

A crise, a reforma laboral e a jurisprudência constitucional em Portugal¹

JOSÉ JOÃO ABRANTES *

1. Introdução

1.1. Regulador de uma relação em que os direitos de uma das partes podem ser feitos perigar pelo maior poder económico e social da outra, o direito do trabalho formou-se historicamente como um direito de compensação e protecção dos trabalhadores assalariados.

Os últimos anos, porém, têm assistido, em Portugal e em muitos outros países, a grandes mudanças na política legislativa do trabalho, naquilo que tem sido designado por “flexibilização” da legislação laboral. Nas últimas décadas, a ideia de *emprego* e a de *emprego com direitos* têm, de certa forma, aparecido contrapostas. Ao direito laboral, cuja preocupação maior deveria ser, já não a *segurança do emprego*, mas sim o próprio *emprego*, competiria, fundamentalmente, garantir a flexibilização e a diminuição dos custos laborais, se necessário à custa da própria estabilidade da relação e dos direitos dos trabalhadores. As correntes neoliberais são hoje, de facto, uma tentação das políticas de emprego e têm influenciado a União Europeia e outras instituições, como a OCDE e o Banco Mundial, atingindo a sua expressão mais acabada na célebre proposta do círculo de Kronberg “*mais mercado*”

JURISMAT, Portimão, n.º 5, 2014, pp. 101-118.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

¹ Texto que serviu de base à intervenção do autor num seminário sobre o tema *Cuestiones jurídico laborales de actualidad*, realizado na Facultad de Derecho da Universidade da Coruña em 31.01.2014, sob a coordenação dos Professores Jesús Martínez Girón e Alberto Arufe Varela, a quem o autor agradece o honroso convite para a sua participação.

no direito do trabalho”, exprimindo, no fundo, a ideia de converter este ramo do direito numa mera formalização das leis do mercado. Invocando a *desnecessidade de protecção do trabalhador* e a *rigidez das leis laborais*, preconizam o enfraquecimento dos direitos individuais e colectivos dos trabalhadores.

A flexibilização tem-se feito também sentir, de forma vincada, na administração pública, sobretudo com a crescente *laboralização* da relação de emprego público,² iniciada com a Lei n.º 23/2004, que consentiu a utilização do contrato por tempo indeterminado para actividades que não impliquem o exercício de poderes de autoridade ou funções de soberania,³ a que se seguiram as Leis n.º 12-A/2008 e 59/2008, que abandonaram as noções de *funcionário* e de *agente administrativo* e afastaram a *nomeação* como regra da constituição da relação de emprego público, colocando nesse lugar o contrato de trabalho (ficando aquela reservada aos trabalhadores com carreira directamente adstrita ao designado *núcleo duro* da função pública, ou seja, ao exercício de poderes de autoridade ou de soberania).

1.2. Ora, não só não é correcto responsabilizar as leis laborais pelo deficiente funcionamento do aparelho produtivo como não é verdade que a essência e a função social deste ramo do direito tenham perdido a razão de ser. Se não se pode deixar de concordar com uma mera rectificação de dispositivos desnecessariamente rígidos ou adaptação de algumas normas legais a novos condicionalismos, em si perfeitamente compatíveis com a filosofia tradicional deste ramo do direito, já merecerá censura, segundo cremos, tudo o que conduza a uma subversão dos princípios e valores fundamentais da sua regulamentação jurídica tradicional, nomeadamente, tendo em conta aquela que, hoje, deve ser a sua função social, tal como é recortada por uma Lei Fundamental que tem como princípio basilar a dignidade da pessoa humana (art.º 2.º) e para a qual das “tarefas fundamentais do Estado” fazem parte a promoção do bem-estar e qualidade de vida do povo e da igualdade real entre os portugueses, “bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais” [art.º 9.º - alínea d)]. A Constituição parte, com efeito, de um conceito *humanista* da relação laboral, que tem subjacente uma exigência de reconciliação entre o económico e o social, entre eficácia produtiva e reconhecimento das aspirações e dos direitos dos trabalhadores.

² Mesmo continuando a ser uma relação laboral específica, apenas aplicável na administração pública, a relação de emprego público encontra-se hoje cada vez mais próxima do regime laboral privado. Cfr., por todos, Paulo Veiga e Moura, *A privatização da função pública*, Coimbra, 2004.

³ Previu essa lei a cessação do contrato de trabalho por razões objectivas, isto é, o despedimento por redução de actividade da pessoa colectiva pública, determinada, nos termos da lei, por razões de economia, eficácia e eficiência na prossecução das respectivas atribuições (abrangendo o despedimento colectivo e o despedimento por extinção de posto de trabalho).

1.3. Na sequência do pedido de assistência financeira feito em Abril de 2011 à Troika CE/FMI/BCE, do Memorando de Entendimento assinado com a mesma um mês depois e do Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego, celebrado em 18 de Janeiro de 2012 na Comissão Permanente de Concertação Social, têm sido tomadas algumas medidas de política laboral, normalmente com um sentido que obedece à referida lógica, que temos estado a criticar, de que é preciso diminuir os custos laborais e os direitos dos trabalhadores.

Algumas dessas medidas têm sido objecto de apreciação pelo Tribunal Constitucional, o que levou a várias declarações de inconstitucionalidade.⁴

Assim, o acórdão n.º 353/12, de 5-07, declarou a inconstitucionalidade da suspensão dos subsídios de férias e de Natal dos funcionários públicos e dos reformados, que se encontrava prevista no OE para 2012, por violação do princípio da igualdade.⁵ No ano seguinte, o acórdão n.º 187/13, de 5-04, declarou a inconstitucionalidade da redução dos mesmos subsídios, prevista no OE para 2012, com o mesmo fundamento, e ainda a inconstitucionalidade da redução dos subsídios de doença e de desemprego, por violação do princípio da proporcionalidade.⁶

Ainda relativamente aos trabalhadores da administração pública, o acórdão n.º 474/13, de 29-08, julgou inconstitucional a lei da requalificação, com fundamento, por um lado, na violação da garantia da segurança no emprego, do art.º 53.º da CRP, e, por outro lado, do princípio da confiança.

