53 da CRP, na sua dupla estrutura subjetiva, inserindo-se, portanto, na categoria de normas que a jurisprudência constitucional qualifica como restritivas de direitos, liberdades e garantias.

PONTO (II) – EM CASO AFIRMATIVO, SE ESSA RESTRIÇÃO RESPEITA O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

I. Tratando-se, portanto, de norma infraconstitucional restritiva de direitos fundamentais, e, bem sabido, que o poder de restrição do legislador é “um poder vinculado, de modo que a sua concessão não coloca os direitos fundamentais à mercê do legislador”³¹, o TC analisa se essa restrição respeita o princípio da proporcionalidade, “o núcleo central dos requisitos materiais exigidos às restrições aos direitos

²⁴ Acórdão 318/2021.

²⁵ Sobre a questão, notando que foi “a primeira revisão constitucional (LC n.º 1/82) que reuniu em capítulo próprio e transferiu para o título dos «direitos, liberdades e garantias» este conjunto de **direitos próprios dos trabalhadores** (arts. 53.º a 57.º), os quais, originariamente, encontravam-se sediados entre os «direitos, económicos, sociais e culturais» – v. CANOTILHO, J.J. GOMES; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., vol. I (Coimbra: Coimbra Editora, 2006), anotações ao art. 53 (pp. 704-713).

²⁶ Acórdão 318/2021 (ponto 2.2.1), com citação do Acórdão 632/2008.

²⁷ V., por exemplo, o já citado Acórdão n.º 338/2010, que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do art. 356, n.º 1, do CT, por violação do art. 32, n.º 10, conjugado com o art. 53 (a norma declarada inconstitucional eliminava a obrigatoriedade da instrução em processo disciplinar para despedimento).

²⁸ ROUXINOL, MILENA, «A Lei n.º 93/2019, de 4/09, e o alargamento da duração do período experimental», *Questões Laborais*, n.º 55 (2019), p. 64.

²⁹ “Quanto a nós, o período experimental serve os interesses tanto do empregador, como do trabalhador, mas não os serve na mesma medida. Efectivamente, ainda que haja muito do ambiente de trabalho que só possa ser apreendido pelo trabalhador quando este começa a realizar a sua prestação, a circunstância de que o trabalhador pode sempre rescindir o contrato com aviso prévio independentemente de qualquer justa causa significa que o perigo de ficar vinculado a um contrato indesejável é muito menor do que a idêntica situação para a entidade patronal” – as palavras são de GOMES, «Do uso e abuso», p. 40. Neste sentido, v., também, LEITÃO, *Direito do Trabalho*, p. 267; AMADO, *Contrato de Trabalho*, p. 168; ROUXINOL, «A Lei n.º 93/2019», pp. 64-65.

³⁰ Acórdão 632/2008 (ponto 10).

³¹ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª ed. (Coimbra: Almedina, 2019), p. 278.

fundamentais³², desdobrando-o analiticamente no teste da adequação, no teste da necessidade e no teste da proporcionalidade em sentido estrito. II. A verificação da idoneidade ou aptidão concentra-se na relação entre a medida e o fim a que se destina, significando que a medida deve ser apta a realizar o fim visado³³. O TC identifica o fim visado pelo legislador como “a promoção da contratação sem termo daqueles que procuram o primeiro emprego e dos desempregados de longa duração, atuando sobre as condições presentes no mercado de trabalho”³⁴.

A prognose realizada pelo legislador é que a medida levará a uma diminuição da resistência dos empregadores à contratação sem termo desta categoria de trabalhadores, incentivando, portanto, a sua contratação – uma certa ideia de “precariedade construtiva”³⁵, diminuindo a segmentação do mercado de trabalho e reconduzindo a contratação a termo resolutivo ao seu escopo legal³⁶. No controlo da aptidão da medida, o TC começa por assinalar não dispor de condições epistémicas “que lhe permitam infirmar a avaliação efetuada pelo legislador”, para logo de seguida considerar a medida como “racionalmente fundada”, num juízo de mera plausibilidade quanto à «aptidão para “puxar”, no acesso ao mercado laboral, trabalhadores à procura de primeiro emprego e desempregados de longa duração para a esfera da contratação sem termo, com impacto positivo na política de emprego pretendida implementar. (...) 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. O Tribunal Constitucional, na esteira de anteriores pronúncias e com inspiração na doutrina germânica e jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, afere, portanto, a aptidão “não no sentido de uma exigência que só se considera

cumprida quando o meio realiza integral ou plenamente o fim visado, mas bastando-se, antes, com uma aproximação sensível, ainda que parcelar, do fim pretendido”³⁸, só invalidando liminarmente a medida por inidoneidade “quando os seus efeitos sejam ou venham a revelar-se indiferentes, inócuos ou até negativos tomando como referência a aproximação do fim prosseguido com a restrição”³⁹. Não considerando ser o caso, passa para o teste da necessidade. III. No teste da necessidade (princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo), e seguindo a formulação empregue no Ac. 1182/96, é equacionado se o legislador disporia de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato, partindo do entendimento que “[...] não é comandada [na aferição de necessidade] a adoção do meio disponível menos interferente [...]. Prescreve-se apenas que seja a menos interferente entre as alternativas capazes de atingir o fim que o legislador elegeu, com a intensidade por ele pretendida” solução esta que decorre “[...] do imperativo de preservar a liberdade de conformação do legislador”⁴⁰. É importante sublinhar esta premissa, ou, por outras palavras, este ponto de partida analítico-metodológico. É que o Tribunal, ao não admitir alternativas de restrição em que varie o grau de eficiência na realização do fim, mesmo que com ganhos no grau da restrição, tornando-a menos onerosa para os destinatários, acaba por reduzir a aplicabilidade deste controlo aos casos reconduzíveis a uma comparação objetiva entre meios com igual intensidade na realização do fim visado pelo legislador. Com esta latitude, o teste da necessidade só invalidaria a medida se fosse possível apresentar um outro meio com igual aptidão, mas que suavizasse a restrição. Ora, isso implica relegar para o teste da proporcionalidade em sentido estrito (ou «justa medida») a “avaliação de praticamente todos os casos difíceis, com o que não resolve o problema, mas apenas o adia e com a desvantagem suplementar de obscurecimento do posterior controlo de proporcionalidade”⁴¹.

³² NOVAIS, JORGE REIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, (Coimbra: Coimbra Editora, 2014), p. 162.

³³ Sigo a terminologia de NOVAIS, JORGE REIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, (Coimbra: Coimbra Editora, 2003), p. 737, nota 1315.

³⁴ Acórdão 318/2021 (ponto 2.2.4.1).

³⁵ A expressão é da Conselheira Mariana Canotilho, no seu voto de vencido (alínea d). Não deixa de poder ver-se aqui o retomar de uma linha de fundamentação essencialmente consequencialista/utilitarista que mereceu a crítica acutilante do Conselheiro Joaquim Sousa Ribeiro (voto de vencido no Acórdão 338/2010), que aqui cito: “Admitamos que assim é, no plano do cálculo pessoal de utilidades de cada trabalhador forçado a optar, dentro da alternativa descrita [mais vale um emprego precário do que emprego nenhum]. Mas o utilitarismo das preferências individuais ou de um grupo social não pode servir de critério de valoração *normativa*, muito menos de um juízo de validade constitucional. O confronto a estabelecer não é entre duas situações factuais, para atribuir mais-valia à menos gravosa (o menor dos males), ainda que ela não corresponda à que o trabalhador teria direito, segundo o programa constitucional” (ponto 1.2).

³⁶ Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 136/XIII, p. 6.

³⁷ Acórdão 318/2021 (todas as citações deste parágrafo são do ponto 2.2.4.1).

³⁸ NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 738.

³⁹ *Ibid.*, p. 738.

⁴⁰ Acórdão 318/2021 (todas as citações deste parágrafo são do ponto 2.2.4.2).

