

Lay-off: remédio para a pandemia ou acelerador de reações adversas?¹

RITA CANAS DA SILVA*

I. Introdução

2020, ano de pandemia, trouxe uma nova vivência, novos modelos de interação, de convívio e de trabalho. Neste âmbito tão particular, o *lay-off* assumiu merecido destaque na reflexão juslaboral.

A situação extraordinária que vivemos levou ao encerramento total ou parcial de diversas empresas. Noutros casos, registaram-se quebras abruptas na procura dos bens e/ou serviços comercializados.

Desde então, de forma a atenuar os efeitos devastadores deste fenómeno na economia e no emprego, foram sendo criados mecanismos decalcados do “*lay-off* comum” – há muito acolhido na legislação laboral e regulado nos arts. 294.º, n.º 2, a), 295.º e 298.º a 308.º do Código do Trabalho (“CT”)² –, embora com traços particulares: o designado “*lay-off* simplificado” e terapêuticas derivadas, a *la COVID-19*³.

* Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Portugal.

<https://orcid.org/0000-0001-6086-7210>. Sócia responsável pelo Departamento de Direito do Trabalho e da Segurança Social da Sérvulo & Associados, Sociedade de Advogados, SRL.

¹ Versão escrita de intervenção que teve lugar no âmbito de ciclo das *Católica Talks* dedicado à temática “Direito em tempos de pandemia”, organizado pelo *Católica Research Centre for the Future of Law*, em 17 de dezembro de 2020, seguido de comentário a cargo da Professora Doutora Joana Vasconcelos. A informação contida neste texto retrata o enquadramento jurídico vigente à data da referida intervenção e que, fruto da excecionalidade dos institutos analisados, foi, entretanto, alterado e, em parte, substituído.

² Aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, na redação em vigor.

³ Identificando o enquadramento legal reservado a estes instrumentos, v. SILVA (2020).

II. Diagnóstico

Os sucessivos movimentos de confinamento-(des)confinamento ditaram a emergência de novos modelos de trabalho e uma árdua prova de resistência a empresas e trabalhadores. É, por isso, seguro afirmar que sem *lay-off* e modelos congêneres, os avanços e recuos na economia, justificados por razões sanitárias, teriam tido efeitos muito mais desastrosos no plano do emprego.

III. Remédio(s)

Atualmente, convivem modalidades diversas de *lay-off*: o “pré-COVID”, “clássico/comum ou tradicional”, acolhido no Código do Trabalho e as suas réplicas agilizadas, com especial destaque para o “*lay-off* simplificado”⁴⁻⁵. Sem prejuízo das diferenças que demarcam o “*lay-off* tradicional” e o “*lay-off a la COVID*”, ambos se apresentam como mecanismos de contenção de custos e de redução de encargos remuneratórios, constituindo exceções lícitas à proibição de reduções retributivas unilaterais⁶.

Similarmente, desdobram-se em duas modalidades: (i) redução do período normal de trabalho – concretizada na parcial inatividade do

⁴ Paradoxalmente, este instrumento registou um percurso legislativo algo tortuoso, tendo surgido, primeiramente, enquadrado na Resolução do Conselho de Ministros n.º 10-A/2020, de 13 de março, tendo sido concretizado, em seguida, na Portaria n.º 71-A/2020, de 15 de março, que viria a ser retificada pela Declaração de Retificação n.º 11-C/2020, de 16 de março, e alterada pela Portaria n.º 76-B/2020, de 18 de março. Por força das dúvidas interpretativas e fortes críticas às soluções acolhidas na Portaria n.º 71-A/2020, este diploma viria a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março, que instituiu um novo regime jurídico, retificado pela Declaração de Retificação n.º 14/2020, de 28 de março, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 14-F/2020, de 13 de abril, e pelo Decreto-Lei n.º 27-B/2020, de 19 de junho.

⁵ Já o Apoio Extraordinário à Retoma Progressiva de Atividade em Empresas em Situação de Crise Empresarial com Redução Temporária do Período Normal de Trabalho foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 46-A/2020, de 30 de julho, e alterado pelo Decreto-Lei, n.º 90/2020, de 19 de outubro, pelo Decreto-Lei n.º 98/2020, de 18 de novembro, e pelo Decreto-Lei n.º 101-A/2020, de 27 de novembro.

⁶ Conforme o disposto no art. 129.º, n.º 1, d) do CT. Conforme os números disponíveis, em julho de 2020, haveria já perto de um milhão de trabalhadores em *lay-off*.

trabalhador⁷; e (ii) suspensão do contrato de trabalho⁸, em caso de total inatividade do trabalhador⁹. Em qualquer hipótese, por razões exclusivamente referentes ao empregador e por imposição lícita deste último, o trabalhador passa a desenvolver a sua atividade por um período menor do que o acordado, possibilitando ao empregador uma poupança – assumindo um encargo financeiro menor –, registando o trabalhador perda remuneratória, ainda que parcialmente compensada. Trata-se, na verdade, de fenómeno que põe em evidência a especial maleabilidade do contrato de trabalho e a sua natureza profundamente *relacional*¹⁰ – contrato duradouro especialmente ajustável a circunstâncias supervenientes que entravam a sua normal execução: o contrato reajusta-se e rearranja-se, salvaguardando a sua continuidade¹¹. É, aliás, esta circunstância que

⁷ Assim, a título exemplificativo, o trabalhador contratado para prestar a sua atividade profissional oito horas por dia e quarenta horas por semana, passa a trabalhar quatro horas por dia e vinte horas por semana.

