



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O artigo 348.º do Código do Trabalho:
Em particular a sua conformidade com o
princípio da igualdade

Joana da Gama e Castro Janson

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

Universidade Católica Portuguesa

O artigo 348.º do Código do Trabalho:
Em particular a sua conformidade com o
princípio da igualdade

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito do Trabalho, apresentada
à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, sob a orientação da Prof.
Doutora Milena Rouxinol

Joana da Gama e Castro Janson

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

Aqueles que passam por nós, não vão sós, não nos deixam sós.

Deixam um pouco de si, levam um pouco de nós

(Antoine de Saint- Exupéry)

Agradecimentos

Aos meus Pais e à Isabel, pelo amor incondicional;

Às minhas grandes amigas e ao Bernardo pelo apoio constante;

À Prof. Doutora Milena Rouxinol, que, além de uma orientadora exigente e disponível me provocou desde a primeira aula de Direito do Trabalho, o gosto por esta área;

Ao João Cruz Ribeiro e à Joana Carneiro, por me ensinarem diariamente a por em prática o Direito.

1) Resumo/Abstract

A presente dissertação de mestrado visa analisar a conformidade do artigo 348.º do Código do Trabalho, face ao princípio da igualdade e da não discriminação em razão da idade dos trabalhadores mais velhos.

Os dois princípios irão ser estudados tendo em conta a Diretiva 78/2000 que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, bem como a jurisprudência do Tribunal de Justiça

Ademais, o artigo 348.º, CT tem vindo a suscitar alguns problemas doutrinas que, também, serão aqui discutidos.

Palavras-chaves: artigo 348.º, CT; idade; igualdade; discriminação; direito da União Europeia

The following Master dissertation aims to analyze the compliance of the article 348.º of the Labor Code, taking in consideration the principle of equality and non-discrimination on grounds of age of older workers.

The two principles will be studied in the light of Directive 78/2000, establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, as well as the case law of the Court of Justice. .

Furthermore, the article 348.º, Labour Code has been raising some doctrinal problems that will also be discussed here.

Keywords: article 348.º, Labour Code; age; equality; discrimination; European Union Law

Índice

1) Resumo/Abstract	6
2) Lista de abreviaturas	8
3) Introdução	9
4) O artigo 348.º do Código do Trabalho português	11
4.1) Fundamentos e explicitações breves do regime.....	11
4.2) O campo de aplicação do artigo 348.º:	18
4.3) Alguns problemas de aplicação da norma:	22
4.3.1) Questões doutrinárias problemáticas	22
4.3.2) Problemas jurisprudenciais	26
5) A discriminação em razão da idade e o princípio da igualdade à luz do Direito da União Europeia:	31
5.1) A Diretiva 78/2000/CE de 27 de Novembro de 2000.....	32
5.2) A jurisprudência do TJ sobre discriminação em razão da idade:	34
6) Conclusão	41
7) Bibliografia	44

2) Lista de abreviaturas

Ac.-Acórdão

Art.- Artigo

CRP- Constituição da República Portuguesa

CT- Código do Trabalho

TC- Tribunal Constitucional

TJ- Tribunal de Justiça (da União Europeia)

TRL- Tribunal da Relação de Lisboa

STJ- Supremo Tribunal de Justiça

UE – União Europeia

3) Introdução

A presente dissertação de mestrado tem como principal fim o de analisar e estudar o artigo 348.º do CT português¹ face à discriminação em razão da idade dos trabalhadores mais velhos.

Tal como refere Menezes Leitão “um dos princípios fundamentais do Direito do Trabalho é o princípio da igualdade, do qual resulta a proibição de comportamentos discriminatórios por parte do empregador²”.

O tema da discriminação em razão da idade dos trabalhadores mais velhos é bastante atual e problemático. Além da crescente jurisprudência nacional e internacional que vindo a ser proferida nos últimos anos³, inúmeros autores têm-se debruçado sobre este tema tão específico. A idade tem uma grande importância e impacto tanto na vida pessoal como na vida profissional dos trabalhadores, interferindo direta e indiretamente nas relações laborais dos trabalhadores com as entidades empregadoras.

O aumento do envelhecimento populacional em Portugal, a diminuição da população ativa⁴ e o desequilíbrio na estrutura da Segurança Social⁵ levam a que seja necessário e urgente refletir sobre o modo de estar dos mais velhos no mercado de trabalho⁶.

¹ Aprovado pela lei n.º 7/2009 de 12 de fevereiro, com terceira alteração pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho.

² LEITÃO, Luís Menezes. Direito do Trabalho, 2016, 5ª Edição, Almedina, pág.174.

³ “Already in these early years of application of the employment discrimination directive, it is apparent that age discrimination in employment is likely to become a fertile ground for litigation, which it had never been before in Europe”, WITTE, Bruno de, “From a “Common Principle of Equality” to European Antidiscrimination Law ””, *American Behavioral Scientist*, Sage Publications, 2010

⁴ Cfr. INE “Mantém-se o agravamento do envelhecimento demográfico, em Portugal, que só tenderá a estabilizar daqui a cerca de 40 anos” https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=277695619&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt, consult. 29/04/2018, às 18h50

⁵ Com uma taxa de natalidade baixa e uma esperança média de vida cada vez maior, coloca-se a dúvida em saber quem irá pagar as reformas do mais velhos.

⁶ “ É uma verdade lapaliciana afirmar que o mundo está a envelhecer. Na maioria dos países a população está envelhecida e esta situação traz inúmeras mudanças a vários níveis, podendo afirmar-se que o envelhecimento da população é um dos maiores desafios que os países desenvolvidos correntemente enfrentam”, MOREIRA, Teresa Coelho, *Igualdade e Não Discriminação*, Estudos de Direito do Trabalho, 2013, Almedina, pág. 9

Além disto, o cumprimento do princípio da igualdade nos termos do artigo 348.º, CT coloca algumas questões e suscita alguns problemas, uma vez que uma a idade dos 70 anos e a obtenção da reforma são causas válidas e únicas para que um contrato de trabalho se transforme em contrato a termo.

Por um lado, existem razões que, à primeira vista, parecem justificadas e fundamentadas para que haja um tratamento diferenciado aos trabalhadores que requereram a reforma ou que atingem os 70 anos, sustentando, por exemplo o argumento da solidariedade entre gerações. Por outro lado, surgem fundamentos que levam a crer que a transformação do contrato de trabalho põe em causa valores e princípios constitucionalmente protegidos, como, por exemplo, o princípio da segurança no emprego.

Deste modo, iremos estudar aprofundadamente, em primeiro plano, o artigo 348.º do CT, analisando o seu âmbito de aplicação, bem como os problemas doutrinários e jurisprudenciais que têm vindo a surgir em torno deste artigo.

Em segundo lugar, não esquecendo a importância que a jurisprudência europeia tem no ordenamento jurídico português, designadamente do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ), analisaremos alguns acórdãos em que a questão da discriminação em razão da idade dos trabalhadores mais velhos foi discutida.

Em suma, e após o estudo das matérias supra mencionadas, o objetivo será o de perceber e entender se o artigo 348.º do CT está em conformidade com o princípio da igualdade e não discriminação.

4) O artigo 348.º do Código do Trabalho português

4.1) Fundamentos e explicitações breves do regime

O artigo 348.º ⁷ do CT prevê que os contratos de trabalho se convertem automaticamente em contratos de trabalho a termo, quando o trabalhador atinja 70 anos de idade ou quando permaneça ao serviço da sua entidade empregadora decorridos 30 dias sobre o conhecimento, por ambas as partes, da sua reforma por velhice⁸. Por outras palavras, a única razão de existir esta conversão é o facto de os trabalhadores requererem a reforma ou atingirem os 70 anos. Na verdade, “as partes continuam contratualmente ligadas, mas o vínculo deixa de ser estável, torna-se precário e a situação ficará exposta a reconsideração periódica (de seis em seis meses)⁹”. Note-se que não é necessário a celebração de um novo contrato de trabalho, agora a termo, visto que há uma modificação *ope legis*¹⁰

Ora, antes de analisarmos o artigo 348.º CT com detalhe importa, em primeiro lugar, enquadrá-lo e estudar, brevemente, o regime dos contratos a termo.

Como ensina Leal Amado, “o emprego normal ou típico, que ainda funciona como paradigma, é um emprego permanente, de duração indefinida ou indeterminada, é um emprego em que o trabalhador labora para quem o retribui, é um emprego a tempo inteiro ou completo, é um emprego que tem a empresa por palco de execução”¹¹.

Acontece que, com a evolução e a mudança das diversas formas de trabalho, a celebração do contrato a termo tem vindo a crescer exponencialmente¹². Assim sendo, a

⁷ Anteriormente, no CT2003, correspondia ao artigo 392º.

⁸ A idade da reforma em Portugal no ano de 2017, era de 66 anos e 3 meses, conforme Portaria n.º67/2016, de 1 de abril; no ano de 2018 é de 66 anos e 4 meses, conforme Portaria n.º 99/2017 de 7 de março; e no ano de 2019 será de 66 anos e 5 meses, conforme Portaria n.º 25/2018 de 18 de janeiro

⁹ FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, Almedina, 2017, 18ª Edição, Edição Especial Comemorativa dos 40 anos, pág.544

¹⁰ “A conversão por força da lei não implica a cessação do vínculo laboral e sua substituição por um novo contrato de trabalho, agora a termo. Há uma modificação *ope legis* do contrato, mantendo-se a continuidade do vínculo”, MARTINS, Pedro Furtado. *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3ª Edição, Principia, pág.115.

Esta questão irá ser desenvolvida mais à frente.

¹¹ AMADO, João Leal. Contrato de Trabalho, Noções Básicas, Almedina, Coimbra, 2016 , pág. 65

¹² “[É] a partir de 1973, e do início da famigerada crise do Direito do Trabalho, que o contrato de trabalho a termo se expande, apresentando-se como um instrumento alternativo ao emprego estável e

modalidade de contrato a termo começou a ser uma forma de inserir determinados grupos de trabalhadores no mercado de trabalho¹³.

Relativamente ao regime dos contratos a termo, o CT estabelece quais são as medidas justificativas que permitem a celebração de contratos a termo, bem como a duração dos mesmos e o seu modo de celebração¹⁴.

Sucedo que, “o artigo 348.º constitui uma exceção ao regime regra: dispensa-se a exigência de necessidade temporária; o número de renovações é ilimitado; e o contrato não está sujeito a uma duração máxima¹⁵”. Quando existe uma caducidade do contrato de trabalho nos termos do artigo 348.º, CT, o trabalhador não tem direito a receber uma compensação¹⁶, ao invés do que sucede, por exemplo, quando um contrato a termo caduca e o empregador comunica essa caducidade ao trabalhador. Neste último caso, o trabalhador tem direito a 18 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano

deixando de ser um fenómeno específico e pontual”, in GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, Volume I, Relações Individuais, Coimbra Editora, 2007, pág.581.

A este propósito vide o Livro Branco das Relações Laborais, ano 2016, quadro 10

¹³ Designadamente, os trabalhadores jovens, à procura do 1º emprego, os idosos, trabalhadores pouco qualificados.