⁴¹ NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 748, desenvolvendo, em seguida, pp. 750-751: “É que uma coisa é, como fazemos, concluir, dada a frequência com que as alternativas restritivas disponíveis nos surgem com diferentes graus de aptidão para atingir um fim, que o controlo de indispensabilidade não pode prescindir de juízos de valoração e ponderação e outra, que recusamos, é, com base no mesmo pressuposto de facto, abdicar, à partida, de qualquer controlo de indispensabilidade sempre que há diferenças de eficácia, remetendo tudo para um controlo de proporcionalidade onde desaparecem quaisquer referências à eventual desnecessidade da medida restritiva escolhida pelo legislador. Com efeito, em termos conceptuais, princípio da indispensabilidade e princípio da proporcionalidade (em sentido restrito) partem de perspectivas distintas. Enquanto que, como se disse, o critério de indispensabilidade se baseia numa comparação e opção

Esta opção distancia-se daquela tomada no Ac. 632/2008, onde o alargamento do período experimental é invalidado precisamente no controlo da necessidade, entendido aqui de uma forma mais abrangente, convocando-se a análise “do modo pelo qual a restrição legislativa de um direito procede à necessária realização da tarefa de concordância prática entre bens ou interesses conflituantes”⁴². Em seguida, o TC dá-se conta das condicionantes constitucionais que cerceiam o espaço de ação do legislador. Com efeito, encontra-se *in casu* bastante limitado, «restando-lhe pouco mais do que introduzir, na “equação decisória” dos empregadores, pequenos incentivos – *nudges*, no sentido em que a expressão é empregue na ciência comportamental – que aportem a esse processo decisório algum tipo de modelação dos comportamentos, induzindo, na sua agregação, um efeito geral antagonista das fortes tendências estruturais de precarização do vínculo contratual, presentes no nosso mercado laboral»⁴³. Já no quadro da ponderação de alternativas, e com os apertados limites expostos *supra*, o Tribunal considerou – como alternativa – a permanência do *statu quo* ante expressa na contratação a termo das mesmas categorias de trabalhadores. Contendo as exigências de controlo em face de falta de “elementos objetivos seguros aptos a afastar o juízo de prognose do legislador”, nota, contudo, que esse juízo “se afigura, todavia, razoavelmente intuitivo –, no sentido de que (apesar do risco, anunciado pelos requerentes, de ocultação de contratos a prazo com vestes de período experimental) os potenciais benefícios para as categorias de trabalhadores em causa serem superiores aos da contratação a termo, quanto à constituição [definitiva, para lá do período experimental] de um contrato de trabalho sem termo”⁴⁴. Não deixa, no entanto, de assinalar que o problema poderia, ainda, ser perspectivado de outro ponto de vista: o de combater a contratação precária “pela mera proibição da contratação a termo com esse fundamento”⁴⁵, para logo em

seguida concluir que “[i]odavia, não se mostra seguro – ou sequer provável – que daí adviesse o benefício de assegurar contratações por tempo indeterminado, já que, agindo em ambiente de mercado, muitos empregadores poderiam optar, nessas condições, por não contratar ou contratar menos pessoas, ou pura e simplesmente, sendo essa a escala de opções disponíveis, por deslocalizar empresas”⁴⁶. Face ao que conclui, assim, que não eram configuráveis, com segurança, soluções menos restritivas que tutelassem o fim visado pelo legislador com a intensidade por ele pretendida, considerando, portanto, satisfeito o teste da necessidade. IV. O teste da proporcionalidade em sentido estrito leva-nos para o plano do balanceamento entre, de um lado, a importância ou premência do fim que se pretende prosseguir com a medida adotada e, do outro, o grau de afetação ou sacrifício que resulta, em consequência, no bem protegido de direito fundamental⁴⁷ – ou seja, “na proporcionalidade faz-se necessariamente uma valoração de duas grandezas ou termos da relação em causa, apreciando-se a gravidade da restrição em associação com a importância e imperatividade das razões que a justificam”⁴⁸. Pelo que, como nota Jorge Reis Novais, “a observância ou a violação do princípio da proporcionalidade dependerão da verificação da medida em que essa relação é avaliada como sendo justa, adequada, razoável, proporcional, ou, noutra perspetiva, e dependendo da intensidade e sentido atribuídos ao controlo, da medida em que ela não é excessiva, desproporcionada, desrazoável”⁴⁹. Também aqui, doutrina e jurisprudência têm, geralmente, seguido um critério geral de defensabilidade, considerando a medida restritiva inconstitucional apenas quando a mesma é desproporcionada, desrazoável, excessiva – ou seja, apenas quando constitua uma violação clara do princípio⁵⁰.

entre meios condicionada pela comparação dos respetivos efeitos restritivos, já o controlo de proporcionalidade se baseia, essencialmente, numa relação entre meio-fim ou, mais precisamente, numa relação de adequação ou inadequação entre o agravo produzido na esfera do(s) particular(es) afectado(s) com a restrição e o fim que justifica essa restrição ou o benefício que ela pretende proporcionar (...). O autor refere, ainda, outro plano de diferenciação das várias fases do princípio da proibição do excesso: “É certo que, nos controlos que previnem ou reprimem o excesso, a relação entre meio e fim própria do controlo da proporcionalidade releva, essencialmente, de uma dimensão material, valorativa e não já meramente empírica como acontece nos controlos de idoneidade e indispensabilidade, pelo menos nas formas mais estilizadas de aplicação destes princípios” (p. 755). Sobre a questão, v., também, ALEXY, ROBERT, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trans.

Virgílio Afonso Silva, (São Paulo: Malheiros Editores, 2008), pp. 116 e ss.

⁴² Acórdão 632/2008 (ponto 13).

⁴³ Acórdão 318/2021 (ponto 2.2.4.2).

⁴⁴ Acórdão 318/2021 (todas as citações deste parágrafo são do ponto 2.2.4.2).

⁴⁵ ROUXINOL, «A Lei n.º 93/2019», p. 81.

⁴⁶ Acórdão 318/2021 (ponto 2.2.4.2).

⁴⁷ NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, pp. 752-753.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 755.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 753.

⁵⁰ Cf. ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição*, pp. 285-286; NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 759.

O Tribunal assinala que: (i) a precariedade das relações laborais é um problema efetivo do nosso mercado de trabalho; (ii) tendo em conta os motivos associados ao deferimento das prestações de desemprego pela segurança social, a caducidade do contrato a termo representa a principal causa do desemprego em Portugal, enquanto a denúncia durante o período experimental tem muito menor expressão⁵¹; (iii) é recorrentemente sinalizada uma baixa taxa de conversão de contratos a termo em contratos sem termo, o que demonstra o insucesso efetivo dos propósitos legislativos de fazer dos contratos a termo “uma porta de entrada para posições permanentes”; (iv) é uma evidência o problema da captura das categorias de trabalhadores em causa pela contratação a termo, “postulando-se, na projeção de um quadro distinto deste, a adoção de medidas mais expressivas, expectavelmente aptas a propiciar algum tipo de saída desse círculo vicioso”⁵².

Aqui chegado, o Tribunal adianta o seu juízo de valorização: “[a]ssim, vários fatores contribuem para a conclusão de que o balanceamento desta medida deve considerar-se equilibrado – juízo que desde já se adianta –, não sendo o peso de cada uma, mas antes a singular expressão do conjunto, o desejável efeito perceptível pela agregação, que ampara a conclusão”⁵³.

Relativamente à inflexão decisória face ao Ac. 632/2008, é argumentado, apenas, que há um claro *distinguo* nos planos de discussão apreciados nos autos: no presente processo não se trata de apreciar a generalização do alargamento do período experimental, “mas antes o da introdução de um incentivo à contratação sem termo, especificamente desenhado para certas categorias de trabalhadores”⁵⁴. Nessa linha, o Tribunal debruça-se sobre as “escolhas por defeito”, a “força silenciosa da inércia”, fenómeno estudado na ciência comportamental enquanto

fator de funcionamento de um incentivo (*nudge*) na formação de uma “arquitetura de escolha” valiosa. Aplicado ao caso concreto, “a mera circunstância de o empregador se ver obrigado a agir para provocar a cessação do contrato no fim do período experimental, gera um ambiente decisório tendencialmente favorável à respetiva manutenção”, ou seja, a expectativa de que a *força da inércia* levará à mutação automática num vínculo permanente, pela ausência de denúncia durante o período experimental⁵⁵.

O Tribunal invoca, ainda, outros dois argumentos: primeiro, o acordo obtido em sede de concertação social – “no sentido em que este revela um concurso de vontades assente numa comunhão de expectativas dos parceiros sociais”⁵⁶ –, mas, tal como evidenciado no voto de vencido da Conselheira Mariana Canotilho, o que “nada garante em termos da conformidade constitucional”⁵⁷; depois, o direito europeu – “enquanto argumento de referenciação” –, embora, nesta matéria, do direito europeu decorram apenas *standards mínimos comuns*, de resto como é reconhecido na própria decisão⁵⁸.

