Lusíada
Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Amado, João Leal

Sobre a (des)conformidade constitucional do novo artigo 338.ºA do código do trabalho

http://hdl.handle.net/11067/7408
https://doi.org/10.34628/RHTB-TA39

Metadados

Data de Publicação	2024
Palavras Chave	Empregados - Dispensa de - Direito e legislação - Portugal, Direito constitucional - Portugal
Tipo	article
Revisão de Pares	yes
Coleções	[ULL-FD] Minerva, v. 13, n. 06 (2024)

Esta página foi gerada automaticamente em 2026-10-30T02:34:04Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

SOBRE A (DES)CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DO NOVO ARTIGO 338.º-A DO CÓDIGO DO TRABALHO

João Leal Amado
Professor Catedrático e Investigador Integrado do
Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Investigador Colaborador do CEJEIA

SOBRE A (DES)CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DO NOVO ARTIGO 338.º-A DO CÓDIGO DO TRABALHO

João Leal Amado

https://doi.org/10.34628/RHTB-TA39

A) Nota prévia: o parecer jurídico[1]

A Exm.ª Senhora Provedora de Justiça veio requerer, ao abrigo do disposto na al. b) do n.º 2 do art. 281.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), que o Tribunal Constitucional (TC) declare com força obrigatória geral a inconstitucionalidade das normas constantes do n.º 3 do art. 10.º do Código do Trabalho (CT), na redação que lhe foi introduzida pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, e do art. 338.º-A do mesmo Código, aditado pela referida Lei n.º 13/2023.

Sobre esta última norma, o art. 338.º-A, o signatário já tinha tido oportunidade de tecer algumas considerações, em texto que foi oportunamente publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (*RLJ*). Nesse texto, procurámos

[1] Cremos que a publicação deste texto se justifica, de modo muito especial, neste número da *Minerva*, dedicado à Revolução de Abril, que em boa hora a Universidade Lusíada resolveu assinalar. Pela nossa parte, agradecemos, penhorados, o honroso e irrecusável convite que nos foi endereçado pelo Senhor Professor António José Moreira. Passados 50 anos sobre a Revolução, importa não olvidar nem menosprezar que, no campo laboral, uma das conquistas de Abril consistiu na superação do sistema que permitia à entidade empregadora proceder ao despedimento do trabalhador, sem para tal ter de invocar qualquer motivo. A garantia da segurança no emprego e a correlata proibição do despedimento sem justa causa foram guindadas à condição de direitos fundamentais dos trabalhadores, sujeitos ao regime privilegiado dos direitos, liberdades e garantias. O juízo sobre a (des)conformidade constitucional do artigo 338.º-A do Código do Trabalho não poderá, a nosso ver, desconsiderar o eminente valor representado pela segurança no emprego, conquistada em Abril e energicamente tutelada pela nossa Lei Fundamental.

contribuir para o debate sobre o sentido e alcance desta nova norma legal, não deixando de aflorar a questão da conformidade constitucional da mesma, ainda que sem nos pronunciarmos sobre o ponto. O texto centra-se, sobretudo, em questões relativas à interpretação e aplicação da norma, uma das mais polémicas contidas na chamada "agenda do trabalho digno".

Agora que o TC vai ser chamado a escrutinar a constitucionalidade da norma, e talvez pelo facto de o signatário já ter tomado posição sobre diversos aspetos da mesma, a Confederação-Geral dos Trabalhadores Portugueses – Intersindical Nacional (CGTP-IN) veio solicitar-nos a emissão de um parecer jurídico sobre a questão, isto é, sobre se o disposto nos dois números do novo art. 338.º-A do CT vulnera a CRP.

É esse mesmo parecer que se emite, nas páginas subsequentes. Entendemos que a melhor forma de enfrentar a questão seria dividir o texto em duas grandes partes: a primeira, em que vamos reproduzir, *ipsis verbis*, aquilo que escrevemos no artigo publicado na *RLJ*; a segunda, em que, aprofundando a reflexão e focando-a na questão da (in)constitucionalidade do preceito, nos iremos pronunciar sobre a matéria.

Emitimos este parecer com a mesma liberdade de espírito e isenção académica com que publicámos, meses atrás, o supramencionado artigo. E estamos convictos de que a decisão que vier a ser proferida, neste caso, pelo TC, vai ter implicações muito profundas em matéria jurídico-laboral. A norma toca, sem dúvida, em vários aspetos de grande relevo e sensibilidade – a compreensão constitucional da garantia da segurança no emprego e da liberdade de iniciativa económica privada, o papel que deve ser desempenhado, neste contexto, pelo Direito do Trabalho, o alcance da liberdade de organização empresarial e o respeito pela dignidade da pessoa humana, etc.

Iremos procurar, neste quadro, esclarecer se a nova norma é ou não inconstitucional – juízo que, evidentemente, não se confunde com um juízo sobre a bondade ou felicidade da norma, sobre os méritos ou deméritos da mesma, sobre o seu acerto ou desacerto, no plano técnico-jurídico. Ao TC pede-se, tão-só, que se pronuncie sobre a conformidade ou desconformidade constitucional da nova norma.

B) O artigo

Vamos, então, começar por transcrever, na íntegra e sem qualquer modificação, o texto que publicámos na *RLJ*, n.º 4040, Mai/Jun 2023, pp. 312-320, sob o título: «A proibição de recurso à terceirização de serviços e o *despedimento-para-terceirizar*: nótula sobre o novo artigo 338.º-A do Código do Trabalho».

"Foi recentemente (e, dir-se-ia, finalmente) publicada a Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, diploma que aprovou a chamada "Agenda do Trabalho Digno" e que veio rever numerosas disposições do nosso Código do Trabalho (CT) e demais legislação laboral. Aprovada depois de um longo e tormentoso processo legislativo, a nova lei contém, como seria de esperar, várias novidades de monta, muitas delas bastante polémicas e cuja interpretação vai dar lugar a um mar de dúvidas e dificuldades.

Uma das novidades que tem sido alvo de maior contestação, designadamente por parte das confederações patronais e por uma considerável legião de advogados, em grande parte oriundos de grandes escritórios de advocacia, decerto versados em *outsourcings*, *downsizings* e quejandos, consiste, sem dúvida, no art. 338.º-A do CT, norma aditada pela Lei n.º 13/2023, na qual, sob a epígrafe "Proibição do recurso à terceirização de serviços", se estabelece: «Não é permitido recorrer à aquisição de serviços externos a entidade terceira para satisfação de necessidades que foram asseguradas por trabalhador cujo contrato tenha cessado nos 12 meses anteriores por despedimento coletivo ou despedimento por extinção de posto de trabalho» (n.º 1). A violação desta proibição constituirá contraordenação muito grave, imputável ao beneficiário da aquisição de serviços, segundo dispõe o n.º 2 do mesmo preceito.

A nova norma tem estado debaixo de fogo intenso[2]. Alega-se que a mesma constitui um atentado inadmissível à liberdade de organização

[2] A nível doutrinal, merece destaque o texto de Pedro Romano Martinez e Luís Gonçalves da Silva, «Constituição e Agenda do Trabalho Digno», *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, n.º 4, 2023, pp. 279 e ss., em especial pp. 292-311 (parecer jurídico elaborado pelos Autores a pedido do Conselho Nacional das Confederações Patronais), bem como as referências, curtas mas incisivas, de Maria Regina Redinha, «Agenda do trabalho digno: *what's in a name*?», APODIT, *Newsletter* Primavera'23, pp. 6-8, e de Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais,* 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2023, pp. 1082-1084

Tivemos ensejo, em texto coletivo, subscrito por Leal Amado, Teresa Moreira, Milena Rouxinol, Joana Vicente e Catarina Santos, de manifestar a nossa discordância em relação a leituras que, parafraseando

empresarial, ao direito de propriedade privada e à liberdade de iniciativa económica privada, consagrada no art. 61.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). A empresa, diz-se, deixará de poder externalizar serviços, deixará de poder terceirizar, deixará de poder recorrer ao *outsourcing*, deixará de ter a liberdade de se reinventar e reorganizar, o empresário deixará de poder modelar a sua atividade como bem lhe aprouver, máxime concentrando-se no *core business* e externalizando as demais atividades, despedindo os trabalhadores que as exerciam e recorrendo, para aquele efeito, à terceirização de serviços.

Em suma, razões de eficiência e de competitividade empresarial imporiam, nesta perspetiva, que a faculdade de recurso ao *outsourcing* fosse ilimitada e sem freios, no seio de uma economia de mercado, baseada no direito de propriedade, na iniciativa económica privada e na busca do lucro, do máximo lucro, pelos investidores. Logo, a proibição estabelecida pelo novo art. 338.º-A do CT seria inconstitucional. Flagrantemente!

Será assim? Cremos que a norma em apreço suscita, de facto, grandes problemas, desde logo de ordem interpretativa. Qual é, afinal, o sentido e o alcance da nova norma legal? A este propósito, não podemos deixar de chamar a atenção para que, em rigor, esta nova norma, a despeito da sua epígrafe algo hiperbólica, não proíbe o recurso à terceirização de serviços, não veda o recurso ao *outsourcing*. O alcance do preceito é mais limitado: *o que se proíbe é que algo, em si mesmo lícito (a terceirização), seja efetuado por meio do recurso ao despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho, nos 12 meses anteriores; o que se veda é que o empregador recorra ao despedimento, eliminando emprego, em ordem a externalizar serviços; o que se pretende evitar, afinal, é que esse meio (o despedimento) seja utilizado para alcançar tal fim (a terceirização) – não porque o fim seja alvo de um juízo de desvalor, mas porque o meio utilizado, esse sim, é tido como desvalioso pela lei*.

Ora, este é, a nosso ver, o ponto. É sabido que, quando a perda do emprego ocorre sem ou contra a vontade do trabalhador, as consequências dessa perda,

Alain Supiot, parecem ver no Mercado a *Grundnorm* da ordem jurídica (esse texto encontra-se disponível em *www.observatorioalmedina.net*). No presente texto, embora retomemos algumas das ideias vertidas naqueloutro, as opiniões são apenas do signatário, a quem, claro, deverão ser assacadas responsabilidades e dirigidas críticas pelas suas falhas, omissões ou incorreções.

a nível social e humano, podem ser devastadoras, sobretudo quando se trate de trabalhadores pouco qualificados e já não muito jovens. É que, seja ou não um meio de realização pessoal, o emprego representa, tipicamente, a fonte de sustento do trabalhador. A perda daquele implica, portanto, a privação desta. O despedimento consiste, decerto, numa das formas de cessação do contrato de trabalho, numa rutura do vínculo jurídico-laboral por iniciativa unilateral da entidade empregadora. O despedimento é isso, mas é, note-se, muito mais do que isso. O despedimento, como bem assinalam Baylos Grau e Pérez Rey, é também um *ato de violência do poder privado*. Com o despedimento, «a empresa, através da privação do trabalho a uma pessoa, procede à expulsão dessa pessoa de uma esfera social e culturalmente decisiva, vale dizer, de uma situação complexa em que, através do trabalho, esta obtém direitos de integração e de participação na sociedade, na cultura, na educação e na família. Cria uma pessoa sem qualidade social, porque a qualidade da mesma e os referentes que lhe dão segurança na sua vida social dependem do trabalho»[3]. E, como sublinham os autores, a violência do despedimento constitui um facto que não deixou de ser submetido a um processo de "civilização democrática" por parte do Direito do Trabalho – esse poder foi racionalizado, foi condicionado, foi procedimentalizado, foi formalizado, foi limitado.

A lei rejeita o despedimento *ad nutum*, a ordem jurídica não reconhece ao empregador o direito de despedir arbitrariamente, sem explicações, sem justificação, sem indicação de motivo bastante. Entre nós, o despedimento é uma declaração vinculada, porque a validade do ato extintivo está condicionada à verificação de determinados motivos que a lei considera justificativos da cessação da relação de trabalho. A CRP consagra, não por acaso, a garantia da segurança no emprego como um dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, no seu art. 53.º. É certo que a era da nova economia globalizada, dinâmica, inovadora e ferozmente competitiva obedece à lógica do efémero, do volátil e do imprevisível, sendo incompatível com o ideal do *job for life* que, de algum modo, imperou no século passado. Daí, porém, não se segue inexoravelmente que o ordenamento jurídico tenha de contemporizar com despedimentos arbitrários, dispensando o empregador de justificar – e de

[3] *El Despido o la Violencia del Poder Privado*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 44.

justificar de forma bastante, com base em fundamentos ponderosos – a sua decisão extintiva e isentando esta última do escrutínio judicial. Não parece, pois, que se deva remeter a estabilidade no emprego para a arca das velharias inúteis.

É isso que, cremos, importa sublinhar, para recentrar a discussão em torno da bondade ou maldade (e, o que é diferente, da constitucionalidade ou não) do novo art. 338.º-A do CT. O despedimento não é coisa de somenos ou banal, não é um mero detalhe sem importância, resultante de decisões gestionárias insindicáveis do empregador. *O despedimento é um ato expulsivo que lesa uma garantia constitucional*. A CRP salvaguarda o bem jurídico representado pelo emprego, tentando evitar que o mesmo seja sacrificado sem que para tanto existam motivos ponderosos e comprováveis. E isso vale, decerto, tanto para os motivos disciplinares, que podem originar um despedimento com justa causa, como para os motivos económicos, *lato sensu*, que podem fundar uma decisão de despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho.