Menos de um mês depois, o acórdão n.º 602/13, de 20-09, declarou a inconstitucionalidade de algumas normas constantes da Lei n.º 53/2012, de 25-06, diploma legislativo que havia consubstanciado o essencial da reforma laboral de 2012.

É fundamentalmente sobre estes dois últimos acórdãos que vamos fazer incidir a nossa atenção no presente artigo.⁷

⁴ Os acórdãos a seguir referidos podem ser encontrados no site do Tribunal Constitucional.

⁵ Na vertente de igualdade na repartição dos encargos públicos: segundo o tribunal, havia um tratamento desproporcionadamente desigual entre os trabalhadores do sector público e privado.

⁶ Ao contrário do que fizera antes, no acórdão n.º 353/12, desta vez, o Tribunal não proferiu qualquer decisão limitadora dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade apenas para o futuro. Sobre estes acórdãos, remetemos para o excelente artigo de Ravi A. Pereira, “Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 98 (2013), p. 317 ss., onde o autor faz uma análise muito completa sobre conceitos basilares, como os de igualdade proporcional e justa repartição dos encargos públicos.

⁷ Já depois de escrita esta parte do nosso artigo, surgiu o acórdão n.º 862/13, de 19-12, que se pronunciou pela inconstitucionalidade da lei que previa a convergência dos regimes de pensões do sistema de protecção social da Administração Pública e do sistema geral da segurança

2. O acórdão n.º 474/13, de 29-08

2.1. O acórdão n.º 474/13 declarou a inconstitucionalidade da lei da requalificação dos trabalhadores da administração pública, constante do decreto parlamentar n.º 177/XII.

Esse decreto teve na sua origem a proposta de lei n.º 154/XII/2ª, em cuja memória justificativa encontramos enunciado o propósito de ultrapassar “dificuldades e resistência” à aplicação da Lei n.º 53/2006, que se associa à *complexidade dos mecanismos* previstos nesta lei e ao “diminuto contributo que a mesma deu aos processos de reforma e de racionalização da Administração Pública”, impedindo que funcionem como “catalisadores privilegiados dos processos de reforma e racionalização actualmente impostos às Administrações Públicas”.⁸

De facto, o regime de mobilidade especial dos trabalhadores da Administração Pública consta presentemente da Lei n.º 53/2006, de 7-12, e do Decreto-Lei n.º 200/2006, de 25-10, diplomas de acordo com os quais a colocação de trabalhadores em mobilidade especial tanto pode ocorrer face a uma reorganização de serviços (extinção, fusão ou reestruturação) como face a uma racionalização de efectivos. No primeiro caso, o que está em causa é uma alteração da natureza jurídica do serviço ou das suas atribuições, competências ou estrutura orgânica, uma alteração no plano orgânico e funcional, sendo o plano da gestão de recursos humanos uma vertente secundária da reorganização; diferentemente, a racionalização de efectivos dirige-se primariamente à maximização gestionária dos recursos humanos, em serviços cuja estrutura e missão não sofre modificações.⁹

social; fê-lo, “com base na violação do princípio da confiança, ínsito no princípio do Estado de direito democrático consagrado no artigo 2.º da CRP”.

⁸ Essa exposição de motivos refere igualmente o Memorando de Entendimento celebrado entre o Estado Português e a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, que, na sua 7ª actualização (de Maio de 2013, previu que se procedesse à revisão da lei de mobilidade especial, no sentido da sua simplificação, de uma redução crescente ao longo do tempo da remuneração dos trabalhadores que se encontrem nessa situação e da sua duração (bem como a aplicação do regime a professores e profissionais de saúde). O MoU critica a ausência de limite temporal máximo para o reinício de função, “o que leva em muitos casos a que os trabalhadores permaneçam nessa situação durante vários anos, muitas vezes até à ocorrência da aposentação ou reforma, sem qualquer tipo de ligação ou apelo para o regresso ao exercício de funções na Administração Pública”.

⁹ A primeira implica a fixação, no diploma de extinção ou reestruturação, de critérios gerais e abstractos de selecção do pessoal necessário à prossecução das atribuições ou competências. A racionalização de efectivos, por sua vez, ocorre (art.º 3.º/4 do Decreto-Lei n.º 200/2006), “quando, por decisão do dirigente máximo do serviço ou do membro do Governo responsável de que depende, se procede a alterações no seu número ou nas carreiras ou áreas funcionais dos recursos humanos necessários ao adequado funcionamento de um serviço, após reconheci-

De acordo com a Lei n.º 53/2006, o processo de mobilidade especial tem as seguintes fases: uma *fase de transição*, de 60 dias, em que o trabalhador mantém a remuneração base mensal; segue-se uma *fase de requalificação*, durante 10 meses, seguidos ou interpolados, destinada a reforçar as capacidades profissionais do trabalhador e criar melhores condições de empregabilidade e de reinício de funções, durante a qual o trabalhador sofre a redução da sua remuneração para dois terços da remuneração base mensal; a terceira e última fase (*fase de compensação*), que se prolonga por tempo indeterminado até que ocorra o reinício de funções em qualquer serviço, a aposentação, desvinculação ou pena disciplinar expulsiva, origina que a remuneração se reduz para metade daquela remuneração base mensal (não podendo, em qualquer caso, ser inferior ao salário mínimo nacional), sendo, contudo, permitido ao trabalhador acumular esse rendimento com a remuneração auferida noutra actividade profissional.