Conclui, em seguida, que “recordando a intensidade e carência de medidas da situação de facto que determinou a opção legislativa (precarização da situação do trabalhador por excessivo recurso ao contrato a termo) – a medida em causa não se mostra desequilibrada, muito menos desproporcionada, face à contrapartida que envolve de potencial aumento das possibilidades de estabilização das relações laborais mediante contrato sem termo. Vale o exposto por dizer que a norma satisfaz o terceiro e derradeiro teste de proporcionalidade – não se verifica, pois, numa detetável relação de compressão com o direito previsto no artigo 53.º da CRP, a invocada violação do princípio da proporcionalidade”⁵⁹.

⁵¹ Para uma contestação deste argumento, v. AMADO, JOÃO LEAL; MILENA ROUXINOL, «Sobre a (des)conformidade constitucional do alargamento do período experimental pela Lei n.º 93/2019 - um olhar sobre o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/2021», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 4030 (2021), p. 41.

⁵² Acórdão 318/2021 (Todas as citações deste parágrafo são do ponto 2.2.4.3).

⁵³ Acórdão 318/2021 (Todas as citações deste parágrafo são do ponto 2.2.4.3).

⁵⁴ Acórdão 318/2021 (Todas as citações deste parágrafo são do ponto 2.2.4.3).

⁵⁵ Olhando a uma perspetiva comportamental, o TC qualifica como “central” a diferença existente entre o quadro do período experimental e o regime da contratação a termo. Embora se reconheça que as situações não são idênticas, parece poder haver aqui alguma amplificação das diferenças existentes, atendendo, nomeadamente, a diversos aspetos do regime da contratação a termo – sobre a questão, deste ponto de vista, v. AMADO E ROUXINOL, «Sobre a (des)conformidade constitucional», pp. 42-43.

⁵⁶ Acórdão 318/2021 (ponto 2.2.4.3). Argumento expressamente referenciado pelo Presidente da República, aquando da promulgação da Lei n.º 93/2019 [“Tendo em consideração a amplitude do acordo tripartido de concertação social, que antecedeu e está subjacente ao presente diploma, tendo reunido seis membros em sete (...)” – cf. “Presidente da República promulga dois diplomas da Assembleia da República”, *Sítio Oficial de Informação da Presidência da República Portuguesa*, 19 de agosto de 2019, disponível em <https://www.presidencia.pt/atualidade/toda-a-atualidade/2019/08/presidente-da-republica-promulga-dois-diplomas-da-assembleia-da-republica-19-08-2019/> [Consult. 30/06/2022].

⁵⁷ Voto de vencido da Conselheira Mariana Canotilho (alínea h).

⁵⁸ Acórdão 318/2021 (ponto 2.2.4.3.1).

⁵⁹ Acórdão 318/2021 (ponto 2.2.4.3.1).

PONTO (III) – SE OCORRE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.

I. No acórdão começa por ser observado que o sentido e o alcance do princípio da igualdade, enquanto proibição do arbítrio e da discriminação, é uma orientação bem consolidada na jurisprudência constitucional, significando que a lei constitucional não proíbe o estabelecimento de distinções, proíbe sim as “diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objetivo, constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação; ou seja: as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas, como são as indicadas, exemplificativamente, no n.º 2 do artigo 13.º⁶⁰.

II. O Tribunal segue, então, com a definição dos termos a comparar: as categorias de trabalhadores que a norma visou (os que procuram o primeiro emprego e os desempregados de longa duração) *versus* a generalidade dos trabalhadores indiferenciados ou não especializados.

III. Na aplicação do princípio da igualdade como *princípio negativo de controlo*⁶¹, e com um desenvolvimento argumentativo abreviado, a doutrina do acórdão é a seguinte: a “carência de proteção e a aptidão da norma para conferir proteção constituem, pois, fundamentos para concluir que, no caso, o tratamento diferenciado não é arbitrário ou injustificado, encontrando justificação suficiente⁶².

IV. Não obstante esta conclusão geral, o Tribunal considera necessária uma análise particular quanto à aplicação da norma à categoria «trabalhador à procura de primeiro emprego», quando se trate de “trabalhadores que anteriormente tenham sido contratados, com termo, por outros empregadores”. Com efeito, como vimos *supra*, o art. 112, n.º 4, do CT, decreta a redução ou exclusão do período experimental na exata medida de anteriores vínculos contratuais com idêntico conteúdo funcional entre o trabalhador e o *mesmo*

empregador. Ora, face ao âmbito de aplicação da norma, limitado a relações estabelecidas entre o trabalhador e o *mesmo empregador*, o Tribunal levanta a questão relativa a eventuais contratações a termo iguais ou idênticas no seu objeto mas com *outros empregadores*, no sentido de saber se esta categoria de trabalhadores reclama ou não um tratamento diferenciado, face àqueles que não contam com igual experiência profissional.

Logo após, o Tribunal distingue dois elementos (dois prazos de 90 dias) no prazo de 180 dias de duração do período experimental: o que já existia e que “serve para as partes se conhecerem e formarem um juízo sobre as condições para uma relação contratual por tempo indeterminado”; o prazo acrescentado pela Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, que se destina “a garantir um mínimo de experiência profissional genérica do trabalhador”, referindo o Tribunal que estes últimos 90 dias “só encontram justificação relativamente aos trabalhadores que não tenham (que não demonstrem ter) já cumprido um contrato de trabalho a termo para a mesma atividade por 90 dias (ou, por maioria de razão, vários contratos ou um contrato por tempo superior a 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”. Pelo que conclui que “[n]ão se encontra, pois, para estes trabalhadores, uma justificação objetiva, substancialmente convincente, para o tratamento igual ao dos trabalhadores sem aquela experiência⁶³.

V. Com este recorte no âmbito de aplicação da norma, o Tribunal evita a perversidade de se considerar como «trabalhador à procura de primeiro emprego», para efeitos da duração do período experimental, alguém que embora com ampla experiência laboral, por alguma razão, tenha permanecido a termo durante boa parte da sua vida (e que, infelizmente, são situações por demais conhecidas)⁶⁴.

⁶⁰ Acórdão n.º 362/2016, de 8 de junho (Conselheiro Pedro Machete), ponto 16, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160362.html> [Consult. 30/06/2022], amplamente citado no acórdão em análise.

⁶¹ CANOTILHO E MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Anotações ao art. 13 (pp. 336-350).

⁶² Acórdão 318/2021 (ponto 2.3.2).

⁶³ Acórdão 318/2021 (todas as citações deste parágrafo são do ponto 2.3.2).

⁶⁴ Ilustra o ponto, sugestivamente, REIS, «Reforma de 2019», p. 34: “Corre por aí a interpretação de que um trabalhador só deixa de estar à procura de primeiro emprego quando tiver obtido um emprego permanente, isto é, quando tiver sido contratado por tempo indeterminado. Portanto, um trabalhador que tiver trabalhado toda a vida a prazo – dos 16 anos até à idade da sua reforma –, é nesta interpretação um trabalhador sempre à procura do primeiro emprego”.

VI. Surpreendente é, de certo modo, que o Tribunal não tenha estendido as virtualidades do raciocínio expandido a propósito dos «trabalhadores à procura de primeiro emprego» à categoria dos «trabalhadores desempregados de longa duração». Ora, pergunta-se, não poderemos estar aqui, também, perante alguém com vastíssima experiência laboral, em relação a quem “garantir um mínimo de experiência profissional genérica” dificilmente será tida como uma justificação objetiva que fundamente a diferenciação? A este ponto voltarei *infra*.

4. COMENTÁRIO

I. A divisão entre juízes e a crítica que lhe foi movida dentro e fora da própria decisão é ilustrativa das dúvidas suscitadas quanto à substância deste aresto⁶⁵.

II. A decisão pela inconstitucionalidade baseou-se na violação do princípio da igualdade, não tendo o TC considerado qualquer dissensão com o princípio da proporcionalidade.

Num balanço genérico da análise feita pelo TC, constata-se que o tribunal seguiu o entendimento do controlo da igualdade concebido como mera proibição do arbítrio – embora com um desvio que darei conta *infra* – e do controlo da proporcionalidade abalizado como um juízo de desproporcionalidade, ou seja, em ambos os parâmetros constitucionais, o TC percorreu uma via de controlo de intensidade mínima⁶⁶.

Ora, visto que a medida não é arbitrária e não é manifestamente desproporcional ou excessiva, a não inconstitucionalidade surgiu como consequência da contenção jurisdicional aplicada a todos os planos convocados no controlo da norma em causa⁶⁷.

III. Na linha de comentário que escolhi seguir, focada mais na análise da decisão do Tribunal do que na medida *per se*, irei puxar alguns fios que acabei de distribuir procurando agora com eles tecer uma meada.