O "despedimento por eliminação de emprego"[4], que se baseia em motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, não pode ser perspetivado como um ato de gestão virtualmente insindicável pelo tribunal, a coberto da liberdade de iniciativa económica do empresário. A liberdade económica e a propriedade privada, sendo valores constitucionalmente consagrados, têm de se concatenar com outros valores e direitos fundamentais, entre os quais a garantia da segurança no emprego. Não faz qualquer sentido, com efeito, afirmar o valor primacial da segurança no emprego, proibir o despedimento livre por parte da entidade empregadora e, do mesmo passo, sustentar que a entidade empregadora pode despedir com base em quaisquer motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, ao abrigo de uma liberdade de gestão que escaparia ao controlo judicial (descontados, claro está, os casos patológicos, de fraude, de simulação, de "abuso de direito", por parte do empregador). Ou seja, a garantia da segurança no emprego e a proibição constitucional do despedimento sem justa causa significariam que o nosso sistema rejeitaria o *employment-at-will*, mas depois, bem vistas as coisas, haveria motivo para

[4] Utilizamos a expressão cunhada por Pedro Furtado Martins, *Cessação do Contrato de Trabalho,* 4.ª ed., Principia Editora, Cascais, 2017, p. 247.

despedimento sempre que o empregador quisesse, desde que este invocasse um qualquer motivo de mercado, estrutural ou tecnológico. O empregador diria: não sou livre para despedir os trabalhadores, mas, desde que eu decida promover uma qualquer "reestruturação da organização produtiva" e a invoque, passo a poder despedir os trabalhadores, sem que o tribunal deva ou possa imiscuir-se nesta minha decisão de gestão. Dir-se-ia, pois, que, se o Natal é quando um homem quiser, causa legítima de despedimento haveria sempre que o empregador quisesse…

Não cremos que isto seja defensável. Diga-se, aliás, que, em certo sentido, o Direito do Trabalho não é outra coisa senão um vasto sistema de controlo das decisões gestionárias do empregador, não se percebendo por que razão deveria deixar de sê-lo em face de uma decisão tão importante (tão destruidora de emprego e tão criadora de desespero) como é a de proceder a um despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho[5]. E bom será não ter ilusões a este respeito. O objetivo magno da empresa privada capitalista não consiste em criar emprego para os trabalhadores, nem sequer em assegurar a manutenção daquele para estes, mas sim em gerar lucros para os respetivos sócios/acionistas. Ao Direito do Trabalho compete, justamente, evitar que a prossecução deste desígnio lucrativo sacrifique em demasia os interesses dos trabalhadores.

Parece-nos, por isso, excessivo sustentar a legitimidade do recurso ao despedimento por parte de empresas prósperas e lucrativas, com uma situação económico-financeira plenamente equilibrada, apenas em ordem a maximizar a eficiência e/ou ao incremento dos lucros. *Julga-se que a tutela constitucional da segurança no emprego impõe – tem de impor – um outro tipo de ponderação,*

[5] A este propósito, remetemos para as valiosas reflexões desenvolvidas, há bem mais de uma década, por Júlio Gomes, Autor que manifestava a sua preocupação por se vir impondo, na nossa doutrina e na nossa jurisprudência, um entendimento que praticamente esvazia a necessidade de fundamentação do despedimento coletivo. Como observa o Autor, não se vê como é que esta linha argumentativa se concilia com a exigência constitucional de justa causa para que haja despedimento: «Se a justa causa puder consistir numa decisão de gestão insindicável – por exemplo, na afirmação do empregador de que o despedimento coletivo é o meio necessário simplesmente para aumentar o lucro que a empresa já vem obtendo – não vislumbramos qualquer utilidade na exigência constitucional» (*Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 993). O Autor alertava, a nosso ver com inteira razão, para a necessidade de atender «a que a liberdade de iniciativa e a propriedade privada têm que concorrer com outros direitos fundamentais (como o direito ao emprego) e que o juízo de proporcionalidade necessário para conciliar em concreto a colisão entre este tipo de direitos fundamentais dificilmente se pode bastar com alegações de mera eficiência» (ob. cit., p. 992).

que não menospreze o valor da manutenção do emprego, quer ao empregador quando toma a decisão, quer ao julgador quando chamado a sindicar os motivos da decisão daquele, quer ao próprio legislador, quando, como agora sucedeu no âmbito da "agenda do trabalho digno", se propõe traçar um quadro jurídico-laboral para a terceirização de serviços.

A importância do bem protegido – o emprego – impõe o respeito por critérios de racionalidade e de proporcionalidade aquando da decisão de despedimento, tomando em consideração o sacrifício que esta decisão comporta para os trabalhadores que dela são alvo. Admitir que um qualquer motivo de mercado, que uma qualquer opção gestionária – máxime, a de terceirizar serviços – possa, sem mais, legitimar o despedimento seria, afinal, hipostasiar a liberdade de iniciativa económica privada e fazer tábua-rasa da segurança no emprego. Seria ver no trabalhador um elemento descartável, seria tratá-lo como uma mercadoria, ignorando a pessoa, o ser humano que existe em cada trabalhador. Vivemos, decerto, numa economia de mercado, mas também vivemos num Estado social e democrático de direito, em que a CRP constitui a lei fundamental. E note-se, a este propósito, que a segurança no emprego não tem menos dignidade constitucional do que a livre iniciativa económica. Aliás, como se lê no n.º 1 do art. 61.º da CRP, «a iniciativa económica privada exerce-se livremente *nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral*» (itálico nosso). Vale dizer, se a segurança no emprego não é, decerto, um direito aboluto, muito menos o é, convenhamos, a liberdade de iniciativa económica privada.

Reiteramos que o que vem de ser dito não significa que estejamos a tomar posição no debate sobre a bondade ou maldade substantiva do novo art. 338.º-A do CT. A norma é complexa, tem de ser devidamente interpretada e irá dar lugar, seguramente, a dificuldades aplicativas de monta. A este propósito, diríamos apenas que, salvo melhor opinião, se o legislador veio agora proibir, *expressis verbis*, o recurso à terceirização de serviços para satisfação de necessidades que foram asseguradas por trabalhador que tenha sido alvo de um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho nos 12 meses anteriores, então isso significa que, no juízo do legislador, um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho que se fundamente na decisão

gestionária de proceder a essa terceirização (visando, quiçá, reduzir custos, obter ganhos de eficiência, aumentar lucros) deve ser tido como ilícito, justamente com base na improcedência do respetivo motivo justificativo (art. 381.º, al. *b)*, do CT). Trata-se, cremos, do verso e reverso da mesma medalha: *se a lei proíbe o empregador de terceirizar, para substituir trabalhadores que acabou de despedir, é porque a lei consagra a regra, ainda que de forma implícita, de que não é lícito despedir-para-terceirizar*. Talvez o atual n.º 1 do art. 338.º-A devesse passar para n.º 2. E o legislador, se fosse mais cuidadoso, deveria ter redigido um outro n.º 1 para esta norma, em termos próximos dos seguintes: «O despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho é ilícito caso vise a terceirização de serviços, nos termos do número seguinte».

Isto porque, ao contrário do que alguns supõem, nem todos os motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, genericamente referidos nas alíneas do n.º 2 do art. 359.º do CT, bastam para justificar um despedimento. Há sempre aqui, forçosamente, um juízo de proporcionalidade a fazer, juízo em que não se poderá perder de vista, para o dizermos com Júlio Gomes, «que a liberdade económica e a propriedade privada (que para muitos tem, aliás, também uma função social) não são os únicos valores constitucionalmente consagrados e têm que se conciliar com outros valores e direitos, entre os quais o direito ao trabalho e o reconhecimento da necessidade de tutela da personalidade do trabalhador»[6] – e também, acrescentaríamos nós, com a garantia da segurança no emprego. Vale dizer, só se aqueles motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos possuírem, no caso concreto, um peso considerável, se forem realmente motivos ponderosos, só então o despedimento será lícito, só então a ordem jurídica aceita o desvalor traduzido no sacrifício do emprego dos trabalhadores atingidos por tal decisão – só então, na terminologia da CT, o motivo justificativo do despedimento será considerado procedente, nos termos da al. *b)* do seu art. 381.º

Não se acompanha, pelo exposto, a ideia segundo a qual esta nova norma teria vindo introduzir uma incongruência no sistema, registando-se aqui, segundo alguns autores, uma "incompatibilidade teleológica" entre o art. 338.º-A e o n.º 2 do art. 359.º do CT. Assim pensam, desde logo, Pedro

[6] *Direito do Trabalho*, cit., p. 994.

Romano Martinez e Luís Gonçalves da Silva: «Deste modo, consideramos evidente que existe uma incompatibilidade teleológica entre a credencial de cessação e consequente proibição de contratação, com recurso a vínculos de diferente natureza. O que significa, dito de outro modo: o empregador pode recorrer – com habilitação constitucional e legal – ao despedimento coletivo (ou extinção de postos de trabalho) por razões empresariais – na terminologia legal, "motivos económicos", reconhecidos como motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos –, mas fica impedido, durante 12 meses, de adequar a gestão empresarial à estratégia delineada, se esta consistir na externalização de serviços. Em termos práticos, o legislador impõe uma "sanção" por ter despedido, não obstante, reitera-se, a base constitucional e legal de tais despedimentos»[7].

A nosso ver, não há aqui qualquer incompatibilidade teleológica, porque cremos que o raciocínio deve ser, justamente, o inverso. O que a nova norma quis dizer, ainda que de forma pouco clara e manifestamente inábil (e até incompetente), foi que a mera vontade patronal de terceirizar não constitui credencial bastante para despedir, licitamente, um ou vários trabalhadores. Ou seja, que essa terceirização de serviços, a ocorrer, deve ser realizada sem despedir, mas sim, porventura, integrando esses trabalhadores noutras atividades, em outros setores da empresa, celebrando acordos de pré-reforma ou, no limite, obtendo o acordo desses trabalhadores para a cessação dos respetivos contratos, mediante uma revogação bilateral, nos termos legais. Mas não, repete-se, através de uma decisão unilateral expulsiva e que priva o trabalhador do seu "ganha-pão", como é o despedimento. Se esse despedimento-para-terceirizar ocorrer, ele deverá ser considerado ilícito, por improcedência do respetivo motivo justificativo. E, se essa terceirização se vier a verificar nos 12 meses subsequentes, tal constituirá uma contraordenação muito grave.

Reitere-se: haveria aqui, realmente, uma contradição valorativa insanável, uma quebra da unidade do ordenamento jurídico, se, por um lado, o CT considerasse lícito o despedimento baseado em motivos estruturais, com vista

[7] «Constituição e Agenda do Trabalho Digno», *cit.*, p. 296. Em sentido próximo, cremos, Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho,* cit., p. 1083. Referindo-se ao novo art. 338.º-A do CT, a Autora observa: «A lei tutela esta regra com muito vigor, ao qualificar a sua violação como uma contraordenação muito grave, *embora sem lhe associar qualquer consequência do ponto de vista da licitude do despedimento*» (itálico nosso). A nosso ver, tal consequência está no reverso da norma, qual cara e coroa da mesma moeda.

à terceirização de serviços, e, por outro lado, proibisse depois que essa terceirização de serviços fosse consumada. Se assim fosse, não se vê como escapar à conclusão de que a lei conteria uma inadmissível incongruência, como assinalam os autores acima referidos. Mas isto seria próprio de um legislador bipolar, que autorizaria o despedimento para terceirizar, numa norma, para logo depois, numa outra norma, proibir que, uma vez realizado o despedimento, a terceirização fosse por diante!!! Seria manifestamente absurdo. Mesmo que não se subscreva a nota de incorrigível otimismo contida, a este propósito, no art. 9.º, n.º 3, do Código Civil (CC), segundo o qual, «na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados», sempre haverá de se presumir que o legislador não sofre de bipolaridade, autorizando a montante o que proíbe a jusante. O empregador perguntaria: posso despedir para terceirizar? A ordem jurídica responderia: sim, pode! E depois o mesmo empregador perguntaria: posso terceirizar, agora que já despedi? E a ordem jurídica responderia: não, não pode (ou só poderá após terem decorrido 12 meses)! *Nonsense*…

A nosso ver, a nova norma proibitiva – concorde-se ou não com ela – impõe ao intérprete uma releitura do sistema e a questão deve ser analisada a partir de um outro prisma. Se subentenderemos, acompanhando Karl Engish, «que as regras de um ordenamento contêm um complexo homogéneo e harmonicamente solidário de pensamentos jurídicos»[8], então, *justamente porque a nova lei proíbe a terceirização de serviços para satisfazer necessidades que eram asseguradas por trabalhadores despedidos nos últimos 12 meses, isso significa, implícita mas logicamente, que a lei considera que esse motivo (a decisão gestionária de terceirizar serviços) não constitui credencial bastante para legitimar o despedimento desses trabalhadores*.

Não somos, longe disso, acérrimos defensores da bondade substantiva da norma em causa ou do seu acerto técnico-jurídico. Vislumbramos, de resto, enormes – quiçá invencíveis – dificuldades aplicativas nesta sede, havendo aqui, desde logo, óbvias dificuldades de ordem temporal, (dir-se-ia: de sincronização jurídica), visto que a norma proíbe o recurso à terceirização de serviços

[8] *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, p. 118.

para satisfação de necessidades que foram asseguradas por trabalhador que tenha sido alvo de um despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho nos 12 meses anteriores, sendo certo que o prazo de impugnação judicial de tais despedimentos é bem mais curto do que isso: seis meses, em caso de despedimento coletivo (art. 388.º do CT), sessenta dias, em caso de despedimento por extinção de posto de trabalho (art. 387.º do CT). Tudo, pois, a fazer pensar que o legislador não andou bem, nesta matéria. É claro que, mesmo na ausência de impugnação judicial de tais despedimentos, a ACT deverá atuar, em sede contraordenacional, se verificar que a norma é violada, isto é, que, após ter procedido a um despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho, a empresa recorreu à aquisição de serviços externos a entidade terceira para satisfação de necessidades que eram asseguradas pelos trabalhadores despedidos. O que, logicamente, significa que, para a ordem jurídica, esses trabalhadores foram despedidos sem razão bastante – daí a punição do infrator, o autor do despedimento e beneficiário da aquisição desses serviços externos.