⁸ Não obstante utilização corrente, quer nos textos legais quer na doutrina, as expressões “suspensão do contrato” e “suspensão da execução do contrato” não retratam o fenómeno de forma fidedigna. E assim por não ser pressuposta qualquer suspensão dos elementos constitutivos do contrato. Bem pelo contrário: não se trata tanto de “suspensão do contrato”, como de “sobrevivência” do mesmo. Com efeito, a suspensão respeita apenas a *parte dos efeitos contratuais*, atenta a subsistência de deveres acessórios, que vinculam as partes, em tal período. Nesta medida, a insistir-se em menção ao contrato, apenas seria admissível o apelo a uma suspensão *parcial*. É, assim, frequente afirmar-se que *não se está efetivamente perante uma suspensão do contrato de trabalho* mas, ao invés, *uma suspensão das prestações principais das partes*. Sucede, que, entre nós, à anunciada vitalidade dos deveres acessórios de conduta em período suspensivo (*maxime*, a lealdade), acresce que a suspensão não tem necessariamente de revestir carácter *bilateral*, operando em diversas situações em que o trabalhador mantém o direito à contraprestação ou a montante compensatório – do que é exemplo expressivo, precisamente, o *lay-off*. A suspensão é ainda frequentemente associada a imagens e locuções sugestivas, que ilustram a sua interferência na sorte do contrato: “hibernação jurídica”, “paralisação”, “letargia”, “adormecimento”, “morte aparente”, “vida latente” ou “vínculo relaxado”. Ainda que sem grande rigor, tais expressões revelam, afinal, os traços gerais e o significado substancial do instituto: fenómeno passageiro e perturbador da execução, mas não da *existência* do contrato.

⁹ Para maiores desenvolvimentos quanto à suspensão em geral e ao “*lay-off* tradicional” em particular, v. SILVA (2017), em especial, pp. 128 e ss., 455 e ss. e 602 e ss. Especificamente quanto ao *lay-off*, v. CARVALHO (2012), pp. 119-161. Mais recentemente, já no contexto do “*lay-off* simplificado”, v. AMADO (2020).

¹⁰ Referimo-nos à teoria relacional de Ian MacNeil e à contraposição entre *relational* e *spot contracts*. Para maiores desenvolvimentos, v. SILVA (2017), pp. 54 e ss.

¹¹ Pelas suas características, o vínculo laboral surge, entre os duradouros, como particularmente vulnerável a interferências supervenientes, que travam temporariamente

justifica que o “*lay-off* tradicional” surja sistematicamente enquadrado, no âmbito do CT, enquanto “vicissitude contratual”¹²: opera como *escudo protetor* da estabilidade contratual, assegurando a subsistência – ainda que em *moldes distintos dos acordados* – do contrato de trabalho, que se depara com um obstáculo superveniente à regular execução.

Ainda em comum, quer no “*lay-off* pré-COVID”, quer no “simplificado”, não obstante a inatividade (total ou parcial) do trabalhador, mantêm-se todos os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efetiva prestação de trabalho –, subsistindo, assim, os designados deveres autónomos da prestação de trabalho, *maxime* a lealdade¹³ –, a par do poder disciplinar do empregador.

Identificados os traços de proximidade, importa considerar as principais diferenças que demarcam os institutos. O “*lay-off* clássico” e o “*lay-off a la COVID*” distinguem-se, desde logo, pelos fundamentos que justificam o recurso a cada instituto.

Podem recorrer ao “*lay-off* clássico” as empresas que estejam em situação de crise empresarial, com fundamento em motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, catástrofes ou outras ocorrências que tenham afetado gravemente a atividade normal da empresa. No âmbito do “*lay-off* clássico”, as empresas devem ainda demonstrar que a medida é indispensável para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho¹⁴.

Por seu turno, o “*lay-off* simplificado” pressupõe que as empresas se encontrem numa das seguintes situações: a) encerramento total ou parcial decorrente do dever de encerramento de instalações e estabelecimentos ou decretado por determinação legislativa ou administrativa¹⁵; b) paragem total ou parcial da atividade que resulte da interrupção das cadeias de

o normal desenvolvimento do programa contratual. Perante tais ameaças, intervêm mecanismos jurídicos que *reforçam* as defesas do vínculo, garantindo a sua subsistência e obviando à cessação.

¹² Com efeito, o “*lay-off* comum” encontra-se regulado nos arts. 298.º e ss. do CT, inserindo-se sistematicamente na Subsecção III (“Redução temporária do período normal de trabalho ou suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao empregador”), da Secção III (“Redução da actividade e suspensão de contrato de trabalho”), do Capítulo V (“Vicissitudes Contratuais”) do Título II (“Contrato de Trabalho”) do CT (do Livro I – Parte Geral).