¹⁴ O CT estipula no artigo 140º, n.º1 que “ o contrato de trabalho a termo resolutivo só pode ser celebrado para satisfação temporária da empresa e pelo período estritamente necessário à satisfação dessa necessidade”, indicando o n.º 2, o que é considerado “necessidade temporária da empresa”. Além disto, menciona, também, o n.º 4 do mesmo artigo, outras situações em que se justifica a celebração de contrato de trabalho a termo e que se relacionam com o lançamento de nova atividade de duração incerta e, também, nas situações em que o trabalhador está à procura de primeiro emprego, em situação de desemprego de longa duração ou noutra situação prevista em legislação especial de política de emprego.

No que concerne às justificações elencadas pelo legislador para a celebração de contratos de trabalho a termo, designadamente ao mencionar “atividades sazonais” e “necessidades da empresa” importa analisar o seu significado. Parece-nos que o legislador ao prever estas duas situações tem como objetivo restringir no tempo o contrato a termo. No que concerne às atividades sazonais, o objetivo aparenta ser numa determinada estação do ano em que haja um aumento exponencial de determinada atividade. Claro que este aumento terá que ser proporcional, não podendo ser invocado o prazo, por exemplo, de um ano¹⁴.

Relativamente à segunda justificação “acréscimo excepcional de atividade”, significa, tal como nas palavras de Júlio Gomes “*reforçar a ideia de que se tem de tratar de um serviço de duração limitada no tempo*”.

Por fim, os motivos invocados no n.º 4 do artigo 140 do CT protegem os empregadores, de uma banda, visto que o início de uma atividade é sempre uma situação incerta e de difícil previsão sobre o modo como irá prosseguir. Por outro lado, o trabalhador à procura do primeiro emprego também estaria, em teoria, protegido, pois conseguiria mais facilmente encontrar um emprego ao celebrar contratos a termo que são o “sonho” dos empregadores. Contudo, tem sido unânime que este tipo de trabalhadores são aqueles que nunca tiveram um contrato a tempo indeterminado e que, portanto, vêem a sua situação profissional instável

¹⁵ ALMEIDA, Joana. “Do Artigo 348º do Código do Trabalho à luz do Direito Comunitário”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano 2009, n.º50, pág. 117-155

¹⁶ “A dispensa da compensação por cessação do contrato de trabalho a termo neste caso não constava do regime correspondente desta matéria na LCCT”. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho Parte II- Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2016, 6ª Edição pág.788

completo, conforme prevê o artigo 344.º, n.º 2, CT. A compensação nestas situações de caducidade dos contratos a termo “tem alguns efeitos acessórios, cujo objetivo é compensar os trabalhadores pela maior incerteza da sua situação jussocial¹⁷”.

A única situação em que o regime do artigo 348.º protege mais os trabalhadores diz respeito ao prazo de aviso prévio que tanto o trabalhador como o empregador têm de respeitar quando queiram denunciar o contrato de trabalho, sendo de 60 ou 15 dias consoante a caducidade seja declarada pelo empregador ou pelo trabalhador. Pelo contrário, o pré-aviso de declaração de caducidade do contrato a termo certo é de 15 ou 8 dias consoante seja o trabalhador ou o empregador a comunicar a cessação da relação laboral, conforme prevê o artigo 344.º, CT. No regime geral da caducidade dos contratos a termo incerto, a comunicação por escrito por parte do empregador a informar da ocorrência do termo tem que ser feita com 7,30 ou 60 dias, tendo em conta a duração do contrato¹⁸.

Os contratos a termo representam para os empregadores “um sonho”, ao contrário dos trabalhadores que vêem os contratos a termo como um “pesadelo¹⁹”. Esta dicotomia surge, por um lado, aliada aos valores e princípios previstos e protegidos na CRP e, por outro lado, aos objetivos económico-financeiros que as entidades empregadoras tentam chegar, nomeadamente, com a redução de custos com os trabalhadores.

De uma banda, o artigo 53.º da CRP²⁰ prevê a segurança no emprego, o que significa que os trabalhadores devem encontrar-se estáveis no seu emprego, não sentido

¹⁷RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho Parte II- Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2016, 6ª Edição, pág. 766

AA.VV., *Código do Trabalho Anotado*, Almedina 2013, 9ª Edição, pág.743 “no caso, a contraposição de interesses não justifica a compensação devida ao trabalhador, e importa reiterar que a compensação por caducidade, fundada em responsabilidade objectiva (sem culpa), é excepcional”

¹⁸ Tendo em conta que o CT não prevê um prazo que o trabalhador terá de cumprir aquando da caducidade do contrato a termo incerto, “não sendo referida nesta norma a comunicação da iniciativa do trabalhador, entende-se que é de aplicar o prazo de aviso prévio de 8 dias, previsto para o contrato a termo certo, no art.344.º n.º 1, por analogia”, RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho Parte II- Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2016, 6ª Edição, pág 765

¹⁹ Neste sentido, Leal Amado “ Com efeito, o contrato a prazo parece hoje consistir num sonho para os empregadores (o contrato a prazo como instrumento privilegiado de gestão, como instrumento de flexibilização jussocial), na exata medida em que, não raro, o mesmo surge como um pesadelo para os trabalhadores (o pesadelo da precariedade laboral, com tudo o que de pernicioso a esta vem associado), AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho, Noções Básicas*, Almedina, Coimbra, 2016, pág. 67-68

²⁰Este mesmo direito perderia qualquer significado prático se, por exemplo, a relação de trabalho estivesse generalizadamente sujeita a prazos mais ao menos curtos, porquanto, nesta situação, o empregador não precisaria de despedir, bastando-lhe não renovar a relação jurídica no termo do prazo. O trabalho a termo (cód. Trab., arts. 129º e ss) é, por natureza, precário; o que é o contrário da segurança.

sempre uma incerteza em saber se o contrato de trabalho se renova ou se cessa. De acrescentar que “um certo grau de estabilidade no emprego aumento a qualidade geral de vida do trabalhador e diminui a sua posição de debilidade face ao empregador²¹”. Assim sendo, importa acautelar as justificações e o modo como os contratos a termo se celebram, garantindo, dentro das possibilidades, a segurança e estabilidade dos trabalhadores.

De outra banda, existe a liberdade contratual das partes, prevista no artigo 405.º do Código Civil, mas que é condicionada²², verificando-se tal condicionamento no modo como as justificações para a celebração dos contratos a termo são limitadas. A competitividade entre empresas, a sua produtividade e a forma como são geridas são argumentos, pensamos nós, válidos por parte dos empregadores para celebrarem contratos de trabalho menos exigente e com um fraco carácter de obrigatoriedade de manutenção das relações laborais, flexibilizando o Direito do Trabalho.

Assim sendo, podemos afirmar que é necessário chegar a um equilíbrio entre aquilo que são os direitos dos trabalhadores e, por outro lado, aquilo que são os direitos e objetivos dos empregadores.

Ademais, cumpre, também, entender e perceber a razão de ser do artigo 348.º do CT e a sua essência. O legislador português fundamentou-se “em razões materiais objetivas, que têm a ver com a diminuição das capacidades de trabalho do ser humano, a partir de certa idade e com políticas de emprego que visam a criação ou a obtenção de postos de trabalho²³”. Claro que, a idade traz consigo mudanças físicas e psicológica

Por isso, é necessário também um motivo justificado para a contratação a termo (substituição do trabalhador ausente; actividades sazonais; acréscimo excepcional da actividade; execução de tarefas ocasionais ou execução de empreitadas; actividades de duração limitada). O direito à segurança no emprego pressupõe assim que, em princípio, a relação de trabalho é temporalmente indeterminada, só podendo ficar sujeita a prazo quando houver razões que o exijam, designadamente para ocorrer a necessidades temporárias das entidades empregadoras e pelo período estritamente necessário à satisfação dessas necessidades (cód. Trab., art.129º). A prova do facto justificativo do trabalho a termo incumbe, por isso à entidades empregadora (Cód. Trab., art.130º).” CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 107º, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 4ª Edição Revista, pág.711

²¹ AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho*, Noções Básicas, Almedina, Coimbra, 2016, pág.69

²² A liberdade contratual está encontra-se limitada pela lei.

²³ NETO, Abílio. *Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, Ediforum, Edições Jurídicas, Lda., Lisboa, Setembro 2010, 2ª Edição

que têm uma influência no modo de prestar trabalho²⁴, mas existem muitos estereótipos ligados à idade, como, por exemplo, a sua habilidade, lealdade, produtividade²⁵.

Todavia, como bem refere Júlio Gomes, “a idade avançada não tem os mesmos efeitos sobre todos os indivíduos e as suas repercussões no contrato de trabalho dependem de múltiplos factores, entre os quais, as próprias funções exercidas e os riscos que elas envolvam, bem como o grau de aptidão física e de concentração e rapidez de reflexo que pressupõem”²⁶.

Também urge referir que os trabalhadores mais idosos sentem-se, muitas das vezes, concretizados por continuarem a prestar a sua atividade²⁷.

Como ensina Bernardo Lobo Xavier “é do trabalho que depende a ocupação do tempo activo das pessoas, o espaço dos seus ócios, o essencial do seu rendimento e posição social, a possibilidade da sua realização pessoal. O trabalho, porque se trata como se diz popularmente- de “um modo de vida”- implica-se profundamente na personalidade do próprio trabalhador²⁸”.

O trabalho, enquanto prestação de uma atividade, tem influência na vida do trabalhador²⁹ tanto no plano pessoal como no plano económico. Neste último plano, é fácil de perceber a influência que o trabalho e, conseqüentemente, a retribuição tem na vida do trabalhador e do seu agregado familiar³⁰.

²⁴ “ É um facto que a idade traz consigo diferenças em termos da capacidade para prestar trabalho”, ALMEIDA, Joana. “Do Artigo 348º do Código do Trabalho à luz do Direito Comunitário”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano 2009, n.º50, pág. 117-155

²⁵ “(...) e que às pessoas mais idosas falta-lhes muitas das vezes a motivação e a capacidade de assimilar novas ideias e são menos flexíveis, menos dinâmicas, sem condições físicas para trabalhar ou que não conseguem produzir novas ideias”, MOREIRA, Teresa Coelho, *Igualdade e Não Discriminação, Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2013, pág.17

²⁶GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, Volume I, Relações Individuais, Coimbra Editora, 2007, pág. 932

²⁷ “Fourthly, some older workers may actually want to stay in employment into old age. Previous studies have found that many older workers remain in employment as they enjoy work, feel loyal to the organization, have a sense of contributing to society or a cause, or feel their work has intrinsic value. Therefore, older workers may wish to remain in work for its intrinsic or social value” BLACKHAM, Alysia, *Extending Working Life for older Workers*. Oxford and Portland Oregon, 2016, pág.5

²⁸ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo *et.al.*, *Manual de Direito do Trabalho*, Rei dos Livros, 2018, 3ª Edição, Revista e Actualizada, pág. 55

²⁹ “ (...) não existe, por um lado, o trabalhador, e, por outro lado, o cidadão, mas antes a pessoa que é simultaneamente cidadão e trabalhador;(...)”, GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, Volume I, Relações Individuais, Coimbra Editora, 2007, pág.265

³⁰ “É usual destacar-se a diversidade de perspectiva com que a retribuição é encarada pelos trabalhadores e pelos empregadores. (...) enquanto os trabalhadores são levados a considera-la como um rendimento de subsistência e de satisfação de necessidades pessoais e familiares.” XAVIER, Bernardo da

No plano pessoal, os direitos dos trabalhadores constitucionalmente previstos como o da segurança no emprego, por exemplo, demonstram, desde logo, a importância que o trabalho tem. Ao trabalho está ligada uma ideia de dignidade humana em que os direitos fundamentais e de personalidade têm que estar protegidos. O CT prevê e protege alguns direitos pessoais dos trabalhadores como é o caso da reserva da intimidade da vida privada (art. 16.º, CT) ou a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores (art.17.º, CT).