Tudo isto para além de as dúvidas, no plano interpretativo, também serem consideráveis, quer no que diz respeito à previsão da norma, quer no que diz respeito à sua estatuição. Por exemplo, a lei proíbe, de forma assumidamente imperativa, que a entidade empregadora, depois de despedir trabalhadores (por via do despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho), recorra à aquisição de serviços externos a entidade terceira, para satisfazer necessidades que eram asseguradas pelos trabalhadores despedidos. A violação desta proibição constitui contraordenação, nos termos do n.º 2 do art. 338.º-A. Mas os contratos celebrados em violação desta proibição, com a tal "entidade terceira", serão válidos? Como é sabido, os negócios celebrados contra disposição legal de caráter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei, como estabelece o art. 294.º do CC. Neste caso, como a lei sanciona a violação da proibição com uma sanção contraordenacional, talvez isso signifique que esta é uma norma *minus quam perfecta,* isto é, uma norma cuja violação importa uma pena, mas não a nulidade dos

contratos celebrados contra essa proibição legal. Talvez. Mas há espaço para dúvidas[9].

Por outro lado, importa levar em conta que a chamada "terceirização" é um fenómeno muito complexo, polimórfico, multiforme[10]. A matéria presta-se a desenvolvimentos que em muito transcendem o limitado escopo do presente texto, mas cabe distinguir, dentro do conceito lato de terceirização, entre a *terceirização interna*, aquela em que a empresa se serve de trabalhadores alheios, como se inserisse uma outra dentro de si (a empresa que utiliza trabalhadores disponibilizados por uma empresa de trabalho temporário, por exemplo, ou a empresa que recorre a empresas prestadoras de serviços especializados, para executar serviços de limpeza ou de vigilância, para dar outro exemplo), e a *terceirização externa*, em que a empresa como que faz o movimento inverso, jogando para fora de si algumas das etapas do seu ciclo produtivo, como se se lançasse dentro de outra (por exemplo, quando uma fábrica "externaliza", passando para outra a fabricação de parte do produto)[11]. Será que a proibição de terceirização de serviços, estabelecida pelo art. 338.º-A do CT, se refere a todas aquelas modalidades de terceirização? Ou apenas a

[9] Dúvidas tanto mais fundadas se nos não olvidarmos de que este art. 338.º-A, sendo inovador, se situa numa certa linha de continuidade com uma disposição, algo discreta mas constante do nosso CT há já vários anos, em matéria de trabalho temporário. Com efeito, o n.º 5 do art. 175.º do CT, relativo ao contrato de utilização de trabalho temporário (contrato de prestação de serviço celebrado entre a empresa utilizadora e a empresa de trabalho temporário, conforme esclarece o art. 172.º, al. *c*), do CT), estabelece: «Não é permitido celebrar contrato de utilização de trabalho temporário para satisfação de necessidades que foram asseguradas por trabalhador cujo contrato tenha cessado nos 12 meses anteriores por despedimento coletivo ou despedimento por extinção de posto de trabalho». A violação desta proibição não constitui contraordenação, afigurando-se que a sanção, *in casu*, consiste na nulidade daquele contrato de utilização e considerando-se que o trabalho é prestado pelo trabalhador ao utilizador, em regime de contrato de trabalho *standard*, sem termo (art. 176.º do CT).
Na doutrina, considerando que o n.º 5 do art. 175.º do CT estabelece uma condição negativa para a validade da celebração do contrato de utilização, *vd*., por todos, Maria Regina Redinha, *Relações Atípicas de Emprego (A Cautionary Tale)*, CIJE, Universidade do Porto, p. 103.

[10] O nosso legislador usa agora esse termo, de cunho brasileiro (alguns preferem, em jeito de vera lusitanidade, o termo *outsourcing*). Mas, justamente no Brasil, a doutrina sublinha que terceirização é um neologismo oriundo da palavra *terceiro*, compreendido como *intermediário, interveniente*. Nas palavras de Maurício Godinho Delgado, «o neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa» (*Curso de Direito do Trabalho*, 17.ª ed., LTR, São Paulo, 2018, p. 534).

[11] Sobre a destrinça entre estas duas formas de terceirização, interna (a empresa internaliza trabalhadores alheios) e externa (a empresa externaliza etapas do seu ciclo produtivo), *vide* Márcio Túlio Viana, *Para Entender a Terceirização*, LTR, São Paulo, 2015, *passim*. O Autor conclui que as diferentes formas de terceirizar têm efeitos comuns: em ambas a empresa externaliza custos e internaliza a lógica da precarização (ob. cit., p. 58).

alguma ou algumas das suas variantes? É ponto discutível, que carece de reflexão mais detida. De resto, em certas hipóteses de "terceirização", poderemos deparar com casos que consubstanciem uma autêntica transmissão de unidade económica, sem que possa haver aqui qualquer despedimento, por força da aplicação das normas do CT que garantem aos trabalhadores em causa a manutenção do emprego, apenas se registando mudança no plano subjetivo, de entidade empregadora, nos termos do art. 285.º do CT: o transmissário substitui o transmitente na posição de empregador nos contratos de trabalho dos trabalhadores da unidade económica em causa[12].

Em suma, se tivéssemos voto na matéria, aconselharíamos o legislador a ponderar, a reformular esta norma, a pensar melhor numa forma congruente e tecnicamente sólida de traduzir, em letra de lei, a preocupação social que o anima, a preocupação com a salvaguarda de emprego estável e com o combate à precarização laboral que amiúde está no bojo da terceirização. No mais, sobre a conformidade ou desconformidade constitucional do novo art. 338.º-A, trata-se de matéria discutível e o princípio da proporcionalidade terá, decerto, de ser judiciosamente aplicado. *O que nos impressiona e até nos revolta é, todavia, o "argumentário mercadológico" que por vezes tem sido mobilizado para contestar esta norma, sem qualquer atenção para com o valor constitucional da segurança no emprego, sem qualquer sensibilidade para com as consequências destrutivas tantas vezes resultantes de uma decisão de despedimento, sem qualquer respeito pela pessoa que há em cada trabalhador atingido pelo despedimento. Tudo secundarizado, tudo olvidado, tudo facilmente sacrificado em nome de alegados ganhos de eficiência e, quiçá, de maiores margens de lucro*[13].

Não é essa, cremos, a ponderação de valores que a CRP obriga a efetuar. Portugal é uma República baseada na dignidade da pessoa humana, em que o trabalhador é titular de direitos fundamentais de primeira grandeza. Portugal

[12] Como é sabido, o conceito de transmissão, para estes efeitos, é muito abrangente, desde logo à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, não pressupondo, necessariamente, a existência de uma relação contratual direta entre transmitente e transmissário. Para desenvolvimentos sobre o ponto, Milena Silva Rouxinol, AA.VV., *Direito do Trabalho – Relação Individual*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 855-861.

[13] Há muito que a nossa melhor doutrina denuncia a tendência, de matriz neoliberal, para colocar a empresa, e não o trabalhador, no centro das preocupações do direito laboral (a empresa como novo "maître à penser") e para que o social se degrade em mero subproduto do económico – por todos, J. J. Gomes Canotilho e Jorge Leite, «A inconstitucionalidade da lei dos despedimentos», *separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1988, p. 9.

não é uma República em que vigorem, sem mais e acima de tudo, as leis do mercado e em que o trabalhador seja livremente descartável, por mera conveniência da entidade empregadora. Como J. J. Gomes Canotilho e Jorge Leite lapidarmente afirmaram, «a proteção da salvaguarda, conservação e estabilidade no emprego é reconhecida, no plano jurídico-constitucional, como um "bem", "direito" ou valor constitucional eminente, o que não pode deixar de o fazer prevalecer nos casos de *colisão ou conflito* desse bem ou direito com outros bens, mesmo se constitucionalmente protegidos (exemplos: rentabilidade da empresa, racionalidade económica, direitos e interesses da entidade patronal, etc.)»[14].

Assim era no séc. XX, assim continua a ser, cremos, no séc. XXI. Rosário Palma Ramalho fornece um exemplo que ilustra perfeitamente a questão. Escreve a Autora: «Imagine-se que, no âmbito de um processo de reestruturação financeira, a empresa promove o despedimento coletivo dos trabalhadores não essenciais para a sua operação económica e extingue o serviço da cantina, o serviço médico e a secção da segurança, contratando para o mesmo efeito, uma empresa de *catering*, uma clínica médica, cujos profissionais se deslocam à empresa, e uma empresa de segurança, que prestam esses serviços de modo mais especializado mas a um preço mais baixo; ou ainda que a mesma empresa, depois de encerrar uma qualquer secção, recorre a uma ETT para assegurar essa atividade através de trabalhadores temporários, dentro dos requisitos de admissibilidade do trabalho temporário». A Autora conclui: «À luz da norma do art. 338.º-A, estes contratos de prestação de serviço correspondem a situações de *outsourcing* proibido, o que não faz sentido do ponto de vista dos objetivos do despedimento»[15].

Ora, a nosso ver, é aqui que, justamente, bate o ponto. Mal ou bem, com justificação bastante ou insuficiente, quiçá até de forma contraproducente, estamos convictos de que *aquilo que o legislador pretendeu, com o novo art. 338.º-A, foi precisamente instituir a regra segundo a qual despedir-para-terceirizar, ainda que possa ser uma medida racional, de ponto de vista da eficiência empresarial, não é uma medida proporcional, pela violência inerente ao sacrifício*

[14] Loc. cit., p. 25.

[15] *Tratado de Direito do Trabalho,* cit., pp. 1084-1085, n. 1810.

do emprego dos trabalhadores despedidos. O desejo empresarial de terceirizar tem de ser temperado, pois, pela necessidade de respeitar os contratos de trabalho em vigor, não legitimando decisões unilaterais extintivas dos mesmos por banda do empregador. A livre iniciativa económica e a liberdade de organização empresarial, sendo valores constitucionais, têm de se concatenar com a garantia fundamental da segurança no emprego. E, na visão da "agenda do trabalho digno" – discutível, claro, mas não aberrante, nem constitucionalmente absurda –, despedir alguns trabalhadores (porventura mais antigos e com vínculos por tempo indeterminado) para, ato contínuo, os substituir por outros (porventura mais jovens e com vínculos precários), por exemplo através de uma ETT, é uma operação que pode ser economicamente racional, mas que é tida como juridicamente desvaliosa[16].

Vale dizer, a racionalidade económico-financeira da decisão de gestão não implica, inexoravelmente, a licitude do despedimento realizado para pôr em prática aquela decisão. O direito não se confunde com a economia, o direito possui uma axiologia própria, distinta, que concede importância, isto é, que valoriza o emprego e a pessoa humana que está a ser privada do emprego em virtude daquela decisão gestionária. Certo, o direito não pode ignorar a lei do mercado, mas também, convenhamos, o direito não se pode limitar a vergar-se perante o mercado[17]. O direito regula, permite, prescreve, proíbe. E, na ponderação de valores a efetuar, a eficiência pode ter de ceder, em homenagem à salvaguarda do emprego daquelas pessoas. É uma ponderação complexa, delicada. Mas, se bem o lemos, o que o art. 338.º-A pretende sinalizar é, precisamente, que meras considerações de eficiência, ligadas à

[16] No caso do trabalho temporário, o desvalor jurídico desta operação é duplo, pois tal operação parece violar, não só o novo art. 338.º-A do CT, mas também o velho n.º 5 do art. 175.º do CT, implicando, por isso, a mobilização articulada de ambos os preceitos legais.

[17] De certa forma, esta norma constitui uma magnífica ilustração daquilo que Jorge Leite qualificava como uma das mais angustiantes e dramáticas questões da modernidade: como articular o mercado com o trabalho? Sujeitando este último às exigências daquele? Regulando aquele tendo em conta as necessidades deste? O Autor manifestava a sua apreensão perante a crescente tendência para o Direito do Trabalho desempenhar uma função de «frio instrumento de gestão empresarial» («A reforma laboral em Portugal», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 34, 2013).

No caso do art. 338.º-A do CT, é notório que o legislador não concebe esta norma como mais um "frio instrumento de gestão empresarial", bem pelo contrário. A norma pode é relevar de algum voluntarismo excessivo, a norma parece é ter sido mal desenhada e estar deficientemente calibrada – sem que se conteste a nobreza dos seus propósitos.

terceirização de serviços, não bastam para justificar despedimentos, não servem de credencial para legitimar o ato de violência expulsiva (e, por vezes, destrutiva) em que o despedimento se analisa. Por outras palavras: aquilo que o legislador quis dizer com esta nova norma (de forma conscienciosa, de forma audaciosa ou, quiçá, de forma demasiado audaciosa) foi que, se o preço a pagar pela terceirização de serviços consistir em despedimentos, então esse preço é demasiado elevado.

O que vem de ser escrito, concedemos, não reabilita o disposto no art. 338.º-A, no plano técnico-jurídico, nem resolve as dúvidas sobre a (des) conformidade constitucional desta nova norma do CT. Estamos mesmo em crer que esta norma vai constituir um ato falhado do legislador. As dúvidas e dificuldades que a dita norma suscita, no plano interpretativo e aplicativo, irão, provavelmente, fazê-la sucumbir. Ainda assim, as notícias sobre uma nítida, flagrante e insofismável inconstitucionalidade deste art. 338.º-A parecem-nos algo exageradas. E temos de reconhecer um mérito ao legislador. O legislador revela, com esta tosca norma, que tem plena consciência de que *terceirização rima com precarização*. Daí a proibição constante do art. 338.º-A. Mesmo que com falhas técnicas assinaláveis, é bom sinal que o legislador se preocupe com este fenómeno, é positivo que revele inconformismo em relação a este fenómeno. Submeter os processos de terceirização a um "controle civilizatório"[18] por parte do Direito do Trabalho parece-nos uma ideia de louvar, se queremos, realmente, levar a sério o princípio segundo o qual o trabalho não é uma mercadoria".