¹³ Efeito geral previsto no art. 295.º do CT.

¹⁴ Cf. art. 298.º, n.º 1 do CT.

¹⁵ Cf. art. 3.º, n.º 1, alínea a) do Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março.

abastecimento globais ou da suspensão ou cancelamento de encomendas¹⁶; c) quebras abruptas e acentuadas de, pelo menos, 40% da faturação no período de 30 dias anterior ao do pedido junto da Segurança Social, com referência à média mensal dos dois meses anteriores a esse período ou face ao período homólogo do ano anterior ou, ainda, para quem tenha iniciado a atividade há menos de doze meses, à média desse período¹⁷.

Outro traço distintivo respeita à duração máxima de cada mecanismo. O “*lay-off* comum” pode estender-se até seis meses¹⁸⁻¹⁹, prorrogáveis por mais seis meses se a empresa comunicar essa intenção e a duração prevista, por escrito e fundamentadamente, à estrutura representativa dos trabalhadores ou à comissão representativa dos mesmos²⁰, ao passo que no “*lay-off* simplificado”, as medidas aplicadas têm a duração máxima de um mês, prorrogável até três meses²¹⁻²².

Quanto aos valores que os trabalhadores abrangidos pelos *lay-offs* “clássico” e “simplificado” têm direito a auferir, a determinação da compensação retributiva obedece às mesmas regras. Nas duas hipóteses, os trabalhadores têm direito a auferir um montante equivalente a dois terços da sua retribuição normal ilíquida, com o limite mínimo de uma remuneração mínima mensal garantida (*i.e.*, € 635,00²³) e, alegadamente²⁴, o limite máximo de três remunerações mínimas mensais garantidas (*i.e.*,

¹⁶ Cf. art. 3.º, n.º 1, alínea b), subalínea i) do Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março.

¹⁷ Cf. art. 3.º, n.º 1, alínea b), subalínea ii) do Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março.

¹⁸ Cf. art. 301.º, n.º 1 do CT.

¹⁹ Ou, nos termos do disposto no art. 301.º, n.º 1 do CT, “[e]m caso de catástrofe ou outra ocorrência que tenha afetado gravemente a atividade normal da empresa, um ano”.

²⁰ Cf. art. 301.º, n.º 3 do CT.

²¹ Cf. art. 4.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março.

²² Conforme se detalhará *infra*, o Decreto-Lei n.º 27-B/2020, de 19 de junho, alterou o art. 20.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março, passando a prever-se que as empresas que, em 30 de junho, tivessem completado o limite de duração máxima do “*lay-off* simplificado” (três meses), poderiam prorrogar este mecanismo por mais um mês, até 31 de julho, beneficiando, assim, da medida por um total de quatro meses.

²³ Cf. Decreto-Lei n.º 167/2019, de 21 de novembro, que atualizou o valor da retribuição mínima mensal garantida para 2020.

²⁴ *V. infra*, § IV.

€ 1.905,00)²⁵⁻²⁶. Nos dois casos, a compensação retributiva é suportada em 70% pela Segurança Social e em 30% pelo empregador²⁷⁻²⁸.

Nas hipóteses de redução dos períodos normais de trabalho, o trabalhador pode exercer atividade remunerada fora da empresa, desde que o comunique ao empregador²⁹. O apoio financeiro apenas servirá para efeitos de pagamento da compensação retributiva na medida do necessário para, conjuntamente com a retribuição do trabalho prestado na empresa ou fora dela, assegurar o pagamento ao trabalhador de um montante mínimo igual a dois terços da sua retribuição normal ilíquida³⁰. No âmbito do “*lay-off simplificado*”, o empregador deve, no prazo de dois dias desde que teve conhecimento do exercício de atividade remunerada pelo trabalhador, comunicá-lo à Segurança Social³¹.

O montante auferido pelo trabalhador no âmbito da atividade prestada fora da empresa será, regra geral, deduzido do valor devido a título de compensação retributiva³², salvo, no caso do “*lay-off simplificado*”, se a atividade for exercida nas áreas do apoio social, saúde, produção alimentar, logística e distribuição³³.

Um dos principais traços distintivos do regime de “*lay-off a la COVID*” – que o tornou, aliás, especialmente atrativo –, foi a previsão de isenção do pagamento de contribuições à Segurança Social relativamente aos trabalhadores abrangidos pela medida³⁴. Com efeito, contrariamente ao que sucede no “*lay-off clássico*”, em que os empregadores têm o dever de “[p]agar pontualmente as contribuições para a Segurança Social sobre

²⁵ Cf. art. 305.º, n.º 1, alínea a) e n.º 3 do CT. Como adiante explicitado, divergindo da leitura dominante, entendemos que do n.º 1 deste preceito resulta que os trabalhadores têm sempre direito a 2/3 da respetiva retribuição normal ilíquida, aplicando-se o limite de três retribuições mínimas mensais garantidas apenas ao valor em que a Segurança Social comparticipa, termos dos n.ºs 3 e 4.