O novo regime apresentava-se como “uma mudança de paradigma”, com a intenção assumida de “harmonização das regras aplicáveis no âmbito dos diferentes procedimentos de reorganização abrangidos pelo Decreto-Lei n.º 200/2006”, incluindo “um reforço dos motivos orçamental e económico para efeitos de fundamento para o início de procedimentos de reorganização e aplicação do sistema de requalificação”. A principal novidade estava no facto de a racionalização de efectivos passar a abranger, paralelamente a causas organizativas ligadas à fusão, extinção ou organização dos serviços, três novos fundamentos, de ordem económica, com impacto na gestão dos recursos humanos: redução de orçamento do serviço (por diminuição de transferências do Orçamento do Estado ou de receitas próprias); necessidade de requalificação dos seus trabalhadores, para adequação às atribuições ou objectivos definidos para o serviço; e cumprimento da estratégia estabelecida.

Com a colocação em requalificação, previa-se que o trabalhador sofresse, de imediato, uma redução da remuneração para 2/3 da remuneração base durante os primeiros seis meses, passando para metade dessa remuneração base ultrapassado esse prazo.¹⁰ Mas, neste ponto, o que de mais relevante aparecia de novo era tratar-se de um regime com um horizonte temporal: decorrido o prazo de 1 ano, seguido ou interpolado, sem que tenha ocorrido o reinício de funções em qualquer órgão ou serviço por tempo indeterminado, o contrato de trabalho cessava inexoravelmente (art.º 18.º, n.ºs 1 e 2).

mento, em acto fundamentado, na sequência de processo de avaliação, de que o pessoal que lhe está afecto é desajustado às suas necessidades permanentes”.

¹⁰ Tal como acontece na mobilidade especial, a remuneração não podia ser inferior à retribuição mínima mensal garantida e o trabalhador podia exercer outra actividade remunerada.

Se, para alguns trabalhadores, os expedientes de gestão dos recursos humanos já antes poderiam culminar na cessação do vínculo laboral público, para outros, o instituto agora criado – a requalificação – permitia, no fundo, que a administração pública pudesse pôr termo àquilo que, no modelo anterior, equivalia à situação de mobilidade especial. A requalificação, num primeiro nível, afastaria o trabalhador do seu posto de trabalho e colocá-lo-ia em inactividade, caso não logre obter de imediato a reafectação, com consequências na retribuição; num segundo nível, o prolongamento dessa situação para além de um ano levaria ao despedimento. As novas causas de recurso à requalificação, ainda que não fossem causa directa da cessação do contrato, assumiam, assim, uma importância fundamental, como um pressuposto para chegar ao despedimento.

A questão de constitucionalidade respeita, assim, a esses novos motivos que habilitam o empregador a encetar a requalificação, enquanto pressuposto da cessação contratual.

Ora, se é verdade que a Constituição acolhe causas de cessação da relação laboral por *motivos objectivos*, também impõe que sejam respeitados determinados requisitos,¹¹ devendo assegurar-se a susceptibilidade de controlo judicial de que se trata de uma medida respeitadora dos critérios de proporcionalidade, nas dimensões de necessidade, adequação e proibição do excesso, que informam a licitude das restrições aos direitos fundamentais. A lei, por imposição do artigo 53.º, não pode deixar de assegurar esse controlo da adequação entre o escopo da medida e as suas conse-

¹¹ Desde o acórdão do TC n.º 64/91 que isto é bem claro, com o tribunal a considerar que a proibição dos despedimentos sem justa causa não impede a existência de outras causas de cessação, a par da justa causa subjectiva, se respeitados determinados requisitos pelo legislador ordinário, entre os quais os conceitos utilizados não deverem ser vagos ou demasiado imprecisos e dever ser assegurado o controlo externo da existência de uma situação de impossibilidade objectiva de subsistência do vínculo laboral, para impedir que a cessação possa encontrar justificação apenas na mera conveniência da empresa.

O controlo judicial é parte essencial do princípio da segurança no emprego, que visa evitar despedimentos arbitrários, imotivados ou *ad nutum* ou feitos com base na mera conveniência da empresa; nas palavras de Júlio Gomes, “deve aferir a proporcionalidade existente entre a motivação invocada e o despedimento” (*Direito do Trabalho*, p. 995).

Como já tivemos ocasião de escrever anteriormente (cfr. “Parecer sobre o Anteprojecto de Código do Trabalho”, in MTSS, *Código do Trabalho Pareceres*, 2004, p. 255), a segurança no emprego “exige sempre a necessidade de uma razão objectiva, socialmente válida, para legitimar a cessação do contrato por acto unilateral do empregador ou por motivos ligados à empresa”. O núcleo essencial da justa causa assenta na inexigibilidade de manutenção da relação laboral, a qual é aferida em função de um comportamento culposo do trabalhador ou de racionalidade económica que dita a redução ou a alteração do conteúdo funcional de postos de trabalho de dada organização. Cfr., igualmente neste sentido, Luís Menezes Leitão, “Parecer sobre a conformidade da Proposta de Lei 29/IX (Código do Trabalho) com a Constituição da República Portuguesa”, na mesma obra *Código do Trabalho Pareceres*, p. 365 ss., P. Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 6.ª ed., 2013, p. 908 ss., e António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 16.ª ed., 2012, p. 477 ss., entre outros.

quências. Tem que ficar claro que o empregador se encontra impedido de definir e criar livremente os próprios pressupostos da actuação que conduz ao despedimento.

Existe uma clara similitude com o despedimento colectivo e com o despedimento por extinção do posto de trabalho, que, contudo, não podem ser obtidos com a simples invocação de redução de receitas: para recorrer a esses instrumentos, o empregador privado tem que demonstrar, por um lado, a ocorrência de uma cláusula geral - motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos - que não lhe seja imputável e, por outro lado, uma relação de adequação e de justa medida entre tais *motivos* e o despedimento que visa empreender.