Leal Amado caracteriza muito bem a importância que o trabalho tem na vida dos trabalhadores “o trabalho surge, para alguns, como a verdadeira essência do homem, como um meio de realização pessoal e de expressão de si, como um indispensável meio de aumentar a riqueza da nação e de aquisição de rendimentos para o indivíduo que o presta, como um meio de ordenar o mundo. Como é sabido, o trabalho consome grande parte da nossa existência desperta, influencia fortemente a nossa vida quotidiana fora dele, é um fator de consideração social e confere-nos um determinado estatuto económico³¹.”

Ora, o Tribunal Constitucional (TC) já teve oportunidade de se pronunciar³² sobre a importância dos direitos fundamentais dos trabalhadores, como o direito à segurança no emprego e o da efetividade do direito ao trabalho (artigos 53.º e 58.º, CRP). Salientou-se a ideia de que “Dir-se-á, desde logo, que a emergência de um motivo constitucionalmente válido de justificação do contrato a termo não se faz sentir apenas a partir de um quadro em que releva a ‘natureza das coisas’. Também aqui é necessário um apelo à ordem de valores da Constituição, sem perder de vista, é claro, a irredutibilidade dos direitos fundamentais”.

Contudo, devido à diminuição das capacidades físicas e psicológicas, mesmo que variável entre trabalhadores, os empregadores necessitam de uma forma lícita e de um meio de reacção para acautelar a continuação e o ritmo de produtividade da sua

Gama Lobo. *et al.*, *Manual de Direito do Trabalho*,., Rei dos Livros, 2018, 3ª Edição, Revista e Actualizada, pág. 572

³¹AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho, Noções Básicas*, Almedina, Coimbra, 2016, pág. 18

³² Ac. TC 207/2004, processo n.º 545/2003, 3.ª Secção, Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, Vítor Gomes, Gil Galvão, Bravo Serra, Luís Nunes de Almeida, disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/3083059>

empresa³³. Assim, através do artigo aqui em análise o empregador tem a possibilidade de fazer cessar o contrato de trabalho, invocando a caducidade, não sendo necessário compensar o trabalhador por essa caducidade, conforme previsto no n.º 2, alínea d), do artigo 348.º, CT. Para Romano Martinez, a ideia de os trabalhadores reformados ou que tenham atingido os 70 anos de idade não obterem uma compensação aquando da cessação por caducidade faz sentido, uma vez que “a proteção da segurança no emprego e a compensação de instabilidade perdem relevância³⁴”.

Além disto, outro fundamento invocado pela doutrina para que haja uma transformação do contrato de trabalho prende-se com o facto de existir uma “solidariedade entre gerações”, ou seja, os mais velhos darem lugar aos mais jovens³⁵ no mercado de trabalho.

Nas palavras de Monteiro Fernandes “do ponto de vista político-legislativo, entrevia-se nessa medida legislativa a preocupação de libertar postos de trabalho a partir de certo momento – o da obtenção da reforma –, no contexto de uma grave crise de desemprego. Com tal objetivo, ter-se-á o legislador limitado a atribuir à reforma o sentido correspondente à função social normal do seu regime, que é a de assegurar ao trabalhador um ganho mínimo destinado a constituir sucedâneo da retribuição do trabalho, quando a sua atividade profissional chegar ao fim³⁶”.

Maria do Rosário Palma Ramalho indica, também, que “habitual em muitos países, este tipo de medidas é normalmente justificado como um meio de promover o rejuvenescimento intergeracional da força de trabalho e como ação positiva de promoção da empregabilidade dos jovens³⁷”.

Em suma, o artigo 348.º, CT está previsto para facilitar a cessação dos contratos de trabalho dos trabalhadores mais velhos, visto que as suas aptidões para o trabalho se

³³ Os empregadores poderiam, também, invocar o despedimento por inadaptação ou até um despedimento disciplinar por redução culposa de produtividade? Vide a este propósito GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, Volume I, *Relações Individuais*, Coimbra Editora, 2007

³⁴ MARTINEZ, Pedro Romano. *Da Cessação do Contrato de Trabalho*, Almedina, 2015, 3ª Edição, pág.395

³⁵ Note-se que, a taxa de desemprego dos trabalhadores com menos de 25 anos foi de 23,9%, em 2017. A taxa dos trabalhadores na faixa etária dos 55-64 anos, em 2017, foi de 8,6%. Estes valores podem ser consultados em: www.pordata.pt, consult. em 27/03/2018

³⁶ FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*, Almedina, 2017, 18ª Edição, Edição Especial Comemorativa dos 40 anos, pág.542

³⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho Parte II- Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2016, 6ª Edição, pág. 788

encontram reduzidas. Todavia, esta solução pode colocar em causa um dos princípios basilares de um Estado de Direito- o princípio da igualdade.

4.2) O campo de aplicação do artigo 348.º:

Após a breve referência ao contrato a termo e às suas características, bem como a análise ao artigo 348.º, coloca-se uma outra questão: quem se encontra adstrito a este regime de transformação do contrato de trabalho?

Já foi anteriormente mencionado que o artigo 348.º, CT tem como alvo os trabalhadores que requereram a reforma, bem como os trabalhadores que atinjam os 70 anos de idade. Contudo, o que se pretende estudar aprofundadamente neste capítulo é o facto de estes dois grupos de trabalhadores serem tratados de forma diferente entre si e em relação aos demais trabalhadores. Vejamos.

Em primeiro lugar, o trabalhador que atinge os 70 anos de idade vê o seu contrato de trabalho transformar-se automaticamente em contrato a termo, com as especificidades já indicadas. O trabalhador não tem hipótese de contornar este efeito de transformação do contrato, uma vez que a lei é imperativa nesta situação, como bem se pode perceber pela leitura do número 3 do artigo 348.º, CT.

Significa isto que a idade é causa direta e única para os trabalhadores ficarem numa posição diferente àquela que tinham antes de completar os 70 anos. Será que de um momento para o outro, o trabalhador deixa de ter capacidade para prestar a sua atividade? Não nos parece.

Em segundo lugar, o trabalhador que adquire o direito à reforma por velhice tem conhecimento de que ao requerê-la, tal leva a que o seu contrato se converta em contrato a termo, caso o trabalhador continue ao serviço, decorridos 30 dias sobre o conhecimento, por ambas as partes, da reforma por velhice³⁸. Assim, nesta situação, o trabalhador tem a oportunidade de o seu contrato de trabalho não se transformar em

³⁸ Para, XAVIER, Bernardo Lobo, CORREIA, Sérvulo, “A reforma do trabalhador e caducidade do contrato”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1973, ano XX, n.º 1, págs. 55-82 “ Se o trabalhador, atingida esta, toma iniciativa de a requerer e obtém a reforma, passando a receber a correspondente pensão, manifesta, por forma inequívoca, a sua vontade de, em harmonia com o direito de que a lei lhe concede, romper a relação de trabalho”

contrato a termo, se optar por não requerer a reforma. De salientar que, o direito a obter a reforma cabe única e exclusivamente ao trabalhador³⁹. Aliás, o empregador é parte alheia nesta relação jurídica entre a Segurança Social, para obter a reforma, e o trabalhador⁴⁰. Para além disto, o trabalhador que obtenha a pensão de reforma pode continuar a trabalhar, auferindo e acumulando a sua retribuição como contrapartida do seu trabalho com aquela prestação. Deste modo, e apesar de o contrato de trabalho se poder converter em contrato a termo, e ter as consequências que daí advêm⁴¹, o trabalhador tem sempre como garantia económica, a sua reforma por velhice.

Ao invés, o trabalhador que atinge os 70 anos de idade e que ainda não requereu a reforma, nomeadamente porque não desejava que o seu contrato de trabalho se convertesse em contrato a termo, no momento em que o seu contrato cessa por caducidade, por denúncia do empregador, a sua situação económica pode ficar comprometida. Sublinhe-se que estas consequências derivam exclusivamente de o trabalhador ter 70 anos de idade.

Levanta-se, assim, a questão em saber se faz sentido à luz do princípio da igualdade e da não discriminação a idade ser um pressuposto de conversão do contrato de trabalho. O ponto será analisado em momento ulterior.

Portanto, note-se que o artigo 348.º tem um especial e direto impacto nos trabalhadores que completam 70 anos de idade. Como bem refere Joana Almeida “à primeira vista, o artigo 348.º, n.º3, contém um elemento de discriminação direta, nos termos definidos no artigo 2.º, n.º2, alínea a) da Diretiva⁴², nos termos definidos no artigo 2.º, n.º2, alínea a), da Diretiva: aquela que se dirige a trabalhadores com idade e/ou igual superior a 70 anos, que passam a estar contratados a termo quando antes detinham o estatuto de trabalhadores por tempo indeterminado. O facto de a norma afetar também aqueles que se reformam junto da segurança social e permanecem no activo (artigo 348º, n.º1) dá azo, de igual modo, a uma alegação de discriminação indirecta⁴³

³⁹ Tal como previsto nos artigos 10º, n.º1 e 51º do DL n.º 187/2007, de 10 de maio, em que referem que o acesso ao subsídio por reforma está dependente de requerimento intentado pelo beneficiário (leia-se, trabalhador).

⁴⁰ “Por um lado, a situação da reforma depende de um requerimento do trabalhador à segurança social- em relação à qual o empregador é alheio” in MARTINEZ, Pedro Romano. *Da Cessação do Contrato de Trabalho*, Almedina, 2015, 3ª Edição, pág.392

⁴¹ Insegurança e instabilidade no emprego.

⁴² Diretiva 78/2000

⁴³ Sobre a discriminação indirecta: “na discriminação indirecta (*disparate impact*) um critério formulado de uma forma neutra tem um impacto desproporcionado sobre um determinado grupo

(artigo 2.º, n.º2, alínea b) da Diretiva): sendo os 65 anos⁴⁴ a idade normal de reforma ao abrigo da lei portuguesa (artigo 20.º do Decreto-lei n.º 187/2007, de 10 de maio), a regra coloca em especial desvantagem os trabalhadores daquela faixa etária⁴⁵”.