²⁶ Cf. art. 6.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março.

²⁷ Cf. art. 305.º, n.º 4 do CT.

²⁸ Cf. art. 5.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março.

²⁹ Cf. arts. 304.º, n.º 1, alínea b) e 305.º, n.º 1, al. c) do CT.

³⁰ Cf. art. 305.º, n.º 3 do CT e art. 6.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março.

³¹ Cf. art. 6.º, n.º 8 do Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março.

³² Cf. art. 305.º, n.º 3 do CT.

³³ Esta exceção foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 14-F/2020, de 13 de abril.

³⁴ Cf. art. 11.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março.

a retribuição auferida pelos trabalhadores”³⁵, no “*lay-off* simplificado” há isenção quanto a uma tal obrigação.

Sem prejuízo dos maiores benefícios que cada modalidade de *lay-off* convocará consoante a situação concreta da empresa, a realidade é que o “*lay-off a la COVID*” – pese embora os significativos obstáculos operacionais que marcaram a sua implementação – procurou *simplificar* significativamente o procedimento reservado ao “*lay-off* clássico”, possibilitando às empresas, de forma mais ágil e célere, aceder a um mecanismo que, em muitos casos, autorizou a sua sobrevivência.

O procedimento associado ao “*lay-off* comum” é, por conseguinte, mais complexo, iniciando-se com uma comunicação escrita à comissão de trabalhadores, ou, na sua falta, à comissão intersindical ou comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores a abranger, da intenção de reduzir ou suspender a prestação da atividade, disponibilizando elementos diversos: a) descrição dos fundamentos económicos, financeiros ou técnicos da medida; b) quadro de pessoal da empresa, por secções; c) critérios para a seleção dos trabalhadores a abranger; d) número e categorias profissionais dos trabalhadores a abranger; e) prazo de aplicação da medida; f) áreas de formação a frequentar pelos trabalhadores, durante o período de redução ou suspensão, se aplicável³⁶.

Não existindo na empresa qualquer das entidades referidas, a comunicação deverá ser feita a cada trabalhador, podendo estes, nos cinco dias posteriores a essa comunicação, constituir uma comissão representativa³⁷, devendo a informação *supra* indicada ser disponibilizada a cada trabalhador e à comissão eventualmente constituída.

Nos cinco dias posteriores à referida comunicação aos trabalhadores, inicia-se uma fase de negociação com a comissão representativa constituída, visando a celebração de um acordo sobre a modalidade, âmbito e duração da medida a adotar. Das reuniões de negociação deverá ser lavrada ata, contendo a matéria acordada e as posições divergentes e sugestões das partes. Celebrado o acordo – ou, não existindo, após decorrerem cinco dias desde a comunicação aos trabalhadores ou à comissão constituída –, a empresa deve comunicar, por escrito, a cada trabalhador, as medidas que, em concreto, decidiu aplicar³⁸.

³⁵ Cf. art. 303.º, n.º 1, alínea b) do CT.

³⁶ Cf. art. 299.º, n.º 1 do CT.

³⁷ Cf. art. 299.º, n.º 3 do CT.

³⁸ Cf. art. 300.º do CT.

A empresa deve remeter à estrutura representativa dos trabalhadores (conquanto tenha sido constituída) e ao Centro Distrital do Instituto da Segurança Social da área onde a empresa tenha a sua sede ou que abrange o estabelecimento onde é aplicada a medida de *lay-off*, (i) a ata das reuniões de negociação, (ii) comprovativo da situação contributiva regularizada perante a administração fiscal e a Segurança Social, (iii) informação sobre a medida adotada, com data de início e termo de aplicação e (iv) relação dos dados relativos aos trabalhadores abrangidos: a) nome; b) datas de nascimento e de admissão na empresa; c) morada; d) situação perante a Segurança Social; e) profissão, categoria e retribuição³⁹.

Decorridos cinco dias sobre a data de entrega dos documentos à Segurança Social, ou imediatamente após a celebração de acordo com os trabalhadores ou respetivos representantes, pode ter início a redução do período normal de trabalho ou a suspensão do contrato de trabalho⁴⁰.

Em virtude da morosidade associada ao “*lay-off* comum”, o Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março, teve em vista a simplificação do procedimento, prescindindo da fase de negociação. Assim, no “*lay-off* simplificado” o empregador pode requerer a medida imediatamente após a comunicação aos trabalhadores e a audição dos delegados sindicais e comissões de trabalhadores⁴¹, mediante apresentação de formulário junto da *Segurança Social Direta*. Este documento deve ser acompanhado de declaração de contabilista certificado, quando aplicável⁴² e de listagem nominativa dos trabalhadores abrangidos e respetivo número de Segurança Social.

A restrição dos despedimentos é um dos principais traços distintivos do “*lay-off* clássico” face ao “*lay-off a la COVID*”: naquele, o empregador que tenha recorrido a um tal mecanismo está impedido, durante o período de redução ou suspensão e nos trinta ou sessenta dias posteriores⁴³, de

³⁹ Cf. art. 300.º, n.º 4 do CT.