C) A questão da (in)constitucionalidade do novo art. 338.º-A

i) A violência do despedimento

I. Repete-se: o tema da cessação do contrato de trabalho é, sem dúvida, um tema particularmente sensível, nele se entrecruzando aspetos sociais, humanos e económicos da maior relevância. A extinção do contrato significa,

[18] As palavras são de Maurício Godinho Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 581.

para o trabalhador, perder o emprego. E é sabido que, quando a perda do emprego ocorre sem ou contra a vontade do trabalhador, as consequências dessa perda, a nível social e humano, podem ser devastadoras, sobretudo quando se trate de trabalhadores pouco qualificados e já não muito jovens. É que, seja ou não um meio de realização pessoal, o emprego representa, tipicamente, a fonte de sustento do trabalhador. A perda daquele implica, portanto, a privação desta. Ganha pleno sentido, neste quadro, a afirmação forte de Gérard Couturier, segundo a qual o despedimento seria «a mais execrável das coisas permitidas»[19].

Escreve lapidarmente, a este propósito, Jorge Leite: «A perda do emprego implica para o trabalhador a perda da sua principal ou exclusiva fonte de rendimentos e transporta consigo consequências de natureza psíquica, familiar e social que a política de assistência material no desemprego dificilmente compensa e seguramente não apaga, por mais generosa que seja. Estudos de vária ordem, designadamente sociológica, permitem estabelecer, com um mínimo de rigor, uma tipologia das consequências do desemprego, consequências naturalmente variáveis, quantitativa e qualitativamente, em função de fatores vários, nomeadamente de natureza psicológica, familiar e social e da própria causa da perda do emprego. O trauma provocado pela perda do emprego afeta profundamente a própria personalidade do trabalhador, implicando, com frequência, perturbações fisiológicas e psíquicas: sentese humilhado, inútil, atingido no seu brio profissional, vítima de uma medida injusta, objeto da piedade pública ou particular. Alterase o seu quotidiano, o tempo e o ritmo da sua vida, restringese, ou modificase, o círculo da sua convivialidade. Ele sentese, frequentemente, culpado perante os membros do seu agregado familiar, deteriorandose, nalguns casos, as respetivas relações. Em situações de desemprego, sobretudo quando prolongado, acentuase a tendência para a marginalidade e mesmo para o suicídio». Estas palavras de Jorge Leite datam já de há mais de três décadas[20]. Mas alguém ousará dizer que elas perderam atualidade?

[19] «Quel avenir pour le droit de licenciement? Perspectives d'une régulation européenne», *Droit Social*, 1997, pp. 75 e ss. (78).

[20] *Colectânea de Leis do Trabalho*, Coimbra Editora, 1985, p. 239.

A doutrina do *employmentatwill* representa, sem dúvida, o grau máximo de flexibilidade laboral (flexibilidade contratual "de saída"). Tem, porém, o sério inconveniente de abrir as portas ao arbítrio patronal, instituindo a precariedade como traço indelével de toda e qualquer relação de trabalho – e assim legitimando o chamado "precariado". Ora, convém recordar, acompanhando Maria Vittoria Ballestrero, que a precariedade, por muitas e evidentes razões, é um desvalor, ao passo que a estabilidade, pelo contrário, é um valor[21]. A nosso ver, *a estabilidade no emprego é um valor, não absoluto, mas também não obsoleto*. Com efeito, admitir o despedimento por livre decisão do empregador, sem um qualquer motivo ponderoso e comprovável a justificálo, seria, em retas contas, sujeitar os trabalhadores à arbitrariedade ou à perseguição individual. Acresce que aquela doutrina do *employmentatwill* é claramente violadora da Convenção n.º 158 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo nosso país nos anos noventa[22], bem como da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cujo art. 30.º estabelece que todos os trabalhadores têm direito a proteção contra os despedimentos sem justa causa.

II. Justamente porque, como já se assinalou, o despedimento se traduz – também se traduz – num ato de violência do poder patronal/empresarial[23], saber em que condições tal ato poderá ser legitimamente praticado pela entidade empregadora e determinar as consequências do respetivo exercício na esfera do trabalhador atingido constituem dois aspetos de suma relevância para o ordenamento jurídicolaboral. Convém sublinhar este ponto: o despedimento é uma decisão de caráter expulsivo, que não tem real paralelo com os casos de demissão apresentada pelo trabalhador. Com efeito, por vezes cai-se no engodo da simetria, pensando que ao despedimento, decisão extintiva do empregador, se contrapõe a demissão, decisão extintiva do trabalhador – e que

[21] «Il valore e il costo della stabilità», *Lavoro e Diritto*, n.º 3, 2007, p. 394.

[22] A exigência de motivação do despedimento patronal encontra guarida no art. 4.º da Convenção n.º 158 da OIT, de 1982 (cessação da relação de trabalho por iniciativa do empregador), aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 55/94, de 27 de agosto.

[23] Daí que, num filme norte-americano relativamente recente, já deste século (*Up in the air*, de 2009, dirigido por Jason Reitman), um trabalhador despedido confesse: «Em termos de *stress,* ouvi dizer que perder o emprego é como ter uma morte na família. Mas, pessoalmente, sinto mais que as pessoas com quem eu trabalhava aqui eram a minha família e que eu é que morri». Retomaremos este ponto *infra*, no texto.

entre estas figuras haveria autêntica homologia. Pura ilusão! O empregador despede ou dispensa o trabalhador, vale dizer, expele-o, expulsa-o da empresa, priva-o do emprego ("manda-o embora"). Já o trabalhador não pode despedir o empregador, pode, quando muito, demitir-se, sair da empresa, libertar-se daquele vínculo de subordinação ("vai-se embora")[24].

Entre nós, como se sabe, o despedimento é uma *declaração vinculada*, porque a validade do ato extintivo está condicionada à verificação de determinados motivos que a lei considera justificativos da cessação da relação de trabalho. Quando esses motivos existirem – e só quando existirem – o empregador terá então o direito de proceder ao despedimento do trabalhador, direito este que consiste, estruturalmente, num *direito potestativo extintivo da relação jurídico-laboral* (e não num qualquer direito subjetivo em sentido estrito)[25].

E quais são, afinal, esses motivos? Como é sabido, essencialmente de dois tipos: ou motivos subjetivos, ligados a condutas censuráveis do trabalhador, que poderão constituir justa causa para despedimento; ou motivos objetivos, ligados à empresa, motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, que poderão fundamentar o despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho[26]. Em qualquer caso, sempre esses motivos – tanto os de índole disciplinar como os de índole gestionária – terão de se revelar ponderosos, em ordem a legitimar o sacrifício do emprego.

Em relação ao despedimento coletivo, sendo defensável que este não tenha de consistir numa condição *sine qua non* para a sobrevivência da empresa – *rectius*: sendo defensável que este não tenha de consistir num

---

[24] Neste sentido, denunciando a «simetria superficial» entre o despedimento e a demissão, Elizabeth Anderson, *Private Government: How Employers Rule Our Lives (and Why We Don't Talk about It)*, Princeton University Press, New Jersey, 2019, p. 56. Como bem nota a Autora, é um erro «to represent quitting as equivalent to firing one's boss», pela simples razão de que «workers have no power to remove the boss from his position within the firm».

[25] A este propósito, há que não confundir o *direito potestativo de despedir* com o *direito de despedir arbitrariamente*, visto que mesmo em ordenamentos jurídico-laborais como o português, que rejeitam o despedimento imotivado ou *ad nutum*, o direito de despedir, quando existe e nos moldes em que existe, traduz-se sempre num direito potestativo do empregador. Para maiores desenvolvimentos sobre o ponto, em diálogo com a doutrina brasileira, João Leal Amado, «O despedimento entre o direito potestativo e o ato *contra legem*: um olhar português», in *Trabalho, Castigo e Escravidão: Passado ou Futuro?*, Benizete Ramos de Medeiros e Ellen Hazan (org.), JUTRA, LTr, São Paulo, 2017, pp. 99-108.

[26] Havendo ainda uma categoria de motivos, algo híbrida, que poderá justificar o despedimento por inadaptação, figura sobre a qual não nos debruçaremos no presente parecer.

expediente de resposta a uma crise grave já deflagrada na empresa, que coloque em xeque a respetiva viabilidade –, a verdade é que ele também não poderá ser perspetivado como um ato de gestão (ou como consequência de um ato de gestão) virtualmente insindicável pelo tribunal, a coberto da liberdade de iniciativa económica do empresário. O respeito devido pelo tribunal às decisões de gestão tomadas pelo empresário/empregador não deve, pois, confundirse com, ou resvalar para qualquer espécie de temor reverencial relativamente a tais decisões, até porque estas, para serem lícitas, não poderão fazer descaso do importante bem jurídico representado pela manutenção do emprego dos respetivos trabalhadores.

ii) A (in)sindicabilidade dos motivos do despedimento

III. É claro que, em rigor, ninguém sustenta que o despedimento coletivo seja insindicável, no que aos seus motivos diz respeito. Tal tese, aliás, contrariaria frontalmente a lei, visto que o CT é inequívoco, no seu art. 381.º, al. *b)*, ao indicar como causa geral de ilicitude do despedimento, qualquer que ele seja (incluindo, portanto, o despedimento coletivo e o despedimento por extinção do posto de trabalho), a hipótese de o motivo justificativo do despedimento ser declarado improcedente. Ainda assim, a doutrina e jurisprudência maioritárias vêm sustentando que a existência (isto é, a veracidade) de certos tipos de motivos – não inerentes à pessoa dos trabalhadores, "de mercado, estruturais ou tecnológicos" – e a relação de congruência ou de coerência lógica entre esses motivos e a decisão do empregador, independentemente da sua premência ou da sua intensidade causal, seriam bastantes para que, sob o ponto de vista material, o despedimento coletivo fosse lícito. O que se exigiria, segundo essa leitura, é que, independentemente do acerto ou da real necessidade da decisão, ela obedecesse a esses tipos de motivação e não outros.

A este propósito, escreve, exemplarmente, António Monteiro Fernandes: «A tipologia definida no n.º 2 do art. 359.º do Código do Trabalho assenta, toda ela, em factos cuja verificação condiciona a licitude do despedimento: os motivos de mercado supõem a "diminuição sensível da procura de bens

ou serviços" produzidos pela empresa ou a "impossibilidade superveniente" da sua colocação no mercado; os motivos estruturais implicam "desequilíbrio económico financeiro, mudança de atividade, reestruturação da organização produtiva ou substituição de produtos dominantes"; e os motivos tecnológicos consistem na "alteração das técnicas ou processos de fabrico", na automatização ou na informatização. Todos estes pressupostos se objetivam em factos verificáveis e, por conseguinte, sindicáveis, sem vulneração da liberdade de iniciativa económica, tal como a Constituição a consagra.

Por outro lado, a relação de congruência ou de concordância prática entre os motivos indicados e o desenho da redução de pessoal (número de trabalhadores, categorias, sectores em que se inserem) é também exteriormente controlável e, portanto, sindicável, pelo simples facto de ser oferecida como fundamento do projeto de eliminação de certos postos de trabalho».

Aqui chegado, o Autor logo acrescenta: «Repare-se, no entanto, em que, a montante de vários desses factos, existe uma (curta ou longa) cadeia de decisões de gestão. A mudança de atividade, a reestruturação, as mudanças tecnológicas, para referir três exemplos, decorrem de decisões do empresário/empregador que não são, em si mesmas, suscetíveis de escrutínio externo – no sentido de que caiba ao tribunal discutir a sua justificação –, na perspetiva da legalidade do despedimento coletivo. *Se o empresário/empregador decidiu reestruturar a empresa, e põe realmente em prática essa decisão, o acerto ou desacerto dela, a sua conformidade com a situação concreta da empresa, está* off limits *para a apreciação judicial: o motivo é real e está preenchido. Essas decisões são plenamente cobertas pela liberdade de organização e gestão da empresa, que, como observámos, se sobrepõe neste domínio à segurança do emprego*» (itálico nosso). E o Autor remata: «Não cuida, pois, o legislador de impedir ou restringir a liberdade de ponderação e de critério do empresário/empregador na cadeia de decisões que antecede a de pôr termo a um certo número de contratos de trabalho. É, no fundo, só esta decisão final que se sujeita ao escrutínio do juiz. Está ela conforme aos seus antecedentes? Ocorreu de facto um encerramento? Estão apenas em causa trabalhadores afetos, direta ou indiretamente, à unidade encerrada? Ocorreu de facto o motivo (de mercado, estrutural ou tecnológico) invocado como fundamento da decisão de reduzir

o efetivo? Existe ou não uma relação de adequação, congruência ou concordância prática entre esse motivo e a escolha dos trabalhadores despedidos?»[27].

IV. Estas palavras de Monteiro Fernandes sintetizam, de forma exemplar, o entendimento que vem prevalecendo na nossa doutrina e na nossa jurisprudência quanto à (in)sindicabilidade dos motivos aduzidos para o despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho[28]. Salvo o devido respeito – que é muito –, pela nossa parte, e como resulta do acima exposto, temos as maiores dúvidas em acompanhar esta leitura do sistema, que acaba, cremos, por esvaziar quase totalmente o alcance da garantia constitucional da segurança no emprego, em sede de despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho. Assim postas as coisas, a tal decisão de gestão empresarial, situada a montante do despedimento, mas que neste vem a desaguar, seria uma decisão imperscrutável pelo tribunal. E, assim sendo, o despedimento, decidido a jusante, seria, quase que por definição, inatacável, incontestável, contanto que fossem respeitados os ditames da veracidade e da congruência...[29]

---

[27] «A identificação do despedimento colectivo nos ordenamentos europeu e português», *Questões Laborais*, n.º 64, 2024 (no prelo). Para um aprofundado tratamento do tema, defendendo estrenuamente a posição tradicional, no sentido de limitar ou circunscrever o poder de controlo jurisdicional da decisão do empregador, *vd.* Rui Medeiros, Afonso Patrão e Rita Canas da Silva, «Despedimento coletivo: sindicabilidade judicial da motivação empresarial», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2021, pp. 109-218.