Como menciona Romano Martinez “a diferença relativamente à situação analisada antes resulta do facto de a aposição automática do termo não se encontrar na dependência do pedido de reforma do trabalhador e do conhecimento da situação de reforma por parte do empregador; a aposição automática do termo depende de um único pressuposto: o trabalhador ter atingido setenta anos de idade⁴⁶”.

Sucedo que, quando o contrato se converte em termo a sua forma de cessar fica facilitada, uma vez que a caducidade é, entre as modalidades de cessação do contrato, a mais simplificadora, devido aos poucos procedimentos que são necessários cumprir comparando, por exemplo, com um despedimento com justa causa.

Deste modo, nas situações em que o trabalhador com 70 anos e 6 meses já solicitou a reforma e que tem direito a recebê-la, ficará a depender economicamente da sua reforma.

Como se sabe, o regime contributivo da Segurança Social⁴⁷ “visa garantir, assente no princípio de solidariedade de base profissional, prestações pecuniárias substitutivas de rendimentos do trabalho perdido em consequência da verificação das eventualidades legalmente definidas⁴⁸. Contudo, como ensina Paulo Ramos de Faria “devemos afirmar sem tibiezas que sacrificar o vínculo laboral dos trabalhadores de um certa idade aos desígnios da política de emprego é arbitrário e injustificado, se não se garantir, desde

protegido por um fundamento de discriminação. Trata-se, ao fim de contas, de analisar objectivamente o impacto de um critério sobre um determinado grupo independentemente do estado cognitivo do discriminador”, MESTRE, Bruno. “Sobre o conceito de discriminação- uma perspectiva contextual e comparada”, *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, I, Lisboa, 2015, págs. 377-410

⁴⁴ Atualmente a idade da reforma é de 65 anos e 4 meses.

⁴⁵ ALMEIDA, Joana. “Do Artigo 348º do Código do Trabalho à luz do Direito Comunitário”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano 2009, n.º50, pág. 117-155

⁴⁶MARTINEZ, Pedro Romano. *Da Cessação do Contrato*, Almedina, 2015, 3ª Edição pág.394

⁴⁷Apesar de ser uma hipótese meramente académica, imagine-se um trabalhador que apenas começa a trabalhar com 56 anos de idade. Quando atingir os 70 anos de idade, não terá direito a usufruir da reforma por velhice, uma vez que não cumpriu com os prazos de.....para obter a reforma. Outra hipótese com mais sentido, é o caso de um trabalhador emigrante que só regressou a Portugal com 56 anos e que portanto, só descontou para a Segurança Social a partir dessa data, também, não terá direito a reforma quando chegar aos 70 anos de idade e o seu contrato cessar por caducidade. Claro que nesta última situação, o trabalhador terá que ter estado a trabalhar num país fora da UE e que não tenha um acordo estabelecido com Portugal, relativamente a esta matéria.

⁴⁸ Artigo 50 da Lei n.º 4/2007

logo, que os meios de subsistência que pretenderiam auferir mediante a prestação do trabalho (ou equivalentes) podem ser obtidos através da pensão de reforma por velhice⁴⁹”.

Já nos debruçámos sobre a importância que o trabalho tem na vida económica dos trabalhadores. Porém, sublinhamos, mais uma vez, que na maioria dos casos, os trabalhadores, dependem economicamente da sua retribuição ou, então, da sua reforma. Poucos serão os casos em que os trabalhadores não necessitam de auferir, no fim de cada mês, a sua retribuição ou reforma.

⁴⁹ FARIA, Paulo Ramos. “Velhos são os trapos: discorrendo por analogia sobre o Acórdão Palacios de la Villa”, *Questões Laborais*, 2009, n.º 34, págs.225-236

4.3) Alguns problemas de aplicação da norma:

4.3.1) Questões doutrinárias problemáticas

A discussão à volta do artigo 348.º, CT está longe de ser pacífica. Existem dúvidas e problemas que permanecem e iremos aqui levantar algumas delas.

Uma das questões que se pode levantar é a de saber se no decurso de um contrato a termo o trabalhador perfizer 70 anos, o que sucede ao contrato? O contrato que tinha apostado um termo deixa de ficar obrigado aos limites máximos gerais? Sofre alguma mutação? Reinicia-se, nesse momento, a contagem do prazo, que passa a ser de seis meses, ainda que o não fosse por força do anteriormente convencionado?

Esta situação ainda não se encontra discutida na doutrina e jurisprudência, pelo menos que tenhamos conhecimento, mas parece-nos que no fim do prazo do contrato a termo que o trabalhador celebrou, e caso as partes o queiram, o contrato pode renovar-se pelo prazo de seis meses sem estar sujeito aos limites máximos impostos por lei, tal como sucede nas situações em que há uma transformação do regime do contrato para contrato a termo, conforme prevê o artigo 348.º, CT. Pensamos que a renovação do contrato poderá ocorrer, mesmo nas situações em que o referido contrato a termo já se encontra no último período de renovação e a atingir o período máximo de prazo. Por fim, importa, também, explanar que não faz sentido afirmarmos que o contrato se converte, visto que o próprio contrato já é a termo.

Ou seja, o contrato mantém-se, sendo ilimitadamente renovável. Tal como mencionado, os contratos a termo são mais precários do que os contratos sem termo. Destarte, a renovação sem limites do contrato a termo, permite, dentro do possível, garantir e preservar, pelo menos mais seis meses, a manutenção da relação laboral. Isto é, o trabalhador que se encontra adstrito ao contrato a termo, e estando na sua última renovação, pode continuar a exercer a sua atividade e a auferir a sua retribuição mensal, se este regime do artigo 348.º, CT for aplicável a estas situações. Na verdade, a entidade empregadora também não fica prejudicada, pois a forma de cessação do contrato fica mais facilitada comparando com o regime geral da caducidade.

Ademais, um outro problema que surge é o de saber qual a modalidade do contrato de trabalho quando o trabalhador tem 70 anos à data da celebração. A celebração do contrato de trabalho tem que ser obrigatoriamente por termo ou pode ser por tempo indeterminado?

De uma banda, o empregador que contrata um trabalhador com 70 anos tem conhecimento e noção dos entraves físicos e psicológicos que decorrem daquela idade. Assim, e tendo em consideração que esta modalidade de contratos tem um carácter de segurança jurídica e estabilidade no emprego muito superior aos contratos a termo, não permitir que esses trabalhadores tenham um vínculo efetivo com a entidade empregadora pode levar a que se suscitem questões de discriminação em razão da idade, pois a única justificação é a idade dos trabalhadores.

Os argumentos utilizados por Júlio Gomes como o “mínimo apoio no teor literal da norma, mínimo de apoio que deve ter qualquer interpretação da lei previstas no Código Civil. (...) Não se menciona pois a situação do trabalhador que é contratado quando já tem 70 anos ou já está reformado por velhice. (...) Aqui a empresa expõe-se ao risco, sendo certo que poderá frequentemente reduzir tal risco, seja através da contratação a termo pelas regras gerias, seja porque também para isso existe o período experimental. De qualquer modo, estabelecer um regime segundo o qual qualquer contrato de trabalho celebrado com o trabalhador com 70 ou mais anos é forçosamente um contrato a termo, dá o flanco à acusação da discriminação. E mesmo aceitando que tal discriminação não existiria porque a diferenciação visaria um fim de ordem pública- por exemplo- a criação de emprego para os mais jovens- tal medida haveria que ser necessária e proporcional, não se podendo pois atingir o mesmo escopo através de uma medida menos drástica⁵⁰” são bastantes elucidativos e esclarecedores para que tomemos esta posição.

Existe, aliás, jurisprudência nacional⁵¹ que já afirmou que a modalidade dos contratos de trabalho com trabalhadores com 70 anos de idade ou mais é livremente escolhida pelas partes, não sendo obrigatório a celebração de contratos a termo, só por o trabalhador ter 70 anos.

⁵⁰ GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, Volume I, Relações Individuais, Coimbra Editora, 2007 pág. 932-933

⁵¹ TRL, 09/07/2014, (696/12.TTLSB.L1-4, Filomena Manso); STJ, 07/02/2007, (06S3320, Sousa Grandão), que podem ser consultados em www.dgsi.pt

Pelo contrário, Romano Martinez sustenta que deve ser obrigatório a celebração de contratos a termo aquando da admissão de trabalhadores já reformados⁵² ou que atinjam os 70 anos de idade, pois caso contrário estaríamos perante uma desigualdade “se o trabalhador que se reforma por idade ao serviço de outra entidade pudesse ser contratado sem termo, quando o trabalhador que se reforma estando a trabalhar numa empresa passa a ter obrigatoriamente um contrato a termo. A situação contrária permitiria que dois trabalhadores com 70 anos numa empresa tivessem um regime contratual diverso: aquele que se reformou ao serviço da sua empresa teria (obrigatoriamente) um contrato a termo; o que, depois de reformado ao serviço de outra entidade, foi contratado por aquela empresa poderia ter um contrato sem termo.⁵³”

Paulo Ramos de Faria defende que “o artigo 348.º, n.º3, em análise consagra um regime absolutamente imperativo, por a satisfação do objetivo legítimo visado ser essencial. Ora, se a precarização do vínculo laboral dos trabalhadores que atingem os 70 anos é necessária (art.6º, n.º1, 1ª parte, in fine, da Diretiva 2000/78/CE) à promoção do emprego dos mais jovens- um interesse público-não se poderá deixar de ser necessária a precarização da posição dos trabalhadores que contratam com idade superior⁵⁴”.

Também Pedro Furtado Martins toma esta posição para os trabalhadores que celebrem contratos de trabalhos e já se encontrem reformados, uma vez que “se o que justifica a caducidade ou a conversão do contrato com os trabalhadores que se reformem na constância da relação de trabalho é “promoção do emprego intergeracional” não se descortinam motivos válidos para tratar diferentemente os trabalhadores contratados depois de reformados, assegurando-lhes uma estabilidade no emprego que não se reconhece a quem se reforma quando o contrato está em vigor⁵⁵”.

Entendemos o argumento de que o princípio da igualdade entre os trabalhadores reformados que usufruem da celebração de contratos de trabalho sem termo e os

⁵² “ Contudo, celebrado um contrato de trabalho com outro empregador, em atenção à ratio legis, ao princípio da igualdade e ao afastamento de situações fraudulentas, manter-se-á o regime excepcional que o n.º 2 do art.392º substancia, máxime o limite máximo de seis meses”, MARTINS, João Zenha in “A idade e a reforma por velhice como causas de cessação do vinculum laboris: a (in)segurança social e o trabalho”, *Estudo em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, Volume II, Coimbra Edita, págs. 433-434

⁵³,AA.VV. *Código do Trabalho Anotado*, Almedina 2013, 9ª Edição, pág.745

⁵⁴ FARIA, Paulo Ramos. “Velhos são os trapos: discorrendo por analogia sobre o Acórdão Palacios de la Villa”, *Questões Laborais*, 2009, n.º 34, págs.225-267

⁵⁵MARTINS, Pedro Furtado. *Cessação do Contrato de Trabalho*, Principia,2012, 3ª Edição, págs.118-119

trabalhadores que requereram a reforma e, por consequência, os seus contratos converteram-se em contratos a termo fica posto em causa.