O Tribunal, retomando a doutrina do Acórdão 632/2008, considera que a medida apresentada se traduz numa compressão do bem jurídico protegido pelo art. 53 da CRP, *afetando substancialmente o direito à segurança no emprego*, na sua dupla estrutura subjetiva. Estamos, portanto, perante uma medida legislativa que *restringe significativamente um direito fundamental*, no caso um direito fundamental do catálogo dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (um direito de defesa ou negativo, no sentido clássico).

Nesse contexto, sobre o TC recaía um especial ónus de fundamentação e a exigência de uma maior densidade de controlo, impondo-se mais do que um controlo de intensidade mínima. Não obstante, e como foi visto, o acórdão em apreciação pouco mais cuidou do que avaliar “a verosimilhança das boas intenções do legislador ao aprovar a norma fiscalizada”⁶⁸.

De forma a tornar mais nítida a problemática em análise, aumentemos o foco sob três pontos (e em alguns dos seus possíveis desdobramentos) particularmente herméticos na decisão do Tribunal.

1. Comece por se ver que, quer na *análise* da legitimidade constitucional de uma *restrição não expressamente autorizada* – como era o caso –, quer no *controlo da proibição do excesso*, o Tribunal prescindiu totalmente de qualquer ponderação assente na concordância prática entre bens jusfundamentalmente protegidos⁶⁹.

⁶⁵ Dentro da decisão, a votação relativa à não inconstitucionalidade do remanescente da norma contida no artigo 112, n.º 1, alínea b), subalínea iii), registou 7 votos favoráveis e 5 votos contra, sendo alvo de particular crítica nos votos de vencido dos Conselheiros José João Abrantes e Mariana Canotilho. Fora da decisão, pronunciando-se já depois da publicação do aresto, v., PINTO, JOÃO PEDRO OLIVEIRA, «Uma visão crítica dos recentes entendimentos jurisprudenciais no âmbito do período experimental: da (in)constitucionalidade do seu alargamento na Lei n.º 93/2019, de 04/09, à questão do abuso de direito nos casos de conversão ope legis do contrato a termo», RIDT - *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, Ano II, n.º 3 (2022), pp. 183-236; AMADO E ROUXINOL, «Sobre a (des)conformidade constitucional», pp. 29-53; CARVALHO, SÓNIA DE, «A inesperada apologia da precarização da relação laboral pelo Tribunal Constitucional», *Vida Judiciária*, n.º 221 (2021), pp. 32-35; RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II*, pp. 225-227. Em momento anterior, antecipando eventual juízo de inconstitucionalidade, ROUXINOL, «A Lei n.º 93/2019», pp. 75-85; AMADO, *Contrato de Trabalho*, pp. 170-174. Em sentido diverso (“crendo compatível com a CRP”), MONTEIRO, «Anotação ao Artigo 112», pp. 285-287.

⁶⁶ Esta atitude de autocontenção da jurisdição constitucional, quer na aplicação do controlo da igualdade, quer do princípio da proporcionalidade, é matéria contemplada em NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes* (v., por exemplo, pp. 198 e ss.).

⁶⁷ A atitude jurisdicional de autocontenção encontra fundamento na margem de conformação reconhecida ao legislador democrático, radicando no próprio princípio da separação de poderes. Sobre a temática, v., por todos, CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.a ed. (Coimbra: Coimbra Editora, 2003).

⁶⁸ A expressão é da Conselheira Mariana Canotilho, no seu voto de vencido (alínea d).

⁶⁹ Numa análise mais rigorosa sobre a questão, haveria que notar, como faz NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, que a instância da ponderação de bens (onde se pondera a relevância e peso relativo de bens em colisão) precede em termos lógicos o controlo da proporcionalidade em sentido estrito fase em que, contudo, também ocorre uma ponderação de bens atípica, visto que não se trata já de avaliar qual dos bens em questão apresenta maior peso e, por isso, deve prevalecer, mas de verificar ante a medida restritiva concreta se o prejuízo ou sacrifício imposto não é desproporcional em relação ao benefício que se espera obter. Agora num ponto que é completamente transversal à obra citada, e que aqui sublinho, é o de que não é possível solucionar o problema da legitimidade constitucional de uma restrição não expressamente autorizada (como é o caso em análise na decisão que nos ocupa) sem o recurso à ponderação de bens. Um excerto do autor sobre o assunto: “Sintetizando, a nossa perspectiva de abordagem do problema das restrições não expressamente autorizadas pela Constituição é marcada por alguns tópicos ou ideias-chave, de onde destacamos: (...) a defesa da ponderação de bens, enquanto núcleo metódico fundamental do controlo das restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, como metodologia constitucionalmente adequada e de recurso obrigatório na resolução de praticamente qualquer problema importante no domínio dos direitos fundamentais” (p. 962-963).

Primeiro, não há no procedimento decisório do Tribunal qualquer momento em que pondere a importância e o peso relativo dos bens em colisão – aliás, nem se encontra uma simples referência a essa equação na fundamentação expandida. Depois, ao objetivar o teste da idoneidade, e bem assim, o teste da necessidade, o Tribunal Constitucional foi adiando toda e qualquer valoração da medida na relação com o grau de sacrifício produzido no bem afetado. Surpreendentemente, essa ponderação acaba por nunca surgir – pelo menos de modo expresso –, uma questão que não pode passar, dessa forma, como diz a expressão popular, *pelos pingos da chuva*... Com efeito, a sindicância da decisão do legislador não podia deixar de ser avaliada à luz do direito restringido e da sua garantia constitucional, valorando-se a “relação concretamente existente entre a carga coativa decorrente da medida adotada e o peso específico do ganho de interesse público que com tal medida se visa alcançar”⁷⁰. Da exposição clara dessa confrontação e do respetivo procedimento de ponderação há que resultar que a opção legislativa não ofende o princípio da proporcionalidade, sob pena de ser tida como desconforme à Constituição. Como refere Rui Medeiros, «[...] numa leitura centrada na garantia da segurança no emprego, o que importa sublinhar é que as situações de precariedade na relação de trabalho devem trazer “em si mesmas uma justificação” (acórdão 683/99) e resultar de uma adequada ponderação dos direitos e interesses conflitantes»⁷¹.

Há ainda que ter em conta que o Tribunal, ao mesmo tempo que reconhece a existência de uma afetação substancial do direito à segurança no emprego, considera que a eficácia da medida opera numa lógica comportamental de “pequeno incentivo” ou “nudges”...será, então, que a eficácia da medida (o ganho alcançado) justifica, assim, tão drástica restrição à segurança no emprego? Ora, nada disto consta da argumentação jurídica do Tribunal, o que impossibilita

qualquer escrutínio público que pudesse recair sobre esse exercício de *balancing*.
2. Admite-se, apenas por mera hipótese, que o alargamento do período experimental possa compensar, de algum modo, a falta de experiência de quem procura o primeiro emprego ou a falta de experiência recente, funcionalmente atualizada, de um trabalhador desempregado de longa duração. Tal lógica – embora no plano factual de duvidosa consistência⁷² – ajusta-se à finalidade genérica do período experimental: a ponderação da viabilidade da relação laboral perante a experiência real da prestação do trabalho.

Face à teleologia do próprio período experimental e à sua “tensão indistigável” com o princípio da segurança no emprego⁷³, a duração da experiência tem necessariamente de ser limitada pelo legislador: «este terá, assim e em princípio, a liberdade de conformar o *quantum* da “prova” mas não a liberdade de deixar de o conformar»⁷⁴. E qual a margem de conformação legislativa quanto à escolha do tempo concreto de duração do período experimental? Pouca ou muito pouca: “a lei só pode dar ao empregador o tempo indispensável [para aferir a viabilidade da situação laboral criada], nem um dia mais do que isso”⁷⁵.

O que me leva a uma questão crucial. Diferentemente da hipótese apreciada no acórdão 632/2008, em que o fim que se visava alcançar com o alargamento do período experimental era consubstanciado no próprio escopo da «experiência», neste caso a finalidade proclamada da medida restritiva é a introdução de um incentivo à contratação sem termo, especificamente desenhado para certas categorias de trabalhadores. *Será admissível que uma restrição a um direito fundamental subverta o finalismo do instituto jurídico que lhe subjaz?*⁷⁶ Esta questão leva-me, ainda, à sinalização de outros dois problemas, de certa forma contíguos ou interligados.

Primeiro, num direito do trabalho como o nosso – densamente constitucionalizado

⁷⁰ Acórdão n.º 632/2008 (ponto 11).

⁷¹ MEDEIROS, RUI, «Anotação ao art. 53», *Em Constituição Portuguesa Anotada - Tomo I*, Jorge Miranda e Rui Medeiros, 2.ª ed. (Coimbra: Coimbra Editora, 2017), p. 1070.