[28] Ainda que, a nível jurisprudencial, se tenha aqui registado uma certa inflexão nos últimos anos, com alguma jurisprudência a levar a cabo um controlo mais incisivo das razões gestionárias invocadas para o despedimento – sobre o ponto, Catarina Gomes Santos, *Direito do Trabalho – Relação Individual*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2023, pp. 1275-1283. Esta inflexão foi fortemente contestada por alguma doutrina, com destaque para os Autores mencionados na nota anterior.

[29] A título de exemplo, *vd.* o aresto mais recente a este propósito, proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça. Trata-se do Acórdão de 13-12-2023, que teve como relator o Conselheiro Ramalho Pinto e que até veio a considerar ilícito o despedimento em causa, mas em cujo sumário se pode ler: «I – Na apreciação dos motivos justificativos do despedimento, o tribunal terá de ter presente que a decisão de proceder a um despedimento coletivo é empresarial, ou seja, é uma decisão de gestão; II – Não deve o julgador, na apreciação dos factos, desrespeitar os critérios de gestão da empresa (na medida em que sejam razoáveis e consequentes), não lhe competindo substituir-se ao empregador e vir a concluir pela improcedência do despedimento, por entender que deveriam ter sido outras as medidas a tomar perante os motivos económicos invocados».

Respeitosamente, ousamos duvidar do acerto destas premissas: assim, e por um lado, a decisão de proceder a um despedimento coletivo *resulta* de uma decisão de gestão (a decisão de reduzir o número de trabalhadores, por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos), mas não é, em si mesma, uma decisão empresarial de gestão, protegida por uma espécie de "escudo invisível" – é, sim, uma decisão patronal que faz cessar os contratos de trabalho de uma pluralidade de trabalhadores e que, como tantas outras, não pode deixar de ser escrutinável; por outro lado, o julgador não deve, decerto, substituir-se ao empresário na gestão da empresa, assumindo as rédeas desta, mas cremos que o julgador pode e deve controlar se

Já se vê onde toda esta retórica argumentativa vem a desembocar, voluntária ou involuntariamente. Assentes aquelas premissas, dir-se-ia, tudo ou quase tudo serve para legitimar, no plano motivacional, uma decisão de despedimento por razões objetivas. E daí rapidamente se deu o salto, passando a sustentar-se a legitimidade do recurso ao despedimento coletivo por parte de empresas prósperas e lucrativas, com uma situação económicofinanceira plenamente equilibrada, apenas em ordem ao incremento dos lucros[30]. A facilidade com que se escreve que o despedimento coletivo «pode, inclusive, ocorrer em empresas prósperas e economicamente saudáveis, por racionalidade económica, mesmo que seja para o incremento de lucros»[31], não deixa, confessamos, de nos impressionar. A descontração com que se admite que a maximização do lucro sirva de credencial para sacrificar empregos, num país com uma lei fundamental como a nossa, assente na dignidade do trabalho e na recusa de tratar o trabalhador como uma mercadoria, em que o valor da segurança no emprego goza da dignidade de um direito fundamental, de um direito, liberdade e garantia dos trabalhadores, roça, para nós, o chocante. Mas é um sinal dos tempos[32].

V. Temos as maiores dúvidas sobre a conformidade constitucional desta leitura do regime jurídico do despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho. Não se ignore, a este respeito, o entendimento expressamente

aquilo que o empregador faz, ao lançar no desemprego um conjunto de trabalhadores, se credencia em motivos económicos suficientemente ponderosos para legitimarem essa decisão expulsiva. Não se trata, pois, de dizer ao empregador como gerir a empresa. Trata-se de sindicar uma decisão de despedimento, avaliando se os motivos invocados são ou não procedentes, tal como resulta, aliás, do disposto no art. 381.º, al. *b)*, do CT. Trata-se, afinal, de dizer ao empregador que, ao gerir a empresa, o seu titular poderá tomar uma vasta gama de decisões, mas há decisões de despedimento que ele não poderá tomar, se e quando não houver motivos bastantes para sacrificar o emprego das pessoas que trabalham na empresa.

[30] Assim, Pedro Furtado Martins, *Cessação do Contrato de Trabalho,* cit., pp. 276279, bem como, por último, André Teixeira dos Santos, «Do despedimento coletivo com fundamento em *outsourcing*: verdadeiro despedimento ou transmissão *ope legis* dos contratos de trabalho?», *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2022-I, pp. 91-113.

[31] André Teixeira dos Santos, «Do despedimento coletivo com fundamento em *outsourcing»,* cit., p. 94.

[32] É certo que, como escrevem Rui Medeiros, Afonso Patrão e Rita Canas da Silva, «numa ordem constitucional que consagra e protege a liberdade de empresa, a busca de maior rentabilidade não é um propósito censurável, devendo as empresas ser livres de decidir que caminhos trilhar e que dimensão assumir» («Despedimento coletivo…», cit., p. 171). Sem dúvida! Coisa diferente é saber se, nessa perene busca por maior rentabilidade, a nossa ordem constitucional autoriza que o despedimento seja utilizado e que o emprego seja sacrificado, sem ou quase sem restrições…

assumido pelo TC, no seu célebre Acórdão n.º 64/91 (Ribeiro Mendes), relativo à admissibilidade constitucional das causas objetivas de despedimento, no qual se afirmou o seguinte: «Não pode admitir-se que baste a *conveniência* da empresa, por razões objectivas, para ser constitucionalmente legítimo pôr-se termo ao contrato de trabalho. Há-de considerar-se que tem de verificar-se uma prática impossibilidade objectiva e que tais despedimentos hão-de ter uma regulamentação substantiva e processual distinta da dos despedimentos por justa causa (disciplinar), de tal forma que fiquem devidamente acauteladas as exigências decorrentes do princípio da proporcionalidade, não podendo através desse meio conseguir-se, em caso algum, uma "transfiguração" da regulamentação que redunde na possibilidade, mais ou menos encapotada, de despedimentos imotivados ou *ad nutum* ou de *despedimentos com base na mera conveniência da empresa*» (itálico nosso).

Merece também especial menção, a este propósito, o Acórdão do TC n.º 581/95 (Maria da Assunção Esteves). Como aí se afirma, «o critério de medida da legislação haverá de ter em conta que para a ordem constitucional o trabalho constitui um importante meio de auto-realização do indivíduo, que o trabalhador é "um fim em si", não é um simples meio para os planos de vida do empregador». Acrescenta: «Na teleologia da norma do artigo 53.º da Constituição está, pois, a ideia de que a estabilidade do emprego envolve uma "resistência" aos desígnios do empregador, que ela não pode ser posta em causa por mero exercício da vontade deste». E remata, em termos que subscrevemos sem reserva: «A essencialidade da justa causa está na *não funcionalização* do trabalho aos interesses do empregador ou à mera conveniência da empresa».

Convenhamos: entre esta solene proscrição, por parte do TC, de despedimentos objetivos baseados na mera conveniência da empresa e a afirmação de que tais despedimentos, provocados por uma decisão de gestão tomada a montante, no seio de uma empresa saudável e próspera, em ordem a aumentar os lucros, seriam lícitos, vai uma considerável – dir-se-ia mesmo: uma enorme – distância. Pela nossa parte, cremos que se, como afirmava Couturier, o despedimento é a mais execrável das coisas permitidas, essa decisão expulsiva, ainda que seja permitida e se o for, revela-se ainda mais execrável quando se funda no mero desígnio de exponenciar os lucros. Cremos, de resto, que esta nova

norma aditada pela Agenda do Trabalho Digno, o art. 338.º-A, com todos os seus defeitos e com todas as suas imperfeições, não deixa de representar um grito de revolta do legislador, perante esta crescente "narrativa mercadológica" que prioriza, sem pudor, o capital e o lucro sobre o trabalho e o salário, que se extasia perante a liberdade de iniciativa económica e que subalterniza a segurança no emprego.

iii) Demonizar a terceirização ou exorcizar o despedimento?

VI. O nosso problema, contudo, não é este. É outro. O nosso problema consiste em saber se o disposto no art. 338.º-A do CT vulnera a CRP. Não se trata de indagar da maior ou menor felicidade técnico-jurídica revelada pelo legislador ao elaborar esta norma. Não se trata, também, de opinar sobre a bondade ou maldade da norma, de saber se cada um de nós concorda com a – ou discorda da – opção de fundo nela consagrada. Do que se trata, tão-só, é de colocar esta norma em confronto com a CRP, procurando indagar se a mesma se revela desconforme com a nossa Lei Fundamental.

Seremos claros na resposta: compreendemos perfeitamente que haja quem discorde – e quem discorde com veemência – da opção político-legislativa vertida nesta norma. O signatário deste parecer não se encontra entre os críticos da opção tomada pelo legislador, mas, como cremos resultar de forma cristalina de que se escreve *supra*, o signatário deste parecer tem fortes reservas quanto ao mérito de tal norma, no plano técnico-jurídico. A norma é assaz problemática, suscita dúvidas de monta no plano interpretativo e irá, decerto, dar muito trabalho aos aplicadores do direito. Mas, no essencial, a norma procura refrear os despedimentos, quando estes se insiram em processos de terceirização, em que uma entidade terceira é contratada para satisfazer as mesmas necessidades que são asseguradas pelos trabalhadores atingidos por esse despedimento.

Esta norma, ao contrário do que alguns sustentam, não diaboliza a terceirização. Mas também não incorre na ingenuidade de ignorar as consequências nefastas amiúde resultantes, no plano laboral, dos processos de terceirização. O ponto tem sido amplamente estudado no Brasil (país no qual, de resto,

nasceu o próprio neologismo, "terceirização"), cuja doutrina tem apontado o «potencial destrutivo de direitos» e as «consequências deletérias inerentes que [a terceirização] produz sobre a proteção social do trabalho»[33].

Uma norma deste calibre viola a CRP? A mesma CRP que eleva a garantia da segurança no emprego à condição de direito, liberdade e garantia dos trabalhadores? A mesma CRP que, concorde-se ou discorde-se, concebe o despedimento como uma decisão que agride um bem jurídico-constitucional da maior relevância – o emprego do trabalhador, enquanto meio de realização pessoal e enquanto fonte indispensável de rendimento para o mesmo, destinado a satisfazer as suas necessidades básicas?

VII. Concorde-se com, ou discorde-se da, pauta de valores constante da CRP, estamos convictos de que a CRP, ao consagrar a garantia inscrita no seu art. 53.º, "calçou os sapatos" daquele trabalhador a quem é comunicada a decisão de despedimento no supramencionado filme, *Up in the Air*, dirigido por Jason Reitman[34]. A resposta do trabalhador, com a voz embargada, é impressionante: «Em termos de *stress,* ouvi dizer que perder o emprego é como ter uma morte na família. Mas, pessoalmente, sinto mais que as pessoas com quem eu trabalhava aqui eram a minha família e que eu é que morri»[35]. É isto, sem tirar nem pôr!

[33] Por todos e por último, sobre esse modelo de terceirização que insere trabalhadores intermediados por terceiros no ambiente da empresa tomadora, cfr. Helder Santos Amorim, *Terceirização Externa – A responsabilidade da cadeia produtiva pelo direito fundamental ao trabalho digno*, LTR, São Paulo, 2023. Na síntese do Autor, «essa terceirização pulverizou a ação sindical, em face da transferência de grande contingente de empregados diretos para empresas prestadoras de serviços; por conseguinte, desintegrou a identidade de classe dos trabalhadores; desmobilizou os movimentos grevistas; ensejou empregos precários e transitórios porque as empresas fornecedoras precisam de grande flexibilidade e mobilidade externa, já que estão submetidas a ambiente de acirrada concorrência pelos contratos de prestação de serviços. Além disso, promoveu a redução salarial e de benefícios sociais dos trabalhadores terceirizados; a piora sensível das condições de segurança e saúde no trabalho dos empregados terceirizados, com eliminação de benefícios sociais direitos e indiretos; a insegurança no emprego, com ampliação da rotatividade de mão de obra, impossibilitando a integração ou a participação dos trabalhadores terceirizados nos benefícios concedidos pela empresa principal, beneficiária final de seu trabalho» (pp. 35-36).

[34] Ironicamente, essa decisão/comunicação de despedimento foi, também ela, "terceirizada", tendo sido veiculada, não pela entidade empregadora ou pelas chefias da empresa, mas por pessoal externo especializado nessa tarefa, contratado para o efeito. Ou seja, de forma algo grotesca, a empresa externaliza a decisão de despedir, como que recorrendo ao *outsourcing* para despedir («outsourced firing») e, assim, promover o respetivo *downsizing*… Sobre esta tendência, *vd.*, por exemplo, o artigo de Paul B. Brown no *The New York Times*, de 10/11/2007, intitulado «Letting a Stranger Do the Firing». Nem o facto de, no filme, essa decisão ser comunicada por alguém tão charmoso como George Clooney ameniza ou humaniza a situação…

[35] É que, por vezes, morre-se mesmo de uma decisão fulminante de despedimento! Na província espanhola

Para a nossa lei fundamental, o despedimento, não sendo proibido, é mesmo concebido como algo execrável. Como um ato de violência expulsiva, um ato que «expulsa al trabajador a un espacio desertizado – el no-trabajo – en donde se plantea la pesadilla del sin-trabajo, es decir, de la precariedad como regla de vida, con repercusiones en los vínculos afectivos, familiares y sociales»[36], um ato que, tanto quanto possível, deverá ser evitado.

Daí, precisamente, que a lei exija justa causa para legitimar o despedimento. Ou, em alternativa, que a lei exija ponderosas razões objetivas para esse efeito. Com o novo art. 338.º-A do CT, o legislador veio afirmar, ainda que de forma enviesada, que o objetivo de terceirizar não constitui credencial bastante para legitimar despedimentos coletivos ou por extinção do posto de trabalho. Podemos, decerto, aplaudir ou criticar a nova norma. Mas declará-la inconstitucional? Por supostamente restringir a liberdade de iniciativa económica e a liberdade empresarial, quiçá até o direito de propriedade?