Contudo, o artigo 348.º, CT é um regime excepcional face ao regime do contrato a termo e ao regime da caducidade, colidindo, como também já foi dito, com princípios constitucionais. Se fosse imperativo que os contratos *ex novo* fossem a termo, quando estivéssemos perante situações de trabalhadores reformados, parece-nos que estaríamos a interpretar a norma de forma extensiva. O artigo 348.º, CT pretende que haja um modo facilitador de cessar os contratos de trabalho com determinados trabalhadores e não impedir que sejam celebrados contratos por tempo indeterminado.

Por fim, uma breve nota sobre uma questão que se pode colocar relativamente ao modo como os contratos de trabalho passam ao regime do termo. Será que existe uma transformação na modalidade dos contratos ou simplesmente o contrato de trabalho inicial cessa/morre e celebra-se um novo?

Nas palavras de João Zenha Martins “o vínculo, tanto na hipótese em que o trabalhador permanece ao serviço do empregador por mais de trinta dias sobre o conhecimento por ambas as partes da sua reforma por velhice, quanto na hipótese em que o trabalhador atinge os setenta anos de idade sem se ter reformado, subsiste, havendo apenas a aposição de um termo resolutivo⁵⁶”. Também Maria do Rosário Palma Ramalho refere que “este regime passa por um conversão, *ipso jure*, do contrato de trabalho em contrato a termo resolutivo, decorridos 30 dias sobre o conhecimento, pelo empregador e pelo trabalhador, da situação de reforma deste por velhice (art.348.º, n.º1), ou, no segundo caso, logo que o trabalhador perfaça os 70 anos (art.348.º, n.º3)⁵⁷”. Neste sentido, Pedro Furtado Martins também defende que não existe uma cessação do vínculo e a sua substituição por um novo contrato a termo, mantendo-se os mesmos direitos e deveres das partes⁵⁸.

⁵⁶MARTINS, João Zenha in “A idade e a reforma por velhice como causas de cessação do vinculum laboris: a (in)segurança social e o trabalho”, *Estudo em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, Volume II, Coimbra Edita, pág 451

⁵⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho Parte II- Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2016, 6ª Edição, pág.788

⁵⁸ “ A conversão por força da lei não implica a cessação do vínculo laboral e sua substituição por um novo contrato de trabalho, agora a termo. Há uma modificação *ope legis* do contrato, mantendo-se a continuidade do vínculo. Sendo a mesma relação laboral, conservam-se os direitos e deveres das partes com a configuração que revestiam antes da conversão do vínculo em contrato a termo”, MARTINS, Pedro Furtado. *Cessação do Contrato de Trabalho*, Principia, 2012 3ª Edição, pág.115-116

Na verdade, também nos parece que não existe uma cessação do contrato de trabalho, mas sim uma conversão *ope legis*. Os efeitos que decorrem da relação laboral permanecem, nomeadamente, a retribuição, o objeto da prestação, a categoria profissional, as questões relacionadas com a organização do tempo de trabalho, entre outras. Todavia, o único “aspecto da maior importância que é alterado por força da conversão: o vínculo passa a ficar sujeito ao regime de cessação próprio da contratação a termo, com as consequências inerentes. A mais evidente é a possibilidade de o empregador promover unilateralmente a denúncia para o final período de seis meses em curso, impedindo a renovação do vínculo, com a aplicação das regras especiais do artigo 348.º, n.º2, ou seja, sem limite de duração máxima e de renovações [alínea b)] e sem compensação por caducidade [alínea d)]⁵⁹.

Se, porventura, houvesse uma cessação do contrato, então, parece-nos que tanto o empregador como o trabalhador poderiam alterar o conteúdo da sua relação laboral, começando uma nova relação a termo, o que se afasta do propósito do artigo 348.º, que é apenas, pensamos nós, o de facilitar a cessação do vínculo laboral e não iniciar uma nova relação jurídica.

4.3.2) Problemas jurisprudenciais

O artigo 348.º, CT suscita algumas questões que já foram discutidas nos tribunais portugueses. Começando pelo problema mais recente que chegou ao (STJ)⁶⁰, colocou-se a dúvida em saber se o facto de um trabalhador atingir os 70 anos de idade leva a uma automaticidade da caducidade do contrato.

O presente caso deveu-se ao facto de um determinado trabalhador ter recebido por parte da sua entidade empregadora uma carta em cujos termos “cessava por caducidade o vínculo laboral com o mesmo a partir do dia 29 de Novembro de 2014, pois o trabalhador iria completar 70 anos de idade em 28 de novembro de 2014 e já não necessitava dos seus serviços”.

⁵⁹ MARTINS, Pedro Furtado. *Cessação do Contrato de Trabalho*, Principia, 2012, 3ªEdição, pág.116

⁶⁰ Ac. do STJ de 21/09/2017, processo n.º 31971/15.1T8LSB.L1.S1, relator: Ana Luísa Geraldes, pode ser consultado em www.dgsi.pt

Inconformado com tal situação, o trabalhador intentou ação declarativa de condenação, argumentando que o seu despedimento era ilícito.

A primeira instância absolveu a entidade empregadora, pelo que o trabalhador apelou ao Tribunal da Relação de Lisboa (TRL).

Neste sentido, o TRL proferiu decisão, tomando uma posição contrária ao Tribunal de primeira instância.

Primeiramente, o TRL explanou que a caducidade prevista no artigo 343.º, alínea c), do CT apenas está prevista para situações de reforma por velhice e invalidez e não para os casos em que os trabalhadores atingem 70 anos de idade. Refere o acórdão do TRL que o acesso à reforma é um ato livre do trabalhador, não operando automaticamente por efeito da idade ou do prazo de garantia. Ademais, o acórdão proferido pelo TRL menciona, ainda, que o artigo 348.º, CT, apesar de estar inserido no capítulo de cessação do contrato de trabalho, não indica que a partir dos 70 anos se pode fazer cessar por caducidade o contrato. O que o artigo 348.º, CT pretende é permitir ao trabalhador reformado ou com mais de 70 anos continue a prestar atividade, mas com contrato a termo nos casos em que o empregador tenha conhecimento que o trabalhador está reformado por velhice.

Em suma, o TRL defendeu que o trabalhador foi despedido ilicitamente e que teria direito a receber uma indemnização por esse facto.

A entidade empregadora ficou informada com a decisão e interpôs recurso para o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), a fim de o Tribunal decidir pela licitude ou não da caducidade do contrato de trabalho *sub judice*.

O STJ julgou procedente o recurso na medida em defendeu pela licitude da caducidade de um contrato de trabalho quando o trabalhador perfaz 70 anos de idade.

Em síntese, o STJ argumentou que o artigo 343.º, relativo às formas de caducidade de um contrato de trabalho, não é taxativo⁶¹, e portanto a idade de um trabalhador poderá ser umas das formas não previstas pelo legislador.

⁶¹ Pode-se ler no Ac. “ Com efeito, a inserção pelo legislador desse advérbio “**nomeadamente**” sugere uma mera exemplificação das causas, sem taxatividade, não estando, por isso, impedido o intérprete de proceder a uma integração nesse elenco de outras possíveis causas que determinem a caducidade do contrato de trabalho”

Além disso, defendeu, também, que o trabalhador não permaneceu ao serviço da entidade empregadora decorridos 30 dias sobre o conhecimento de atingir os 70 anos de idade, não requereu a reforma nessa data, a vontade das partes era oposta e a entidade empregadora deu conhecimento ao trabalhador da sua posição com antecedência. Em suma “tudo isto para dizer que, in casu, para que o contrato de trabalho do Autor se convertesse em contrato a termo de seis meses, necessário seria que tivesse continuado a exercer a sua atividade laboral ao serviço da sua empregadora depois de completar os 70 anos de idade e que esta, por sua vez, soubesse desse facto e mesmo assim consentisse na prestação, para além dos 30 dias desse conhecimento, estatuídos no art.348º, nº 1 do CT⁶².

Analisando o acórdão proferido e, após o estudo sobre o tema da discriminação em razão da idade, cumpre fazer um breve comentário crítico.

Primeiramente, o artigo 343.º do CT prevê as 3 formas de caducidade do contrato de trabalho, sendo um artigo taxativo. No artigo 343.º, CT o legislador se pretendia que os 70 anos fossem causa de caducidade dos contratos, teria estabelecido essa pretensão como fez na questão da conversão dos contratos.

Como bem menciona o ac. do TRL, o acesso à reforma é um ato livre, ao contrário de fazer 70 anos de idade. Ou seja, o trabalhador pode não requerer a reforma e fica salvaguardado de o seu contrato de trabalho cessar por caducidade. Contudo, se fosse de admitir que só pelo facto de fazer 70 anos, então, o contrato caduca, todos os trabalhadores, independentemente de quererem ou não, ficavam sujeitos à caducidade, o que não nos parece razoável.

Por fim, uma última nota que nos parece importante de dar prende-se com o facto de o trabalhador à data da recepção da carta não ter ainda requerido a reforma. Apesar de se admitir, para efeitos de cálculo de indemnização de ilicitude, que o contrato sempre cessaria seis meses depois, a verdade é que o trabalhador poderia ficar sem qualquer tipo meio de sustento. Como já foi possível de afirmar, podem existir situações em que o trabalhador, por qualquer razão, não tenha direito de, para já, requerer a reforma. Através da leitura atenta ao acórdão, consta que os tribunais não tiveram em conta este factor, na nossa opinião, essencial.

⁶² In Acórdão em análise

Uma outra questão que, também, foi levantada ao STJ⁶³ prende-se com o facto de no decorrer de uma ação judicial em que se pretendia declarar a ilicitude de um despedimento, o trabalhador completou 70 anos de idade. A entidade empregadora alegou, que como o trabalhador fez 70 anos, então, o contrato sempre iria sempre caducar, nos termos do artigo 348.º, CT.

O despedimento foi considerado ilícito, tendo o trabalhador direito a ser reintegrado como se o despedimento nunca tivesse ocorrido ou, então, optar por receber uma indemnização, como foi o caso.

Assim, faltava saber o valor da “indemnização de antiguidade”, uma vez que houve “outros factos extintivos da relação jurídico-laboral na pendência da ação de impugnação judicial do despedimento.”

O STJ proferiu acórdão no sentido de que o artigo 348.º está previsto para as situações em que o trabalhador permanece ao serviço da entidade empregadora e, além disto, que os 70 anos de idade não constituem causa de caducidade do contrato de trabalho. Deste modo, o facto de o trabalhador ter completado “os 70 anos de idade não assume relevância fáctico-jurídica no contexto dos autos, nem constitui causa de caducidade do contrato de trabalho”.

Importa realçar uma nota que o STJ bem sublinhou “a idade não constitui, só de *per se*, factor determinante do termo da sua vida profissional activa, nem significa o alcançar de um estágio imediato de uma situação de incapacidade definitiva para o trabalho”.

