



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Período experimental – casos de uso abusivo

Ana Isabel da Costa Pires

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2023



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Período experimental – casos de uso abusivo

Ana Isabel da Costa Pires

Orientador: Senhora Professora Doutora Milena Rouxinol

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2023

Aos meus pais, pelo amor e apoio incondicional

Agradecimentos

À minha família por apoiar todas as minhas escolhas e ser o meu porto seguro.

Aos meus amigos por estarem sempre quando mais preciso e nunca me deixarem desistir.

À minha orientadora, Professora Doutora Milena Rouxinol, pela disponibilidade e por toda ajuda prestada ao longo deste percurso.

Resumo

Com a presente dissertação de mestrado, pretende-se proceder à análise do instituto do período experimental através de uma reflexão sobre aspetos como a duração, a contagem do mesmo e a liberdade de denúncia permitida durante a sua vigência. De seguida, será realizada uma breve exposição sobre a figura do abuso de direito, de modo a que, por fim, através da junção destas duas figuras, período experimental e abuso de direito, se consiga debater sobre as potenciais situações de abuso de direito suscetíveis de se verificarem no contexto de um período experimental.

Palavras-chave: período experimental; abuso de direito; discriminação.

Abstract

This master's thesis aims to analyze the framework of the trial period through a reflection on aspects such as its duration, counting period and the freedom of contract termination allowed during this period. Next, a brief presentation will be made on the figure of abuse of rights, so that, finally, by bringing together these two figures – trial period and abuse of rights –, we will be able to discuss the potential situations of abuse of rights that may occur in the context of a trial period.

Key words: Trial period; abuse of rights; discrimination.

Índice

Introdução.....	9
1. Noção e breve evolução histórica do período experimental.....	10
2. O regime do período experimental.....	15
2.1. Duração do período experimental.....	17
2.2. A contagem do período experimental.....	22
2.3. A liberdade de denúncia do período experimental.....	25
3. Abuso de direito.....	27
3.1. Considerações gerais.....	27
3.2. O abuso de direito no período experimental.....	30
3.2.1. Casos em que o trabalhador não chega a realizar as funções para as quais foi contratado.....	32
3.2.2. O abuso de direito na contratação a termo.....	34
3.2.3. A discriminação no período experimental.....	37
3.3. As consequências da denúncia abusiva no período experimental.....	41
Conclusão.....	43
Bibliografia.....	44

Lista de Siglas e Abreviaturas

ACT:	Autoridade para as condições do trabalho;
CC:	Código Civil aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro, com as suas sucessivas alterações;
CDFUE:	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia;
CITE:	Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego;
CIT.:	Citado;
Coord.:	Coordenação;
CPT:	Código de Processo do Trabalho
CRP:	Constituição da República Portuguesa;
CSER:	Carta Social Europeia Revista;
CT:	Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º7/2009, de 12 de Fevereiro, com as suas sucessivas alterações;
DUDH:	Declaração Universal dos Direitos Humanos;
ET:	Estatuto de los Trabajadores;
IRCT:	Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho;
OIT:	Organização Internacional do Trabalho;
Org.:	Organização;
Pág.:	Página;
PIDESC:	Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais;
STJ:	Supremo Tribunal de Justiça;
TRE:	Tribunal da Relação de Évora;
TRL:	Tribunal da Relação de Lisboa;
TRP:	Tribunal da Relação do Porto.

Introdução

Esta dissertação tem como objetivo, num primeiro momento, efetuar uma análise do regime jurídico do período experimental enquadrado no ordenamento português e, por outro lado, realizar uma análise comparativa deste regime com o ordenamento jurídico espanhol.

Para podermos compreender o fundamento e as origens do período experimental vamos começar por uma breve reflexão à cerca das várias alterações que esta figura tem vindo a sofrer. De seguida, tornar-se-á relevante indagar sobre os vários elementos constituintes do período experimental, de modo que possamos refletir sobre a sua adequação face à *ratio legis* caracterizadora desta figura.

Realizado o enquadramento e a delimitação do período experimental cabe, num segundo momento, compreender a matéria do abuso de direito, para que de seguida nos seja possível identificar, no hiato temporal correspondente ao período experimental, quais as situações suscetíveis de representar um uso abusivo do direito de fazer cessar livremente o vínculo contratual.

Num último momento, vamos agrupar as várias situações de abuso de direito em função do elemento catalisador de ilicitude que tenham em comum. Iremos, assim, analisar as ocorrências de uso abusivo do período experimental perpetuadas pela propositada má aplicação da duração do período experimental; as cessações de contratos sem que antes se tenha dado oportunidade ao trabalhador de realizar as tarefas para as quais foi contratado e, desta forma, mostrar ao empregador as suas capacidades; a utilização abusiva do período experimental enquadrado no contrato a termo como forma de fazer cessar mais facilmente o contrato do trabalhador e, por fim, as situações de utilização da livre cessação do contrato de trabalho com fundamento em motivos alheios ao período experimental, nomeadamente, motivos discriminatórios.

1. Noção e breve evolução histórica do período experimental

O período experimental corresponde a uma figura jurídica que se verifica no início do contrato de trabalho, com o objetivo de permitir que trabalhador e empregador possam proceder a uma verificação prática da adequação do contrato de trabalho celebrado aos seus interesses e expectativas. Esta figura caracteriza-se por permitir uma livre desvinculação da relação contratual, por parte de qualquer uma das partes que venha a concluir pela não conveniência da prossecução do vínculo e encontra o seu fundamento na relação de confiança que o contrato de trabalho exige,¹

O período experimental verifica-se, necessariamente, na fase inicial de execução do contrato do trabalho, como resulta do artigo 111 n.º1 do CT. No entanto esta questão nem sempre reuniu consenso entre a doutrina, havendo autores que entendiam o período experimental como um momento autónomo do contrato de trabalho, um momento pré-contratual.

Autores como BERNARDO LOBO XAVIER² defendiam que o período experimental correspondia a um hiato temporal distinto do contrato de trabalho, que permitia às partes avaliarem o seu interesse na posterior constituição de um vínculo laboral. Estes autores atribuíam a constituição da relação laboral a um momento que poderia não ser coincidente com a celebração do contrato de trabalho. No entanto, esta não é a interpretação que se encontra expressamente prevista na lei, nem o entendimento da grande maioria da doutrina.

Como refere PEDRO ROMANO MARTINEZ³ poderíamos pressupor que em causa estaria um acordo pré-contratual com uma duração temporária e que apenas com seu fim se poderia dar início à relação laboral efetiva, no entanto, não é essa a nossa realidade, existindo um único contrato de trabalho que se inicia com a fase do período experimental que depois desta se prolonga já com um vínculo contratual definitivo. Como reitera, ainda, LUÍS MENEZES LEITÃO⁴ o objeto contratual mantém-se inalterado, durante a vigência do período experimental, e após a sua cessação, não

¹ Tatiana Guerra de Almeida, “Período experimental – Breves notas para o estudo comparativo dos regimes jurídicos português e espanhol”, in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea*, (coord. de António Monteiro Fernandes), Almedina, Coimbra, 2004, pág. 591.

² Bernardo Lobo Xavier, *Manual de Direito do Trabalho*, 2ª edição, Verbo, Lisboa, 2014, pág. 662

³ Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, pág. 484

⁴ Luís Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*”, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, pág. 271.

ocorrendo nenhuma alteração que nos pudesse levar a concluir pela existência de dois contratos distintos.

Neste sentido, o período experimental vai começar a ser contabilizado no momento em que o trabalhador começa a executar a sua prestação ao serviço do empregador, uma vez que só a partir desse momento é possível a ambas as partes avaliarem, na prática, o que aferiram na fase pré-contrato.

No nosso ordenamento jurídico, o período experimental apresenta-se tipicamente como um elemento natural do contrato de trabalho. Assim, pelo menos, se vinha entendendo sem reservas, não obstante o caso excecional da comissão de serviço⁵. Com efeito, anteriormente ao regime recentemente aprovado no âmbito da Agenda do Trabalho Digno, este elemento aplicava-se de forma automática em todos os contratos de trabalho, sendo mesmo necessário que as partes elaborassem um acordo escrito no sentido de o excluir, caso fosse essa a sua vontade⁶. Esta característica, porém, começa a ser vista *cum grano salis*, tendo em conta que, com a esperada entrada em vigor das alterações recentemente aprovadas, tornar-se-á obrigatório que a entidade empregadora dê informação, por meios adequados e dentro de um prazo curto, ao trabalhador, sobre o respetivo período experimental, sob pena de, não cumprindo tal dever de esclarecimento, se presumir que as partes acordaram na exclusão do período experimental (artigo 106.º, nº 3, o) e artigo 111º, nº4 do CT, na versão decorrente da aprovação da Agenda do Trabalho Digno).

Noutros ordenamentos jurídicos, o período experimental não é um elemento natural do contrato; pelo contrário, para que se aplique, tem de ser previsto. Em Espanha, por exemplo, o *Estatuto de los Trabajadores* prevê, no seu artigo 14º, que o período experimental, para ser aplicado, tem de constar de um acordo escrito entre as partes que seja expressamente incluído no contrato de trabalho. O não cumprimento da forma escrita irá conduzir à invalidade do acordo e à conseqüente não aplicação do regime do período experimental ao caso concreto.

Ao contrário, portanto, do que ocorria no regime jurídico português, em Espanha, a aplicação do período experimental não é uma característica automática e inerente a qualquer contrato de trabalho, só se verificando mediante acordo escrito entre

⁵ O próprio regime da comissão e serviço permite que qualquer uma das partes possa desvincular-se deste contrato sem que para isso tenha de invocar uma causa justificativa, não há lugar a uma imposição automática do regime do período experimental, podendo este ser consagrado expressamente pelas partes se assim o entenderem (artigo 112º nº3 e artigo 163º do Código do Trabalho).

⁶ Júlio Gomes, “Do uso e abuso do Período experimental”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2000, nº1-2, pág. 56.

as partes, no qual estas acordam a duração do mesmo, desde que respeitando os limites máximos consagrados em convenção coletiva ou na lei⁷. O não cumprimento deste requisito de forma implica a não existência do período experimental e a consequente transformação num contrato estável e definitivo.

O instituto do período experimental surge pela primeira vez com a Lei nº 1952, de 10 de março de 1937, que veio introduzir a presunção de que um despedimento realizado nos primeiros dois meses de duração do contrato de trabalho se deveria à inaptidão do trabalhador para o serviço.

Posteriormente, com o Decreto-Lei nº47032, de 27 de maio de 1966, o período experimental deixa de ser um conceito marcadamente unilateral que aproveita apenas ao empregador. O artigo 109º vem estabelecer o período experimental com caráter bilateral, segundo o qual o despedimento realizado nos dois primeiros meses de duração do contrato de trabalho poderia ocorrer, quer por iniciativa do trabalhador, quer por iniciativa do empregador, que seria presumido que tal se devia, respetivamente, às condições desfavoráveis de trabalho ou à inaptidão do trabalhador para o serviço.

Embora, tenhamos passado de um período experimental com caráter unilateral para um período experimental com um conteúdo marcadamente bilateral, este continuava a caracterizar-se por uma presunção de justa causa.⁸

A doutrina⁹ considerava que estaríamos perante uma presunção *iuris tantum*, que permitia ao trabalhador afastar esta presunção quando conseguisse demonstrar que o despedimento de que havia sido alvo se devia a um outro motivo distinto da presumida inaptidão para o serviço. O trabalhador tinha, assim, à sua disposição um mecanismo de proteção contra despedimentos infundados.

Em 1969, o Decreto-Lei nº 49408, no seu artigo 112º, retira da definição de período experimental a referência à presunção de justa causa, transmitindo a aparente ideia de que para além de não ser necessário invocar um motivo justificativo, este motivo justificativo poderia mesmo nem existir.

⁷ Jon Barrenechea Suso e Miguel A. Ferrer López, *El Estatuto de los Trabajadores – comantado y concordado com legislacion complementaria y jurisprudencia*, 3º edicion, Ediciones Deusto S.A, 1997, pág. 114 e 115.