VIII. No requerimento que apresentou ao TC, suscitando a questão da inconstitucionalidade desta norma, a Senhora Provedora de Justiça alega que

de Cuenca, por exemplo, um homem de 53 anos, casado e com dois filhos menores, que trabalhava como empregado de mesa num restaurante, encontrava-se de baixa por doença, devido a uma fratura numa costela, provocada por uma queda. Talvez por isso, a empresa decidiu prescindir dos seus serviços e enviou-lhe para casa um "burofax" (serviço que permite enviar documentos por meios eletrónicos), comunicando-lhe o despedimento, com efeitos imediatos. O trabalhador recebeu o dito "burofax", com a comunicação do despedimento, às 10h14m, e a consequência foi, também ela, imediata: logo após, sofreu um enfarte agudo do miocárdio, vindo a falecer poucos minutos depois, sem que os serviços médicos, prontamente chamados pela sua esposa, o tivessem podido evitar. O óbito foi declarado às 10h30m desse dia, 17 de novembro de 2018.

Por sentença de 3 de novembro de 2023 (n.º 87/2023), o *Juzgado de lo Social* de Cuenca entendeu que se tratava, no caso, de um falecimento resultante de um acidente de trabalho, com os inerentes efeitos indemnizatórios. Trata-se de uma decisão curiosa e, decerto, polémica, quanto à qualificação do evento como acidente de trabalho. Para nós, porém, isso é o que menos interessa. Acima de tudo, acompanhamos Baylos Grau, quando este escreve, no seu blog (baylos.blogspot.com, de 19/12/2023), comentando o caso: «El despido ciertamente es un elemento que trasciende consideraciones puramente contractuales u organizativas, se conecta decididamente con el concepto constitucional que impide considerar el trabajo como una mercancía sometida al libre juego del mercado y de las decisiones empresariales arbitrarias». E o Autor conclui: «Urge una reforma del despido que tenga en cuenta este enfoque fundamental».

Pela nossa parte, reiteramos: talvez o nosso art. 338.º-A não seja, tecnicamente, uma norma feliz; seguramente, não o é. Mas é uma norma que se preocupa com o que há de mais preocupante nesta matéria – a violência contida no despedimento, os efeitos dilacerantes que provoca, ou pode provocar, na pessoa que por ele é atingida, o sofrimento humano que pode causar –, vincando que o trabalhador não é, não pode ser, tratado como se fosse uma mercadoria.

[36] Baylos Grau e Pérez Rey, *El Despido o la Violencia del Poder Privado*, cit., pp. 45-46.

esta nova norma conteria uma «solução excessiva», restringindo inadmissivelmente o âmbito de exercício da liberdade de iniciativa económica privada, enquanto *liberdade de gerir a empresa sem interferências externas*[37]. Mas a própria Provedora de Justiça logo reconhece que, à luz da CRP, «é claríssimo que a liberdade do empresário nunca inclui a liberdade de despedir». Ora, como vimos, o entendimento tradicional, neste domínio, até à publicação da norma em análise, redundava em reconhecer ao empresário uma latitude, em matéria de decisões de gestão (reestruturação da organização produtiva, terceirização de serviços) que habilitaria o empregador, de forma perfeitamente congruente, a tomar a decisão de despedir. Se não se podia falar, em rigor, de um despedimento *ad nutum*, na prática não estávamos longe disso, visto que *a insindicável decisão de gestão tomada pelo empresário, a montante, justificava a decisão de despedimento tomada pelo empregador, a jusante*. Confrontado com este estado de coisas, afigura-se perfeitamente legítimo que o legislador tenha revisitado a matéria, sinalizando que, sem prejuízo da admissibilidade de despedimentos baseados em causas objetivas (isto é, em motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos), nem todas as causas objetivas são suficientemente ponderosas em ordem a legitimar o despedimento dos trabalhadores. Em particular, não o será a decisão de terceirização de serviços, a qual, a ser implementada, terá de passar por outros caminhos que não o despedimento coletivo ou por extinção de postos de trabalho, tais como, por exemplo, mediante a atribuição ao trabalhador de outras funções, que sejam afins ou estejam funcionalmente ligadas às da sua categoria profissional, nos termos do art. 118.º do CT; através da própria modificação, por mútuo acordo, da categoria profissional do trabalhador, com respeito pelos limites resultantes do art. 119.º do CT; através do recurso a figuras como a licença sem retribuição, visando a sua formação ou requalificação profissional, nos temos do art. 317.º do CT, ou, se o trabalhador tiver idade igual a superior a 55 anos, através da sua passagem à pré-reforma, nos termos do art. 318.º do CT; em derradeira instância, a situação poderá ser

[37] Veicula-se a ideia de que haveria aqui, neste art. 338.º-A, uma espécie de intromissão indevida do legislador, uma interferência abusiva na gestão das empresas. Ora, cremos que esta narrativa coloca as coisas de pernas para o ar: a gestão das empresas compete, decerto, aos empresários, mas as decisões de gestão têm de respeitar os limites estabelecidos pela ordem jurídica, entre eles os limites resultantes da legislação laboral e dos direitos dos trabalhadores; e, no nosso sistema, *like it or not,* o empresário-empregador não goza da liberdade de despedir.

resolvida por via da cessação do contrato de trabalho por mútuo acordo das partes (revogação bilateral), ao abrigo do disposto no art. 349.º do CT.

iv) Força de trabalho ou trabalhador-pessoa?

IX. Não vislumbramos, pois, qualquer razão para censurar, no plano constitucional, a nova norma legal – o que, evidentemente, não significa que a bondade da mesma não seja discutível ou que o seu acerto, no plano técnico-jurídico, não seja mais do que duvidoso. Mas, tudo visto, estamos convictos de que, caso o TC decidisse pela inconstitucionalidade da norma, tal significaria o apoucamento da pessoa que há em cada trabalhador, a sua redução ao estatuto de mercadoria facilmente descartável, cujo emprego estaria, afinal, inteiramente nas mãos do seu empregador, concebido este como titular de prerrogativas tais que a simples busca de maximização do lucro, via terceirização, legitimaria o despedimento.

O empresário-empregador poderá, claro, substituir livremente o equipamento informático utilizado na sua empresa, modernizando-o, ou substituir a frota automóvel utilizada pelos diretores da empresa, modernizando-a. Mas isso são bens, objetos, coisas, mercadorias. O empregador já não poderá substituir livremente os trabalhadores, via terceirização, porque por detrás do par de mãos ou do cérebro de cada trabalhador existe uma pessoa, um ser humano, que não pode nem deve ser tratado como se de mais uma mercadoria se tratasse. Nunca é demais sublinhar este ponto. O que diferencia os contratos de trabalho em relação a muitos outros contratos é que, naqueles, para o dizermos com Elizabeth Anderson, «the workers cannot separate themselves from the labor they have sold; in purchasing command over labor, employers purchase command over people»[38]. Na outra ponta deste contrato está, sempre, uma pessoa, um ser humano (não um computador, um automóvel ou um robô) – enquanto sujeito do contrato, mas também, até certo ponto, enquanto objeto do contrato[39]. A chamada "mãodeobra" será, decerto, um fator produ-

[38] *Private Government, cit.*, p. 57.

[39] «When workers sell their labor to an employer, they have to hand *themselves* over to their boss, who then gets to order them around», escreve Elizabeth Anderson (ob. cit., prefácio, p. xx). A este propósito, *vd.* as estimulantes reflexões de Alain Supiot, o qual considera que, em bom rigor, a coisa que é objeto da

tivo, a conjugar com os demais no todo que é a empresa. Mas, antes e acima disso, a mãodeobra são *pessoas* – é que, como alguém certa vez observou, o trabalho não existe, o que existe são pessoas que trabalham. «O trabalho não é uma mercadoria»[40]! Eis o princípio fundamental afirmado na célebre Declaração de Filadélfia, adotada pela 26.ª Conferência da OIT, em 10 de maio de 1944. Esta afirmação constitui, afinal, o fundamento normativo nuclear do Direito do Trabalho, significando o primado da dignidade do trabalho e de quem o presta sobre outras considerações, nomeadamente as que relevam da eficiência económica.

Despedir é privar uma pessoa do seu trabalho. Ora, o trabalho é fonte de dignidade e de segurança. Dedicamos-lhe uma grande parte da nossa vida e, em muitos casos, é mesmo parte integrante da nossa identidade. O trabalho é também a principal fonte de rendimento da esmagadora maioria das pessoas – rendimento de que elas carecem para satisfazer necessidades básicas, suas e dos seus dependentes. Por isso mesmo, a CRP, ao ser tão generosa para com os direitos dos trabalhadores, faz com que estes adquiram uma dimensão objetiva, «que implica uma nova concepção da empresa (e das organizações de trabalho em geral), em que o empresário-empregador encontra importantes restrições no seu *poder de direcção* na *liberdade de empresa* e na *liberdade negocial* e em que os trabalhadores deixaram de ser meros sujeitos passivos de uma organização alheia»[41].

X. A nossa Constituição tutela energicamente a segurança no emprego. Ao editar esta nova norma, o art. 338.º-A do CT, o legislador ordinário fez opções político-legislativas discutíveis, decerto, até muito problemáticas,

prestação do trabalhador consiste no seu corpo, pois que o trabalho é o próprio homem no seu corpo e no seu espírito, sendo o corpo, "um corpo de carne e osso", o lugar de passagem forçoso das obrigações do trabalhador, a própria coisa que forma a matéria do contrato – *Crítica do Direito do Trabalho*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2016, pp. 69-89

[40] Já o observava, certeiramente, Karl Polanyi: «le travail n'est rien d'autre que ces êtres humains eux-mêmes dont chaque société est faite», pelo que «la prétendue marchandise qui a nom "force de travail" ne peut être bousculée, employé à tort et à travers, ou même laissée inutilisée, sans que soit également affecté l'individu humain qui se trouve être le porteur de cette marchandise particulière» – *La Grande Transformation*, Éditions Gallimard, Paris, 1983, pp. 106 e 108.

[41] Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, p. 705.

em sede interpretativa e aplicativa. Mas fez opções imaculadas, do ponto de vista jurídico-constitucional. O art. 53.º da CRP constitui credencial bastante para sustentar a legitimidade constitucional desta norma. Como lapidarmente escrevem Gomes Canotilho e Vital Moreira, em anotação a esta norma, «em face da Constituição, os empregadores perderam a liberdade de despedir e de dispor dos empregos»[42]. Afinal, esta nova norma legal, goste-se ou não dela, é expressão dessa mesma ideia, acolhida pela CRP. É uma opção legítima do legislador democrático, devidamente respaldado na Constituição e no respetivo catálogo de direitos fundamentais.

O signatário deste parecer fica até com a sensação de que, no fundo, muitos dos que contestam a constitucionalidade da nova norma aspirariam a uma outra Constituição, que tutelasse em maior medida a liberdade de iniciativa económica privada e a liberdade empresarial e que, quiçá, não tutelasse com tanto vigor os direitos fundamentais dos trabalhadores, máxime os seus direitos, liberdades e garantias, máxime essa garantia primeira e básica em que se analisa a tutela da segurança no emprego e a proibição dos despedimentos sem justa causa. Mas isso, claro, será matéria para uma eventual revisão constitucional, no futuro, não para servir de padrão decisório ao TC, no presente processo de fiscalização de constitucionalidade do novo art. 338.º-A do CT.

XI. De resto, importa recordar que, como já se assinalou, esta norma, sendo nova, não é totalmente inovadora, visto que a nossa lei do trabalho já dispõe, há muito, de uma norma proibitiva de uma espécie particular de terceirização – a terceirização através do recurso ao trabalho temporário[43] – para satisfazer necessidades que foram asseguradas por trabalhador cujo contrato tenha cessado, nos 12 meses anteriores, por despedimento coletivo ou

[42] Ob. e loc. cit. na nota anterior.

[43] A este propósito, *vd*. Júlio Gomes, «A fronteira entre o contrato de utilização de trabalho temporário e os (outros) contratos de prestação de serviços», *Prontuário de Direito do Trabalho*, CEJ, n.º 87, 2010, pp. 85-114. O Autor refere-se aos diferentes tipos de terceirização, desde o que passa pela utilização de trabalhadores alheios por banda da empresa, em que esta exerce sobre eles parte do poder de direção que, em princípio, caberia ao empregador (como sucede, desde logo, no trabalho temporário) até aos fenómenos em que a empresa beneficia da prestação de trabalhadores alheios, mediante contratos de prestação de serviços adrede celebrados com outras entidades (pense-se no recurso a empresas de limpeza, vigilância, tratamento de dados, entre muitas outras, sem excluir atividades que correspondam às áreas nucleares da empresa, ao seu *core business*).

despedimento por extinção de posto de trabalho. Nesse caso, e por força do disposto no n.º 5 do art. 175.º do CT, não será permitido celebrar contrato de utilização de trabalho temporário. Esta regra proibitiva vigora, entre nós, desde o ano de 2009[44], não constando que alguém tenha, durante todo este tempo, suscitado a sua inconstitucionalidade. É certo que a nova norma, vertida no art. 338.º-A, é mais ampla do que a do n.º 5 do art. 175.º, vedando qualquer forma de terceirização de serviços, e não apenas o recurso ao trabalho temporário. Mas o princípio é o mesmo, pelo que causa algum espanto que agora, e só agora, surjam as acusações de inconstitucionalidade…

Mais: atente-se ainda, a este propósito, na norma proibitiva contida, também há muito, no regime jurídico do trabalho no domicílio (Lei n.º 101/2009, de 8 de setembro), segundo a qual o beneficiário da atividade não pode contratar trabalhador no domicílio para produção de bens ou serviços na qual participe trabalhador abrangido por procedimento para despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho e até três meses após a cessação dos contratos de trabalho, assim como não poderá renovar a atribuição de trabalho a trabalhador no domicílio contratado nos 60 dias anteriores ao início de qualquer daqueles procedimentos – art. 2.º da supramencionada Lei n.º 101/2009. Como se vê, a preocupação da nossa lei com este tipo de fenómenos (*despedir-para-terceirizar, despedir-para-domiciliar*) é tudo menos recente.

v) O bem jurídico-constitucional da estabilidade no emprego

XII. Concluímos, reiterando uma afirmação que já havíamos proferido no artigo que publicámos na *RLJ*: Portugal é uma República baseada na dignidade da pessoa humana, em que o trabalhador é titular de direitos fundamentais de primeira grandeza. Portugal não é uma República em que vigorem, sem mais e acima de tudo, as leis do mercado e em que o trabalhador seja livremente descartável, por mera conveniência da entidade empregadora.