Leal Amado⁶⁴ ao comentar este aresto afirma que o facto de o trabalhador ter completado 70 anos na pendência da ação tem um significativo relevo. Defende o autor que o contrato de trabalho já teria cessado antes de o acórdão ter sido proferido, uma vez que o contrato se converteu automaticamente em contrato a termo (quando completou 70 anos), caducando passado 6 meses dessa conversão. Neste sentido, então, o trabalhador não teria direito a receber a indemnização em substituição da reintegração, pois a reintegração nunca ocorreria, por o contrato já se ter extinguido.

⁶³ Acórdão de 14 de janeiro de 2016

⁶⁴ AMADO, João Leal. Supremo Tribunal de Justiça, “Acórdão de 14 de Janeiro de 2016, Secção de Jurisprudência”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 2015-2016, n.º 145, págs.296-303

Ademais, o autor explana que existem outras situações em que existe ilicitude de despedimento, mas que no decorrer da ação judicial o contrato de trabalho cessa. Por exemplo, a morte do trabalhador, em que o contrato extingue-se e “a declaração de ilicitude do despedimento que mais tarde venha a ser proferida pelo tribunal implicará, tão-só, a reposição do vínculo contratual até à data da morte do trabalhador”, ou seja, os créditos laborais em dívida serão devidos até à data da morte do trabalhador.

Creemos que a posição defendida tem sentido. Se reparamos, o artigo 393.º, n.º2, CT prevê que nos casos de despedimento ilícito de um trabalhador contratado a termo, o pagamento de indemnização é devido até à data do termo do contrato e não até à data do trânsito em julgado, mesmo que entretanto o termo tenha ocorrido.

Deste modo, acreditamos que o STJ deveria ter tomado uma posição contrária à proferida, tendo como base e por comparação o regime do artigo 393.º n.º2, CT, por exemplo.

5) A discriminação em razão da idade e o princípio da igualdade à luz do Direito da União Europeia:

Importa, além do já mencionado anteriormente, analisar e estudar a matéria da discriminação em razão da idade à luz do Direito da União Europeia.

Em primeiro plano, repare-se que existe uma dificuldade enorme em definir o conceito de idade⁶⁵ que nem a Diretiva resolve, pois apenas a menciona, mas nunca a concretiza⁶⁶.

A idade enquanto elemento discriminatório é bastante complexa de analisar, uma vez que “a idade pode, de facto influir no rendimento e na produtividade do trabalhador- assim se dissimulando efectiva prática discriminatória: em certas circunstâncias, poderá ser difícil discernir se o tratamento prejudicial decorre, realmente, da idade ou de o desempenho profissional não corresponder, afinal, ao esperado. Um segundo elemento, particularmente intuitivo, dificulta a compreensão da idade enquanto fator discriminatório: todos temos uma idade, que se assume, pois, como elemento neutro⁶⁷”.

Na mesma linha, Júlio Gomes menciona que “há ainda motivos típicos de discriminação que podem, contudo, não ser, no caso concreto, genuinamente discriminatórios e traduzir-se na real incapacidade do indivíduo de realizar um trabalho ou, pelo menos, reduzir sensivelmente a sua capacidade. É o caso da deficiência e da *idade*⁶⁸” (itálico nosso).

Não discordamos que a idade tem uma influência na vida física e psicológica dos trabalhadores. Porém, não podemos admitir que certas incapacidades sejam corolário da idade. Aliás, “há diferentes causas de envelhecimento não só endógenas relacionadas com várias teorias médicas, mas também condições exógenas que dependem de pessoa

⁶⁵ “In everyday life, age is used in a very significant set of cases as a *proxy*, as an approximate substitute, as an indicator of something else, of a *target variable*. This is so, e.g., in insurance, on the labour market, or in, e.g., family, criminal, tort, electoral laws”, GOSSERIES, Axel “*What Makes Age Discrimination Special? A Philosophical Look at the ECJ Case Law*”, , Netherlands Journal of Legal Philosophy, 2014, pág. 61

⁶⁶ “A Diretiva, no entanto, refere-se em geral à idade e não estabelece, ao contrário da lei americana, uma idade mínima- nos Estados Unidos essa idade mínima é de 40 anos- a partir da qual a discriminação é proibida”, GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, Volume I, Relações Individuais, Coimbra Editora, 2007, pág. 400

⁶⁷ SILVA, Rita Canas da in “Discriminação laboral em função da idade”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho Lisboa*, 2012, (José João Abrantes), Almedina, Coimbra, 2014, págs.237-289

⁶⁸ GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, Volume I, Relações Individuais, Coimbra Editora, 2007, pág. 390,

para pessoa, do tipo de actividades que executam e mesmo do tipo de vida que levam⁶⁹.” Portanto, não tem sentido, nem fundamento, admitir que um trabalhador ao perfazer determinada idade encontra-se imediatamente menos capaz e hábil de exercer a sua atividade. Porém, é o que sucede em muitas situações e que leva a que exista discriminação em razão da idade⁷⁰.

A Diretiva 78/2000 e alguma jurisprudência existente sobre esta matéria irão ser aqui debatidas com o propósito de perceber se o artigo 348.º, CT está em conformidade com o direito da UE⁷¹.

5.1) A Diretiva 78/2000/CE de 27 de Novembro de 2000⁷²

No presente estudo, a Diretiva 78/2000/CE de 27 de Novembro de 2000 (doravante, Diretiva) que estabelece um quadro geral de igualdade⁷³ de tratamento no emprego e na atividade profissional, é essencial para o estudo da igualdade e não discriminação.

A Diretiva aqui em causa visa promover a igualdade no emprego e na atividade profissional, independentemente da raça, sexo, religião, idade das pessoas. Relativamente à idade, a Diretiva nos seus considerandos, reconhece a necessidade de promover o empregado dos mais velhos, através de medidas adequadas à integração

⁶⁹ MOREIRA, Teresa Coelho, *Igualdade e Não Discriminação, Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2013, pág.18

⁷⁰ “ Por outro lado, não podemos deixar de ter em atenção que relativamente à discriminação em razão da idade estes esterótipos falsos, muitas vezes originam situações de assédio que degradam e humilham a pessoa em causa e que incluem ridicularizar directamente os trabalhadores mais velhos ou chamando-lhes incompetentes, inacessíveis ou sem dinamismo, atribuindo-lhes trabalhos mais pesados ou comentando reiteradamente que eles deveriam dar lugar aos trabalhadores mais jovens”, MOREIRA, Teresa Coelho, *Igualdade e Não Discriminação, Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2013, pág.18

⁷¹ Para mais desenvolvimentos sobre o Direito da União Europeia, vide PAIS, Sofia Oliveira. *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia, uma abordagem jurisprudencial*, Almedina, 2013, 3ª Edição,

⁷² Todos os acórdãos do TJ podem ser consultados em www.eur-lex.eu

⁷³ O princípio da igualdade na sua dimensão liberal, “consubstancia a ideia de igual posição de todas as pessoas, independentemente do seu nascimento e do seu *status*, perante a lei, geral e abstracta, considerada subjectivamente universal em virtude da sua impessoalidade e da indefinida repetibilidade na aplicação. (...) A dimensão social acentua a função social do princípio da igualdade, impondo a eliminação das desigualdades fácticas (económicas, sociais e culturais), de forma a atingir-se a “igualdade rela entre os portugueses” CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 107º*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 4ª Edição Revista, pág. 337.

social destes trabalhadores, aumentando a sua participação na vida ativa. Deste modo, a Diretiva promove a igualdade de oportunidades para todos, promovendo o desenvolvimento pessoal de cada pessoa. Note-se que existem dois tipos de discriminação: a discriminação direta e a discriminação indireta. A primeira caracteriza-se por uma pessoa ser objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dados a outra pessoa em situação comparável, conforme previsto no artigo 2.º, n.º 2, alínea a) da Diretiva. Por seu turno, a discriminação indireta é considerada “quando por um disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções, com um determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual, comparativamente com outras pessoas”, tal como plasmado no artigo 2.º, n.º 2, alínea b) da Diretiva.

Acontece que a Diretiva permite, em determinados casos, a discriminação de um certo grupo de trabalhadores, desde que devidamente fundamentada⁷⁴.

No que concerne à idade, nos termos do artigo 6.º da Diretiva, a discriminação é justificada desde que existam razões objetivas e devidamente justificadas. Assim, os objetivos para tal discriminação tem que se prender com medidas de política de emprego, de mercado de trabalho e de formação profissional, sendo, também, necessário que os meios para atingir os objetivos devem ser apropriados e necessários.

Assim sendo, ainda neste artigo 6.º, as diferenças que podem existir dizem respeito ao estabelecimento de condições especiais de acesso ao emprego e à formação profissional, de emprego e de trabalho; fixação de condições mínimas de idade, experiência profissional ou antiguidade no emprego para o acesso ao emprego ou a determinadas regalias associadas ao emprego; fixação de uma idade máxima de contratação, devido à exigência de certo posto de trabalho.

⁷⁴ “O que se exige é que as medidas de diferenciação sejam materialmente fundadas sob o ponto de vista da segurança jurídica, da proporcionalidade, da justiça e da solidariedade e não se baseiem em qualquer motivo constitucionalmente impróprio. As diferenciações de tratamento podem ser legítimas quando: (a) se baseiem numa distinção objectiva de situações; (b) não se fundamentem em qualquer dos motivos indicados no n.º2; (c) tenham um fim legítimo segundo o ordenamento constitucional previsto; (d) se revelem necessárias, adequadas e proporcionadas à satisfação do seu objetivo”, CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 107º*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 4ª Edição Revista, pág. 340

Sucedem que estas medidas justificativas têm um sentido bastante amplo e que necessita de ser balizado para que os EM não abusem destas justificações. Destarte, e como meio de auxílio para determinar os limites, o TJ tem vindo a clarificar estas justificações, permitindo, então, que os EM conheçam e apliquem as medidas em consonância com o emanado pelo TJ.

5.2) A jurisprudência do TJ sobre discriminação em razão da idade:

No que diz respeito ao princípio da não discriminação⁷⁵ em razão da idade, existe diversa jurisprudência do TJ⁷⁶ sobre esta matéria. Como bem refere Israel Doron “o TJ é considerado por muitos a mais importante instituição jurídica dos dias de hoje da EU. (...) Os resultados deste estudo sugerem que o TJ pode desempenhar um papel na proteção dos direitos dos europeus mais idosos, se e desde que estes casos se apliquem às suas jurisdições⁷⁷”.