⁸ Considerava-se a inaptidão do trabalhador para as suas funções como a causa justificativa de um despedimento realizado por parte do empregador (artigo 99º al. a) do Decreto-Lei nº47032, de 27 de maio de 1966) e a falta de condições de trabalho como a causa presumível para o despedimento por iniciativa do trabalhador (artigo 100º al. e) do Decreto-Lei nº47032, de 27 de maio de 1966).

⁹ Raúl Ventura, “O período experimental no contrato de trabalho”, *O Direito*, ano 93, 1961, nº47, pág. 271.

Com o Decreto-Lei nº 372-A/75, de 16 de julho, o regime do período experimental voltou a ser revisto e o artigo 28º deste diploma consagrou, por um lado, no seu nº1, que o contrato de trabalho poderia cessar por denúncia de uma das partes durante os primeiros quinze dias da sua vigência, sem que fosse necessário invocar qualquer motivo justificativo e, por outro lado, o seu nº2 veio afirmar que decorridos estes quinze dias e até que se completassem sessenta dias de vigência do contrato, a relação jurídica existente entre trabalhador e empregador poderia, igualmente, vir a cessar caso se demonstrasse uma inaptidão do trabalhador para as funções que lhe estavam destinadas.

O nº2 do artigo 28º voltou, assim, a restabelecer a conexão que já havia existido entre o despedimento no período experimental e a inaptidão do trabalhador. No entanto, esta disposição não se manteve em vigor por muito tempo, tendo sido revogada, pouco depois, pelo artigo 3º do Decreto-Lei 84/76 de 28 de janeiro.

O Decreto-Lei nº372-A/75 passou ainda a permitir o alargamento do período experimental para uma vigência máxima de seis meses, no caso dos trabalhadores que ocupassem postos de elevada complexidade técnica ou elevado grau de responsabilidade, por se considerar que a duração regra estabelecida para o período experimental seria insuficiente para avaliar a aptidão destes trabalhadores.

Mais tarde, o Decreto-Lei 64-A/89 de 27 de fevereiro veio estabelecer, no seu artigo 55º nº2, que o período experimental se estenderia durante os primeiros sessenta dias de duração do contrato de trabalho, sendo que a sua duração poderia ser reduzida por contrato de trabalho ou convenção coletiva e poderia ser alargada no caso dos trabalhadores que exercessem cargos com elevada complexidade técnica ou elevado grau de responsabilidade (artigo 55º nº3).

O artigo 43º deste diploma fixou um regime específico para os contratos a termo, que se mantém até aos dias de hoje. Fixou-se, assim, que o período experimental ocorreria nos primeiros trinta dias de duração do contrato de trabalho ou nos primeiros quinze dias, caso tivesse uma duração não superior a seis meses.

Com o Decreto-Lei nº403/91, de 16 de outubro, começa a ser atribuído ao período experimental para contratação por tempo indeterminado uma configuração semelhante à que hoje conhecemos como caracterizadora desta figura. O diploma previa, no seu artigo 55 nº2 alínea a), uma duração de sessenta dias para a generalidade dos trabalhadores, ou uma duração de noventa dias para as empresas com vinte ou menos trabalhadores; na alínea b) encontrava-se consagrado um prazo de cento e oitenta dias

para os trabalhadores com cargos de especial complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou funções de confiança; a alínea c) consagrava um prazo de duzentos e quarenta dias para os trabalhadores que ocupassem cargos de direção ou quadros superiores.

Com a entrada em vigor do Código de Trabalho de 2003, veio fixar-se o período experimental da generalidade dos trabalhadores nos noventa dias, prazo que se mantém até hoje.

Creemos poder dizer que, genericamente, o nosso sistema jurídico, ao longo da sua evolução, foi marcado por sucessivos alargamentos do prazo legalmente atribuído ao período experimental. Na verdade, embora este impulso legislativo não tenha chegado a concretizar-se numa norma vigente, em 2008 o legislador elaborou um projeto de lei que previa o alargamento do período experimental regra de noventa dias para cento e oitenta dias, o que resultaria no desaparecimento do patamar intermédio e da consagração dos cento e oitenta dias como duração regra do período experimental. Perante este projeto de lei, o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se, em sede de fiscalização preventiva, e concluiu que tal alargamento violava os artigos 53º e 18º nº2 da CRP, ou seja, estaria a violar os princípios da estabilidade e segurança no emprego e o princípio da proporcionalidade. Tendo sido considerada inconstitucional no Acórdão nº632/2008, esta alteração nunca chegou a aplicar-se.¹⁰

Já posteriormente, a Lei nº 93/2019, de 4 de setembro, veio, como melhor se verá, alterar o regime de duração do período experimental dos trabalhadores à procura de primeiro emprego e dos desempregados de longa duração, atribuindo-lhes como duração regra um prazo de cento e oitenta dias, aplicável mesmo aos casos de desempenho de funções indiferenciadas, ao contrário do que acontece para todos os restantes trabalhadores que não se inserem nestas duas categorias.

Esta alteração ao período experimental surge em simultâneo com a revogação do artigo 140 nº4 b) do CT que permitia a contratação a termo para estas duas categorias de trabalhadores. Assim, a partir de 2019, contratar a termo com base nestes dois fatores deixou de ser lícito e em substituição alargou-se o período experimental dos mesmos¹¹.

Como já tivemos oportunidade de referir brevemente a propósito da natureza do período experimental, muito recentemente, em 2023, foi aprovada uma alteração ao

¹⁰ João Leal Amado/ Milena Rouxinol “Sobre a (des)conformidade constitucional do alargamento do período experimental pela lei nº93/2019: um olhar sobre o acórdão do tribunal constitucional nº318/2021” in Revista de legislação e de jurisprudência, Coimbra, 2021, pág. 31 e 32.

¹¹ João Leal Amado/ Milena Rouxinol “Sobre a (des)conformidade constitucional ... *cit.*, pág. 30.

Código do Trabalho, no âmbito da Agenda do Trabalho Digno e de Valorização dos Jovens no Mercado de Trabalho que engloba um conjunto de medidas que tem como objetivo melhorar as condições de trabalho e permitir uma melhor conciliação entre a vida pessoal e profissional. Esta alteração ao Código do Trabalho vem implicar mudanças no regime do período experimental, algumas das quais teremos oportunidade de continuar a analisar.

2. O regime do período experimental

Como anteriormente mencionado, esta figura tem como fundamento permitir que as partes avaliem, em contexto real, o seu interesse na manutenção do contrato, tendo assim, o empregador a oportunidade de avaliar o desempenho do trabalhador, de verificar se este possui verdadeiramente as competências que referiu durante a fase de recrutamento¹², tendo o trabalhador, por sua vez, a oportunidade de verificar se gosta efetivamente do trabalho, se este corresponde às suas expectativas, se se sente integrado na equipa de trabalho, se consegue estabelecer um bom relacionamento com os seus colegas e se as condições de trabalho que lhe são proporcionadas correspondem àquelas que lhe foram previamente prometidas pelo empregador. O período experimental vem, deste modo, permitir que ambas as partes se avaliem mutuamente e tenham um período de reflexão sobre a continuidade do vínculo contratual de uma forma duradoura¹³.

O regime jurídico deste período caracteriza-se, nos termos do artigo 114º do CT, por dar possibilidade a qualquer uma das partes do contrato de fazer cessar a relação laboral praticamente sem nenhum constrangimento. Durante o período experimental, o contrato de trabalho pode cessar sem que seja necessário invocar justa causa e sem que haja direito ao pagamento de uma compensação ou indemnização. Há apenas, segundo os números 2, 3 e 4 do artigo 114º do CT, uma obrigação por parte do empregador¹⁴ de realizar pré-aviso, nos casos em que o período experimental já se tenha prolongado por mais de sessenta dias, aplicando-se, nesse caso, um pré-aviso de sete dias e quando já se tenha prolongado por mais de cento e vinte dias, casos em que se aplica um pré-aviso de

¹² Cláudia Vaz Póvoa “A boa fé na formação do contrato de trabalho” in *Estudos de Direito do Trabalho*, 1º edição, Coimbra Editora, 2011, (org. António Monteiro Fernandes), pág. 19-23. Como refere esta autora, existe desde logo um dever de informação de ambas as partes e, consequentemente, um dever de agir em conformidade com o princípio da boa-fé, no entanto, é sempre possível que ocorra uma violação destes deveres tanto por ação como por omissão.

¹³ Raul Ventura, “O período experimental no contrato de trabalho”, *O Direito*, ano 93, 1961, nº4 cit., pág. 247.

¹⁴ Pedro Romano Martinez – *Direito do Trabalho*, cit., pág. 487.

quinze dias. Com as alterações consagradas na Agenda do Trabalho Digno prevê-se que o aviso prévio aplicável aos casos em que o período experimental já tenha durado por mais de cento e vinte dias passe de quinze dias para trinta dias (artigo 114º nº3 da Agenda do Trabalho Digno).

Este pré-aviso justifica-se pela expectativa que foi sendo criada no trabalhador, à medida que o tempo ia passando, de que o contrato de trabalho se iria consolidar¹⁵. No entanto, este pré-aviso tem pouca relevância jurídica, uma vez que a sua inobservância terá apenas como consequência o pagamento por parte do empregador do valor retributivo dos dias em falta, não impedindo a cessação lícita do contrato de trabalho.

O período experimental é, assim, apresentado como uma figura bilateral que aproveita tanto ao empregador como ao trabalhador. Apesar de, em abstrato, podermos dizer que o período experimental aproveita a ambas os lados, ao permitir, por um lado, que o trabalhador analise as condições de trabalho que lhe são proporcionadas e o empregador avalie o rendimento do trabalhador, a realidade é que, na prática, esta figura se mostra marcadamente unilateral. Uma vez que é muito mais útil ao empregador¹⁶, que tem, durante este período, uma ímpar oportunidade de fazer cessar o contrato de trabalho sem que para isso tenha de invocar uma justa causa, enquanto o trabalhador poderá pôr fim ao contrato de trabalho a qualquer momento, mesmo após o término do período experimental, sem que para tal tenha de invocar um motivo justificativo. Por outro lado, a consequência que decorre da denúncia do contrato de trabalho é tipicamente muito mais prejudicial para o trabalhador que se vê colocado numa situação de desemprego, do que para o empregador, que com relativa facilidade o conseguirá substituir por um outro.

Neste sentido, em Espanha, AMPARO BALLESTER PASTOR refere inclusivamente que, no ordenamento jurídico espanhol, o período experimental tem um carácter unilateral, sendo irrealista a sua classificação como bilateral, embora o artigo 14 do ET consagre uma disposição neutra, isto porque, à semelhança do nosso regime nacional, o empregador tem aqui a sua única oportunidade de fazer extinguir livremente o contrato de trabalho, enquanto que o trabalhador irá manter esta prerrogativa ao longo

¹⁵ Tatiana Guerra de Almeida, *Do período experimental no contrato de trabalho*, Edições Almedina, Coimbra, 2007, pág.162.

¹⁶ Luís Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 266. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 7º edição, Almedina, Coimbra, 2019, pág. 213; Júlio Gomes, “De Uso e abusivo do período experimental”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2000, nº1-2, pág. 39.

do mesmo e, uma vez, que na realidade o grande objetivo prosseguido pelos trabalhadores é o alcance da estabilidade laboral, posta em causa durante este período¹⁷.

Como refere LEAL AMADO esta figura acaba por se traduzir num “instituto limitador do risco empresarial”¹⁸, dando primazia, durante a sua vigência, aos interesses da empresa e da entidade empregadora, conferindo-lhes uma margem de manobra para que possam reavaliar a sua contratação e o impacto que esta teve na produtividade daquela. Como consequência, este período de experiência vai-se traduzir num período de grande precariedade para o trabalhador que pode ver o seu contrato de trabalho cessar a qualquer momento.

2.1. Duração do período experimental

O artigo 112º do CT estabelece a duração do período experimental. Segundo este artigo o prazo correspondente ao período de experiência vai variar consoante esteja em causa um contrato a termo (nº2) ou um contrato por tempo indeterminado (nº1).