⁴⁰ Cf. art. 301.º, n.º 2 do CT.

⁴¹ Cf. art. 4.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 10-G/2020.

⁴² Isto é, quando o fundamento de recurso ao *lay-off* seja: a) paragem total ou parcial da atividade que resulte da interrupção das cadeias de abastecimento globais ou da suspensão ou cancelamento de encomendas; ou b) quebras abruptas e acentuadas de, pelo menos, 40% da faturação no período de 30 dias anterior ao do pedido junto da Segurança Social, com referência à média mensal dos dois meses anteriores a esse período ou face ao período homólogo do ano anterior ou, ainda, para quem tenha iniciado a atividade há menos de 12 meses, à média desse período.

⁴³ Consoante a respetiva duração não exceda ou seja superior a seis meses (cf. art. 303.º, n.º 2 do CT).

fazer cessar o contrato de trabalho de trabalhador abrangido por uma tal medida. A proibição apenas não tem aplicação em caso de cessação de comissão de serviço, contrato de trabalho a termo ou despedimento por facto imputável ao trabalhador⁴⁴.

Contrariamente, no “*lay-off a la COVID*”, o empregador que tenha recorrido a esta medida está impedido, durante o período de vigência do mecanismo e nos sessenta dias seguintes, de fazer cessar contratos de trabalho de *qualquer trabalhador ao seu serviço*, ainda que não abrangido pelas referidas medidas, ao abrigo das modalidades de despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho⁴⁵.

Importa, por fim, salientar, como característica distintiva dos regimes em análise, a possibilidade de, no “*lay-off simplificado*”, o empregador proceder à renovação de contratos de trabalho a termo. Assim decorre do art. 25.º-C, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, aditado pelo art. 3.º do Decreto-Lei n.º 20/2020, de 1 de maio, que exclui expressamente o disposto no art. 303.º, n.º 1, alínea e) do CT. Com efeito, este preceito, aplicável ao “*lay-off comum*”, estabelece o dever de o empregador «[n]ão proceder à admissão ou renovação de contrato de trabalho para preenchimento de posto de trabalho suscetível de ser assegurado por trabalhador em situação de redução ou suspensão». Ao afastar-se de modo expresse a aplicação deste preceito ao “*lay-off simplificado*”, teve-se em vista acautelar a situação dos trabalhadores a termo, possibilitando-se a renovação dos contratos celebrados com estes trabalhadores.

IV. Reações adversas

Apresentados os traços gerais caracterizadores do “*lay-off tradicional*” e seus derivados pandémicos, propõe-se, em seguida, uma breve reflexão a respeito de três dúvidas regimentais que têm convocado respostas distintas.

Questão 1

Não raras vezes, a doutrina aponta a potencial sobreposição de regimes suspensivos, tal qual na hipótese de incêndio que, deflagrando na empresa, inviabiliza a atividade e autoriza a suspensão nos termos do

⁴⁴ Cf. art. 303.º, n.º 2 do CT.

⁴⁵ Cf. art. 13.º do Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março, retificado pela Declaração de Retificação n.º 14/2020, de 28 de março.

art. 309.º, n.º 1, a) do CT, traduzindo, em simultâneo, uma situação de crise empresarial. Não obstante, antecipando o concurso, o art. 309.º do CT condiciona a aplicação das regras subsequentes a encerramento ou diminuição de atividade “*que não respeite a situação de crise empresarial*”; por conseguinte, verificada crise da empresa, contanto que reunidos os demais requisitos, ao empregador será lícito optar pelo *lay-off*⁴⁶. Em reverso, se o incêndio não promove tal conjuntura de crise, não têm já aplicação as regras que enquadram o *lay-off*, mas apenas as reservadas à suspensão por caso fortuito ou força maior, por facto imputável ao ou no interesse do empregador, consoante os casos⁴⁷.

Atento este enquadramento, importa, todavia, refletir sobre uma questão adicional, suscitada após a previsão, em 2012, no âmbito do *lay-off*, da obrigação de regularização da situação contributiva perante a administração fiscal e da segurança social, enquanto condicionante do recurso a um tal regime (cf. art. 298.º, n.º 4 do CT⁴⁸). Admitindo que esta exigência encontra reverso nos apoios públicos concedidos ao empregador – assim se moralizando o recurso, pelo empregador, a um tal financiamento –, surge, agora, nova interrogação: se o empregador se encontra, efetivamente, em situação de crise empresarial – assumindo-se, pois, a verificação de todos os requisitos indicados no n.º 1 do art. 298.º do CT –, mas não cumpre aquela condição, será legítimo admitir o recurso ao *lay-off*, contanto que o empregador suporte integralmente os seus custos, *prescindindo de participação pública*?⁴⁹. Os valores devidos pelo

⁴⁶ O art. 298.º, n.º 1, refere “*o empregador pode [...]*”, exprimindo um ato que tem uma dimensão fundamentalmente organizativa, projetando-se depois na comunidade de trabalho e, em concreto, na situação jurídica dos trabalhadores abrangidos» (CARVALHO (2012), pp. 128-129).