Ao invés, as novas razões objectivas passíveis de justificar a cessação do vínculo radicam em fórmulas indeterminadas, que, sem grande dificuldade, podem habilitar a colocação de trabalhadores em situação de requalificação, da qual pode resultar, para aqueles que não reiniciem funções após o termo dessa situação, a cessação do contrato de trabalho. Os motivos de cessação do vínculo por razões orçamentais, assentes numa mera decisão política, não são acompanhados de critérios objectivos e seguros que permitam controlar a legalidade do despedimento. A “*redução de orçamento do serviço*” permite ao Estado dispor dos seus funcionários e dispensá-los com um grau de liberdade dificilmente compatível com o conceito de justa causa; há um défice de justificação e precisão da norma, à luz do princípio da proporcionalidade, não sendo possível demonstrar que a redução orçamental não seja decidida com base em motivações políticas, destinadas a gerar despedimentos especialmente orientados para determinados serviços. Tal raciocínio impõe-se, *a fortiori*, para a “*necessidade de requalificação dos respectivos trabalhadores, para a sua adequação às atribuições ou objectivos definidos*” e “*de cumprimento da estratégia estabelecida*”: as “*atribuições ou objectivos definidos*” e a “*estratégia estabelecida*” não são critérios suficientemente explícitos e determinados. As disposições normativas em causa não fornecem um suporte normativo que permita aos tribunais escrutinar, com objectividade, a motivação dos actos da administração pública que determinam a requalificação e a cessação do contrato. A sua vaguidade e imprecisão não permitem superar o teste da *adequação* e de *justa medida* do n.º 2 do art.º 18º da CRP.

Por isso, julgamos de aplaudir a declaração de inconstitucionalidade dessas normas que alargavam os motivos de cessação do vínculo laboral dos trabalhadores em funções públicas com fundamento em razões objectivas, por inexistência de justa causa, com violação, assim, dos artigos 53º e 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP.

2.2. O acórdão declarou ainda a inconstitucionalidade das normas do mesmo decreto que removiam a garantia do artigo 88º da Lei nº 12-A/2008 e sujeitavam trabalhadores que antes não podiam ser despedidos com fundamento em razões objectivas a um novo regime que permite cessar o seu vínculo laboral com base nessas razões, por inobservância do princípio da confiança, enquanto decorrência do princípio do Esta-

do de direito democrático, do art.º 2.º da CRP, que, nas palavras do acórdão n.º237/98, citado pelo tribunal, postula a “protecção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na actuação do Estado, o que implica um mínimo de certeza e segurança jurídica nos direitos das pessoas e nas suas expectativas juridicamente criadas”.

Aquele preceito conferiu aos funcionários públicos com nomeação definitiva a garantia de não poderem ser objecto de despedimento por razões objectivas, ainda que transitassem para a modalidade de contrato por tempo indeterminado. A remoção dessa garantia, operada pelo decreto, é inadmissível, à luz do princípio da tutela da confiança, por envolver uma mutação na ordem jurídica com a qual os destinatários não poderiam contar.

Quando a referida lei admitiu o despedimento por razões objectivas de trabalhadores que correspondiam aos clássicos funcionários públicos, exceptuando os trabalhadores que, antes da sua entrada em vigor, já tinham a nomeação definitiva, foram geradas expectativas de continuidade de um quadro jurídico pautado por uma estabilidade reforçada no emprego. O Estado sustentou até ao presente a salvaguarda dessa estabilidade dos funcionários públicos nomeados definitivamente e que transitaram para contrato de trabalho por tempo indeterminado em funções públicas.

O decreto não podia remover de forma abrupta essa garantia contra o despedimento por razões objectivas.

É evidente que o princípio da confiança não preclui a liberdade de conformação legislativa,¹² mas a afectação de expectativas em sentido desfavorável é inadmissível quando constitua uma mutação com que, razoavelmente, os destinatários das normas não pudessem contar e ainda quando não ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se pre-valetentes (devendo recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição).

Tal como aparece claramente exposto, por exemplo, nos acórdãos n.ºs 128/2009 e 188/2009, os critérios referidos são reconduzíveis a quatro requisitos, a quatro *testes*, sem os quais a confiança dos cidadãos na estabilidade da ordem jurídica e na constância da conduta do Estado não se mostra merecedora de tutela. É necessário, em primeiro lugar, que o Estado, *v.g.*, o legislador, tenha tido condutas capazes de gerar expectativas de continuidade; depois, que tais expectativas sejam legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, que os privados tenham feito

¹² Como se escreve no acórdão n.º 287/90, citado pelo tribunal, não existe “um direito à não-frustração de expectativas jurídicas ou à manutenção do regime em relação a relações jurídicas duradouras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados”.

planos de vida tendo em conta a prognose de continuidade daquelas condutas; por último, que não haja razões de interesse público justificativas, em ponderadas, da não continuidade dessa conduta geradora de expectativa.

Ora, é inquestionável que a segurança do estatuto desses trabalhadores, sempre imune à cessação por razões objectivas, permaneceu inalterada ao longo de diversas e sucessivas reformas.

A Lei n.º 12-A/2008 deixou imodificado esse elemento nuclear. Fê-lo relativamente aos trabalhadores que continuaram com vínculo de nomeação definitiva, através do art.º 32.º, com a possibilidade de o empregador público cessar unilateralmente a relação apenas por causas subjectivas; fê-lo também relativamente àqueles que, até então nomeados definitivamente, viram esse vínculo transferido para contrato por tempo indeterminado, através da norma de salvaguarda do n.º 4 do artigo 88.º

Tudo isto é feito num contexto que não era alheio a considerações de dificuldades orçamentais graves e a obrigações no contexto da UE, que o legislador teve como compatíveis com a legislação editada. Tratou-se, sem dúvida, de uma manifestação expressiva por parte do Estado de que esses trabalhadores mereciam uma excepção relativamente à cessação da relação jurídica de emprego público.