Um dos acórdãos com mais relevo jurisprudencial nesta matéria da discriminação em razão da idade é o caso Mangold⁷⁸. A situação em causa era a de saber se a celebração de um contrato a termo, dispensando a verificação de um fundamento objetivo e de limitações à duração e número de renovações, era legítimo e justificável

⁷⁵ Relativamente ao princípio da discriminação, CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 107º*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 4ª Edição Revista “ A proibição de discriminações (n.2) não significa uma exigência de igualdade absoluta em todas as situações, nem proíbe diferenciações de tratamento. A Constituição indica, ela mesma, um conjunto de fatores *discriminação ilegítimos* (n.2). Aí se contam os mais frequentes e historicamente os mais significativos dos elementos fundadores de carácter exaustivo, sendo puramente enunciativo, como hoje (nos termos da IC n.º 1/97) resulta claramente do art. 26º-1, *in fine*, em que se consagra como direito pessoal a “proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”. São igualmente ilícitas as diferenciações de tratamento fundadas em outros motivos (ex: idade), sempre que ele se apresentem como contrários à dignidade humana, incompatíveis com o princípio do Estado de direito democrático ou simplesmente arbitrários ou impertinentes”

⁷⁶ Todos os acórdãos do TJ que aqui irão ser analisados podem ser consultados em www.eur-lex.europa.eu

⁷⁷ “The European Court of Justice (ECJ) is considered by many to be the most important judicial institution today of European Union”. The findings of this study suggests that the ECJ can potentially serve as an important protector of rights of older Europeans, if and to the extent that these cases reach its jurisdiction. DORON, Israel. *Age and Ageing*, Volume 42, Issue 5, 1 September 2013, Older Europeans and the European Court of Justice, <https://academic.oup.com/ageing/article/42/5/604/18131>, consult. Em 14/04/2018

⁷⁸ Processo C-144/04, de 22 de Novembro de 2005.

Foi neste Ac. que o princípio da discriminação em razão da idade foi considerado como princípio fundamental da UE.

de acordo com a Diretiva 2000/78. A idade era única e exclusivamente a causa da celebração do contrato a termo.

Discutia-se se a razão da celebração do contrato era objetiva e válida. Por um lado, havia o argumento da solidariedade entre gerações e, por outro lado, invocava-se a discriminação em razão da idade.

Segundo o TJ a razão que está na base da medida, ou seja, a necessidade de promover o emprego das pessoas mais velhas na Alemanha é válida e não cumpre nem ao Tribunal nem à Comissão Europeia reconhecer o que é um objetivo de interesse geral no seio dos ordenamentos jurídicos.

Porém, quanto ao facto de a idade ter sido considerada unicamente como fator para acesso ao emprego, o TJ já considerou que esta medida não era apropriada. Ou seja, o único critério aqui utilizado, a idade, excedia o que era apropriado e necessário para alcançar o objectivo pretendido.

Em suma, para o TJ o objetivo da lei alemã é justificável, mas não respeitava o princípio da proporcionalidade.

Deste modo, e face à legislação portuguesa, cremos que se o motivo que poderá ter estado na génese da norma de conversão do contrato, a solidariedade entre gerações, à luz do TJ poderá ser considerado válido, desde que a idade não seja o único motivo justificativo para a conversão do contrato, sendo necessário que outros fundamentos subsistam a este artigo⁷⁹.

Um outro acórdão proferido pelo TJ é o caso *Palacios de la Villa*⁸⁰. Nesta situação, o senhor *Palacios de la Villa* opôs-se à caducidade do seu contrato de trabalho, pois o motivo que levou à cessação do contrato era unicamente pelo facto de o trabalhador ter atingido o limite de idade, fixado em 65 anos pela legislação nacional,

⁷⁹ “ Na verdade, tendo em conta a jurisprudência do TJUE- sobretudo, os casos *Mangold* e *Vasil Ivanow Georgiew*- dir-se-à que o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 348º do Código do Trabalho se afigura adequado. O que resulta, no essencial, de o regime de conversão (e de inerente precarização da tutela laboral) não surgir apenas associado a uma determinada idade (como os 52 anos, em *Mangold*), convocando outros elementos: (i) pressupondo a iniciativa do trabalhador, que voluntariamente solicita a reforma por velhice, uma vez reunidos os pressupostos necessários para o efeito (que vão muito além do perfazer certa idade)(...); (ii) tendo o trabalhador direito a uma pensão de reforma- contanto que represente montante adequado (...); (iii) e porque esta conversão atenua os efeitos, e regra, associados à reforma por velhice (em particular, a extinção por caducidade do contrato de trabalho), SILVA, Rita Canas da. *Discriminação laboral em função da idade, Congresso Europeu de Direito do Trabalho*, coord. José João Abrantes, págs.237-289, Lisboa, 2012

⁸⁰ Processo C-411/05, de 16 de Outubro de 2007

para a reforma de um trabalhador⁸¹, tal como acontece no ordenamento jurídico português em que uma das formas de caducidade é a reforma por velhice.

Note-se que em Espanha, de 1980 a 2001, era obrigatório o mecanismo de acesso à reforma quando se atingisse determinada idade, a fim de controlar o desemprego dos mais jovens. Após esse período, o legislador espanhol veio revogar tal obrigatoriedade. O *Estatuto de los Trabajadores* permite, desde 2005, que a negociação coletiva contenha mecanismos de reforma obrigatória desde que se cumpra determinados pressupostos: existência de objetivos legítimos⁸² e cumprimento de um período de quotização que permita o direito à pensão de reforma. Caso existissem convenções coletivas celebradas antes da data de entrada da presente lei, como é o caso *sub judice*, seria permitido o mecanismo se o último pressuposto fosse cumprido.

Acontece que, no presente caso, o trabalhador tinha cumprido os períodos para beneficiar de uma pensão por reforma paga pela Segurança Social e, por isso, a entidade empregadora invocou a caducidade do contrato de trabalho.

Neste caso, o TJ esclareceu que as políticas sociais ou de emprego são um objetivo legítimo dos EM e que estão previstos no artigo 6, n.º1 da Diretiva⁸³. De acrescentar, o TJ veio reforçar a ideia que os meios utilizados para atingir esses objetivos deverão ser legítimos, apropriados e necessários. No caso concreto, tal demonstrou-se estar provado segundo o TJ, pois “não é desrazoável as autoridades de um Estado-Membro considerarem que uma medida como a que está em causa no processo principal possa ser apropriada e necessária para atingir o objetivo legítimo invocado no âmbito da política nacional de emprego, e que consiste em promover o pleno emprego ao favorecer o acesso ao mercado de trabalho. De resto, a referida medida não pode ser considerada excessivamente prejudicial para as pretensões legítimas dos trabalhadores obrigados a reformarem-se por terem atingido o limite de

⁸¹ Considerando 2 do Ac.

⁸² “ Sobre os meios empregues, exige-se que as diferenças de tratamento sejam *efectivamente* adequadas (apropriadas) a satisfazer o objectivo, não sendo viável adoptar outro instrumento para a sua satisfação (necessárias). Do advérbio *razoavelmente*, dirigido aos fins, e dos qualificativos *apropriado* e *necessário*, quanto aos meios, retira-se uma exigência de *proporcionalidade* na agressão à posição afectada, in FÁRIA, Paulo Ramos. “Velhos são os trapos: discorrendo por analogia sobre o Acórdão Palacios de la Villa”, *Questões Laborais*, 2009, n.º 34, págs.225-267

⁸³ “ Compulsory retirement may be a proportionate means of achieving certain legitimate social policy goals, including ensuring access to the labour market on the part of younger workers, if it is combined with availability of a sustainable level of pension provision and with flexibility in dealing with requests to continue working after retirement”, DEAKIN, Simon, MORRIS, Gillian S. *Labour Law*, Sixth Edition, Hart Publishing, 2012, pág.661

idade previsto, uma vez que a legislação relevante não se baseia apenas numa determinada idade, tendo também em consideração a circunstância de os interessados beneficiarem, no fim da sua carreira profissional, de uma compensação financeira através da concessão de uma pensão de reforma, como a prevista no regime nacional em causa no processo principal, cujo nível não se pode considerar desrazoável”⁸⁴. Resulta, portanto, que o TJ salientou e reforçou a ideia de que só é permitida a cessação do contrato de trabalho, se estiver garantida financeiramente a subsistência do trabalhador e, desde que, existam fundamentos, sem ser unicamente, a idade.

No Ac. *Age Concern England*⁸⁵ coloca-se a dúvida em saber se uma legislação que permite as entidades empregadoras a resolverem o contrato de trabalho com os seus trabalhadores quando estes atingem a idade de 65 anos ou quando atingissem a idade normal de reforma em vigor na empresa é conforme a Diretiva.

Ora, o TJ afirmou que a lei aqui em discussão o que permite é o despedimento a trabalhadores com aquela idade, sem que haja discriminação em razão da idade, desde que exista um meio proporcionado para alcançar um objetivo legítimo. Não está aqui em causa um regime imperativo de passagem automática à reforma e, portanto, não existe desconformidade em relação à Diretiva. Além disto, foi também questionado ao TJ se os EM são obrigados, aquando da transposição da Diretiva, a enumerar as circunstâncias que justifiquem uma diferença de tratamento, tendo sido esclarecido pelo Tribunal que tal não é imposto pela Diretiva. Por último, o TJ afirmou que competia ao órgão jurisdicional nacional avaliar a conformidade da legislação nacional face ao direito da UE, verificando se existe ou não um objetivo legítimo em permitir o despedimento de trabalhadores com 65 anos.

O Ac. *Rosenbladt*⁸⁶ levanta, de novo, a questão em saber se o facto de a trabalhadora ter atingido o direito a receber uma pensão por reforma é suficiente e lícito para justificar a cessação de um contrato de trabalho ou se, por outro lado, constitui uma discriminação em razão da idade. Note-se que a legislação alemã não previa um regime imperativo de passagem obrigatória à reforma. Todavia, autorizava apenas que as entidades empregadoras e os trabalhadores acordassem em extinguir as suas relações

⁸⁴ Considerandos 72 e 73 do Ac.

⁸⁵ Processo C-388/07, de 5 de março de 2009

⁸⁶ Processo C-45/09, de 12 de outubro de 2010

laborais, no momento em que os trabalhadores começassem a poder beneficiar de uma pensão de reforma.

O Estado alemão invocou o argumento de partilha do trabalho entre gerações, beneficiando os jovens trabalhadores com aquela medida de cessação do contrato de trabalho. Um outro argumento referido foi o facto de “a cessação automática do contrato de trabalho também tem o mérito de não obrigar as entidades patronais a despedirem os trabalhadores por estes já não estarem aptos para o trabalho, situação que poderia ser humilhante para aqueles que já tenham atingido uma idade avançada”⁸⁷.

Assim, o TJ teve de verificar se o objetivo era legítimo e, além disso, se as medidas eram adequadas e proporcionais. Em primeiro lugar, o TJ tomou em consideração o facto de tal medida só ser aplicável quando os trabalhadores beneficiavam de uma compensação financeira (reforma), não podendo a entidade empregadora unilateralmente fazer cessar o contrato.

Além disto, o TJ veio afirmar que os objetivos a prosseguir com a aplicação das cláusulas de cessação do contrato de trabalho são legítimos, uma vez que o Estado alemão teve como fundamento a preocupação em facilitar a entrada dos jovens no mercado do trabalho, teve em consideração que os trabalhadores têm um subsídio por reforma. Referiu o TJ que as medidas são proporcionais, visto que existe um acordo entre os trabalhadores e as entidades empregadoras e, também, por não ser uma medida imperativa e obrigatória.