Nos contratos a termo, o critério adotado para fixar o período experimental é o da duração do próprio contrato de trabalho; assim, o trabalhador tem, em regra, um período experimental de trinta dias, com exceção dos casos em que o contrato apresente uma duração inferior a seis meses, situações em que decorrerá por um prazo de quinze dias.

Nos contratos por tempo indeterminado, a duração do período experimental vai variar consoante a atividade realizada pelo trabalhador e, desde 2019, em função da condição do trabalhador contratado, nos termos adiante explicitados.

Desta forma, para a generalidade dos trabalhadores contratados para funções indiferenciadas, o período experimental é de noventa dias; para os trabalhadores que exerçam um cargo de elevada complexidade técnica, grande responsabilidade, que pressuponha especial qualificação ou particular confiança, este período tem uma duração de cento e oitenta dias e para os trabalhadores que exerçam cargos de direção ou cargos superiores tem uma duração de duzentos e quarenta dias¹⁹.

¹⁷ Maria Amparo Ballester Pastor, *El período de prueba*, Tirant lo Blanch, 1995, pág. 12.

¹⁸ João Leal Amado, *Contrato de trabalho – noções básicas*, 3º edição, Almedina, Coimbra, 2019, pág. 168.

¹⁹ No ordenamento jurídico espanhol, o *Estatuto de los Trabajadores*, equivalente ao nosso Código do Trabalho, estabelece os limites máximos de duração do período experimental, com critérios similares aos aplicados no nosso ordenamento jurídico, em função da qualificação do trabalhador, da atividade a desempenhar e do tipo de contrato. No entanto, este ordenamento apresenta uma especificidade introduzida pela reforma de 1994 do *Estatuto de los Trabajadores*, através da qual a duração máximo do período experimental passou a poder ser definida por convenção coletiva, mesmo que ultrapassando os

Como já tivemos oportunidade de verificar, com a implementação da Lei nº93/2019, de 4 de setembro, verificou-se um alargamento do período experimental a aplicar aos trabalhadores à procura do primeiro emprego e desempregados de longa duração que passaram a ter como duração regra cento e oitenta dias (artigo 112º, nº1, b) iii do CT).

Esta opção legislativa terá surgido da crença do legislador de que estes trabalhadores teriam dificuldades acrescidas no acesso ao emprego e como tal, o regime deveria criar condições que incentivassem os empregadores à sua contratação e, conseqüentemente, condenassem os trabalhadores a uma situação de precariedade seja através de contratos a termo que se prolongavam indefinidamente ou através de um período experimental anormalmente alargado.²⁰

Este alargamento do período experimental surge como uma forma de compensar os empregadores por se verem agora impedidos de contratarem esta classe de trabalhadores através de um contrato a termo.

Ora vejamos, anteriormente, com a contratação a termo, apesar de o artigo 143º do CT proibir a sucessão de contratos a termo, este consagrava também como exceção os trabalhadores à procura de primeiro emprego e os desempregados de longa duração. Em relação aos trabalhadores à procura de primeiro emprego releva referir que, uma vez que a definição deste conceito é remetida para a legislação da segurança social²¹, considerava-se como trabalhador à procura de primeiro emprego aquele que nunca tivesse tido um emprego por tempo indeterminado. A legislação acabava por condenar estes trabalhadores a uma situação de precariedade sem fim à vista. Permitiam que estes fossem contratados através de um contrato a termo, mas depois consideravam que tais contratos não seriam suficientes para que este trabalhador deixasse de integrar uma categoria encarada por muitos como um entrave na procura de emprego. Neste caso em concreto, teremos de admitir que comparativamente com a contratação a termo, o período experimental vem restringir esta precariedade a um período de seis meses, decorridos os quais o trabalhador vê a situação consolidada através de um contrato por tempo indeterminado.

No entanto, com exceção desta situação particular dos trabalhadores à procura do primeiro emprego, a realidade é que esta alternativa criada pelo legislador é ainda

limites máximos consagrados legalmente. Desta forma, em Espanha, estes limites máximos só se aplicam supletivamente quando não existir uma convenção coletiva a aplicar ao caso concreto.

²⁰ Milena Rouxinol, “A Lei nº93/2019, de 4/09, e o alargamento da duração do período experimental”, *Questões Laborais*, nº55 (dezembro 2019), pág.70

²¹ Atualmente corresponde ao Decreto-Lei nº72/2017, de 21/06.

mais precária do que a que se fazia aplicar anteriormente, uma vez que, pelo menos nos contratos a termo, o trabalhador tinha consciência de quando ocorreria o término do seu contrato e que teria, com o seu termo, direito a uma indemnização, o que não ocorre quando um vínculo laboral cessa ao abrigo do período experimental²².

Como salienta MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO²³, este regime trata de forma discriminatória estas duas categorias de trabalhadores, existindo, por um lado, uma discriminação direta com base na situação económica mais desfavorável em que se encontram os desempregados de longa duração e por outro lado, uma discriminação indireta em função da idade, uma vez que os trabalhadores à procura do primeiro emprego são na sua grande maioria jovens, o que poderá conduzir a uma situação de inconstitucionalidade com base no artigo 13º da CRP.

Quando se justifica que é por uma razão de ordem social que se consagrou esta medida estamos a alargar o período experimental com base num motivo que em nada se relaciona com os fundamentos de existência desta figura, fundamentos estes que servem como única razão justificativa para um despedimento desta natureza. Desta forma, estará, inevitavelmente, em causa a violação do princípio da segurança e estabilidade no trabalho consagrado constitucionalmente no artigo 53º CRP, ao se tratar de despedimentos que não encontram abrigo na exceção a este princípio.

Este regime chegou mesmo a ser apreciado pelo Tribunal Constitucional, decisão que deu origem ao Acórdão 318/2021. O Tribunal Constitucional veio considerar o regime conforme à Constituição, ao abrigo do princípio da segurança e estabilidade no emprego, artigo 53º CRP, mas admitiu a existência de uma violação do princípio da igualdade (artigo 13º CRP). Como solução passou a considerar-se como trabalhador à procura de primeiro emprego aquele que nunca teve um contrato por mais de 90 dias, independentemente de se ter tratado de um contrato a termo ou de contrato por tempo indeterminado. Com esta nova interpretação deixaria, assim, de existir uma violação do princípio da igualdade²⁴.

De forma a colocar em prática, a alteração referida pelo Tribunal Constitucional no Acórdão 18/2021, a Agenda do Trabalho Digno vem inserir uma nova disposição no artigo 112º nº5 do Código do Trabalho, segundo o qual o período experimental aplicado a trabalhadores à procura de primeiro emprego será “reduzido ou excluído, consoante a

²² Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais, cit.*, pág. 216.

²³ *Ibidem*.

²⁴ João Leal Amado/ Milena Rouxinol “Sobre a (des)conformidade constitucional...”, *cit.*, pág. 32.

duração do anterior contrato de trabalho a termo, celebrado com empregador diferente, tenha sido igual ou superior a noventa dias”. Este diploma passa também a prever que, em caso de denúncia do contrato de trabalho durante o período experimental de trabalhadores à procura de primeiro emprego e desempregados de longa duração o empregador tem a obrigação de a comunicar à ACT, nos quinze dias posteriores à denúncia do contrato de trabalho, artigo 114º nº6 da Agenda do Trabalho Digno.

O artigo 112º, nº5, do CT que, à data se encontra em vigor, prevê que o período experimental possa ser reduzido por acordo escrito entre as partes ou por consagração em IRCT e o artigo 111º, nº3, do CT estipula, inclusivamente, que o mesmo pode ser excluído por vontade das partes através de acordo escrito que terá obrigatoriamente de constar no contrato de trabalho²⁵. Com as alterações aprovadas na Agenda do Trabalho Digno este acordo passa a ser também presumido quando o empregador não consagre por escrito no contrato de trabalho o período experimental a aplicar.

Apesar de o texto legal consagrar apenas o acordo individual como meio próprio para a exclusão do período experimental e nada afirmar quanto ao IRCT, ao contrário de outros autores, MILENA ROUXINOL²⁶ entende que a lei deverá ser interpretada no sentido de poder haver também exclusão através de IRCT, uma vez que, do ponto de vista da autora, não fará sentido que seja conferida uma maior liberdade de alteração ao contrato de trabalho, ao qual corresponde uma mera autonomia individual, do que a um instrumento consagrador de uma autonomia coletiva. Por outro lado, em termos práticos, tal diferenciação entre os instrumentos capazes de alterar e os instrumentos capazes de excluir o período experimental não apresenta sentido lógico, na medida em que se permite que por IRCT se possa reduzir o período experimental para a duração de um dia, mas não se permite que este seja excluído, quando na prática o efeito seria o mesmo.

Desta forma, será de considerar que, tanto por IRCT, como por contrato individual de trabalho, será possível suprimir ou diminuir o período experimental.

Para além disso, a lei proíbe o alargamento deste quer por acordo escrito, quer por IRCT, através de normas imperativas relativas em matéria de duração do período

²⁵ Romano Martinez/ Luís Miguel Monteiro/Joana Vasconcelos/ Pedro Madeira de Brito/Guilherme Machado Dray/Luís Gonçalves da Silva, *Código de Trabalho Anotado*, 13º edição, Almedina, Coimbra, 2020, (Anotação X de Luís Miguel Monteiro ao artigo 112º), pág. 292.

²⁶ Milena Rouxinol, O período experimental, in João Leal Amado/Milena Rouxinol/Joana Nunes Vicente/Catarina Gomes Santos/Teresa Coelho Moreira, *Direito do Trabalho – Relação Individual*, Almedina, Coimbra, 2020, pág. 291.

experimental. Todas estas medidas surgem como uma forma de amenizar o impacto que este regime tem sobre o princípio da estabilidade no emprego.

O regime legal do período experimental consagra, ainda, no seu artigo 112 n.º4, uma exceção quanto à aplicação do período experimental nos casos em que, anteriormente, já se tenha verificado um vínculo contratual entre as mesmas partes e para o desempenho de funções semelhantes. Este artigo prevê a exclusão²⁷ ou redução²⁸ do período experimental para os casos em que o trabalhador tenha inicialmente mantido com a entidade empregadora um contrato de prestação de serviços, um contrato a termo, um contrato de trabalho temporário no mesmo posto de trabalho ou um estágio profissional e, posteriormente, tenha realizado com a mesma um novo contrato de trabalho para a realização da mesma atividade²⁹.

Nestes casos, uma vez que já se teria verificado um primeiro período experimental no contrato que ocorrera anteriormente e neste já se teria tido a oportunidade de avaliar tanto as condições de trabalho como as aptidões do trabalhador, em princípio o objetivo basilar do período experimental já estaria cumprido e não havia necessidade de um novo período experimental.

No entanto, na nossa opinião, esta desaplicação do regime do período experimental terá de ser analisada casuisticamente, sendo necessário que esteja em causa a mesma atividade ou o mesmo objeto³⁰ e havendo uma maior probabilidade de se aplicar quando os vínculos laborais tenham ocorrido com relativa proximidade temporal, uma vez que com o decorrer do tempo as similitudes entre relações contratuais terão tendência para se ir esbatendo³¹.

No ordenamento espanhol encontra-se expressamente estabelecido no artigo 14.1 do *Estatuto de los Trabajadores* que será considerado abusivo e conseqüentemente nulo o acordo que preveja o período experimental para um trabalhador que já tenha anteriormente desempenhado as mesmas funções, para o mesmo empregador, independentemente da modalidade de contratação.

²⁷ Acórdão do TRP de 04-02-2013, Relator: Eduardo Petersen Silva, Processo n.º 247/10.1TTVRL.P1 – neste caso verificou-se uma exclusão do período experimental correspondente a um contrato por tempo indeterminado que se seguiu imediatamente a um contrato de estágio profissional.

²⁸ Acórdão do STJ de 22-06-2017, Relator: Chambel Mourisco, Processo: 5571/13.9T2SNT.L1.S1 – considerou-se que perante a sucessão de um contrato sem termo após contrato de trabalho temporário haveria o desconto no novo período experimental do tempo de duração do anterior período experimental.