⁷² E por inerência, de igual “inconsistência” no plano constitucional, face ao princípio da proibição do excesso. Vale a pena transcrever aqui uma passagem do Acórdão 638/2008: «Será para tanto necessário, ou exigível, que, nos contratos de duração indeterminada, os trabalhadores indiferenciados passem a ter um período experimental não só coincidente com o dobro do tempo actualmente vigente, mas ainda coincidente com o tempo de “prova” a que estão sujeitos os trabalhadores especializados? Razões empíricas, e de imediata resposta, dizem que não. Pela própria natureza das coisas, a “prova” será tanto menos exigente quanto menos exigente for também, pela sua “qualidade” ou “especialização”, o teor da prestação de trabalho: prestações menos qualificadas poderão ser testadas ou “experimentadas” (tanto por empregador quanto por trabalhador) em menos tempo do que as outras, mais qualificadas. A isto acresce que tendem precisamente a ser os trabalhadores sem especiais qualificações, ou sem especial autonomia técnica, os mais carentes da protecção do direito, por serem também eles – pela sua “fungibilidade” – os potencialmente mais expostos a situações injustificadas de precariedade de emprego. (...) Ora, in casu, nenhum elemento existe, nos antecedentes legislativos, que permita, por um lado, identificar uma insuficiência manifesta dos prazos actualmente em vigor e, por outro, uma justificação para o alargamento de 90 para 180 dias do prazo de período experimental aplicável nos contratos de trabalho dos trabalhadores indiferenciados» (ponto 13). A Conselheira Mariana Canotilho, recorrendo também às palavras do Acórdão 638/2008, completa (em relação ao caso em análise): “[...] tais elementos continuam a não existir. (...) Assim, mal se compreende que o Tribunal Constitucional a tenha por justificada, em função das características pessoais dos trabalhadores à procura do primeiro emprego ou dos desempregados de longa duração. Quaisquer dúvidas quanto à capacidade destes trabalhadores para o desempenho de funções indiferenciadas serão, naturalmente, dissipáveis no prazo normal de 90 dias de período experimental, por parte de um empregador diligente” (Acórdão 318/2021, declaração de voto, alínea f). Sobre a questão, nessa perspectiva, v. AMADO, *Contrato de Trabalho*, pp. 170-174.

⁷³ Fazendo uso das palavras de GOMES, «Do uso e abuso», p. 49.

⁷⁴ Acórdão n.º 632/2008 (ponto 10).

⁷⁵ AMADO, *Contrato de Trabalho*, p. 173.

⁷⁶ A questão é levantada, nestes precisos termos, pelo Presidente da República na impugnação constitucional da norma constante da alínea a) do n.º 1 do art. 112 do Código do Trabalho, na revisão aprovada pelo Decreto n.º 255/X, apreciada pelo Acórdão n.º 632/2008. É de teor próximo a reflexão de RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II*, p. 227 [“Ou seja, trata-se de uma solução que aproveita a figura do período experimental para prosseguir um objectivo para o qual a figura não foi desenhada, sendo que apenas esse objectivo justifica que o contrato possa cessar livremente, em claro desvio do princípio constitucional da proibição dos despedimentos (art. 53.º da CRP)”.]

com coordenadas específicas⁷⁷ – e o que se projeta necessariamente no desenho de muitos institutos jurídico-laborais, a liberdade de conformação do legislador ordinário opera em baías apertadas. Esta estreita margem de conformação do legislador no domínio laboral, em geral, faz-se sentir com particular intensidade no que tange à configuração do instituto do período experimental, em particular. Sob pena de resultar desvirtuado o próprio princípio da segurança no emprego, essa liberdade de conformação legislativa não abrange a *finalidade* do período experimental. Ora, os fins que a medida sob escrutínio do Tribunal visam atingir em nada dizem respeito ao escopo do período experimental, pese embora sejam prosseguidos sob as suas vestes e à custa do bem jusfundamental da segurança no emprego. Segundo, por efeito da restrição e atenta a finalidade declarada, os dois direitos aqui em tensão são, de um lado, o direito à segurança no emprego (art. 53), do outro, o direito ao trabalho (art. 58). Ou seja, enquanto a hipótese apreciada nos acórdãos 632/2008 e 96/91 apresentavam o direito à livre iniciativa económica privada (art. 61) enquanto “necessário contraponto” à segurança no emprego⁷⁸, no presente aresto temos do outro lado da balança um contributo para a universalização do direito do trabalho (art. 58), com atinência ao objetivo constitucional do pleno emprego (art. 58, n.º 2/a) – embora tal constelação não seja sequer explícita na linha argumentativa do Tribunal. A confrontação entre estes valores não é inédita na nossa jurisprudência constitucional. Já no acórdão 338/2010 reconheceu-se que “a restrição à segurança no trabalho é pois justificada pela própria lógica da universalização do direito ao trabalho”⁷⁹. Na mesma linha, Rosário Palma Ramalho chama a atenção sobre os efeitos perversos da aplicação irrestrita do princípio da segurança no

emprego, “como tal se entendendo a sua aplicação contra outros valores que também constituem pilares do sistema juslaboral”, concretizando que “o valor da estabilidade do emprego tem que se compatibilizar com o valor do próprio emprego e com um outro princípio constitucional de grande importância, que assegura, de forma indireta, a manutenção do emprego: o princípio da livre iniciativa económica”⁸⁰.

Não sendo inédita há, porém, quem a conteste. Para esta posição, o direito ao trabalho (consagrado no art. 58) não pode ser compreendido em oposição ao direito à segurança no emprego. Se o direito ao trabalho inclui no seu âmbito várias estruturas subjetivas⁸¹, “[n]a sua vertente negativa, o direito ao trabalho garante a manutenção do emprego, o *direito de não ser privado dele*”⁸², o que tem clara justaposição com a primeira estrutura subjetiva do direito à segurança no emprego. Pelo que a relação entre direito ao trabalho e direito à segurança no emprego não pode deixar de ser de associação, “as duas faces são incidíveis e a salvaguarda duma não pode ser obtida à custa do sacrifício da outra”⁸³. Nessa linha de ideias, “não é qualquer emprego que incumbe ao Estado promover (n.º 2 do artigo 58.º), mas o emprego que dá conteúdo ao direito ao trabalho consagrado no n.º 1 do mesmo preceito, nomeadamente por respeitar a segurança no emprego – a primeira das garantias com que a Constituição o investe. Um fomento de trabalho que utilize meios conflitantes com a conformação constitucional da situação laboral, no que diz respeito à segurança do emprego, não serve como credencial dessas medidas, desde logo porque resulta afectada, na sua dimensão negativa, o direito ao trabalho”^{84/85}.

3. No que respeita à decisão de inconstitucionalidade («trabalhadores à procura

⁷⁷ Sobre esta temática, v., entre outros, XAVIER, BERNARDO LOBO, «A Constituição Portuguesa como fonte do direito do trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores», *Em Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem a Manuel Afonso Olea*, (Coimbra: Almedina, 2004), pp. 163-203; ABRANTES, JOSÉ JOÃO, «O Código do Trabalho e a Constituição», *Em Estudos sobre o Código do Trabalho*, (Coimbra: Coimbra Editora, 2004), pp. 55-89.

⁷⁸ XAVIER, «A Constituição Portuguesa», p. 165 (“o necessário contraponto aos direitos relativos ao trabalho, sem o qual não há emprego nem trabalhadores, é a liberdade de empresa e a iniciativa privada”). O autor precisa, em seguida, que “na realidade, o que parece indispensável é a concordância prática das posições, sendo certo que sem empresas não há emprego, trabalho, nem realização dos direitos dos trabalhadores” (p. 180).

⁷⁹ De resto, no que tem sido o entendimento maioritariamente assumido pelo Tribunal Constitucional a partir do Acórdão n.º 581/95 [que uma restrição à segurança no trabalho pode ser justificada dentro da lógica da universalização do direito ao trabalho] – tal como assinala o Conselheiro Joaquim Sousa Ribeiro, no seu voto de vencido no Acórdão 338/2010 (ponto 1.1).

⁸⁰ RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II*, p. 832 e p. 834, acrescentando (p. 835): “Numa palavra, o valor do próprio emprego deve ser equacionado a par do valor da estabilidade do emprego, sob pena de a garantia deste último valor vir a abranger um número cada vez menor de trabalhadores (como, aliás, atesta a evolução do sistema jurídico nacional acima indicada), o que, por seu turno, contraria o objetivo tradicional de universalização da tutela laboral, oportunamente referenciado”. Na mesma linha de ideias, quanto à admissibilidade da compressão da segurança no emprego face ao “designio, também constitucional, do direito ao trabalho” – MONTEIRO, «Anotação ao Artigo 112», pp. 285-286.