⁴⁷ Tratando de uma situação em que o empregador recorre indevidamente ao *lay-off*, não concorrendo os requisitos que condicionavam um tal mecanismo e estando apenas em causa encerramento por facto imputável ao empregador, v., ainda à luz do CT 2003, o acórdão da RE de 08.11.2011, Proc. n.º 320/09.9TTSTB.E1 (Paulo Amaral), in www.dgsi.pt

⁴⁸ “*A empresa que recorra ao regime de redução ou suspensão deve ter a sua situação contributiva regularizada perante a administração fiscal e a Segurança Social, nos termos da legislação aplicável, salvo quando se encontre numa das situações previstas no número anterior.*” Respeitando a ressalva prevista na parte final da norma aos casos de “*declaração de empresa em situação económica difícil ou, com as necessárias adaptações, em processo de recuperação de empresa*” (n.º 3).

⁴⁹ Assim, MARTINS (2014), que questiona: «it can be asked whether this additional requirement, established by Law no. 23/2012, may be set aside when the employer has assumed the full costs of the reduction or suspension measure, without resorting to public

empregador afiguram-se, mesmo então, por princípio, menos onerosos do que nas situações previstas no art. 309.º do CT: no *lay-off*, em caso de suspensão – em que o trabalhador permanece inativo –, o empregador está, não obstante a gravidade da situação que o atinge, adstrito ao pagamento ao trabalhador de um montante mínimo de “dois terços da sua retribuição normal ilíquida, ou o valor da retribuição mínima mensal garantida correspondente ao seu período normal de trabalho, consoante o que for mais elevado”⁵⁰, a um tal valor correspondendo “compensação retributiva”⁵¹, paga, nos termos do n.º 4 do art. 305.º, “em 30% do seu montante pelo empregador e em 70% pelo serviço público competente da área da Segurança Social”⁵²⁻⁵³.

A referida interrogação assume as seguintes premissas: (i) o empregador encontra-se em situação que reveste gravidade caracterizadora de situação de crise empresarial, estando em causa a viabilização da empresa e a manutenção dos postos de trabalho; (ii) outras formas suspensivas por factos respeitantes ao empregador (cf. arts. 309.º e ss. do CT) declinam aplicação nos casos em que concorre crise empresarial (cf. art. 309.º, n.º 1 do CT); (iii) a obrigação prevista no art. 298.º, n.º 4 do CT, encontra fundamento teleológico no financiamento público da medida. Refere, a este propósito, NUNES DE CARVALHO que «este preceito reproduz uma exigência habitual nas situações em que se verifica a concessão de apoios do Estado, ou, até o estabelecimento de vínculos contratuais com entidades privadas»⁵⁴. Por conseguinte, «tratando-se de uma exigência normal nos regimes de afetação dos recursos públicos, afigura-se discutível a sua pertinência nas situações em que a aplicação do regime do *lay-off* não

subsidies. In our opinion, the answer should be in the affirmative, as the ratio legis is to avoid that people with debts towards the State benefit from public funds. In this case, the employer that does not have a status of full compliance with tax and social security obligations should not be barred from accessing the measure if he or she obtains – for instance, through a bank loan or shareholders loans – the necessary financial resources to assume the full costs of the reduction or suspension».

⁵⁰ Cf. art. 305.º, n.º 1, a) do CT.

⁵¹ *V.* ainda os limites indicados no n.º 3.

⁵² *V.* também o n.º 5.

⁵³ O que não impede que, não obstante a suspensão, o rendimento auferido pelo trabalhador ao serviço de outro empregador – cf. arts. 304.º, n.º 1, b), 305.º, n.º 1, c) e 305.º, n.º 3 – dispense o pagamento de compensação retributiva.

⁵⁴ SILVA (2017), p. 134.

acarrete comparticipação do Estado»⁵⁵. Procedente esta lógica, haveria que concluir que os requisitos essenciais, caracterizadores do *lay-off*, são os indicados no n.º 1 do art. 298.º do CT; já o previsto no n.º 4 daquela disposição corresponderia tão-só a um ónus do empregador que pretenda formalizar o recurso a apoios públicos. Por esta forma se amenizando as críticas à necessidade de uma tal regularização, enquanto condicionante do *lay-off*, atento o risco de inutilização prática do instituto: é uma evidência que esta exigência impede o recurso ao mecanismo nas situações em que porventura as empresas dele mais necessitam, já que a inobservância daquelas obrigações constitui, com frequência, um dos primeiros reflexos de crise empresarial. Admitida a leitura sugerida, importa apenas precisar que, não observado o ónus de regularização da situação contributiva, o empregador que, ainda assim, recorra ao *lay-off* deve cumprir as regras procedimentais previstas, já que a *ratio* destes preceitos decorre ainda da necessidade de controlo objetivo da motivação invocada, não só no que respeita à crise empresarial, mas também quanto à indispensabilidade do *lay-off* para a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho⁵⁶.