²⁹ Luís Menezes Leitão, *Direito do Trabalho, cit.*, pág. 269.

³⁰ Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho, cit.*, pág. 489.

³¹ Milena Rouxinol, *O período experimental, cit.*, pág.292.

Por outro lado, entende-se que mesmo que o trabalhador tenha realizado funções diversas no contrato anterior poderá considerar-se que tal desempenho foi suficiente para aferir das competências para as novas funções e, como tal, mesmo nesses casos poderá vir a ser considerado abuso de direito³².

No entanto, também se tem reconhecido que o decurso de tempo entre uma primeira e uma posterior contratação podem justificar o acordo de um novo período experimental, ainda que o novo contrato preveja a realização das mesmas funções que o anterior, uma vez que passa a existir uma maior probabilidade de alteração das competências do trabalhador³³.

2.2. A contagem do período experimental

O período experimental traduz-se, como o próprio nome indica, na realização de uma experiência, que tem como particularidade a necessidade de representar o contexto laboral previsto no contrato de trabalho. Desta forma, é necessário que ocorra durante a efetiva execução do contrato, uma vez que apenas nesse momento se poderá reproduzir na prática o que foi previamente acordado pelas partes.

Neste sentido, o artigo 113º do CT prevê que o período experimental só poderá começar a produzir os seus efeitos quando o trabalhador iniciar efetivamente a sua prestação laboral, não começando necessariamente com a celebração do contrato de trabalho, caso este não coincida com o início do exercício da atividade laboral³⁴.

No entanto, esta necessidade de uma efetiva prestação da atividade laboral tem levado ao questionamento por parte da doutrina de quais os momentos, na prática, que podem ser contabilizados para o decurso do período experimental. Isto porque, interpretada de forma extrema a necessidade de verificação de trabalho efetivo, poderíamos mesmo considerar unicamente como momentos para efeito de período experimental, aqueles em que o trabalhador está efetivamente dedicado à realização da sua relação laboral, o que resultaria num prolongamento do período experimental de forma indefinida no tempo.

³² Maria Amparo Ballester Pastor, *El período de prueba, cit.*, pág. 39; Óscar Fernández Marquez, *El período de prueba en el contrato de trabajo*, 1º edição, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 33.

³³ María José Asquerino Lamparero, *El regime jurídico del período de prueba em el contrato de trabajo*, 1º edição, Editorial Bolmarzo, 2017, Pág. 195-198

³⁴ Luís Menezes Leitão, *Direito do Trabalho, cit.*, pág.269.

Perante isto, a doutrina e a jurisprudência³⁵ têm chegado a um consenso. Júlio Gomes³⁶ e Milena Rouxinol³⁷, nomeadamente, têm entendido que os momentos de pausa, os dias de descanso semanal e os feriados são momentos de inatividade normais num contrato de trabalho que decorrem das necessidades fisiológicas e sociais inerentes à condição do ser humano e como tal, o período experimental continuará a decorrer durante os mesmos. No entanto, em situação de faltas, mesmo que justificadas, de dispensa e licença uma vez que consistem em momentos anormais do contrato de trabalho o período experimental será suspenso (artigo 113º nº2 do CT)³⁸.

Um momento, também ele normal da execução do contrato de trabalho, que não tem gerado tanto consenso é o momento das férias. Apesar de traduzirem a necessidade natural que o trabalhador tem ao descanso, estas prolongam-se por um maior período, que seria descontado no período experimental sem que se conseguisse na prática avaliar o comportamento do trabalhador e do empregador em ambiente laboral. De qualquer modo, em contexto real, esta questão apresenta fácil solução, uma vez que, por um lado, estamos no momento inicial de execução do contrato esta necessidade de um descanso mais prolongado ainda não se verificará na generalidade dos casos e, por outro lado, uma vez que a marcação de férias depende, unicamente, do acordo das partes, ou na falta deste, da decisão do empregador, estes poderão sempre optar por marcar as mesmas para um momento posterior, de modo a não afetar o período experimental³⁹.

Semelhante preocupação é levantada relativamente aos contratos de trabalho a tempo parcial, nomeadamente vertical. Embora a razão de ser do período experimental nos pudesse levar a concluir que apenas seriam contabilizados para este efeito os dias de efetivo trabalho, a realidade é que tal contabilização iria provocar, mais uma vez, um prolongamento incomportável para o trabalhador desta fase de precariedade laboral. Para além disso, o facto de a prestação laboral ser realizada apenas em determinados dias da semana traduz-se no regime normal deste tipo de contratos de trabalho e como tal, os dias semanais de não trabalho deverão ser contabilizados para o período experimental, tal como entendemos para os dias de descanso nos contratos de trabalho a

³⁵ Acórdão do TRP de 28/11/2022, Relator: Paula Leal de Carvalho, Processo nº5534/20.8T8MTS.P1: “inclui-se na contagem do período experimental o dia de início da prestação do trabalho, bem como os dias de descanso semanal e feriados, estes não excetuados no nº2 do art.113º do CT.”

³⁶ Júlio Gomes, “Do uso e abuso do período experimental”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2000, nº1-2, pág. 59 e 60.

³⁷ Milena Rouxinol, *O período experimental*, *cit.*, pág. 293, 294.

³⁸ Luís Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 277.

³⁹ Milena Rouxinol, *O período experimental*, *cit.*, pág. 294.

tempo total⁴⁰. Em sentido contrário, no ordenamento jurídico espanhol parte da doutrina tem vindo a considerar que deverá ser contabilizado o período experimental em função do tempo de prestação efetivamente prestada de forma a não privar o empregador do período de experiência a que teria direito se o contrato não fosse a tempo parcial⁴¹.

É verdade que será nos dias em que a prestação laboral está a ser efetivamente prestada que trabalhador e empregador poderão verdadeiramente analisar as práticas laborais de cada um e como tal, no nosso entendimento seria totalmente defensável que o período de experiência apenas se contabilizasse nestes dias, não fosse a circunstância de tal contabilização alargar de modo insuportável para o trabalhador este período laboral de grande incerteza para o mesmo. Como salienta JÚLIO GOMES, o próprio legislador escolheu não utilizar a expressão “trabalho efetivo” tendo optado por utilizar “a fase inicial de execução do contrato” permitindo esta mesma interpretação de que o período experimental abarcaria mesmos os dias normais de não trabalho.

Uma outra circunstância que, ocorrendo no início de execução do contrato, suscita dúvidas quanto à sua compatibilização com o período experimental é a ação de formação.

A ação de formação, enquanto momento de aquisição de conhecimentos profissionais, dificulta a recriação de um ambiente laboral similar ao que o trabalhador irá vivenciar durante a execução do contrato de trabalho, não permitindo, conseqüentemente, nem a avaliação do posto de trabalho por parte do trabalhador, nem a avaliação das suas competências por parte do empregador, impossibilitando o cumprimento do escopo do período experimental.

A lei apresenta uma solução para esta situação estipulando no artigo 113, nº1 do CT que o período experimental irá englobar a ação de formação que tenha sido determinada pelo próprio empregador, mas apenas na medida em que esta não exceda metade da duração do período experimental, ou seja, só poderemos contabilizar metade dos dias do período experimental durante a ação de formação, a restante duração terá de ocorrer já na efetiva execução da prestação laboral⁴².

⁴⁰ Júlio Gomes, “Do uso e abuso do período experimental”, *cit.*, pág. 62 e 63.

⁴¹ Óscar Fernández Marquez, *El período de prueba em el contrato de trabajo*, *cit.*, pág.69.

⁴² Luís Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pág.278. Veja-se o Acórdão do STJ de 16-11-2010, Relator: Pinto Hespanhol, Processo: 832/08.1TTSTB.E1.S1: “As ações de formação contempladas no preceito são apenas aquelas que ocorrem na pendência do contrato de trabalho e não também as que se desenvolvem antes da celebração desse contrato”; Acórdão do TRC de 09-06-2016, Relator: Ramalho Pinto, Processo nº 291/15.2T8CBR.C1; Acórdão do TRP de 12-12-2011, Relator: Ferreira da Costa, Processo nº 661/09.5TTMTS.P1.

Desta forma, esta solução permite aliar a necessidade de avaliação da prestação laboral nas circunstâncias normais em que esta vai decorrer ao longo de todo contrato, com a necessidade de não se pospor por tempo indefinido a contabilização do período experimental.

Por outro lado, embora não seja possível recriar o exato contexto em que a prestação laboral vai ser executada, temos de ter em consideração que durante as ações de formação o trabalhador já está a cumprir uma vontade do empregador, que tem como finalidade permitir que aquele adquira mais conhecimentos sobre a atividade que vai passar a desempenhar e dessa forma consiga mais facilmente integrar-se na dinâmica da empresa⁴³.

É neste sentido que no ordenamento jurídico espanhol, os tribunais têm entendido que quando os cursos de formação se desenrolam na própria empresa ou em colaboração com o Instituto Nacional de Empleo a aplicação do período experimental nesses casos vai constituir uma situação de abuso de direito, uma vez que se considera que durante essas formações será possível adquirir conhecimento sobre as aptidões técnicas e pessoais do trabalhador⁴⁴.

2.3. A liberdade de denúncia do período experimental

Uma das características mais importantes do período experimental é a liberdade de denúncia. Nos termos do artigo 114º do CT não é necessário invocar qualquer motivo justificativo para que se proceda a um despedimento lícito.

No entanto, apesar de se ter atribuído ao empregador o direito ao silêncio, à não justificação da extinção do vínculo contratual, continua a ser necessário que exista, por detrás do despedimento, uma causa fundada na razão de ser do período experimental. Terão de ser razões relacionadas com a falta de aptidão do trabalhador para o serviço, baseadas na falta de aptidões técnicas, nas suas qualidades pessoais e de relacionamento com os colegas ou com os superiores hierárquicos e até mesmo com os clientes.

Tem-se entendido, também, como motivo legítimo para a denúncia de um contrato de trabalho, durante o período experimental, o empregador concluir, durante esta fase, que não possui as condições económicas necessárias para integrar mais um

⁴³ Tatiana Guerra de Almeida, *Do Período Experimental no Contrato de Trabalho*, cit., pág. 139.

⁴⁴ Maria Amparo Ballester Pastor, *El período de prueba*, cit., pág. 36 e 37. Veja-se STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de octubre de 1991, Ar/5858.

trabalhador⁴⁵ muito embora este se tenha mostrado competente no desempenho das funções que lhe foram destinadas. Isto porque se tem considerado na jurisprudência que a apreciação realizada pelo empregador não se restringe à prestação laboral do trabalhador, abrangendo também o contexto económico em que este trabalhador se insere⁴⁶. O próprio Tribunal Constitucional⁴⁷ já se pronunciou sobre a conformidade constitucional da cessação do contrato de trabalho por razões económicas da empresa, no sentido de que este motivo justificativo não viola o princípio da estabilidade e segurança no emprego, nem constitui uma conduta abusiva nos termos do artigo 334º do CC. Tendo, inclusivamente, concluído que ao submetermos o despedimento ao crivo do abuso de direito estamos a admitir que esta cessação do vínculo contratual possa ocorrer por outras razões que não estejam necessariamente associadas ao desempenho do trabalhador. Como refere, ainda, o Acórdão do TRL de 15 de junho de 1994 o período experimental visa “*possibilitar uma avaliação das condições de execução do contrato por forma a que cada um deles averigue a conveniência de continuarem ou não uma relação laboral estável*”, o que do nosso ponto de vista significará que possa também ser avaliada esta conveniência de um ponto de vista económico, uma vez que este é um fator essencial no funcionamento de uma empresa.