Mais tarde, com o agudizar das dificuldades económico-financeiras do Estado e com o Programa de Ajustamento Económico e Financeiro, os mesmos trabalhadores (juntamente com a generalidade daqueles que recebem por verbas públicas) viram ser-lhes impostas medidas de redução remuneratória, com motivação no benefício de maior estabilidade no emprego em relação aos trabalhadores privados – juízo em que a inaplicabilidade de causas de cessação da relação por *razões objectivas* foi decisiva. Mais se intensificou, então, o quadro gerador de confiança, resistente a tais constrangimentos, e em função dessa motivação.

Tudo isto não pode ter deixado de criar, *razoavelmente*, nos destinatários da norma que o decreto agora pretendia revogar uma expectativa especialmente forte na preservação em concreto desse regime de excepção, de forma a ter-se como *inesperada* a eliminação dessa norma de salvaguarda – encontrando-se, pois, verificados os requisitos de tutela da confiança e não havendo razões públicas de peso que sobre ela devam prevalecer.¹³

¹³ Noutra perspectiva, falece justificação na *igualdade formal* que se obtém entre esses trabalhadores e os trabalhadores em regime de contrato de trabalho em funções públicas constituídos a partir de 2009. A uniformidade das relações jurídicas laborais não constitui um valor *per se*, nem integra, seja no regime público, seja no privado, fundamento de interesse público para posergar a tutela da confiança legítima. Em especial num quadro tão vasto e complexo como a AP, dificilmente deixarão de existir hipóteses de trabalhadores a desempenhar a mesma tarefa

3. O acórdão n.º 602/13, de 20-09

3.1. Passemos agora ao acórdão n.º 602/13, de 20-09, que declarou inconstitucionais algumas normas da Lei n.º 53/2012, de 25-06.

Entre as medidas de política laboral tomadas na sequência da intervenção da Troika, merecem destaque as alterações ao Código do Trabalho introduzidas pela Lei n.º 23/2012, de 25-06, cujo sentido geral obedece à tal lógica de redução dos custos laborais e dos direitos dos trabalhadores. Isso é visível em qualquer das áreas abrangidas – tempo de trabalho, fiscalização das condições de trabalho, cessação do contrato por motivos objectivos e regime aplicável aos instrumentos de regulamentação colectiva.¹⁴

É assim que, por exemplo, o banco de horas – que só podia ser instituído por contratação colectiva – passou a poder ser negociado directamente com o trabalhador (banco de horas *individual*) e em certas condições, se uma maioria dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica o aceitar, poderá mesmo vir a ser imposto aos outros trabalhadores contra a sua vontade (“banco de horas *grupal*”).¹⁵ Os acréscimos remuneratórios do trabalho suplementar foram reduzidos para metade. Foram eliminados 4 feriados (dois civis e dois religiosos),¹⁶ bem como a majoração de 1 a 3 dias de férias em caso de inexistência de faltas injustificadas ou de número reduzido de faltas justificadas.¹⁷ Por outro lado, as empresas poderão encerrar para férias nas “pontes” e retomou-se a velha norma da LFFF, que determina que a falta injustificada a um período normal de trabalho diário imediatamente anterior ou posterior a dia de descanso ou a feriado implica a perda de retribuição (também) relativamente a esse dia.

No despedimento por extinção do posto de trabalho, as empresas passaram a ter maior liberdade para escolher os trabalhadores que vão despedir, pois caíram os

com regimes não inteiramente coincidentes (o que, note-se, acontece igualmente na relação jurídica de emprego privada).

¹⁴ Diga-se ainda que a própria exposição de motivos da proposta legislativa que viria a culminar na Lei n.º 23/2012, só por si, também justificaria a nossa atenção. Para além de outros aspectos, faz-se aí, por exemplo, referência à *flexisegurança*, quando a proposta nada tem a ver com este conceito.

¹⁵ Solução, em nosso entender, de duvidosa constitucionalidade, face, pelo menos, ao art.º 59.º, n.º 1, alínea *b*) da CRP.

¹⁶ Alega-se que o nosso país tem mais feriados do que a generalidade dos países europeus, o que está por demonstrar. Basta lembrar a Quinta-feira da Ascensão, a segunda-feira de Páscoa, o segundo dia de Natal (o “Boxing Day”) e outros casos de feriados nalguns desses países, que o não são em Portugal.

¹⁷ O que não deixa de ser curioso, quando, em 2003, essa majoração foi apontada como sendo uma das grandes medidas para a salvação da produtividade e da competitividade.

anteriores critérios de selecção do posto a eliminar, v.g., de antiguidade, bastando agora que a empresa aplique “*critérios relevantes e não discriminatórios*” para o efeito. Por sua vez, no que toca ao despedimento por inadaptação, este passa a poder ocorrer mesmo sem alterações no posto de trabalho, criando-se, no fundo, um novo tipo de despedimento. Quer naquela primeira modalidade de despedimento quer nesta última, deixa igualmente de ser obrigatório para o empregador tentar colocar o trabalhador em causa noutra posto de trabalho compatível com a respectiva categoria.

Muitos outros aspectos poderiam ser trazidos à colação, como, por exemplo, a redução acentuada das compensações por despedimento ou questões em matéria de contratação colectiva, etc. Mas os exemplos apontados já chegam para demonstrar que se continua a privilegiar a aposta num modelo de flexibilidade identificada com a compressão de custos sociais e, conseqüentemente, reduzida à precarização dos vínculos laborais, à adaptabilidade dos horários de trabalho e à mobilidade. Para além disso, julgamos que há também um aproveitamento da crise vista como uma oportunidade para retirar direitos sociais e proceder a um “ajuste de contas” com as conquistas dos trabalhadores ao longo das últimas décadas.

3.2. Para além da declaração de inconstitucionalidade de alguns segmentos do art.º 7.º da Lei n.º 23/2012, por violação do direito de contratação colectiva, que vamos deixar de parte neste nosso artigo, o acórdão n.º 602/2013 também chumbou a alteração segundo a qual, no despedimento por extinção do posto de trabalho, deixariam de se aplicar os anteriores critérios de selecção do posto a eliminar, passando a bastar que a empresa aplicasse “*critérios relevantes e não discriminatórios*”, bem como a regra segundo a qual, quer nesse despedimento quer no despedimento por inadaptação, deixaria de ser obrigatório para o empregador tentar colocar o trabalhador em causa noutra posto de trabalho disponível e compatível com a sua qualificação profissional.