⁸¹ V., por exemplo, Acórdão 638/2008 (ponto 7).

⁸² CANOTILHO E MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Anotações ao art. 53* [p. 707].

⁸³ Voto de vencido do Conselheiro João Cura Mariano no Acórdão 338/2010 [alínea a)].

⁸⁴ Voto de vencido do Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro no Acórdão 338/2010 (ponto 1.1). Esta é, em linhas gerais, a posição também de José João Abrantes e de Mariana Canotilho, nos respetivos votos de vencido referentes ao presente aresto.

⁸⁵ Não há necessidade de entrar nesta discussão, mas não só chamar a atenção para a sua existência.

de primeiro emprego», no sentido *supra* exposto) e de não inconstitucionalidade («trabalhadores desempregados de longa duração») por aplicação do princípio da igualdade, a metodologia decisória é em si marcada por uma enorme... desigualdade.

Como enquadramento do que segue, fica a advertência de Jorge Reis Novais: “a jurisprudência do Tribunal Constitucional português sobre a igualdade só pode ser devidamente apreciada se se tiver em conta a seguinte reserva inicial: *uma coisa é o que o Tribunal diz, uma outra é aquilo que ele faz*”⁸⁶.

Com efeito, se o Tribunal se tivesse limitado a aplicar a versão minimalista do controlo da igualdade enquanto mera proibição do arbítrio, tal qual enunciou fazer, uma vez que o legislador apresenta fundamento racional para a diferenciação, a consequência seria a não inconstitucionalidade da medida – mesmo quanto aos «trabalhadores à procura do primeiro emprego»⁸⁷. Contudo, fez bem o Tribunal quando considerou inexistir uma justificação substancialmente convincente aplicável a esta categoria de trabalhadores nos termos da fundamentação *supra* exposta, mas ao fazê-lo foi além dos ditames da teoria da proibição do arbítrio. Por outro lado, a lógica do Tribunal na questão da igualdade, quando aplicada aos «trabalhadores à procura de primeiro emprego», não acompanha o fim da medida restritiva tal como ele foi identificado pelo juiz constitucional: a opção diferenciadora é justificada pela in experiência do trabalhador e já não pela procura de tornar mais apelativa a contratação sem termo desta categoria de trabalhadores.

Mas, por tudo isto, como ficamos quanto aos «trabalhadores desempregados de longa duração»?

É certo que há uma *desigualdade de tratamento* entre os trabalhadores desempregados de longa duração e a generalidade dos trabalhadores (funções indiferenciadas), desigualdade traduzida num período experimental com o dobro da duração. É certo que há, ao mesmo tempo, uma *igualdade de tratamento* entre os desempregados de longa duração e os trabalhadores especializados, traduzida na aplicação a ambos de um período experimental de igual duração (180 dias), bem como uma *igualdade de tratamento* entre os trabalhadores desempregados de longa duração e os trabalhadores à procura do primeiro emprego, que não tenham sido anteriormente contratados por outros empregadores, com termo, por um período igual ou superior a 90 dias. É já de difícil dilucidação a razão para a diferenciação e a razão para a equiparação produzida, ou o motivo de não aplicar, de igual modo, a estes casos, a lógica que presidiu à declaração de inconstitucionalidade no caso dos «trabalhadores à procura de primeiro emprego» (recordo, a in experiência profissional como critério para um maior período experimental)⁸⁸. Com efeito, não se descortina motivo objetivo razoável nem para a diferenciação, nem para a equiparação. A questão só pode, portanto, ser (mal) compreendida no plano metodológico: diferentemente do que o Tribunal fez quanto aos «trabalhadores à procura de primeiro emprego», no que respeita aos «trabalhadores desempregados de longa

⁸⁶ NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes*, p. 115, que desenvolve: “Ou seja, em teoria o Tribunal Constitucional adere basicamente à identificação do controlo jurisdicional da igualdade como controlo da proibição do arbítrio nos moldes corrigidos a que atrás fizemos referência. Isso significaria, na prática, que o Tribunal só poderia invalidar, por razões de igualdade, as diferenciações arbitrárias (aquelas que carecem de um fundamento racional, objetivo ou razoável) e as que se incluíssem nas categorias mencionadas no art. 13.º, n.º 2. Porém, na prática, mesmo quando proclama a sua adesão àqueles princípios, o Tribunal Constitucional faz muito mais que isso”.

⁸⁷ Como referem CANOTILHO E MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Anotações ao art. 13 (p. 339), o conteúdo jurídico-constitucional do princípio da igualdade, na dimensão da proibição do arbítrio, leva a considerar inadmissíveis, “quer diferenciações de tratamento sem qualquer justificação razoável, de acordo com critérios de valor objetivo, constitucionalmente relevantes, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais”.

⁸⁸ Também chamam a atenção para o aspeto, AMADO E ROUXINOL, «Sobre a (des)conformidade constitucional», p. 49; CARVALHO, «A inesperada apologia», p. 35. Esta parece ser a opinião da Conselheira Assunção Raimundo (que, não obstante, votou vencida quanto à declaração de inconstitucionalidade), de cujo voto transcrevo o seguinte excerto: «Se o parâmetro de inconstitucionalidade for a “experiência” adquirida pelo trabalhador em anteriores contratos a termo, por um período igual ou superior a 90 dias, a mesma consideração aplicar-se-ia também àquela última categoria de trabalhadores. Seguindo o entendimento que a noção de desempregado de longa duração, é reconduzida às hipóteses de trabalhadores que não tenham qualquer vínculo laboral por um período superior a 12 meses (cfr. Decreto-Lei n.º 72/2017, de 21 de junho), os trabalhadores desempregados de longa duração, não tiveram também “contratos” (a termo e sem prazo) anteriores? E não tiveram já experiência adquirida? Colocar estes trabalhadores no mesmo patamar dos trabalhadores que vivenciam, pela primeira vez, uma experiência de trabalho, parece-nos ferir o princípio da igualdade. A de violação do princípio da igualdade, enquanto proibição do arbítrio, ao sujeitar esses trabalhadores ao mesmo período experimental alargado que se aplica aos trabalhadores sem qualquer experiência, porque quanto aos 90 dias adicionais o *tertium comparationis*, relevante, já não é o conhecimento mútuo das partes no contexto de uma relação laboral, como nos primeiros 90 dias, mas a existência de experiência profissional genericamente considerada. Desse ponto de vista, o tratamento igual das duas classes de sujeitos ou grupos sociais – trabalhadores inexperientes, por um lado, e trabalhadores com experiência, por outro – acaba por nos aparecer como arbitrária» [voto de vencido, ponto 4].

duração», o alcance do controlo da igualdade é reduzido à mera proscrição do arbítrio, pelo que, fundando-se a medida na lógica da universalização do direito ao trabalho enquanto valor constitucional e não se incluindo nas categorias do art 13, n.º 2, da CRP, o Tribunal entendeu não haver motivo para a invalidar⁸⁹. Justifica-se ainda uma palavra acerca de *categorias suspeitas* (art. 13, n.º 2, da CRP)⁹⁰. Conforme dispõe o art. 16, n.º 2, da CRP, “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem” (“DUDH”). Já o art. 2 da DUDH esclarece que as causas de discriminação são-no a título exemplificativo. Como dá conta Jorge Reis Novais, mesmo numa versão minimalista que resulta da identificação prática do princípio da igualdade e proibição do arbítrio, há, desde logo, uma primeira correção a introduzir: as diferenciações *associadas a fatores suspeitos* devem ser acompanhadas de uma presunção de ilegitimidade constitucional. Caso em que o legislador terá que “demonstrar que, apesar da associação à categoria suspeita, a diferenciação é essencialmente determinada por outras razões justificadas ou por necessidades de compensação ou promoção de uma igualdade real no próprio domínio dessa categoria, então aquela presunção é ilidida”⁹¹. Sendo o Acórdão completamente omissivo sobre as possíveis categorias suspeitas presentes na norma em análise, deixo apenas nota das dúvidas levantadas por Rosário Palma Ramalho: “[...] do ponto de vista estritamente legal e constitucional esta solução não é defensável porque se consubstancia numa discriminação injustificada destas categorias de trabalhadores, seja, no caso dos desempregados de longa duração, uma discriminação directa com base na situação económica mais desfavorecida que já têm, pela ausência de rendimentos do trabalho durante um longo período, seja, quanto aos trabalhadores à procura de primeiro emprego, uma discriminação indirecta com fundamento na idade, já que, embora a norma nunca fale em jovens, a esmagadora maioria dos trabalhadores à procura de primeiro emprego é constituída por jovens, cujas possibilidades de acesso ao mercado de trabalho com um mínimo de estabilidade ficam ainda mais