Deste modo, terão de estar em causa razões relacionadas com a teleologia do período experimental. Apesar de o regime legal atual não falar expressamente na existência de uma presunção, na prática é necessário que o despedimento ocorrido no período experimental tenha na sua origem uma motivação legítima, caso contrário estaríamos a permitir que o empregador pudesse pôr fim ao contrato, durante o período experimental, por qualquer motivo, nomeadamente, por razões discriminatórias. No mesmo sentido, embora o nosso regime atual não consagre expressamente o mecanismo das presunções ilidíveis perante a cessação do contrato de trabalho, o interessado poderá impugnar esta decisão de despedimento e invocar indícios suficientes de que, embora a

⁴⁵ Acórdão do STJ de 22/09/2015, Relatora: Ana Luísa Gerales, Processo nº 498/12.4TTVCT.G1.S1. Neste caso, estávamos perante uma empresa que se encontrava em risco de encerramento, sendo o seu estado financeiro caracterizado pela própria como calamitoso o que conduziu à denúncia do contrato de trabalho do trabalhador durante o período experimental. O TRL concluiu que tal despedimento era legítimo ao abrigo do período experimental “*por se reconduzir a uma análise de conveniência e interesse empresarial, tributária do direito à liberdade de iniciativa e de organização empresarial e por não obedecer a uma lógica discriminatória ou arbitrária*”, não sendo suscetível de integrar abuso de direito nos termos do artigo 334º do Código Civil.

⁴⁶ Acórdão do STJ de 26/09/2012, Relator Pinto Hespanhol, Processo nº: 889/03.1TTLSB.L1.S1.

⁴⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional nº608/2016, Processo nº 971/15, Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros.

denúncia tenha ocorrido durante o período experimental, esta ocorreu por razões que em nada se relacionavam com o mesmo, tendo a outra parte incorrido em abuso do direito⁴⁸.

3. Abuso de direito

Como já tivemos oportunidade de verificar, o instituto do período experimental tem como fundamento possibilitar a ambas as partes do contrato um período de tempo em que possam experienciar o que em teoria foi consagrado no contrato de trabalho, de modo a poderem constatar se na prática se verificam as condições, características e competências enunciadas na fase pré-contratual. O período experimental tem como teologia esta diminuição do risco que ambas as partes correm ao vincular-se a um contrato de trabalho sem que possam ter a certeza que o acordado e mencionado previamente corresponderá à realidade. Desta forma, a não verificação desta correspondência e a conclusão de que na prática a outra parte não corresponde às expectativas legitimamente criadas são os únicos fundamentos legítimos para a livre denúncia do contrato de trabalho durante o período experimental. Assim, muito embora seja conferido às partes o direito ao silêncio e à não especificação da razão justificativa de tal desvinculação, esta não pode deixar de existir e não poderá divergir do escopo da norma legal do período experimental.

É neste contexto que surgem situações de uso abusivo do direito à livre desvinculação conferido neste hiato temporal, uma vez que esta livre desvinculação é apenas livre na medida em que encontre a sua razão de ser na *ratio legis* do período experimental. Ao ser utilizada por motivos que não revelam correspondência na norma legal do período experimental, esta desvinculação transforma-se numa situação de uso abusivo do período experimental por utilização do mesmo em casos que extrapolam o intuito para o qual foi criado.

3.1. Considerações gerais

Embora o Código de Seabra não consagrasse nenhuma referência à figura do abuso de direito, já existia à época alguma doutrina em Portugal que defendia esta teoria.

⁴⁸ Milena Rouxinol, O período experimental, *cit.*, pág. 268

A figura do abuso de direito surge, então, com o Código Civil de 1966 e é consagrada no artigo 334º, tendo tido como inspiração inicial o artigo 281º do Código Civil grego⁴⁹ que, por sua vez, terá sido influenciado pela doutrina germânica.

Este artigo prevê que, para existir abuso, o exercício do direito tem de ser ilegítimo. Este termo apresenta-se como sinónimo de ilegalidade e ilicitude, mas tem como vantagem permitir que se abranjam nesta figura outros efeitos jurídicos. O legislador, optou, assim, por uma palavra que exprimisse desaprovação, mas fosse ampla o suficiente para abranger os mais variados casos⁵⁰.

O *exercício* abusivo poderá ser, segundo se tem entendido, uma ação ou também uma omissão⁵¹, desde que produza efeitos na esfera jurídica de terceiros.

De seguida, o artigo refere que tem de estar em causa o exercício de um *direito*, no entanto, esta expressão deverá ser interpretada num sentido amplo, abrangendo qualquer posição jurídica.⁵²

O abuso de direito consiste, assim, no exercício de um direito pelo seu titular, mas de modo anormal e em termos contrários à lei. Nestes casos, o sujeito tem efetiva titularidade daquele direito, mas está a exercê-lo em termos que extrapolam a sua afetação substancial, ultrapassando o alcance, os limites e o próprio fim daquele direito. Estamos, assim, perante um exercício ilegítimo do direito⁵³.

Para que possa ser aplicado o abuso de direito tem de se verificar uma contradição entre as finalidades a que aquele direito se encontra adstrito e o objetivo final com que o titular do direito o está a exercer.

Segundo a perspetiva objetiva de VAZ SERRA o exercício do direito tem como limites aqueles que lhe são impostos pela boa-fé, pelos bons costumes, ou pelo fim económico e social desse direito. Não sendo necessário que o sujeito tenha consciência que o está a fazer para que seja considerado abuso de direito, basta que objetivamente se excedam esses limites.

Os bons costumes representam as regras morais aceites socialmente, ou seja, consiste no sentido ético aceite pela comunidade. Por seu turno, o fim económico e social corresponde à finalidade que foi atribuída ao direito em concreto pelo que, desta

⁴⁹ Artigo 281º do Código Civil grego “O exercício do direito é proibido se excede manifestamente os limites impostos, quer pela boa fé e pelos bons costumes, quer pelo fim económico e social do mesmo direito”.

⁵⁰ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil V – Parte V – Parte Geral*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 239

⁵¹ Cunha de Sá, *Abuso de Direito*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 104 e 105.

⁵² Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil V – Parte Geral*, cit., pág. 242.

⁵³ Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, Almedina, Coimbra, 10ª edição 2017,, pág. 544

forma, ocorrerá abuso de direito sempre que o seu titular ultrapasse as funções para as quais o direito foi constituído. A boa-fé, por sua vez, remete-nos para todos os princípios orientadores do sistema jurídico que atribui os direitos em causa. Desta forma, verifica-se abuso do direito sempre que a atuação do titular da posição jurídica em causa seja contrária aos princípios basilares do sistema jurídico. A boa-fé ao representar todos os valores fundamentais do sistema jurídico ganha, assim, um papel fundamental como critério de aplicação do abuso de direito.

Este princípio da boa-fé encontra a sua concretização nos princípios da tutela da confiança e no princípio da primazia da materialidade subjacente. De forma a reforçar a sua concretização foram criados grupos típicos de comportamentos abusivos que permitem uma mais fácil identificação da situação abusiva no caso concreto. Destes grupos de comportamentos abusivos destacam-se: o *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*, a inalegabilidade formal e o desequilíbrio no exercício.

O *venire contra factum proprium* consiste num segundo comportamento que vem contradizer o comportamento inicial do sujeito. O comportamento abusivo encontra-se plasmado na contradição que nesses casos ocorre. Poderá ocorrer um *venire* positivo quando o autor gera a convicção no sujeito de que não irá adotar determinado comportamento e depois, num segundo momento, adota tal comportamento, ou poderá ser negativo quando é gerada a convicção de que irá adotar determinado comportamento e posteriormente não o faz. Desta forma, esta figura surge da necessidade de se salvaguardar a pessoa que confiou legitimamente no comportamento do titular da posição jurídica.

A *supressio* ocorre quando uma determinada posição jurídica não é exercida, criando, com o decorrer do tempo, a convicção, na outra parte, de que esse direito não irá mais ser exercido. Decorrendo um certo hiato temporal este direito deixa mesmo de poder ser exercido em virtude das legítimas expectativas que foram criadas na outra parte. Por sua vez, no *surrectio* este decurso do tempo cria a legítima expectativa na outra parte de que irá adquirir um determinado direito. Nestes grupos de comportamentos abusivos o fator essencial será o decurso de tempo e o não exercício da posição jurídica por um período de tempo prolongado.

O *tu quoque* visa impedir que o autor, realizando, desde logo, um comportamento reprovável venha, posteriormente, retirar vantagens dessa sua conduta. Assim, o sujeito ao agir de forma contrária à lei não pode exigir que a outra parte aja em

consonância com a sua nova atuação incorrendo num desrespeito pelo princípio da primazia da materialidade subjacente.

Quanto às inalegabilidades formais, estas ocorrem quando o autor dá azo, num primeiro momento, a uma nulidade formal, prevalecendo-se desse negócio nulo enquanto lhe é favorável e mais tarde, num segundo momento, retira alguma vantagem desse negócio, invocando esta nulidade. Resulta, mais uma vez a violação da confiança legitimamente gerada na outra parte. Esta violação grosseira da boa-fé levou a que este grupo de casos abusivos fosse aceite pela doutrina que, durante muito tempo, se recusou a reconhecê-los, em virtude das normas jurídicas estruturais do direito civil que definem que, em caso de violação da forma legal, o negócio jurídico é nulo (artigo 220º) e essa nulidade pode ser invocada a todo o tempo e por qualquer interessado sendo declarável, de ofício, pelo tribunal (artigo 286º)⁵⁴.

Por último, o desequilíbrio do exercício⁵⁵ corresponde a uma categoria de comportamentos abusivos em que o exercício da posição jurídica gera efeitos desproporcionais.

Relativamente às consequências que podem decorrer do reconhecimento do uso abusivo de um direito, estas podem ser mais ou menos gravosas consoante o caso concreto, podendo ocorrer a cessação do concreto exercício abusivo, conservando-se aquele direito ou, em casos mais graves, a supressão do próprio direito.⁵⁶ Pode existir, ainda, um dever de restituir em espécie ou em equivalente pecuniário ou mesmo surgir um dever de indemnizar ao se verificarem os pressupostos da responsabilidade civil dos quais destacamos a culpa.

3.2. O abuso de direito no período experimental

O abuso de direito pode verificar-se nas mais variadas áreas do direito, não sendo, como tal, exceção o Direito do Trabalho.

⁵⁴ António Menezes Cordeiro “Do Abuso de Direito: Estados das Questões e Perspetivas”, *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 65, Volume II, 2005, pág. 353

⁵⁵ Dentro desta categoria destaca-se como uma das subcategorias o exercício danoso e inútil que representa as situações em que o autor exerce o seu direito com o propósito de causar dano a outrem, sem que daí retire qualquer utilidade. Menezes Cordeiro refere-nos, ainda, mais duas subcategorias: o *dolo agit quit petit quod statim redditurus est* segundo o qual o autor exige algo que terá de restituir de forma imediata constituindo um comportamento inútil e danoso; e a desproporção grave entre o benefício do titular e o sacrifício por ele imposto a outrem.

⁵⁶ Pedro Santos “Das Consequências do Abuso de Direito”, *Revista de Direito Civil*, Nº0, 2015, pág. 225.

Sendo o período experimental uma fase de grande instabilidade e fragilidade para a generalidade dos trabalhadores, é natural que, em consequência, o trabalhador fique mais exposto a fenómenos como o abuso de direito. Desta forma, têm-se verificado casos de exercício abusivo do direito à livre cessação contratual, conferido durante o período experimental, ao ocorrerem com fundamentos terceiros à *ratio legis* do regime do período experimental. Falamos, assim, como refere, nomeadamente, MONTEIRO FERNANDES⁵⁷ de motivos discriminatórios, ideológicos, de razões que em nada se relacionam com o contrato de trabalho ou até mesmo de despedimentos arbitrários que em nenhuma razão encontram justificação.

Noutros casos, o abuso de direito traduz-se numa tentativa de aproveitamento do regime do período experimental quando, verdadeiramente, embora não na aparência, ele já não seja aplicável, por já ter decorrido o tempo correspondente.