Subscrevemos por inteiro a posição do tribunal em relação a ambas as questões. No que toca à primeira, considerou-se que a não indicação legal de critérios que devem presidir à selecção dos trabalhadores a despedir não assegura a objectividade do despedimento e o controlo efectivo pelo tribunal da sua validade, antes abrindo a porta à arbitrariedade e à possibilidade de despedimentos baseados exclusivamente na conveniência da empresa. Relativamente à segunda, entendeu-se que o regime lesaria desproporcionadamente a garantia constitucional da segurança no emprego, sendo, por isso, inconstitucional.¹⁸

¹⁸ “Claramente inconstitucional”, diz Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, p. 508 s. A colocação do trabalhador em causa noutra posto de trabalho disponível e compatível com a sua qualificação profissional é, aliás, uma solução comum aos mais diversos ordenamentos.

3.3. Ao invés, já não nos parece de acompanhar a posição do tribunal na parte em que julgou como não contrária à Lei Fundamental a nova figura do despedimento por inadaptação fundado exclusivamente numa diminuição da qualidade da prestação laboral que se traduza em alguma das situações referidas no artigo 374.º, n.º 1, do CT e que seja razoável prever que tenha carácter definitivo. Entendemos que, neste ponto, o tribunal andou mal. No nosso juízo, a referida alteração legislativa é igualmente merecedora de censura do ponto de vista da sua conformidade à Constituição.

É o que passamos a explicar de seguida.

O despedimento por inadaptação, introduzido no ordenamento português pelo Decreto-Lei n.º 400/91, teve subjacente a finalidade de se acautelar a reestruturação das empresas como instrumento essencial de competitividade no mercado. O conceito traduzia-se numa inadaptação superveniente do trabalhador a modificações no seu posto de trabalho, não suprida mediante formação profissional adequada e um período suficiente de adaptação. Era nessa causa objectiva de o trabalhador não conseguir adaptar-se a uma alteração do seu posto de trabalho, mesmo depois de realizadas todas as diligências necessárias e adequadas a essa adaptação, que se fundava a sua admissibilidade constitucional.¹⁹

Ora, com a Lei n.º 23/2012, criou-se, no fundo, um novo tipo de despedimento, em que, contrariamente ao que acontecia antes, o despedimento por inadaptação - que, conforme o art.º 373.º, se traduz na cessação de contrato de trabalho promovida pelo empregador com fundamento em inadaptação superveniente do trabalhador ao posto de trabalho, verificando-se esta em qualquer das situações das várias alíneas do n.º 1 do art.º 374.º (redução continuada de produtividade ou qualidade do trabalho; avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho; riscos para a segurança e saúde do trabalhador, doutros trabalhadores ou terceiros), quando, sendo determinada pelo modo de exercício de funções do trabalhador, torne praticamente impossível a subsistência da relação (art.º 374.º, n.º 1)²⁰ - passou a poder ocorrer mesmo sem necessidade prévia de modificações no posto de trabalho. Pode, de facto, ocorrer tanto na sequência dessas modificações por alterações nos processos de fabrico ou de comercialização, novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia, nos seis meses anteriores ao início do procedimento de despedimento (art.º 375.º, n.º 1); ou, então, *sem que tenha havido modificações no posto de trabalho*, se se verificar a existência de uma modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador, de que resultem nomeadamente situações caracterizado-

¹⁹ Acórdão n.º 64/91, já antes referido.

²⁰ Isto é assim no âmbito do regime geral, aplicável aos trabalhadores comuns, não relevando o regime especial dos trabalhadores afectos a cargos de complexidade técnica ou de direcção (cfr. art.º 374.º, n.ºs 1 e 2).

ras da inadaptação segundo o referido artigo 374.º, n.º 1, *desde que seja razoável prever que tal modificação substancial tenha um carácter definitivo* (art.º 375.º, n.º 2).

Ou seja, passou a haver duas modalidades distintas de despedimento por inadaptação: uma, correspondente à situação tradicional, em que a inadaptação ocorre após terem sido introduzidas modificações no posto de trabalho; uma outra, na qual, sem alterações no posto de trabalho, há uma modificação substancial da prestação do trabalhador, nomeadamente, uma redução continuada de produtividade ou de qualidade.

Esta nova modalidade de despedimento, consagrada no n.º 2 do art.º 375.º e que resulta da inadaptação do trabalhador ao posto de trabalho revelada *apenas* por uma modificação substancial (e estimável como definitiva) do modo como ele exerce as suas funções, reportando-se a um facto relativo ao trabalhador, não corresponde, porém, à impossibilidade subjectiva determinante da caducidade do contrato. Está em causa, não a impossibilidade de desenvolver a prestação, mas a diminuição significativa da aptidão do trabalhador para a função, por razão a ele atinente, sendo que o carácter permanente desta inaptidão superveniente torna inexigível para o empregador que continue a manter aquele trabalhador ao seu serviço. Não tendo havido alterações no posto de trabalho, a modificação substancial da prestação é unicamente reportada ao modo como o trabalhador exerce as suas funções, traduzido num conjunto de elementos objectivos que revelem uma prestação laboral de menor qualidade ou rendimento, mas sem culpa.

Esta modalidade de despedimento – verdadeiramente, uma “inaptidão” ou “menor capacidade profissional” – corresponde a casos em que o trabalhador, sem culpa (o que exclui a justa causa disciplinar), manifeste uma redução ou mesmo cessação das aptidões físicas, psíquicas ou técnicas que levaram à sua contratação e suportaram a sua prestação de trabalho até certo momento.