comprometidas (ou seja, é uma medida que, sendo aparentemente neutra, afecta desproporcionalmente um determinado grupo, o que configura discriminação indirecta, à luz do art. 24, n.º 1 b) do CT). Assim, deste ponto de vista, a solução prevista arrisca a inconstitucionalidade por contrariedade ao art. 13º da CRP”⁹². 4. É o momento de concluir este segmento de análise. Por tudo quanto se vem a aduzir, a fundamentação expendida pelo Tribunal para a decisão é exígua, quando não mesmo obscura, padecendo o acórdão de omissões insanáveis em termos de sindicância e de argumentação. Com isto não concluo – *pois não é esse o objetivo do meu comentário* – que a decisão da justiça constitucional na apreciação da questão *sub judice* teria necessariamente que ser outra. O meu ponto é, apenas, notar que na decisão tomada, a intensidade e a abrangência dos parâmetros constitucionais de controlo são manifestamente insuficientes, o arco argumentativo parece (muito) pouco consistente e a fundamentação expendida para além de exígua, não é convincente.

IV. Face aos elevados números de contratos a termo resolutivo, o legislador entendeu como «provável que alguns destes estejam a ser utilizados como “falso período experimental”»⁹³. Bom de ver que agora temos o inverso: o risco de o período experimental ser utilizado como «falso contrato a termo» quanto aos segmentos específicos de trabalhadores abrangidos pelo âmbito de aplicação da norma constante do art. 112, n.º 1, alínea b, iii), com o prémio acrescido de nem sequer o empregador ter aqui que pagar a compensação prevista para a caducidade do contrato de trabalho a termo certo (cf. art. 344, n.º 2, do CT)⁹⁴. Aquele é um risco, este outro é uma certeza. O legislador substituiu uma forma de precariedade (contratação a termo) por outra (aumento do período experimental): uma “inflexão tática”⁹⁵. O que não deixou de ser notado pela doutrina, colocando-se a questão de saber se a solução aumenta ou diminui a instabilidade do emprego destes trabalhadores⁹⁶. V. Já houve quem alertasse para as consequências dos efeitos da decisão, face

⁸⁹ Concorde-se, contudo, com NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes*, pp. 114-115, quando refere que “[...] a fundamentação exigida a qualquer diferenciação tem, no mínimo, de passar o teste da proibição do excesso [...], o que remete o julgador, em grande medida, para decisões fundadas e ponderação de interesses em confronto no caso concreto”, acrescentado que “[...] é este o sentido atribuído ao princípio da igualdade pela mais recente jurisprudência constitucional norte-americana e europeia que sujeita o controlo da igualdade a diferentes níveis de densidade consoante os interesses em jogo, a existência de categorias suspeitas, a gravidade da diferenciação ou o grau de intensidade de afectação de direitos fundamentais”.

⁹⁰ Faça uso do termo utilizado, nomeadamente, por NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes*, pp. 112-114, que esclarece que “os fatores suspeitos relativamente aos quais se deve partir de uma presunção de arbitrariedade não devem limitar-se a uma categoria fechada resultante de uma qualquer enumeração constitucional, de um particular precipitado cultural ou jurisprudencial [...]”.

⁹¹ NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes*, p. 113.

⁹² RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II*, p. 226. Em sentido próximo, v. PINTO, «Uma visão crítica», pp. 217-218.

⁹³ Proposta de Lei n.º 136/XIII, Exposição de Motivos, p. 4.

⁹⁴ Na mesma linha de ideias, ROUXINOL, «A Lei n.º 93/2019», p. 71; OLIVEIRA, PEDRO, «Nada de novo debaixo do Sol: o período experimental e a precariedade das relações laborais», *Questões Laborais*, n.º 55 (2019), pp. 97-98.

⁹⁵ FERNANDES, *Direito do Trabalho*, p. 278.

⁹⁶ Levanta a questão, FERNANDES, *Direito do Trabalho*, p. 278. Discute-a, entre outros, RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II*, p. 224 e ss.; MONTEIRO, «Anotação ao Artigo 112», pp. 286-287. No Acórdão 318/2021, a questão é abordada pela Conselheira Mariana Canotilho (voto de vencido, alínea c).

à não salvaguarda dos efeitos já produzidos⁹⁷. Não tendo o Tribunal fixado um alcance mais restrito à declaração de inconstitucionalidade (cf. art. 282, n.º 4, da CRP), a declaração vai produzir efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, *in casu*, desde dia 1 de outubro de 2019, data da entrada em vigor da Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro (cf. art. 282, n.º 1, da CRP). Significa isto que, entre 1 de outubro de 2019 e a data de produção de efeitos do acórdão, os sujeitos laborais que, ao abrigo da versão então em vigor do CT, tenham celebrado contratos de trabalho por tempo indeterminado no qual figure um trabalhador à procura de primeiro emprego que já tenha sido contratado a termo por um período igual ou superior a 90 dias, por outro empregador, irão ver o período experimental reduzido de 180 para 90 dias. O que pode suscitar o seguinte problema: uma eventual denúncia entretanto ocorrida após os 90 e até aos 180 dias será considerada intempestiva, *enquanto denúncia no período experimental*.

Podem, portanto, chegar (ou já ter chegado) aos nossos tribunais casos em que, tendo as partes legitimamente confiado na redação do art. 112, n.º 1, alínea b), subalínea iii), na versão então em vigor, e, portanto, “denunciado o contrato de trabalho ao abrigo do período experimental”, se deparam agora com a eventualidade dessa extinção do vínculo laboral ser reconduzida a uma denúncia sem aviso prévio (cf. art. 401 do CT), se efetuada pelo trabalhador, ou a um despedimento individual ilícito, se efetuada pelo empregador⁹⁸, em ambos os casos com as inerentes consequências jurídicas. À data de escrita do presente

comentário, já é do meu conhecimento uma decisão do Tribunal da Relação de Guimarães no sentido do texto⁹⁹.

VI. Um ponto quanto à imprecisão terminológica em redor dos conceitos de «trabalhador à procura de primeiro emprego», de «desempregado de longa duração» e de «desempregado de muito longa duração». A jurisprudência vem tratando da questão enquanto se de conceitos indeterminados se tratasse¹⁰⁰. Mas não estaremos antes perante uma lacuna do ordenamento jurídico-laboral?

Os conceitos indeterminados são conceitos cujo conteúdo não é geometricamente definido, pois “comportam, quanto ao seu significado, um núcleo e um halo ou uma zona iluminada e uma zona de penumbra”¹⁰¹, próprios de uma “fuzzy language, isto é, de uma linguagem na qual, em certos casos, é claro a quê que ela se refere e, noutros, não é claro a quê que ela não se refere”¹⁰². A indeterminação resulta da necessidade de realizar juízos de valoração ou de prognose perante o caso concreto, face às circunstâncias¹⁰³. Ora, nada disto é (ou deveria ser...) o caso dos conceitos de «trabalhador à procura de primeiro emprego», de «desempregado de longa duração» e de «desempregado de muito longa duração», onde a indeterminação resulta – *não da sua natureza enquanto conceito* – mas apenas da ausência de uma definição legal laboral, persistindo no ordenamento jurídico-laboral fundadas dúvidas quanto ao exato recorte de cada um dos referidos grupos¹⁰⁴. Contudo, tratam-se de conceitos que, consoante o seu entendimento, por um

⁹⁷ Por exemplo: MORGADO, NUNO FERREIRA; ROBERTO CARLOS ROLO, «Acórdão TC: inconstitucionalidade do período experimental de 180 dias no primeiro emprego», *Nota Informativa, PLMJ*, 14 de Julho de 2021, disponível em <https://www.plmj.com/pl/conhecimento/notas-informativas/Acordao-TC-inconstitucionalidade-do-periodo-experimental-de-180-dias-no-primeiro-emprego/31489/> [Consult. 30/06/2022].