Verificam-se, assim, casos em que a entidade empregadora atribui uma classificação errónea à atividade laboral de forma a poder usufruir de um período experimental mais alargado, o que poderá resultar na violação das finalidades do período experimental e num despedimento ilícito ao ocorrer já depois da duração que lhe corresponderia se tivesse sido adequadamente qualificada. No ordenamento jurídico espanhol, tem se verificado uma situação de uso abusivo do período experimental semelhante a esta. Uma vez que, em Espanha, o *Estatuto de los Trabajadores* prevê uma duração máxima de seis meses para os trabalhadores qualificados e uma duração máxima de dois meses para os trabalhadores não qualificados, devendo essa qualificação ser feita em detrimento do cargo a ocupar no caso concreto é comum que o empregador estabeleça um período experimental de seis meses porque o trabalhador em questão tem uma licenciatura, ignorando que no caso concreto o trabalhador vai desempenhar funções que em nada se relacionam com a sua formação superior. A jurisprudência tem, assim, considerado esses casos como abusivos.⁵⁸

Surgem ainda outros casos potencialmente abusivos quando a entidade empregadora, para aproveitar do alargamento do período experimental, promove o trabalhador a um cargo com mais elevada responsabilidade, de forma a beneficiar do consequente alargamento do período experimental e, assim, conseguir fazer cessar o contrato de trabalho ainda ao abrigo do mesmo.

⁵⁷ Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 20ª Edição, Almedina, Coimbra, 2020, pág 273.

⁵⁸ STSJ de Madrid, 26 de noviembre de 2002 (Número de recurso: 3073/2002).

A ocorrência destas situações levantou a questão de se, perante uma alteração nas funções a desempenhar pelo trabalhador e, conseqüentemente, promoção para um cargo de mais elevada responsabilidade se deveria recomeçar do zero, no momento em que existe alteração de funções e o trabalhador a partir desse momento recomeçar a cumprir um período experimental agora de cento e oitenta dias, ou se deveremos adicionar aos noventa dias que já estavam a decorrer, mais noventa dias, de modo a perfazer o total de cento e oitenta dias de período experimental. Esta última solução parece-nos ser a mais sensata, uma vez que a anterior poderia conduzir a um período experimental com um prazo extremamente elevado e, conseqüentemente, expor o trabalhador a um risco mais elevado de ocorrência de uma situação de abuso de direito.

Devemos ter em consideração, igualmente, que o período experimental só começa a vigorar na data do exercício efetivo de funções, uma vez que, como já pudemos concluir é necessário que estejamos em contexto de trabalho efetivo para que este possa cumprir a finalidade para que foi criado. Desta forma, entre a data da celebração do contrato de trabalho e a data de exercício efetivo das funções o contrato não poderá ser feito cessar ao abrigo do período experimental sob pena de se considerado abuso de direito.

No ordenamento jurídico espanhol, em consequência de não existir um limite máximo legal de duração do período experimental que se aplique de forma absolutamente imperativa, existem na jurisprudência⁵⁹ casos de uso abusivo do período experimental decorrentes de Convenções Coletivas que faziam prever prazos de duração manifestamente excessivos.

Para além destes, MILENA ROUXINOL⁶⁰ apresenta-nos três importantes grupos de casos de exercício abusivo do período experimental que vamos, desde logo, analisar.

3.2.1. Casos em que o trabalhador não chega a realizar as funções para as quais foi contratado

Uma das atuações do empregador que tipicamente se traduz no exercício abusivo do direito de cessação do contrato de trabalho conferido no período experimental, é

⁵⁹ STSJ de Madrid, de 28 de noviembre de 2003 (Número de recurso: 3995/2003) – considerou como abusivo a previsão de um período experimental de três anos num acordo coletivo de uma empresa de consultoria; STS de 20 de julio de 2011 (Número de recurso: 152/2010) – veio declarar como nulo uma Convenção Coletiva que previa dois anos de período experimental para um promotor de vendas cujas funções consistiam na venda de páginas amarelas e outros produtos.

⁶⁰ Milena Rouxinol O período experimental, *cit.*, pág. 298-302.

aquela em que o trabalhador é despedido sem sequer chegar a exercer as funções para as quais foi contratado.

Como expressamente consagrou o legislador, no artigo 111º, nº2 do CT, no decurso do período experimental as partes estão vinculadas “*a agir de modo a que se possa apreciar o respetivo interesse na manutenção do contrato*”

Durante o período experimental, as partes estão vinculadas ao que a doutrina tem denominado como a obrigação de realizar a experiência⁶¹. No entanto, para que esta obrigação seja cumprida na prática, é necessário que se permita ao trabalhador o exercício das funções para as quais foi contratado, no ambiente que lhe foi descrito no contrato de trabalho, por forma a que consiga demonstrar ao empregador as competências e qualidades profissionais que referiu ter, na fase prévia à sua contratação. Assim, o empregador tem a obrigação de permitir que o trabalhador tenha a possibilidade de realizar a experiência, tendo a obrigação de garantir que se respeita na prática o disposto no artigo 111 nº2 do CT e se reúnem as condições para que ambas as partes possam apreciar o seu interesse na manutenção do contrato⁶².

Consequentemente, facilmente nos será possível compreender que se o trabalhador é contratado para desempenhar determinadas funções, desempenho este que deverá ser avaliado durante o período experimental, ao serem atribuídas numa fase inicial do contrato de trabalho funções distintas daquelas para as quais foi contratado, não será possível cumprir a *ratio legis* do mesmo, que seria possibilitar a ambas as partes que avaliem na prática o que foi acordado em teoria no contrato.

Desta forma, não será viável justificar um despedimento ocorrido nestas circunstâncias como resultante do regime do período experimental, uma vez que o empregador ao fazer cessar o vínculo contratual sem que chegue sequer a proporcionar ao trabalhador as condições necessárias para que este possa demonstrar o seu desempenho no ambiente que será, posteriormente, a sua realidade no decorrer do contrato de trabalho está a incorrer na violação deste que é identificado como um ónus

⁶¹ Júlio Gomes, “Do uso e abuso do período experimental”, *cit.*, pág 39; Tatiana Guerra de Almeida, *Do período experimental no contrato de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 91; Cláudia Vaz Póvoa, “A boa fé na formação do contrato de trabalho e o regime do período experimental, in *Estudos de Direito do Trabalho* (org. António Monteiro Fernandes), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 37 e ss.

⁶² Acórdão do STJ de 25/06/1986, Relator: Melo Branco, Processo: 001344; Acórdão do TRP de 05-03-2012, Relator: António José Ramos, Processo nº 114/09.7TTPRT.P1 – considerou-se que não tendo sido dada a possibilidade ao trabalhador de demonstrar as suas aptidões e desempenhar as funções para as quais foi contratado a cessão do contrato de trabalho ao abrigo do período experimental constituía uma denúncia abusiva.

pela jurisprudência e conseqüentemente a usar abusivamente o direito que lhe é conferido pelo regime do período experimental.

3.2.2. O abuso de direito na contratação a termo

Como já tivemos oportunidade de analisar, nos contratos a termo, o período experimental assenta num critério unicamente quantitativo, não havendo qualquer alteração em função do cargo do trabalhador e do seu grau de responsabilidade. Esta escolha de um único critério baseado na duração do contrato de trabalho suscitou alguma divergência quanto à existência de uma possibilidade de aumento do período experimental nos contratos a termo em função da atividade desempenhada pelo trabalhador, tal como se encontrava expressamente previsto para os trabalhos sem termo.

Embora autores como ALBINO MENDES BAPTISTA⁶³ tenham considerado que tal alargamento poderia ser legítimo em determinados casos concretos em que a maior complexidade da função a desempenhar pelo trabalhador justificasse um maior período de análise das suas competências, a doutrina acabou por concluir⁶⁴ que tal possibilidade de alargamento seria ilegítima, na medida em que, por um lado, não respeitava o princípio de necessidade do período experimental, segundo o qual este surge como um mecanismo de diminuição do risco que o empregador tem ao contratar um trabalhador, risco este que diminui significativamente nos contratos a termo que têm um fim previsível e uma duração tipicamente menor, ao contrário dos contratos por tempo indeterminado. Por outro lado, esta consagração poderia resultar em situações inadmissíveis em que o período experimental iria ter uma duração mais prolongada do que o próprio contrato de trabalho⁶⁵, o que, desde logo, desvirtuaria a necessidade de um período experimental mais alargado para estes casos⁶⁶. Por outro lado, com essa possibilidade de alargamento do período experimental estaríamos a aumentar o risco de

⁶³ Albino Mendes Baptista “A Duração do Período Experimental nos Contratos a Termo”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, atualização nº55, 1998, pág. 57 e ss.

⁶⁴ Júlio Gomes “Do uso e abuso do período experimental”, *cit.*, pág. 70 a 74.

⁶⁵ Tatiana Guerra de Almeida, “Período experimental – Breves notas, *cit.*, pág.602.

⁶⁶ No ordenamento jurídico espanhol, em consequência de não existirem limites legais imperativos à duração do período experimental na contratação temporária são várias as sentenças que têm considerado como abusivo o período experimental a que é atribuída uma duração totalmente coincidente com a duração do próprio contrato de trabalho, por considerarem que dessa forma se está a desvirtuar a finalidade para a qual a figura do período experimental foi criada. A título de exemplo, STSJ de Islas Canarias de 31 de julio de 2006 (Número de recurso: 371/2007); STSJ Murcia de 16 de abril de 2007 (Número de recurso: 371/2007).

estes trabalhadores serem expostos a um uso abusivo, por parte do empregador, do seu direito ao despedimento sem invocação de justa causa, podendo este optar por um despedimento durante o período experimental como forma a escaparem ao pagamento da compensação que decorreria, necessariamente, da caducidade do contrato a termo. Por último, estaríamos a contrariar as regras gerais aplicadas ao período experimental que proíbem o alargamento do período experimental, desde já, pelo impacto que este alargamento tem na vida do trabalhador⁶⁷.

O contrato de trabalho a termo é muitas vezes procurado pelo empregador. em detrimento do contrato por tempo indeterminado como uma forma de vinculação menos exigente que, apresentado uma vinculação menos definitiva e um regime de cessação do contrato de trabalho menos rígido, permite que este reduza os riscos de uma relação laboral que acabe por se revelar indesejada e até mesmo prejudicial para a empresa.

Em certos casos, o empregador chega mesmo a utilizar o contrato a termo como um período de experiência em que analisa as competências e características do trabalhador e consoante essa análise opta ou não pela sua contratação por um período de tempo indeterminado. Tendo em consideração o artigo 129 n.º1 do CT que define como fundamento legal da contratação a termo a satisfação de “necessidades temporárias da empresa”, a utilização do contrato a termo como uma espécie de período experimental prévio ao contrato por tempo indeterminado seria inevitavelmente ilícita⁶⁸.

Por outro lado, estes contratos a termo, por apresentarem uma duração mais diminuta, têm, também eles, um período experimental mais curto, o que leva a que alguns empregadores, desejando desvincular-se mesmo antes da ocorrência do termo, e já tendo deixado correr o período experimental que lhes cabia, optem por transformar o contrato a termo do trabalhador num contrato por tempo indeterminado, de modo a conseguirem usufruir do correspondente período experimental mais longo e fazerem cessar com maior facilidade o vínculo contratual com o trabalhador em causa⁶⁹.

O uso abusivo do regime do período experimental é aqui fácil de compreender, uma vez que o empregador toma a decisão de alterar o contrato do trabalhador já com a intenção de aproveitar o período experimental para colocar um fim ao contrato, sendo

⁶⁷ Tatiana Guerra de Almeida, *Do Período Experimental no Contrato de Trabalho*, cit., pág. 130.

⁶⁸ Tatiana Guerra de Almeida, *Do Período Experimental no Contrato de Trabalho*, cit., pág. 53 e 54;

⁶⁹ Acórdão do STJ de 02-02-2005, Relator: Sousa Peixoto, Processo n.º JSTJ000 – neste caso um contrato a termo foi convertido em contrato sem termo e o período experimental passou de 30 dias para 180 dias. O empregador fez cessar o contrato de trabalho decorridos 150 dias de período experimental e embora o trabalhador tenha invocado abuso de direito, o tribunal considerou que não tinham sido invocados, pelo trabalhador, factos suficientes que o demonstrassem. Ver, ainda, Acórdão do TRL, de 12-05-2004, Relator: Ferreira Marques, Processo n.º 606/2004-4.

este o verdadeiro objetivo de tal alteração. Estamos, assim, perante casos identificados pela doutrina civilística, como típicos da figura *venire contra factum proprium* em que o empregador cria a convicção no trabalhador de que aprecia a sua prestação, que pretende prolongar o seu vínculo laboral, criando a expectativa no trabalhador de que irá ter um contrato de trabalho com uma maior estabilidade e durabilidade, sendo que, posteriormente, o despede, contrariando a sua atuação inicial.