A situação, por sua vez, não é consequência de qualquer modificação técnica ou organizacional ocorrida no posto de trabalho. Se a causa subjacente a esta modalidade de despedimento é, assim, uma causa *objectiva*, na medida em que assenta em factos referentes a condutas não culposas do trabalhador, a verdade é que há, contudo, uma diferença relativamente às demais modalidades de despedimento por justa causa objectiva, incluindo a inadaptação *proprio sensu*, nas quais a causa assenta em dados referentes à organização ou gestão da empresa, sendo em consequência destas que se verifica a necessidade, objectivamente fundamentada, de despedir um trabalhador.

No caso em apreço, a causa do despedimento refere-se exclusivamente ao próprio trabalhador e ao modo de exercício das suas funções, exigindo-se apenas que a ina-

daptação, revelada pelos maus resultados da prestação laboral, não lhe seja imputável a título de culpa e que seja razoável prever o seu carácter definitivo.

O TC considerou esta diferença irrelevante e, ponderando a segurança no emprego, por um lado, e o direito à livre iniciativa económica, por outro, entendeu que, mesmo sem modificações no posto de trabalho, continua a *não ser exigível* ao empregador a manutenção do vínculo com um trabalhador que, reconhecidamente, não consegue trabalhar com o equipamento disponibilizado, que põe em risco a sua própria segurança ou a de outros pelo modo como realiza a sua prestação ou cuja produtividade diminuiu drástica e definitivamente – concluindo pela não inconstitucionalidade do despedimento por inaptação fundado exclusivamente numa diminuição da qualidade da prestação laboral que se traduza em alguma das situações referidas no artigo 374.º, n.º 1, do CT e que seja razoável prever que tenha carácter definitivo.

3.4. Segundo cremos, neste ponto, o tribunal não teve a razão do seu lado.

A admissibilidade constitucional do anterior despedimento por inaptação resulta de o mesmo se fundar na causa objectiva de o trabalhador não conseguir adaptar-se a uma alteração do seu posto de trabalho, mesmo depois de realizadas todas as diligências necessárias e adequadas a essa adaptação. Há aí uma incapacidade de se adaptar a uma situação nova, pressupondo-se uma modificação objectiva no posto de trabalho, à qual o trabalhador, após a verificação de toda uma série de requisitos tendentes à criação das condições para a sua adaptação a essas novas circunstâncias, não consiga adaptar-se.

O novo tipo de despedimento é efectivamente um despedimento, não por inaptação, mas por inaptidão, é um despedimento por falta de capacidade (característica meramente subjectiva) do trabalhador para a realização de determinada tarefa, a ser avaliada exclusivamente com base em critérios subjectivos e unicamente dependentes do juízo do empregador. Ao prever o despedimento por quebra da produtividade ou qualidade do trabalho prestado, a lei defere ao empregador a avaliação e a decisão sobre o cumprimento ou não dos objectivos que ele próprio determina, não tendo em conta que é o próprio empregador, detentor dos meios de produção, o principal responsável pela criação das condições de cumprimento ou não.

Quando se dispensa a inovação ou alteração tecnológica do posto de trabalho, deixamos de estar perante uma causa objectiva e passamos a estar perante uma causa subjectiva (embora não culposa), um facto do próprio trabalhador que, sem que tivesse ocorrido qualquer causa externa relacionada com o posto de trabalho, passa a produzir menos ou com menos qualidade; acaba então por se deixar à entidade patronal uma larga margem de arbítrio. A consideração da inaptidão acaba por ficar dependente do juízo da entidade patronal acerca da redução da produtividade e da

qualidade da prestação laboral. Com base nesta nova forma de despedimento, o empregador pode fazer cessar a relação assentando em critérios não sindicáveis pelos trabalhadores, pelas suas organizações representativas, pela ACT ou pelo tribunal. Não havendo essa verdadeira possibilidade de controlo dos critérios que podem conduzir ao despedimento, então está-se perante uma clara violação do art.º 53.º da CRP.

Até porque a modificação substancial (não culposa) da prestação só ganha espaço, como justa causa *objectiva* de despedimento, se, paradoxalmente, for utilizado um termo *subjectivo* de comparação, que é a performance de que esse mesmo trabalhador anteriormente fora capaz. Ele é inadaptado, se for substancialmente menos produtivo do que no passado. Estamos, assim, face a uma solução que, como bem realçou o Conselheiro Sousa Ribeiro, na sua declaração de voto, citando, aliás, Monteiro Fernandes, abre caminho “à exclusão dos trabalhadores mais desgastados, de idade mais avançada ou com condições físicas e/ou psíquicas diminuídas”, dado que as pessoas perdem naturalmente capacidades à medida que envelhecem. Se assim é, então essa solução não é compatível com a garantia constitucional do art.º 53.º da CRP nem com exigências constitucionais de tratamento do trabalhador como pessoa e como cidadão, antes o encarando, numa óptica crassamente produtivista, exclusivamente como factor de produção. Não corresponde, de facto, aos critérios da Lei Fundamental que algo inelutavelmente preso à condição humana possa servir de justificação para o empregador despedir um trabalhador que anteriormente desempenhou bem as suas funções e que, de acordo com padrões médios, continua a desempenhá-las.

Por isso, entendemos que o novo despedimento por inadaptação, sem alterações tecnológicas no posto de trabalho, se situa fora dos parâmetros constitucionais.

4. Síntese conclusiva

4.1. De facto, a visão economicista do legislador contraria claramente a concepção humanista da Constituição de 1976.

Esta, um corolário da revolução democrática de Abril de 1974, constitui a Lei Fundamental do nosso ordenamento jurídico, limita e racionaliza o exercício do poder, fonte suprema (“tête de chapitre”) do direito público e também do próprio direito privado.

É no reconhecimento da normatividade da Constituição que se encontra, aliás, o ponto de partida do sistema de controlo da constitucionalidade baseado na existência de um Tribunal Constitucional, órgão que assenta, precisamente, nessa ideia de superioridade hierárquica da Constituição, de que deve ser o guardião, devendo

garantir que as normas legais e outros actos infraconstitucionais não ofendem as regras e os princípios constitucionais.