Questão 2

Uma outra questão particularmente controversa respeita ao montante máximo que o trabalhador em *lay-off* poderá auferir, sendo frequentemente afirmado que os trabalhadores têm, nessas circunstâncias, direito a auferir um montante equivalente a dois terços da sua retribuição normal

⁵⁵ SILVA (2017), p. 135. O autor alerta, todavia, para a falta de consequência em caso de inobservância do disposto no art. 298.º, n.º 4 (SILVA (2017), p. 136).

⁵⁶ Cremos, aliás, pouco consistente a ressalva prevista no art. 303.º, n.º 1, d), que dispõe que, «*durante o período de redução ou suspensão, o empregador deve não aumentar a retribuição ou outra prestação patrimonial atribuída a membro de corpos sociais, enquanto a Segurança Social comparticipar na compensação retributiva atribuída aos trabalhadores*». Excecionar de uma tal proibição os casos em que a segurança social não participa neste pagamento (v.g., em redução que não o exija) parece-nos desajustado. A inatividade (total ou parcial) do trabalhador resulta de uma situação grave que afetou a empresa, surgindo o *lay-off* como medida apta à recuperação e à manutenção de postos de trabalho. É tal perfil de emergência que legitima a inatividade e a redução retributiva, sendo, pois, inviável que, nesse período, o empregador adote medidas que, no limite, podem traduzir um empobrecimento da empresa. Por conseguinte, ainda que a justificação para vedar tais condutas surja reforçada nas hipóteses de financiamento público, não vemos por que razão concluir pelo seu esvaziamento, sempre que tal comparticipação não se efetive.

ilíquida, com o limite mínimo correspondente a uma remuneração mínima mensal garantida (“RMMG” – no valor de 635,00 euros em 2020), até ao limite máximo de três RMMG (1.905,00 euros). Estes limites (mínimo e máximo) resultariam da leitura conjugada do disposto no n.º 1, al. a) do art. 305.º do CT, que dispõe que *«[d]urante o período de redução ou suspensão, o trabalhador tem direito a auferir mensalmente um montante mínimo igual a dois terços da sua retribuição normal ilíquida, ou o valor da retribuição mínima mensal garantida correspondente ao seu período normal de trabalho, consoante o que for mais elevado»*⁵⁷, com o previsto no n.º 3 do mesmo preceito, conforme o qual *«[d]urante o período de redução ou suspensão, o trabalhador tem direito a compensação retributiva na medida do necessário para, conjuntamente com a retribuição de trabalho prestado na empresa ou fora dela, assegurar o montante mensal referido na alínea a) do n.º 1, até ao triplo da retribuição mínima mensal garantida, sem prejuízo do disposto no n.º 5»*⁵⁸.

A dúvida surge a respeito de trabalhadores que auferam remunerações mais elevadas. Atendamos, a título de exemplo, à situação de *A*, que auferia mensalmente 10.000,00 euros. Importa, então, determinar se, em *lay-off*, *A* terá direito a receber 2/3 daquele valor (6.666,00 euros) ou, apenas três RMMG (ou seja, o valor máximo de 1.905,00 euros, à luz da RMMG fixada para 2020). Claro está que a Segurança Social apenas comparticipa até ao limite de 1.905,00 euros – o que faz todo o sentido, atendendo a que se trata de financiamento público. Não é, todavia, evidente que o trabalhador em *lay-off* não tenha direito a receber 2/3 da respetiva remuneração. Admitimos que, a este propósito, importa, na verdade, autonomizar duas dimensões distintas do problema: (i) uma questão respeita ao máximo que a Segurança Social deverá participar, no que à compensação retributiva concerne, limitada a 70% de 1.905,00 euros, (ii) tema distinto é afirmar-se que os trabalhadores que auferem salários mais elevados poderão sofrer, quando em situação de *lay-off*, reduções remuneratórias muito superiores a 1/3, o que já se afigura, na nossa perspetiva desajustado e esvaziado de fundamento.

Questão 3

Por fim, importa esclarecer se é viável, sem distorção do regime legal, que o empregador, em simultâneo: (i) recorra ao *lay-off*; e (ii) pague

⁵⁷ Sublinhado nosso.

⁵⁸ Ênfase nossa.

aos trabalhadores em *lay-off* 100% da respetiva retribuição, obviando a que estes sofram qualquer perda remuneratória. Está, assim, em causa determinar se o empregador em *lay-off* pode, à luz do disposto n.º 1, al. a) do art. 305.º do CT, optar por pagar mais de 2/3 da retribuição normalmente auferida pelos trabalhadores.

Há uma tentação frequente para responder afirmativamente: se uma empresa recorre ao *lay-off* e pretende beneficiar os respetivos trabalhadores, complementando, a expensas próprias, o valor que aqueles aufeririam em situação normal (ou seja, fora do âmbito do *lay-off*), tal deveria ser admitido. Divergimos, porém, desta posição, por entendermos que desconsidera os traços essenciais do *lay-off*: (i) instrumento de natureza excecional e de emergência; e (ii) de comparticipação pública.