A doutrina e a jurisprudência⁷⁰ têm identificado como potencial caso de uso abusivo do período experimental o contrato a termo que é celebrado sem documento escrito, sendo que, posteriormente, a entidade empregadora invoca o regime legal do contrato a termo, com o intuito de retirar algum proveito do facto de este estipular que, não estando reduzido a escrito o contrato terá de se considerar como contrato sem termo, como refere o artigo 147 n.º 1 c) do CT.

Estes casos têm refletido uma conduta abusiva, já que o empregador atua de forma reprovável ao não respeitar as formalidade legais, não realizando o contrato a termo por escrito e, posteriormente, denunciando o mesmo ainda durante o período experimental que decorreria no caso do contrato por tempo indeterminado, de modo a retirar uma vantagem da conduta infligida da lei que praticou anteriormente e, assim, ainda conseguir colocar fim ao contrato de trabalho do trabalhador ao abrigo do período experimental.

Remetendo esta questão para o direito civil poderíamos considerar que, nestes casos, estaria em causa uma situação de inalegabilidade segundo a qual o agente gera uma nulidade formal, mantendo o negócio jurídico enquanto lhe é conveniente mesmo estando consciente desta nulidade e, posteriormente, quando lhe é mais favorável, vem invocar esta mesma nulidade formal de modo a retirar daqui alguma vantagem⁷¹.

Na sequência dos casos em que, fruto da aplicação do artigo 147 n.º 1 c) do Código do Trabalho, o contrato a termo passe a ser considerado como contrato por tempo indeterminado por falta de forma escrita, o Tribunal Constitucional⁷² veio

⁷⁰ Acórdão do TRL, de 08-10-2008, Relator: José Feteira, Processo n.º 5996/2008-4.

⁷¹ Menezes Cordeiro, *Do abuso de direito: estados das questões e perspectivas*, cit., pág. 353. Como refere o Autor, durante muito tempo a doutrina tivesse considerado que não seria possível negar efeitos a esta alegação da nulidade, uma vez que estaríamos a contrariar normas estruturais de direito civil como artigo 220.º e o artigo 286.º, chegou-se à conclusão de que esta invocação tardia representava uma violação grosseira da confiança e das expectativas da outra parte com a qual o sistema não poderia compactuar. Atualmente, através da verificação de determinados requisitos, é possível que ocorra uma manutenção deste negócio jurídico mesmo que este esteja ferido de uma nulidade.

⁷² Acórdão n.º 201/2002, de 7/06 (relator: Conselheira Maria Fernanda Palma).

pronunciar-se em sede de fiscalização concreta no sentido de que tal ocorrência não deverá originar um alargamento do período experimental.

Esta decisão vem em concordância com a teleologia do artigo 147 n°1 c) do Código do Trabalho, que prevê a transformação em contrato por tempo indeterminado com o intuito de, assim, onerar o empregador pelo seu comportamento negligente na elaboração do contrato de trabalho. Se assim o fizéssemos, estaríamos a contrariar o intuito desta disposição legal ao premiarmos, de certa forma, o empregador com o alargamento do período experimental.

O Tribunal Constitucional, neste sentido, entendeu que nem será necessário considerar que estamos perante uma situação de uso abusivo do período experimental. Como tal, não será necessário arguir a situação de inalegabilidade, já que não deverá ocorrer o alargamento do período experimental como consequência do contrato se transformar, *ab initio*, em contrato por tempo indeterminado. Caso contrário, estaríamos a permitir que se criasse um mecanismo de fuga ao princípio constitucional de estabilidade e segurança no emprego, consagrado no artigo 57° da CRP e, desta forma, fragilizar-se-ia ainda mais a posição do trabalhador que já se encontra, por si, numa situação precária durante esta fase inicial do contrato de trabalho.

3.2.3. A discriminação no período experimental

Um dos casos mais frequentes de uso abusivo da figura do período experimental surge quando o trabalhador apresenta uma característica tipicamente motivadora de tratamento discriminatório. Em muitos casos a entidade empregadora aproveita-se do direito ao silêncio que esta figura lhe confere de forma fazer cessar o contrato de trabalho com base em razões discriminatórias que em nada se relacionam com a razão de ser do período experimental.

Nestes casos, identificando-se o fator discriminatório, o trabalhador ao abrigo do artigo 25° n°5 do CT terá de invocar que pertence a um grupo subjetivo sobre o qual frequentemente impendem condutas discriminatórias e demonstrar que outra pessoa, sem esta característica, em situação comparável não teria sido alvo desta medida de desfavor. De seguida, cabe ao empregador demonstrar que a cessação do vínculo contratual se deveu a uma razão legítima em nada relacionada com o fator discriminatório. Caso o empregador não o consiga demonstrar, uma vez que neste caso

o ónus da prova é seu, vai-se presumir que o despedimento se deveu efetivamente a um motivo discriminatório⁷³.

Alguma doutrina⁷⁴ tem entendido que nestes casos ocorre uma inversão do ónus da prova, uma vez que o artigo 25º, nº 5, do CT vem consagrar uma norma que afasta o disposto no artigo 342º nº1 do CC. Embora outra interpretação também seja possível e existe quem considere ⁷⁵ que não chega a ocorrer uma inversão do ónus da prova uma vez que, não se pretende que o empregador venha provar um facto negativo, mas sim que esteja agora obrigado a demonstrar a justa causa da denúncia como estaria se a cessação do vínculo contratual não tivesse ocorrido ao abrigo do período experimental. Entende-se que não existiria uma inversão do ónus da prova, mas apenas que se deixaria de aplicar a exceção de não justificação do despedimento e se passaria a aplicar a regra geral segundo a qual o empregador tem de apresentar sempre uma justa causa para fazer cessar os seus contratos de trabalho.

Ambas as interpretações nos parecem legítimas, conduzindo para o efeito prático de perda do direito ao silêncio e imposição de uma obrigação de justificação da denúncia.

Desta forma, nos casos em que possam estar em causa fundamentos discriminatórios, o imperativo de não discriminação sobrepõe-se à liberdade de denuncia no período experimental e o direito ao silêncio do empregador finda, voltando este a estar obrigado à apresentação de uma justa causa motivadora do despedimento daquele trabalhador.

Muitos são os fatores que podem gerar discriminação no trabalho, desde convicções religiosas ou ideológicas, orientação sexual, estado de gravidez, a existência de doenças infetocontagiosas, entre muitos outros. A denúncia de contratos de trabalho durante o período experimental de trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, em particular, é um dos casos que mais questões tem levantado.

É indiscutível que vários são os diplomas legais, quer nacionais⁷⁶, quer internacionais⁷⁷. que consagram disposições em matéria de igualdade de género/sexo e a

⁷³ Milena Rouxinol, O período experimental, *cit.*, pág. 299.

⁷⁴ Romano Martinez/ Luís Miguel Monteiro/ Joana Vasconcelos/ Pedro Madeira de Brito/Guilherme Machado Dray/Luís Gonçalves da Silva, *Código de Trabalho Anotado, cit.*, (Anotação VI de Guilherme Dray ao artigo 25º), pág. 130.

⁷⁵ Catarina Carvalho, “Proteção da maternidade e da paternidade no código do trabalho”, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, nº1/2, 2004, pág. 132.

⁷⁶ Artigos 13, 58º nº2 b) e artigo 59º da CRP; Artigos 23º a 28º do CT e artigos 30º e 32º do CT.

⁷⁷ Convenção da OIT nº100 sobre a igualdade de remuneração entre homens e mulheres; Convenção nº156 sobre a igualdade de tratamento entre trabalhadores de ambos o sexos; Artigo nº 23 nº2 da DUDH;

proibição de tratamento discriminatório em função do mesmo, bem como vários são aqueles que dispõem sobre a matéria da parentalidade⁷⁸.

Existe, desta forma, uma preocupação generalizada para evitar que se verifiquem situações discriminatórias em função da parentalidade e, conseqüentemente, em função do sexo. Em contexto laboral, foram adotadas várias medidas com o objetivo de evitar que trabalhadoras venham a ser discriminadas e lhes seja vedado o acesso ao emprego com base na gravidez. Uma destas medidas prende-se com o despedimento de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou de trabalhador em gozo de licença parental e tem como objetivo verificar se tal despedimento não ocorrera motivado por motivos discriminatórios em função do sexo.

Desta forma, o artigo 63º do CT consagra que o despedimento de um trabalhador que apresente estas características tem de ser precedido de um parecer da CITE. Este parecer prévio é obrigatório, no entanto, não tem caráter vinculativo definitivo para o empregador. Assim, ocorrendo um parecer desfavorável por parte da CITE o empregador deve intentar uma ação judicial no prazo de trinta dias a contar da sua receção, de modo a confirmar a justa causa de despedimento. Por sua vez, o trabalhador tem a possibilidade de no prazo de cinco dias úteis requerer a medida cautelar de suspensão judicial do despedimento (artigo 386º do CT e artigo 34º do CPT). O decretamento desta suspensão só não ocorrerá caso se verifiquem cumulativamente dois pressupostos: o parecer da CITE ser favorável ao despedimento e o tribunal entender que existe probabilidade séria de existência de justa causa. Por fim, caso o despedimento venha a ser considerado ilícito o trabalhador poderá optar entre a reintegração ou a indemnização em substituição da reintegração, nos termos do artigo 392º nº3 do CT.

A aplicação desta medida protecionista de trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes tem sofrido várias alterações no que respeita à sua aplicação durante o período experimental.

Num primeiro momento, devido à importância que estas medidas possuem na proteção destes trabalhadores autores como Júlio Gomes⁷⁹ defendiam que a letra da lei

artigo 7 a) e i) do PIDESC; Artigo 4 nº3 e artigo 27º da CSER; Artigo 157º TFUE; Artigo 23º 3 33º nº2 da CDFUE; Diretiva nº2006/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006 sobre a aplicação do princípio da igualdade de oportunidade e igualdade de tratamento entre homens e mulheres no emprego e na atividade profissional.

⁷⁸ Convenção nº 183º da OIT e Recomendação nº 191; Artigo 8º e artigo 27º da CSER. Artigos 59 nº1 b); artigo 59 nº2 c); artigo 67º nº2h) e artigo 68º; Artigos 33º a 65º do CT.

⁷⁹ Júlio Gomes, “Do uso e abuso do período experimental”, *cit.*, pág. 270.

do artigo 63º do CT utilizando a expressão “cessação do contrato de trabalho”, não se aplicava apenas ao despedimento individual com justa causa, aplicando-se sempre que ocorre-se a cessação do contrato de trabalho de uma trabalhadora grávidas, puérpera ou lactante, incluindo desta forma a cessação do contrato de trabalho durante o período experimental.

Porém, o Código de Trabalho de 2003 veio alterar o seu artigo 63º, substituindo a expressão “cessação do contrato de trabalho” pela expressão “despedimento”, o que resultou no entendimento maioritário de que o artigo 63º do CT não seria aplicável aos casos de denúncia do contrato de trabalho destes trabalhadores, quando ocorresse durante o período experimental. Em consonância com este entendimento a própria CITE emitiu um parecer, o Parecer nº3/CITE/2010, de 5 de janeiro de 2011 (processo nº 105-DG/2010) no qual se manifestou no sentido de não ser sua competência a emissão de um parecer à luz do artigo 63º do CT, nos casos de denúncia do contrato de trabalho durante o período experimental.

Desta forma, até 2019, permitiu-se que um grupo de trabalhadores que recebe especial proteção durante a execução do contrato de trabalho em resultado do risco a que naturalmente está sujeito de ser alvo de uma atuação discriminatória, durante o período experimental, visse essa proteção tornar-se praticamente inexistente, em consequência da desaplicação de todas as medidas protecionistas aplicáveis aos outros momentos contratuais.