Não fazem sentido acusações feitas, nos últimos tempos, a esse órgão. É espantoso que se venha dizer que o Tribunal deverá ter em conta, no seu juízo, a situação do país, nomeadamente o facto de nos encontrarmos submetidos a uma intervenção externa; desejariam os acusadores que o Tribunal Constitucional tivesse inventado uma teoria jurídica qualquer que colocasse acima da nossa Constituição outros instrumentos, nomeadamente o *Memorando de Entendimento*.²¹ O que é de estranhar é que alguns juristas, nomeadamente constitucionalistas, digam, por estas ou outras palavras semelhantes, que o (único?) princípio a ter em conta é hoje o da necessidade, perante o qual todos os outros devem ceder, ou que a situação em que estamos justifica uma adaptação das normas constitucionais que limite o seu alcance garantístico. É inadmissível, não é legítimo, que, em nome do combate ao défice das contas públicas, se permita que se instale o *não-direito* e se esqueça a Lei Fundamental e com ela o próprio Estado democrático de direito. Quem deve ter em conta os limites constitucionais é quem negocia e quem aplica textos como aquele MoU, não podendo os direitos fundamentais e o Estado de Direito Democrático garantidos na Constituição ser subalternizados.

4.2. Fiel ao mercado, o neo-liberalismo defende o enfraquecimento do Estado na sua dimensão e nos seus fins, conduzindo, no plano laboral, ao abandono do proteccionismo e ao regresso à plena autonomia da vontade e liberdade contratual. Uma tal concepção da pessoa humana, da sociedade e do Estado ignora ao fim e ao cabo que as liberdades colectivas e o estatuto de protecção do trabalhador são parte integrante da democracia moderna e que, no mercado, a ausência de regras beneficia sempre os elos mais fortes da cadeia, maximizando as injustiças e o fosso entre os mais fortes e os menos favorecidos. A verdade é que estamos face a um ramo do direito que ainda hoje se mantém fiel aos pressupostos, que estiveram na sua génese, de promoção da igualdade material e de protecção do contraente débil, que há muito mais de um século tão bem traduzidos foram no aforismo de que “*entre o fraco e o forte é a lei que liberta e a liberdade que oprime*”.

A aposta não deverá ser a do neo-liberalismo. O remédio mais eficaz para o desemprego é antes o crescimento económico, que pressupõe melhor educação e formação profissional, melhor gestão das empresas e políticas activas de emprego, de reconversão profissional e de protecção social. Não há, não pode haver, produtividade nem competitividade das empresas sem uma adequada organização e gestão das mesmas, sem progresso tecnológico, formação e valorização profissional, não

²¹ Que, na verdade, até tem sido levado em conta, em nosso entender, às vezes, de forma excessiva, pelo Tribunal – como facilmente se poderá verificar pela análise de alguns dos acórdãos referidos, *maxime*, deste último, o 602/13.

podendo, obviamente, menosprezar-se a importância do factor humano, v.g. da motivação dos trabalhadores e do respeito pelos seus direitos, enquanto elemento essencial para o bem-estar e o dinamismo das empresas. Esses, sim, são os factores verdadeiramente decisivos para a produtividade.

É preciso combater a ideia que sustenta que, em última análise, o melhor seria não haver direito do trabalho, a ideia que vê o trabalho como uma mera mercadoria e procura, por isso, reduzir este ramo do direito a um mero instrumento de gestão.

Além disso, acresce que a receita neoliberal nem sequer tem dado os apregoados frutos. No nosso país, estamos hoje com uma situação económica e social, marcada por índices de desemprego e recessão nunca antes atingidos. O próprio défice das contas públicas é cada vez maior e assiste-se a uma colossal transferência de rendimentos e de poder daqueles que menos têm para aqueles que já mais têm; faz-se cair sobre os mais pobres o custo da crise e aumenta-se, assim, cada vez mais, o fosso entre ricos e pobres.

A saída da crise passa, não pela austeridade e o empobrecimento das pessoas e das famílias, mas, sim, pelo crescimento económico e o conseqüente aumento do consumo e do investimento, o aumento das receitas fiscais, etc.

A crise que assola a Europa coloca a necessidade de o Velho Continente conceber políticas concretas que previnam o empobrecimento e corrijam as desigualdades sociais.

O grande desafio colocado ao direito do trabalho é hoje o de reencontrar aquela que sempre foi a sua questão fundamental: a justiça social. É isso que, hoje, como sempre, está em causa no direito do trabalho. Por isso, ele continua hoje a fazer sentido - diria mesmo, hoje mais do que nunca. Porque, nestes tempos de ultraliberalismo, é preciso, de facto, afirmar que há valores cuja prossecução não pode ser confiada ao mercado e que o primeiro desses valores é a dignidade da pessoa humana - a dignidade que cada ser humano, pelo simples facto de o ser, possui. Num tempo em que a produtividade é muitas vezes convertida no único critério para aferir o valor-trabalho e o *social* tende por vezes a ser degradado em sub-produto do económico, o direito do trabalho é um espaço privilegiado para a actuação da directriz personalista, que aponta para uma cidadania plena - e designadamente na empresa. *A luta pelo Direito*, de que falava *Ihering*, afinal a luta, por um mundo "*mais livre, mais justo e mais fraterno*", de que fala o preâmbulo da Constituição, tem hoje, num momento em que os imperativos económicos procuram questionar muitos dos dogmas tradicionais desta disciplina jurídica, um campo de eleição na área juslaboral - até porque a defesa dos mais fracos é, deve ser, uma das funções do Estado democrático de direito, em consonância, aliás, com os ideais humanistas, que proclamam a necessidade de

cada ser humano realizar a solidariedade que deve aos seus semelhantes, particularmente àqueles que não têm voz nesta sociedade desigual e injusta em que vivemos.