[44] *Rectius*, desde o ano de 2007, visto que essa proibição também constava do diploma que, ao tempo, aprovou um novo regime jurídico do trabalho temporário, a Lei n.º 19/2007, de 22-5, cujo art. 18.º, n.º 4, estabelecia: «Não são permitidos contratos de utilização para satisfação de necessidades que eram realizadas por trabalhadores cujos contratos cessaram, nos 12 meses anteriores, por despedimento coletivo ou extinção de postos de trabalho».

Como J. J. Gomes Canotilho e Jorge Leite lapidarmente afirmaram, «a proteção da salvaguarda, conservação e estabilidade no emprego é reconhecida, no plano jurídico-constitucional, como um "bem", "direito" ou valor constitucional eminente, o que não pode deixar de o fazer prevalecer nos casos de *colisão ou conflito* desse bem ou direito com outros bens, mesmo se constitucionalmente protegidos (exemplos: rentabilidade da empresa, racionalidade económica, direitos e interesses da entidade patronal, etc.)».

A nosso ver, faz todo o sentido que se terçam armas e se troquem argumentos em torno da bondade ou maldade substantiva da nova norma, faz ainda mais sentido que se discuta a técnica jurídica utilizada pelo legislador ao formular esta norma, mas, sinceramente, não nos parece fazer grande sentido discutir a constitucionalidade desta norma, por alegada restrição excessiva da liberdade empresarial e da livre iniciativa económica privada. A CRP, com o seu generoso catálogo de direitos fundamentais dos trabalhadores, ao elevar a segurança no emprego à condição de direito, liberdade e garantia, constitui credencial mais do que suficiente para confortar, no plano jurídico-constitucional, a opção legislativa traduzida no aditamento ao CT deste novo art. 338.º-A.

Seria até algo absurdo, tendo em conta a carga axiológica da nossa Lei Fundamental, que se julgasse conforme com a CRP o entendimento sufragado por alguns, segundo o qual o mero desígnio de exponenciar lucros bastaria para legitimar despedimentos coletivos ou por extinção de postos de trabalho, mas já se considerasse inconstitucional uma norma que, no essencial, tenta veicular a ideia segundo a qual os processos de terceirização de serviços não devem passar por decisões unilaterais de despedimento de trabalhadores, pelas consequências destrutivas que tais decisões têm, ou podem ter, na pessoa que existe em cada trabalhador atingido por essa decisão expulsiva.

XIII. O novo art. 338.º-A do CT traduz-se, sem dúvida, numa disposição problemática, de interpretação trabalhosa e de efetividade prática, quiçá, algo reduzida. Mas é também uma norma muito significativa, desde logo no plano simbólico, através da qual o legislador tenta sinalizar que os despedimentos coletivos ou por extinção do posto de trabalho, cuja admissibilidade é indiscutível e esta norma não contesta, devem basear-se em motivos de mercado,

estruturais ou tecnológicos que se revelem suficientemente ponderosos para legitimarem o sacrifício do bem jurídico-constitucional representado pelo emprego, cuja segurança é salvaguardada pelo art. 53.º da CRP. Como há muito escreveu José João Abrantes, a propósito da garantia constitucional da segurança no emprego, «esta implica também, obviamente, que os despedimentos colectivos – e, duma forma geral, os chamados despedimentos económicos – apenas se possam verificar em situações em que as razões económicas sejam suficientemente fortes para justificar o sacrifício do valor constitucional em questão e impor a diminuição do número de trabalhadores da empresa (*v.g.*, para que se salvem outros postos de trabalho)»[45].

Numa ótica de ponderação de valores constitucionais, o que sempre nos causou estranheza foi a tese que foi vingando, em boa parte da nossa doutrina e jurisprudência, segundo a qual as decisões de gestão do empresário (máxime a de terceirizar serviços) seriam insindicáveis e, portanto, a decisão de despedimento tomada, a jusante, pelo seu *alter ego*, o empregador, desde que se situasse numa linha de congruência com aquela decisão de gestão, seria inatacável. Esta sim, é uma orientação que suscita dúvidas de compatibilidade com a CRP, por desguarnecer em demasia, nesta sede do despedimento por causas objetivas, a garantia constitucional da segurança no emprego, sacrificada no altar dos juízos de mera conveniência empresarial – ao contrário, repete-se, do que o TC teve solenemente ocasião de afirmar, no supramencionado Acórdão n.º 64/91. Relembrem-se as palavras de Júlio Gomes, a propósito da exigência constitucional de justa causa para que haja despedimento: «Se a justa causa puder consistir numa decisão de gestão insindicável – por exemplo, na afirmação do empregador de que o despedimento coletivo é o meio necessário simplesmente para aumentar o lucro que a empresa já vem obtendo – não vislumbramos qualquer utilidade na exigência constitucional»[46]. E também José João Abrantes sublinha que o despedimento não poderá fundar-se na mera

[45] *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 54, n. 81.

[46] *Direito do Trabalho*, cit., p. 993. Em sentido próximo, afirma Catarina Gomes Santos: «A justa proporção entre a liberdade de o empresário decidir redimensionar a sua estrutura produtiva e o respeito pelo direito dos trabalhadores a não serem despojados do seu emprego, implicará o exercício condicionado daquela liberdade, sem que baste, como salientado pelo TC, a mera alegação dos interesses empresariais» – *Direito do Trabalho – Relação Individual*, cit., p. 1271.

conveniência da empresa, pois o valor da segurança no emprego exige sempre a necessidade de uma *razão objetiva, socialmente válida*, para legitimar esse despedimento, concluindo: «Tem que ficar claro que o empregador se encontra impedido de definir e criar livremente os próprios pressupostos da atuação que conduz ao despedimento»[47]. Ora, é justamente isso que nos impressiona, em matéria de despedimento por causas objetivas. Segundo a tese dominante, uma simples e libérrima decisão de gestão do empresário habilitará o empregador, atuando em moldes congruentes, a recorrer ao despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho. A ser assim, a segurança no emprego dos trabalhadores, constitucionalmente garantida, acaba, a final, por ceder facilmente, caindo aos pés do livre arbítrio empresarial…

XIV. Com a nova norma, o legislador veio, a nosso ver, veicular a ideia de que a terceirização de serviços não constitui credencial bastante para fundamentar um despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho. Não nos parece que faça sentido outro entendimento sobre o alcance do preceito. Como se refere *supra*, alguma doutrina tem sustentado que a nova norma, proibitiva da terceirização de serviços subsequente a um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho, não teria qualquer repercussão em sede de (i)licitude dos motivos subjacentes a esse despedimento. Mas isso, cremos, representaria uma *contradição valorativa* intolerável, através da qual, como ensina Karl Engish, «o legislador se põe em conflito com as suas próprias valorações»[48], atentando contra o princípio da unidade do ordenamento jurídico.

[47] «A jurisprudência constitucional recente em matéria laboral (algumas notas)», João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha (coord.), *Para Jorge Leite – Escritos Jurídico-Laborais*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 7-8.

[48] *Introdução ao Pensamento Jurídico*, cit., p. 316. Segundo o Autor, importa distinguir as *contradições normativas* das *contradições valorativas*. Aquelas consistem em uma conduta aparecer ao mesmo tempo como prescrita e não prescrita, proibida e não proibida, ou até como prescrita e proibida. Já estas não implicam uma antinomia em sentido próprio, antes resultam de o legislador não se manter fiel a uma valoração por ele mesmo realizada, consistindo numa contradição imanente, em que o legislador se põe em conflito com as suas próprias valorações (ob. cit., pp. 313-317). No primeiro caso temos uma contradição *lógica*, no segundo uma contradição *teleológica* (assim, também, Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 3.ª reimp., Almedina, Coimbra, 1989, p. 171). Na hipótese em apreço, a contradição com que o intérprete se depara não seria, em rigor, uma contradição normativa, mas sim uma contradição valorativa: a lei permitiria uma decisão (o despedimento-para-terceirizar) e, logo de seguida, a lei proibiria a consequência natural dessa decisão (a terceirização-pós-despedimento).

Vale dizer, *o legislador não pode, a um tempo, permitir o despedimento-para-terceirizar e proibir a terceirização-pós-despedimento*! Tal constituiria uma contradição imanente, em que o legislador se poria em conflito com as suas próprias valorações, perturbando a unidade da ordem jurídica e a sua harmonia. Ora, *a contradição valorativa é superada ou evitada, justamente, se entendermos que, no reverso da norma proibitiva da terceirização-pós-despedimento, se encontra a regra, implícita, de que é proibido despedir-para-terceirizar*.

Repare-se que a norma, a despeito da sua epígrafe algo maximalista, não proíbe o recurso à terceirização de serviços. A norma proíbe, isso sim, que a terceirização de serviços seja operacionalizada mediante recurso ao despedimento, coletivo ou por extinção de postos de trabalho. É a utilização deste meio que é proscrita, não o fim em si[49]. Com o que, bem vistas as coisas, a norma nem veio proibir a terceirização de serviços, nem, claro, veio proscrever, em geral, a figura dos despedimentos baseados em causas objetivas, de mercado, estruturais ou tecnológicas.

Reitera-se: o art. 338.º-A está longe de ter o caráter disruptivo por alguns apontado. Com efeito, esta norma não é tão inovadora quanto se poderia pensar, situando-se, em certa medida, na linha do velho art. 175.º, n.º 5, do CT. Depois, e a despeito da sua enganadora epígrafe, a norma não proíbe o recurso à terceirização de serviços. Nem, por outra parte, expurga do nosso ordenamento as figuras do despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho. A norma limita-se a colocar em *equação hermenêutica* os valores da iniciativa económica privada e da segurança no emprego[50]. A norma tenta,

[49] O ponto – o de que a epígrafe do artigo induz em erro – é também sublinhado por Ana Lambelho («O trabalho temporário e a terceirização à luz da Agenda do Trabalho Digno», *Questões Laborais*, n.º 63, 2023, p. 196), ainda que, mais à frente no seu texto, a Autora acabe por criticar a norma, concluindo que «seria bastante que, ao invés de proibir a terceirização, determinasse que ela não pode ser, por si só, o fundamento do despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho» (p. 201). Ora, estamos convictos de que, ainda que de forma enviesada e até algo tosca, o que resulta da norma é mesmo isso: a ideia de que a terceirização, por si só, não basta para fundamentar, para legitimar, para constituir o suporte motivacional do despedimento por razões objetivas.

Em sentido próximo, Catarina Gomes Santos, Autora que considera que «o art. 338.º-A tem, no seu reverso, a ideia de que a terceirização de serviços não constituirá um motivo bastante para fundamentar um despedimento coletivo (e por extinção do posto de trabalho)» – «Agenda do Trabalho Digno: o que há de novo no despedimento coletivo?», *Questões Laborais*, n.º 63, 2023, p. 264.

[50] Em sentido próximo, na doutrina brasileira, considerando que a Constituição «impõe uma equação hermenêutica que se assenta na concorrência entre a liberdade de contratar do empreendedor, enquanto direito fundamental de liberdade, e a ordem constitucional de proteção à relação de emprego, enquanto

à sua maneira, levar a cabo uma concordância prática entre estes dois valores jus-fundamentais, salvaguardando a licitude dos despedimentos baseados em causas objetivas, mas contanto que essas causas se mostrem suficientemente sérias e ponderosas para legitimarem o sacrifício do bem jurídico representado pela segurança no emprego dos trabalhadores atingidos pela decisão de despedimento. Para a nova lei, *despedir alguém para, ato contínuo, utilizar um trabalhador terceirizado em ordem a satisfazer as necessidades antes satisfeitas pelo trabalhador despedido não é um procedimento admissível*[51]. Com esta nova solução, qual "pacto compromissório constitucional entre capital e trabalho", a lei tenta articular o valor da iniciativa económica privada com o valor da segurança no emprego.

XV. É certo que o art. 338.º-A olha de soslaio para a terceirização de serviços. Mas isso, repete-se, é perfeitamente compreensível, numa Ordem Jurídica que tente garantir o respeito do princípio segundo o qual o trabalho não é uma mercadoria e que, portanto, não pode olhar com entusiasmo para fenómenos terceirizantes de intermediação ou locação de mão-de-obra, que conduzem a situações de *emprego rarefeito* e de *baixa densidade protetiva*. Com efeito, importa não perder de vista que, como observa Lorena Vasconcelos Porto, na terceirização dá-se «a utilização direta pela empresa de trabalhadores contratados por outra, com a qual celebra um contrato de prestação de serviços. O objeto do ajuste empresarial é o fornecimento de mão de obra, o que consiste, em verdade, na coisificação do ser humano, na utilização do trabalho como mercadoria»[52]. Ou ainda, nas palavras de Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim, «a relação de trabalho terceirizado, formada entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, é naturalmente mais instável,

direito fundamental social do trabalhador», sendo que o problema da terceirização, «não se limita a um problema de liberdade contratual, mas apenas começa na liberdade contratual», a qual logo se confronta com um condicionamento constitucional, «imposto pelo padrão de proteção social que a Constituição confere aos direitos fundamentais dos trabalhadores», Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim, *Os Limites Constitucionais da Terceirização*, LTR, São Paulo, 2014, p. 118.