Perante esta situação, a Lei nº 90/2019, de 04/09 veio aditar ao Código do Trabalho o artigo 114º nº5, que passou a prever expressamente a obrigação de o empregador comunicar à CITE no prazo de cinco dias o despedimento, durante o período experimental, de uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, ou um trabalhador no gozo de licença parental⁸⁰.

Também o ordenamento jurídico espanhol tem como uma das principais causas de uso abusivo do período experimental a cessação de contratos de trabalho com base em fundamentos discriminatórios ou em motivos violadores de direitos fundamentais. Assim, também aqui se considera que a gravidez não poderá servir de fundamento à cessação de um contrato de trabalho durante o período experimental sob pena de incorrer em discriminação em função do sexo⁸¹. Como forma de combater este

⁸⁰ Com a Agenda do Trabalho Digno esta mesma norma volta a ser alterada e passa a alargar esta obrigação de comunicação à CITE no caso de cessação do vínculo contratual com trabalhadores cuidadores.

⁸¹ Maria Amparo Ballester Pastor, *El período de prueba*, cit., pág. 51.

problema, foi aprovado o Real Decreto-Lei 6/2019, de 1 de março, sobre medidas urgentes para garantir a igualdade de tratamento e oportunidades entre mulheres e homens no emprego e na profissão que veio conferir uma nova redação ao artigo 14.2, segundo parágrafo que vem considerar como nula a cessação do contrato de trabalhadora em razão da gravidez, com exceção dos casos em que o empregador consiga demonstrar que o despedimento ocorrera por motivos alheios à gravidez e à maternidade. Desta forma, quando uma entidade empregadora resolve o contrato de trabalho de uma trabalhadora grávida, durante o período experimental, tendo esta conhecimento do estado de gravidez da trabalhadora, terá de provar os motivos que estiveram na origem da decisão de fazer cessar o contrato, ocorre aqui uma inversão do ónus da prova e verifica-se uma tutela reforçada *ab initio*. Caso a entidade empregadora alegue não ter conhecimento prévio da gravidez da trabalhadora, caso esta venha a requerer a declaração de nulidade deverá a entidade empregadora provar à posteriori quais as razões que a levaram a fazer cessar o contrato de trabalho.

3.3. As consequências da denúncia abusiva no período experimental

Não existe, até ao momento, no nosso regime legal, uma consagração expressa para as consequências que vão resultar da classificação de um despedimento durante o período experimental como abusivo.

Desta forma, resta-nos recorrer às normas que potencialmente se adequem como consequência de uma atuação abusiva num contexto laboral. A multiplicidade de regimes legais aplicados a estes casos tem levado a um dissenso doutrinal quanto à norma mais adequada a ser aplicada.

PEDRO FURTADO MARTINS⁸² defende que a consequência que deve decorrer de uma cessação ilícita de um vínculo contratual durante o período experimental é a indemnização nos termos do direito civil que deverá ressarcir o trabalhador dos danos que este tenha sofrido.⁸³

Diferentemente, JÚLIO GOMES⁸⁴ entende que deverá ser aplicado o regime do despedimento ilícito, previsto no artigo 381º do CTe, consequentemente, o trabalhador poderá optar pela reintegração ou uma indemnização em substituição da reintegração.

⁸² Pedro Furtado Martins, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 4ª edição, Editor: Principia, Parede 2017, pág. 627.

⁸³ O mesmo entendimento é seguido por Cláudia Vaz Póvoa em “A boa fé na formação do contrato de trabalho”, *cit.*, pág.42.

⁸⁴ Júlio Gomes, “Do uso e abuso do período experimental”, *cit.*, pág. 270.

Uma vez que a cessação abusiva do contrato de trabalho durante o período experimental não deixa de ser um despedimento ilícito ocorrido na vigência do contrato de trabalho, em nada menos gravoso que os restantes casos de cessação ilícita do contrato de trabalho, entendemos que fará todo o sentido a aplicação das normas do CT para o despedimento ilícito, devendo o Código Civil assumir uma natureza subsidiária em relação ao Direito laboral.

Neste mesmo sentido, resulta das alterações aprovadas na Agenda de Trabalho Digno que as consequências aplicáveis à denúncia abusiva deverão ser as decorrentes dos artigos 389º n.º3, 390º, 391º e 392º do CT (artigo 14º n.º8 da Agenda do Trabalho Digno). Desta forma, a questão das consequências a aplicar a uma situação de abuso de direito deixará de levantar questões no momento de aplicação e a lei passará a consagrar expressamente quais as medidas indicadas.

Resolvida a questão das consequências adequadas às situações de abuso do direito no período experimental resta-nos salientar a necessidade de se concentrarem os esforços na resolução do verdadeiro entrave à classificação destes despedimentos como abusivos, a questão da prova. Tendo em consideração que o período experimental permite, como regra, a cessação dos vínculos laborais sem indicação de qualquer justificação, esta medida vem dificultar e muitas vezes impossibilitar a prova de despedimentos abusivos. Isto porque se, por um lado, nos casos de cessação do contrato de trabalho por motivos discriminatórios o ónus da prova é atribuído ao empregador, a verdade é que mesmo nesses casos o empregador pode cessar o contrato de trabalho por motivos discriminatórios e mesmo assim conseguir apresentar uma motivação distinta em tribunal, por outro lado, nos restantes casos de violação do escopo do regime legal do período experimental e incumprimento do dever de experiência, o ónus da prova fica, de acordo com o artigo 342º CC, totalmente do lado do trabalhador, que na grande maioria dos casos não consegue reunir provas suficientes para criar uma convicção no juiz de que indubitavelmente aquele despedimento terá ocorrido por razões abusivas⁸⁵.

⁸⁵ Inúmeros são os acórdãos que sob a afirmações como “o abuso de direito tem de basear-se em factos e não em meras conjecturas”, não consideram como provada a ocorrência de abuso de direito o que demonstra, desde logo, a dificuldade que existe nesta prova por parte do trabalhador. A título de exemplo: Acórdão do TRE de 23-10-2014, Relator: José Freitas, Processo: 149/10.1TTFAR.E1; Acórdão do TRP de 03-06-2019, Relator: Jerónimo Freitas, Processo nº 2558/18.9T8PRT.P1;

Conclusão

Num sistema tipicamente garantístico do trabalhador, como é o nosso, facilmente se compreende que exista uma procura pela diminuição do risco que inevitavelmente passa a ser suportado pela entidade empregadora, no entanto, em contrapartida terá de existir um dever de garantir que o trabalhador é afetado o mínimo e o estritamente necessário por essa diminuição no controlo da atuação do empregador.

Este instituto através da característica da liberdade de denúncia, tão definidora do seu regime, encontra-se deveras suscetível a uma utilização abusiva e nefasta para o trabalhador. Situação que se agrava com a dificuldade de prova dos motivos catalisadores da cessação do contrato de trabalho.

É reconhecido o esforço que se tem verificado, nomeadamente, através das alterações legislativas introduzidas pela Agenda do Trabalho Digno, no sentido de reforçar a intervenção de entidades fiscalizadoras, de se agravar requisitos como o aviso prévio e de tornar a formalização por escrito do período experimental como requisito essencial à sua observância. Contudo, continua a ser essencial que se reflita e se analise através de casos concretos quais as balizas temporais tipicamente necessárias e imprescindíveis para que se cumpram as finalidades do período experimental em cada uma das classes de trabalhadores em que o regime se encontra dividido, de forma, a que não se submetam os trabalhadores a um período de instabilidade mais prolongado do que o realmente necessário, num sistema em que a duração do período experimental é tradicionalmente a imposta por lei.

Da comparação do nosso regime jurídico com o ordenamento jurídico espanhol podemos concluir que o nosso sistema poderia beneficiar com adoção de uma solução convencional que permitisse que através de Convenções coletivas se pudesse adaptar a aplicação ou não do período experimental, bem como a sua duração e outras características às especificidades de cada atividade. Com a ressalva, porém, de que continuaria a revelar-se essencial a existência de limites máximos de duração do período experimental fixados por lei, de maneira a limitar o surgimento de novas formas de uso abusivo do período experimental como as que se têm verificado em ordenamentos jurídicos como o espanhol. Assim, numa fase do contrato em que os trabalhadores são colocados numa situação de grande fragilidade seria essencial que a norma legal que fixasse a duração máxima do período experimental mantivesse sempre a sua natureza relativamente imperativa.

Bibliografia

Albino, Mendes Baptista, “A duração do período experimental nos Contratos a Termo”, *Prontuário do Direito do Trabalho*, atualização nº55, Centro de Estudos Judiciários, 1998;

Almeida, Tatiana Guerra de, “Período Experimental. Breves notas para o estudo comparativo dos regimes jurídicos português e espanhol”, *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, António Monteiro Fernandes (Coord.), Almedina, Coimbra, 2004, pág. 589-611;

Almeida, Tatiana Guerra de, *Do período experimental no contrato de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2007;

Amado, João Leal, *Contrato de Trabalho – noções básicas*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2019;

Amado, João Leal/ **Rouxinol**, Milena, “Sobre a (des)conformidade constitucional do alargamento do período experimental pela lei nº93/2019: um olhar sobre o acórdão do tribunal constitucional nº318/2021” *in Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra, 2021;

Carvalho, Catarina, “Proteção da maternidade e da paternidade no código do trabalho”, *in Revista de Direito e Estudos Sociais*, nº1/2, 2004;

Cordeiro, António Menezes, “Do Abuso de Direito: Estado das Questões e Perspetivas”, *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, Volume II, 2005;

Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil V – Parte V – Parte Geral*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2011;

Fernandes, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 20ª edição, Almedina, Coimbra, 2020;

Gomes, Júlio, “Do uso e abuso do período experimental”, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Agosto-Dezembro – 2000 – Ano XLI (XVI da 2ª Série) – Nº 1-2, pág. 37-74 e Nº 3-4, pág. 245-276;

Lamparero, María José Asquerino, *El regime jurídico del período de prueba em el contrato de trabajo*, 1ª edição, Editorial Bolmarzo, 2017;

Leitão, Luís Menezes, *Direito do Trabalho*, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2019;

Marquez, Óscar Fernández, *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014;

Martinez, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2019;

Martinez, Pedro Romano/ Monteiro, Luís Miguel/ Vasconcelos, Joana/ Brito, Pedro Madeira de/ Dray, Guilherme Machado/ Silva, Luís Gonçalves da, *Código de Trabalho Anotado*, 13ª edição, Almedina, Coimbra, 2020;

Martins, Pedro Furtado, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 4ª edição, Editor: Principio, Parede, 2017;

Pastor, Maria Amparo Ballester, *El período de prueba*, Tirant lo Blanch, 1995;

Póvoa, Cláudia Vaz, “A boa fé na formação do contrato de trabalho”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, António Monteiro Fernandes (org.), 1ª edição, Coimbra Editora, 2011;

Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2019;

Rouxinol, Milena, “A Lei nº93/2019, de 4/09, e o alargamento da duração do período experimental”, in *Questões Laborais*, nº55, 2019;

Rouxinol, Milena, “O período experimental”, in João Leal Amado/ Milena Rouxinol/ Joana Nunes Vicente/ Catarina Gomes Santos/ Teresa Coelho Moreira, *Direito do Trabalho – Relação Individual*, Almedina, Coimbra, 2020;

Sá, Fernando Augusto Cunha de, *Abuso do Direito*, Almedina, Coimbra, 2005;

Santos, Pedro, “Das consequências do Abuso de Direito”, in *Revista de Direito Civil*, Nº0, 2015;

Suso, Jon Barrenechea/ **López**, Miguel A. Ferrer, *El Estatuto de los Trabajadores – comentado y concordado com legislacion complementaria y jurisprudência*, 3º edição, Ediciones, Deusto S.A, 1997;

Varela, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, Almedina, Coimbra, 10º edição, 2017;

Ventura, Raúl, “O período experimental no contrato de trabalho”, *O Direito*, ano 93, 1961, nº47;

Xavier, Bernardo Lobo, *Manual de Direito do Trabalho*, 2º edição, Verbo, Lisboa, 2014.