⁹⁸ Conforme dá conta FERNANDES, *Direito do Trabalho*, pp. 724-725, o despedimento individual ilícito é a figura residual para os casos de desvinculação irregular, exceto se esta for imputável ao trabalhador: “Descobre-se assim um despedimento – isto é, um caso de cessação de contrato de trabalho por iniciativa do empregador – em qualquer situação que não caiba num dos modelos legais de extinção do vínculo laboral. Na jurisprudência, usa-se, para algumas dessas situações, a noção de despedimento de facto, na qual se recolhe a ideia de revelação de uma vontade extintiva do empregador por meios diferentes dos que a lei prevê. (...) Assim, se o contrato cessou por mútuo acordo não reduzido a escrito; ou se o empregador o considerou caducado face a um impedimento do trabalhador supostamente definitivo, mas afinal transitório; – em qualquer dos casos, se o empregador proceder em termos inequivocamente reveladores da vontade de não retomar o normal curso das relações de trabalho, tudo se passará, sob o ponto de vista jurídico, como se tivesse sido declarado um despedimento – que, por inobservância dos requisitos legais, terá que ser declarado ilícito, com as inerentes consequências jurídicas”.

⁹⁹ Ou seja, qualificando como despedimento ilícito uma denúncia feita além do período experimental, em conformidade com o sentido da declaração de inconstitucionalidade da norma e da consequente redução da duração do período experimental de 180 para 90 dias, uma vez que a trabalhadora já tinha sido anteriormente contratada a termo por outro empregador – cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 23/09/2021 (Maria Leonor Chaves dos Santos Barroso), disponível em <http://www.dgsi.pt/itrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/024ffec3855146cc8025875e004c2a05?OpenDocument> [Consult. 30/06/2022].

¹⁰⁰ Pelo menos de acordo com QUINTAS, PAULA, «Súmula do entendimento jurisprudencial dos conceitos trabalhador à procura de primeiro emprego e desempregado de longa (ou muito longa) duração», *Prontuário de Direito do Trabalho*, vol. I (2020), p. 358; QUINTAS, «O novo regime do contrato a termo», p. 68.

¹⁰¹ SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Introdução ao Direito*, (Coimbra: Almedina, 2020), p. 305.

¹⁰² *Ibid.*, p. 305. V., também, ENGLISH, KARL, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 9ª ed. (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004), pp. 205 e ss.; MARQUES, J. DIAS, *Introdução ao Estudo do Direito*, (Policopiado, sem data), pp. 348-356. Sobre o tema, no plano da justiça constitucional, v., por exemplo, MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Justiça Constitucional – Tomo I: Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, (Coimbra: Coimbra Editora, 2002), p. 142.

¹⁰³ Sigo de perto, novamente, SOUSA, *Introdução ao Direito*, pp. 306-307, que apresenta alguns exemplos. Assim, “são exemplos de conceitos indeterminados que carecem de uma valoração, além de outros, os seguintes: abuso direito (cf. art. 334.º CC), alteração anormal das circunstâncias (cf. art. 437, n.º 1, CC), boa fé (cf., v.g., art. 3.º, n.º 1, 227.º, n.º 1, 334.º, 762.º, n.º 1, 1260.º, n.º 1, 1340.º, n.º 1, e 1648.º, n.º 1), (...). Constituem exemplo de conceitos indeterminados que assentam num juízo de prognose, entre outros, os seguintes: interesse do menor (cf. art. 1905, n.º 1 e 2), interesse dos filhos (cf. art. 1878.º, n.º 1, CC), perigosidade do agente (cf. art. 40.º, n.º 3, CP) e superior interesse da criança (cf. art. 1974.º, n.º 1, CC)”.

¹⁰⁴ Como fazem notar, entre outros: AMADO, *Contrato de Trabalho*, p. 174, nota 151; ROUXINOL, «A Lei n.º 93/2019», pp. 72-73; REIS, «Reforma de 2019», p. 24 e p. 34; VICENTE, «A Lei n.º 93/2019», pp. 114-116.

lado, legitimam ou desqualificam a contratação a termo («desempregado de muito longa duração»), por outro, permitem (ou não) o alargamento do período experimental («trabalhador à procura de primeiro emprego», «desempregado de longa duração»), com as inerentes consequências jurídicas.

Ademais, note-se que os referidos conceitos encontram-se definidos em legislação no âmbito da segurança social e incentivos ao emprego¹⁰⁵. Ou seja, são conceitos que pela sua natureza pertencem a uma *“hard language”*, porque é sempre possível distinguir a que que ela se refere e a que que ela não se refere¹⁰⁶. Por outras palavras, tratam-se de conceitos descritivos, não valorativos, com natureza relativamente determinada (ou determinável...), visto que os pressupostos da sua aplicação podem ser estabelecidos de modo bastante preciso, através de conotações meramente descritivas¹⁰⁷.

Em suma, «trabalhador à procura de primeiro emprego», «desempregado de longa duração» e «desempregado de muito longa duração», são conceitos que – tanto pela sua natureza, como pelas suas consequências – deveriam encontrar-se definidos pelo legislador em pressupostos bastante precisos, “não consentindo a introdução direta de quaisquer elementos de ordem volitiva tendentes a maleabilizar a sua aplicação (normas determinadas, normas rígidas)”¹⁰⁸.

Repare-se, ainda, que são várias as vozes que vêm sinalizando (e bem) a necessidade de introdução destas definições legais no CT, ou seja, uma via que permita maior previsibilidade¹⁰⁹. Ora se de autênticos conceitos indeterminados se tratasse, a sua definição pelo legislador laboral em nada alteraria a sua *indeterminação enquanto conceito*. Dito de outra forma: manter-nos-íamos sem uma definição unívoca e estabilizadora no âmbito das relações laborais. Em todo o caso, e para o que em comentário ao presente acórdão importa,

seguro é notar que à jurisprudência está reservada uma importante função na concretização de conceitos indeterminados e, bem assim, no «desenvolvimento do direito *praeter legem* (lacunas), onde assume o papel de um “legislador complementar”¹¹⁰.

Nesse sentido, a decisão do TC vem trazer mais um apoio jurisprudencial para a clarificação dos referidos conceitos (enquanto se aguarda a intervenção do legislador), tendo os Conselheiros adotado, para efeitos da argumentação desenvolvida, as seguintes noções:

(i) trabalhador à procura de primeiro emprego, como aquele que nunca esteve vinculado por contrato de trabalho sem termo¹¹¹;

(ii) trabalhador desempregado de longa duração, como aquele que não tenha qualquer vínculo laboral por um período superior a 12 meses¹¹².

VII. Por fim, esta alteração legislativa colocou os trabalhadores desempregados de muito longa duração numa situação de dupla precariedade: quanto a estes, não só se estabelece a admissibilidade para a contratação a termo certo, prevista no art. 140, n.º 4, alínea b), do CT, como aparentemente estão também sujeitos ao alargamento do período experimental, nos termos na nova subalínea iii), do n.º 2 do art. 112 CT (agora validada pela decisão do TC, ao não ter declarado inconstitucional a norma em questão quanto a este segmento de trabalhadores). É que um trabalhador desempregado de muito longa duração é, por maioria de razão, também um trabalhador desempregado de longa duração¹¹³...

¹⁰⁵ Como assinala, por exemplo, MONTEIRO, «Anotação ao Artigo 112», pp. 287-288. Nesse sentido, cf. os seguintes diplomas: Decreto-Lei n.º 72/2017, de 21 de junho; Portaria n.º 112-A/2019, de 12 de abril; Portaria n.º 34/2017, de 18 de janeiro (alterada pela Portaria n.º 95/2019, de 29 de março). Para uma perspetiva sobre a discussão quanto à sua aplicabilidade no contexto do CT, v., entre outros, QUINTAS, «Súmula do entendimento jurisprudencial» (e a jurisprudência aí recenseada).

¹⁰⁶ SOUSA, *Introdução ao Direito*, p. 305.

¹⁰⁷ ENGLISH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, pp. 212-213.

¹⁰⁸ MARQUES, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 351.

¹⁰⁹ Sublinhando essa necessidade/utilidade, entre outros, AMADO, *Contrato de Trabalho*, p. 174, nota 151 [“A lei peca por não definir esses conceitos (...)”]; QUINTAS, «Súmula do entendimento jurisprudencial», p. 368 e, também, em QUINTAS, «O novo regime do contrato a termo», p. 65.

¹¹⁰ MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, (Coimbra: Almedina, 1982), pp. 162-163.

¹¹¹ Acórdão 318/2021 (ponto 2.2.3.1).

¹¹² Acórdão 318/2021 (ponto 2.2.3.2).

¹¹³ Em sentido diverso, v. OLIVEIRA, «Nada de novo debaixo do Sol», p. 102 [“Assim, deve questionar-se se será legítimo impor a um desempregado de longa duração (há doze meses ou mais) um período experimental de 180 dias enquanto um desempregado de muita longa duração (há 25 meses ou mais), está vinculado a um período de 90 dias”].