Reservamos, assim, aos valores legalmente devidos ao trabalhador em *lay-off*, natureza imperativa absoluta, não admitindo, a tal respeito, desvio, sequer em sentido mais favorável ao trabalhador, atento o contexto de crise e a tríade de interesses pressuposta: empregador, trabalhador(es) e interesse geral na preservação do tecido económico e na defesa do nível de emprego. Perante a emergência associada a estes casos e o especial desígnio de salvaguarda da viabilidade da empresa e de manutenção de postos de trabalho – e, por força deste propósito, a eventual comparticipação do Estado –, o regime estabelecido reflete preocupações de ordem pública, que não autorizam desvio ou modificação por outra forma, não se afigurando, assim, legítima a previsão de valores distintos, ainda que superiores, por outra via. Daí, aliás, o detalhe procedimental reservado ao *lay-off*⁵⁹, enquanto modo de controlo da debilidade empresarial e da essencialidade da medida relativamente à tutela do emprego – condicionantes da inatividade transitória imposta ao trabalhador. Está, afinal, em causa um mecanismo de emergência, de garantia de relevante interesse público, e, nesta medida, minuciosamente regulado.

Veja-se, a título exemplificativo, a desadequação de solução diversa:

Numa empresa com 600 trabalhadores, vamos assumir, por facilidade expositiva, que todos os trabalhadores auferem uma remuneração mensal correspondente a 1.000,00 euros. A empresa recorre ao *lay-off*, decidindo, porém, pagar a todos os seus trabalhadores as respetivas retribuições, a 100%.

⁵⁹ *Maxime*, no confronto com outras variáveis suspensivas respeitantes ao empregador.

Encontrando-se os trabalhadores em *lay-off*, teriam, à luz do regime legal, direito a auferir 2/3 de 1.000,00 euros, ou seja 666,66 euros, assumindo a Segurança Social o pagamento de 70% deste valor (ou seja, 466,66 euros). Estando em causa 600 trabalhadores, a Segurança Social teria de suportar, no total, 279.996,00 euros (600 x 466,66 euros). A empresa, por outro lado, assumiria, por trabalhador, o pagamento de apenas 200,00 euros (30% de 666,66 euros).

Contudo, decidindo a empresa pagar a retribuição total aos trabalhadores, teria de assumir o pagamento *adicional* de 333,34 euros por trabalhador – valor equivalente à diferença entre os 666,66 euros e os 1.000,00 euros, por trabalhador –, o que representaria, no total, um custo extra, para a empresa, de 200.004,00 euros (ou seja, 600 trabalhadores x 333,34 euros).

Daqui é, porém, possível concluir que o montante investido no pagamento complementar das retribuições permitiria, na verdade, à empresa excluir 200 trabalhadores do *lay-off* (200.004,00 euros/1.000,00 euros), o que representaria, para a Segurança Social, uma poupança de 93.332,00 euros (200 x 466,66 euros).

Ou seja, se a empresa não incluísse todos os trabalhadores no *lay-off*, o encargo assumido pela Segurança Social diminuiria de 279.996,00 euros para 186.664,00 euros⁶⁰. Ora, uma vez que tratamos de financiamento da Segurança Social, consideramos desalinhado com a filosofia do instituto o pagamento destes valores em acréscimo, pelas empresas em *lay-off*, ainda que com o propósito de beneficiar os respetivos trabalhadores.

Bibliografia

AMADO, João Leal, “*Da Pandemia ao Lay-Off Just in Time: Breve Reflexão*”, 30 de março de 2020, <<https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/30/da-pandemia-ao-lay-off-just-in-time-breve-reflexao/>>

CARVALHO, António Nunes de, “Suspensão ou Redução da Laboração em Situação de Crise Empresarial”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.ºs 1-2, 2012.

⁶⁰ O exemplo sucintamente apresentado não atende – importa reconhecer – aos valores correspondentes às contribuições e quotizações efetuadas sobre os valores remuneratórios complementarmente suportados pelo empregador e que traduzem receita adicional para a Segurança Social. Para uma contabilização rigorosa dos encargos, haveria, pois, que considerar este valor, que, na hipótese indicada, totalizaria 69.501,39 euros.

- MARTINS, David Carvalho, “*Labour Law in Portugal Between 2011 and 2014*”, in International Society for Labour and Social Security Law, 2014, <<http://isls.l.org/wp-content/uploads/2014/08/Portuguese-National-Report.pdf>>
- SILVA, Rita Canas da, “Lay-off ‘clássico’ e Lay-off ‘a la Covid-19’: Os Procedimentos de Lay-Off são Conciliáveis?”, in *Covid-19 e Trabalho: O Dia Seguinte*, Maria do Rosário Palma Ramalho e Teresa Coelho Moreira (coord.), AAFDL Editora, Estudos APODIT, n.º 7. Lisboa, 2020, pp. 239-264.
- SILVA, Rita Canas da, *Suspensão Laboral. Ausência Temporária da Prestação de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2017.