[51] Por vezes, nem essa mudança subjetiva se regista. Como assinala Helder Santos Amorim, casos há em que «as empresas passaram a dispensar seus empregados e a recebê-los de volta com outros uniformes, como terceirizados, empregados de empresas prestadoras de serviços» (*Terceirização Externa*, cit., p. 46).

[52] «Terceirização: Lícito x Ilícito», *Como Aplicar a CLT à Luz da Constituição*, Márcio Túlio Viana e Cláudio Jannotti da Rocha (coord.), LTR80, São Paulo, 2016, pp. 272-273.

porque se sujeita à relação comercial de prestação de serviços formada entre a empregadora e a empresa tomadora dos seus serviços, restando contaminada pela instabilidade própria dessa relação interempresarial»[53].

As citações e transcrições doutrinais poderiam multiplicar-se. É mais do que natural, neste contexto, que o Direito do Trabalho se preocupe com este fenómeno, procurando submetê-lo aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico-laboral. O fenómeno da terceirização de serviços resulta de considerações economicistas, de eficiência empresarial, e tende a produzir consequências nefastas no plano laboral, cabendo por isso ao Direito do Trabalho temperar aquelas considerações com outras de cunho social, humanístico e, na expressão brasileira, "civilizatório". E é isso mesmo que, afinal, o art. 338.º-A tenta fazer, ainda que, porventura, de forma pouco feliz e pouco lograda.

XVI. É outrossim certo que o art. 338.º-A procura salvaguardar a manutenção do emprego e evitar os despedimentos, diante de projetos empresariais de terceirização de serviços. Mas isso, claro, está em perfeita congruência com a garantia constitucional da segurança no emprego. Segundo a interpretação da norma que perfilhamos, a terceirização, por si só, deixa de constituir credencial bastante para fundamentar a decisão patronal de despedimento. É certo que a norma, na sua literalidade, pode ser acusada de ser algo cega, não distinguindo as hipóteses comuns de terceirização daqueloutras em que essa decisão terceirizante poderá revelar-se adequada a responder a situações de grave crise empresarial, salvando a empresa da insolvência e salvaguardando o emprego dos demais trabalhadores[54].

Este é um desafio interpretativo com que o aplicador do direito se terá de confrontar. Será decerto necessário, doravante, conjugar esta nova norma com o disposto nos arts. 359.º e 367.º do CT, em ordem a escrutinar o suporte motivacional do despedimento em causa. Vale dizer, cremos que a decisão

[53] *Os Limites Constitucionais da Terceirização*, cit., p. 44. Os Autores acrescentam, com inteira razão: «O trabalhador terceirizado desvincula-se formalmente da empresa beneficiária final do seu trabalho, embora para ela continue destinando sua energia de labor, numa triangulação relacional que deforma a clássica relação de emprego, enfraquecendo sua potencialidade protetiva. Depois, esse trabalhador é apartado do convívio profissional com os demais empregados da empresa-mãe, o que enseja a fragmentação das categoriais profissionais, com o enfraquecimento do poder de coalizão e de negociação coletiva» (ob. cit., p. 45).

[54] Assim, Ana Lambelho, «O trabalho temporário e a terceirização…», cit., p. 202.

de terceirização, por si só, não bastará para legitimar tal despedimento. Mas se, por exemplo, a terceirização for uma decisão tomada no âmbito de uma empresa em sérias dificuldades económicas, analisando-se numa medida que, em concreto, realmente se apresente como forma adequada de salvar a empresa da insolvência[55], melhorando significativamente o seu desempenho e corrigindo o grave desequilíbrio económico-financeiro registado, isso já poderá, cremos, legitimar o despedimento, porque o novo art. 338.º-A não é uma ilha, antes terá de ser lido de forma conjugada com o disposto nos velhos arts. 359.º ou 367.º do CT. Neste tipo de casos, dir-se-á, porventura, que o suporte motivacional do despedimento (isto é, as razões económicas, *lato sensu*, que o explicam) é muito mais amplo e profundo do que a mera decisão empresarial de reestruturação da organização produtiva.

vi) Liberdade de iniciativa económica e segurança no emprego

XVII. De todo o modo, não vislumbramos que haja aqui qualquer violação do direito de livre iniciativa económica privada, consagrado no art. 61.º, n.º 1, da CRP. Como se lê nesse preceito, «a iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral». Consistindo, sem dúvida, num direito fundamental, o certo é que, como resulta do próprio enunciado do preceito que a consagra, a liberdade de iniciativa económica privada, na vertente de liberdade de

[55] Coisa que, no entanto, não nos parece que seja frequente, sendo até muito difícil de se verificar, na prática. Isto porque, repare-se, o despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho acarreta, por si só, custos não negligenciáveis para a entidade empregadora (máxime o pagamento da "compensação de antiguidade", prevista no art. 366.º do CT), acrescendo que, como é óbvio, o subsequente contrato de prestação de serviço com a empresa terceira, para prover à satisfação das necessidades que eram asseguradas pelos trabalhadores despedidos, também não será, claro, um contrato gratuito. A este propósito, *vd*., por todos, as considerações tecidas por Rodrigo de Lacerda Carelli, que escreve: «A verificação de que algo está errado pode ser realizada a partir do principal argumento para utilização do instrumento [da terceirização] pelo empresariado: a redução de custos. Ora, o intuito de redução de custos na terceirização é incompatível com a própria ideia do instituto. Isso porque nunca, a princípio, pode haver redução de custos na terceirização, pois ela implica necessariamente em exercício de atividade econômica por outra empresa, que pressupõe, logicamente, a busca de lucros. Assim, terceirizando uma atividade para ser realizada por outra, obviamente além do pagamento do pessoal desta, deverão ser pagos o lucro e custos operacionais (incluindo aí tributos e encargos sociais) da empresa interposta, não tendo como obter, matematicamente, a redução de custos almejada. O que pode haver é melhoria de qualidade e consequentemente um aumento nos lucros e maior competitividade» (*Terceirização como Intermediação de Mão de Obra*, edição eletrónica do autor, 2014, p. 7).

organização, gestão e atividade da empresa (liberdade de empresa), pode ser conformada, com grande liberdade, pela lei, estabelecendo esta restrições mais ou menos profundas, entre as quais cabe salientar as decorrentes dos direitos dos trabalhadores. Aliás, a CRP "funcionaliza" a iniciativa económica privada, a qual deverá ter em conta o "interesse geral" – e este, enquanto conceito indeterminado, destinado a funcionar como fator de legitimação constitucional da intervenção legislativa na liberdade de iniciativa, deverá ser densificado com recurso às determinantes heterónomas fornecidas pela própria lei fundamental, máxime pela realização dos direitos dos trabalhadores, a começar pelo direito ao trabalho e à segurança no emprego[56].

A iniciativa económica privada exerce-se, pois, necessariamente, no respeito pela garantia constitucional e legal da segurança no emprego – por isso mesmo que os trabalhadores, antes e acima de representarem, para a empresa, mais um dos seus fatores produtivos, são pessoas. Nas palavras de Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim, «a Constituição é muito clara: no campo das relações do trabalho, a liberdade de contratação empresarial tem de ser exercitada de maneira a assegurar a valorização do trabalho, a dignidade da pessoa humana, a justiça social, a segurança da pessoa humana que vive do trabalho – o que se faz, na perspectiva da Constituição, mediante o respeito ao emprego e ao Direito do Trabalho»[57]. Palavras sábias e válidas, a nosso ver, tanto em relação à Constituição brasileira como em relação à nossa Lei Fundamental.

Dirão alguns que o núcleo essencial da liberdade de empresa impõe a manutenção na esfera do empregador do direito de adequar a sua empresa nos moldes que repute convenientes, reorganizando-a, reestruturando-a ou redimensionando-a como lhe aprouver. Assim é. Mas isto, claro, sempre no respeito dos limites que a lei do trabalho lhe coloca, designadamente em matéria de despedimento – por isso mesmo que os trabalhadores são pessoas, não mera mercadoria. Afinal, como bem observa Ana Lambelho, «o empregador é o

[56] Neste sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, cit., pp. 790-791.

[57] *Os Limites Constitucionais da Terceirização,* cit., p. 122.

dono da empresa, mas isso não lhe pode dar o direito de fazer com ela tudo o que quer, quando em causa estão outras pessoas e as respetivas famílias»[58].

XVIII. Não declarar a inconstitucionalidade do novo art. 338.º-A significará, estamos convictos, contribuir para "desmercantilizar" as relações de trabalho, prestando o tributo devido à pessoa que existe em cada trabalhador, em linha com o valor primacial do nosso ordenamento jurídico, o valor da dignidade da pessoa humana, tantas vezes sacrificada em nome de considerações de mera eficiência empresarial, quantas vezes imolada em função do mero desejo de maximização do lucro. Mas Portugal, como se lê no art. 1.º da CRP, é uma República baseada na dignidade da pessoa humana e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Portugal não é uma República que tenha no Mercado a sua *Grundnorm*. Em boa medida, é isto que está em jogo, no presente processo de apreciação da constitucionalidade do novo art. 338.º-A do CT. Não é coisa pouca.

A urgência de colocar a dignidade do trabalho no centro da agenda política é sublinhada por Michael J. Sandel. O Autor reconhece: «Isto não é tão fácil como pode parecer. Pessoas de diversas convicções ideológicas terão ideias antagónicas do que significa, para uma sociedade, respeitar a dignidade do trabalho, sobretudo numa época em que a globalização e a tecnologia, aparentemente inevitáveis, ameaçam miná-la». Em relação ao art. 338.º-A, claro está, diferentes convicções ideológicas conduzirão, naturalmente, a posições antagónicas sobre a sua bondade ou maldade. Mas não é disso que o TC cuida. O TC procede a um escrutínio de constitucionalidade, apreciando se a norma fere a CRP ou se o legislador ordinário se movimenta dentro do perímetro que a CRP lhe demarca. A nosso ver, e pelas razões expostas, ao criar esta norma, o legislador, andando mal ou bem, não pisou o risco, não vulnerou a CRP. É uma norma que, à sua maneira – decerto discutível –, tenta dignificar o trabalho, partindo da premissa, nas palavras de Michael Sandel, de que «a forma como uma sociedade honra e recompensa o trabalho é crucial para a forma como define o bem comum»[59].

[58] «O trabalho temporário e a terceirização…», cit., p. 200.

[59] *A Tirania do Mérito – O que Aconteceu ao Bem Comum*?, Editorial Presença, Lisboa, 2022, p. 239.

XIX. O art. 338.º-A do CT, aditado pela "agenda do trabalho digno", não demoniza a terceirização. A terceirização é uma decisão que o empresário é livre de tomar, à luz da liberdade de empresa, constitucionalmente consagrada. Mas, como anos atrás escreveu Júlio Gomes, se a terceirização se pode justificar em termos de especialização e divisão de trabalho, a verdade é que «o direito não pode permanecer passivo – qual "convidado de pedra discreto e silencioso à mesa da externalização" – mormente pelo perigo de a externalização se fazer sobretudo para reduzir custos salariais, diminuir garantias dos trabalhadores e aumentar a precariedade»[60]. Daí que a "agenda do trabalho digno" tenha tentado, sem propriamente *demonizar* a terceirização, *exorcizar* os despedimentos-para terceirizar.

Não representando uma prática ilícita, a verdade é que a terceirização de serviços é um fenómeno malquisto pelo Direito do Trabalho. É um fenómeno disruptivo, que cria relações entre três sujeitos no lugar da relação a dois – empregador, titular da empresa, e trabalhador, assalariado por aquele – que constitui a relação laboral típica ou *standard*. A terceirização tende a produzir efeitos sociais e humanos perniciosos, como se refere *supra*. Não é algo anódino ou inofensivo. E, quando à terceirização se soma o despedimento, a privação do emprego por decisão extintiva unilateral do empregador, o Direito do Trabalho redobra a sua hostilidade. Um valor ou bem jus-fundamental, a segurança no emprego, está a ser sacrificado.

Neste contexto, compreende-se que o legislador tente combater o *despedimento-para-terceirizar*. Disso mesmo cuida o novo art. 338.º-A do CT. Mal? Bem? Há, decerto, espaço para muita e viva discussão. Como observava, antes de a nova norma ser publicada, António Menezes Cordeiro, «os despedimentos coletivos constituem o ponto fraco da tutela laboral. No entanto, restringi-los seria comprometer o progresso tecnológico da economia, em competição com os Estados Unidos e a China, onde o problema não se põe»[61]. Provavelmente, o legislador da "agenda do trabalho digno" reconheceu a debilidade da tutela

[60] «A fronteira entre o contrato de utilização de trabalho temporário e os (outros) contratos de prestação de serviços», cit., p. 111.

[61] *Direito do Trabalho*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2019, p. 993.

laboral existente em matéria de despedimento coletivo, mas não se amedrontou com a concorrência movida pelos EUA ou pela China. Fez a sua opção, uma opção política discutível, que alguns considerarão temerária, mas legítima. O que não conseguimos descortinar é razões bastantes para julgar inconstitucional esta norma. Será ela violadora da nossa Lei Fundamental, a Constituição democrática, humanista e "antropologicamente amiga" do trabalho, de 1976? Não vislumbramos porquê. Tanto mais que, como bem escreve o mesmo António Menezes Cordeiro, «seguro é o facto de, na Constituição, se terem pretendido abolir os despedimentos *ad nutum*, isto é, sem motivos controláveis, *admitindo-os, apenas, em situações sérias, nas quais o valor da segurança do emprego tenha de ceder perante outros valores concretamente mais poderosos*» (itálico nosso)[62]. Assim é, com efeito. E se assim é…

Este é, salvo melhor opinião, o nosso parecer

Coimbra, 31 de janeiro de 2024

João Leal Amado
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

[62] *Direito do Trabalho*, cit., p. 951.