Neste acórdão, ao contrário dos anteriormente analisados, o TJ mencionou explicitamente quais as medidas justificativas de cessação do contrato de trabalho com os trabalhadores mais velhos. Não proferiu decisão no sentido de serem os EM a analisarem se os factos indicados pelas entidades empregadoras são ou não válidas.

No ac. *Georgiev contra Sofia, filial Plovdiv*⁸⁸ também se discutiu se o facto de os trabalhadores ao atingirem determinada idade e fossem obrigados a requerer a reforma era lícito à luz do direito da UE. Ademais, ainda foi levantada a questão que saber se a celebração de um contrato a termo quando os trabalhadores atingiam a referida idade da reforma é válido ou se é discriminatório. O TJ, desta vez tomou uma posição e interferiu nas medidas apresentadas pelo EM, ao contrário do que tinha feito em *Mangold*,

⁸⁷ Considerando 43 do ac.

⁸⁸ Processos apensos C-250/09 e C-268/09, de 18 de novembro de 2010

considerou que naquele caso concreto o objetivo invocado pela entidade empregadora era legítimo, uma vez que se tinha em consideração a política de emprego e o mercado de trabalho. Contudo, o tribunal nacional tem que avaliar se, na verdade, os objetivos e as especificidades estavam preenchidas ou se havia violação da Diretiva. Ou seja, o TJ esclareceu que os motivos invocados eram legítimos, mas que cabia ao julgador nacional verificar o cumprimento e a veracidade das condições.

Pode-se afirmar, então, que perante esta situação os objetivos e as medidas que se pretendem atingir e cumprir dependem de caso para caso e que o juiz nacional tem um papel essencial na análise do cumprimento da Diretiva.

O ac. Deutsche Lufthansa⁸⁹ levanta a questão de saber se a celebração de um contrato de trabalho a termo, com justificação baseada na idade, depois de ter existido uma relação laboral com o mesmo empregador. Segundo o TJ, não é permitido a celebração de um contrato a termo, com a justificação baseada na idade do trabalhador se anteriormente existiu uma relação laboral com a mesma entidade empregadora.

Este acórdão pode ser bastante útil para o legislador português, uma vez que o artigo 348º, CT não prevê se aquando da celebração de um contrato com trabalhador com 70 anos deverá ser a termo ou se poderá ter outro regime, apesar de a doutrina e jurisprudência já se ter pronunciado sobre esta questão, como já analisámos.

Um outro acórdão em que se suscitou a questão da discriminação em razão da idade foi o caso Fuchs, Köhler contra Hessen⁹⁰. Neste caso e tal como já tinha proferido decisão semelhante noutra acórdão, o TJ veio reforçar a ideia de que o facto de um trabalhador atingir determinada idade e ser obrigado a deixar o seu emprego, não é discriminatório na medida em que o objetivo seja “estabelecer uma estrutura de idades equilibrada a fim de favorecer a contratação e a promoção dos jovens, otimizar a gestão do pessoal e, com isso, prevenir os eventuais litígios sobre a aptidão do trabalhador para exercer a sua atividade após uma determinada idade e permita atingir esse objetivo através de meios adequados e necessários. Para que seja demonstrado o carácter adequado e necessário da medida em causa, esta não se deve afigurar

⁸⁹ Processo C-109/09, de 10 de março de 2011

⁹⁰ Processos apensos C-159/10 e C-160/10, de 21 de julho de 2011

desrazoável à luz do objetivo prosseguido e deve basear-se em elementos cujo valor probatório incumbe ao juiz nacional apreciar”⁹¹.

Após uma sucinta análise da jurisprudência, entendemos que o artigo 348.º, CT só estará conforme o Direito da UE se for mais além do que está previsto.

Em primeiro lugar, a Diretiva proíbe a discriminação em razão da idade, justificando a necessidade que existe em permitir aos trabalhadores mais velhos continuarem a prestar o seu trabalho, de forma digna e estável. Ora, o artigo 348.º, CT ao permitir que os contratos de trabalho se convertam a termo nas situações em que o trabalhador requeira a reforma ou atinga os 70 anos de idade parece violar, desde logo, a estabilidade no emprego. Porém, enumerar as justificações que permitem uma discriminação leva a que as entidades empregadoras tenham em certa medida, uma liberdade em invocar os objetivos e medidas adequadas e proporcionais para que os contratos de trabalho com trabalhadores mais velhos sejam a termo e sem justificação ou que cessem de uma forma mais facilitada.

Deste modo, surge a jurisprudência do TJ que vem afirmar o que considera objetivos legítimos e medidas adequadas. Tendo em consideração os diversos acórdãos analisados, percebe-se que uma análise casuística da situação tem um grande relevo. De uma banda, o TJ proíbe a celebração de contratos a termo, mas de outra banda afirma que objetivos como a solidariedade entre gerações é justificável e que portanto a cessação de um contrato de trabalho tendo apenas em conta a idade de um trabalho é legítimo. Portanto, o artigo 348.º, CT só deveria ser aplicado em certas situações e não ser regra de que os 70 anos é causa justificativa e única para a conversão do contrato de trabalho.

Aliás, também é conforme alguma jurisprudência do TJ⁹², que aqui não foi analisada, que permite em determinadas categorias profissionais uma discriminação em razão da idade, uma vez que as funções inerentes a essas categorias implicam capacidades físicas e psicológicas exigentes e que alguns trabalhadores não têm essas capacidades, devido à sua idade.

⁹¹ In acórdão

⁹² Processo C-229/08, Colin Wolf contra Stadt Frankfurt am Main, 12 de Janeiro de 2010

6) Conclusão

Em face do exposto, urge, então, analisar se o artigo 348.º do CT e os problemas que daí tem vindo a ser suscitados estão em conformidade com o princípio da igualdade, designadamente com a Diretiva e com a jurisprudência do TJ.

Por um lado, o argumento utilizado sobre a conversão de contratos a termo relativo à disponibilidade de postos de trabalho disponíveis para os mais jovens poderia ser válido e justificado no ordenamento jurídico português, desde que fosse garantido aos trabalhadores com 70 anos o subsídio da reforma, o que não sucede em Portugal. O direito à reforma é adquirido no momento em que os trabalhadores começam a “descontar” para a Segurança Social⁹³. Deste modo, “não se trata de uma imposição, mas de um direito, que aliás, deve ser considerado irrenunciável: na ausência de manifestação de vontade de trabalhador que haja atingido os 65 anos o contrato vigora de pleno”⁹⁴. Todavia, um trabalhador com 70 anos pode não ter direito a obter a reforma, e a situação financeira ficará comprometida se o contrato de trabalho a termo caducar ao contrário dos trabalhadores reformados que, pelo menos, tem a pensão de velhice como meio de sustento.

Ademais, a idade, como único fator, não nos parece que baste para que o contrato se transforme. Desde logo, porque a idade não é um corolário da capacidade das pessoas. É certo que o ser humano vai perdendo determinadas capacidades físicas ao longo da idade, mas não é linear que “todas as pessoas com 66 anos são menos capazes”. Este tipo de trabalhadores tem intrínsecos diversos estereótipos como, por exemplo, “serem excessivamente prudentes, inflexíveis, incapazes de se adaptarem às novas tecnologias, entre outros”⁹⁵. Além disto, como alude Júlio Gomes⁹⁶, os empregadores não investem na formação profissional dos mais idosos porque a sua vida

⁹³ (...) O trabalhador, de acordo com o princípio da contributividade, tem direito a uma pensão de reforma, que fica a cargo da Segurança Social (sistema previdencial) (...) in MARTINS, João Zenha. A idade e a reforma por velhice como causas de cessação do vinculum laboris: a (in)segurança social e o trabalho in *Estudo em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, Volume II, Coimbra Edita, pág.424

⁹⁴ MARTINS, João Zenha. A idade e a reforma por velhice como causas de cessação do vinculum laboris: a (in)segurança social e o trabalho in *Estudo em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, Volume II, Coimbra Edita, pág 427

⁹⁵ GOMES, JÚLIO. *Direito do Trabalho, volume I – Relações Laborais Individuais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 401

⁹⁶ GOMES, JÚLIO. *Direito do Trabalho, volume I – Relações Laborais Individuais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág.401

profissional irá ser mais curta do que a de um jovem trabalhador. As consequências para os trabalhadores mais idosos desta discriminação prendem-se com questões relacionadas com o recrutamento, formação, condições de trabalho, evolução da carreira, entre outros.

Importa esclarecer que a reforma tem influências a nível monetário e a nível psicológico na vida de um trabalhador. A nível psicológico, muitas das vezes, o facto de se ter uma ocupação, de se distrair e de desenvolver o raciocínio durante o trabalho é o suficiente para uma pessoa se sentir intelectualmente capaz e útil.

De acrescentar que os tribunais portugueses, como verificámos, não invocarem nem tiveram em consideração a jurisprudência e Diretiva da UE, em ambos os acórdãos aqui estudados e analisados. Como mencionámos, o direito nacional deve estar em conformidade com o direito da União e deve cumprir com as normas e directrizes emanadas pela UE, o que não sucedeu.

O facto de no artigo 343.º do CT, não estar prevista a idade dos 70 anos como forma de caducidade do contrato⁹⁷, parece-nos provar que o legislador teve bom senso e ponderou os interesses, no sentido de proteger aqueles trabalhadores que, por qualquer motivo, não tenham obtido/requerido a reforma por velhice. Não cremos que o artigo 343.º, CT seja meramente exemplificativo.

No que concerne aos problemas suscitados pela doutrina e jurisprudência, estes estão longe de estarem resolvidos. O facto de, por um lado, estarmos perante uma proteção aos trabalhadores, designadamente, nos seus direitos fundamentais, por outro lado, as entidades empregadoras necessitam de mecanismos que facilitem a sua produção e competitividade, tendo, muitas das vezes, que diminuir os custos com os trabalhadores.

Assim, a celebração de contratos com os mais jovens, que por vezes estão mais aptos para determinadas funções e a conversão do contrato de trabalho dos reformados e dos trabalhadores que perfazem 70 anos levam a que as empresas tenham uma maior possibilidade de aumentar o seu volume de negócio, de serem mais competitivas e estarem aptas a expandir-se no mercado.

⁹⁷ Segundo o Ac. TRL, 19/12/2012, (3747/09.2TTLSB.L1-4, Sérgio Almeida) “O art.º 348 do Código do Trabalho não determina a caducidade do contrato laboral por efeito de reforma por velhice do trabalhador, mas, pelo contrário, a subsistência do vínculo” (sublinhado nosso).

Relativamente ao regime de celebração de contratos de trabalho com trabalhadores reformados ou com 70 anos de idade, somos da opinião que podem ser celebrados contratos por tempo indeterminado, apesar de entendermos, também, o argumento defendido por certa doutrina de que poderá colocar em causa o princípio da igualdade entre trabalhadores que viram o seu contrato transformar-se em termo e outros que, com a mesma idade, celebraram contratos sem termo. Porém, a segurança e a estabilidade no trabalho são princípios essenciais na prossecução de uma relação laboral e que não podem ser violados nem postos em causa, o que, no nosso entender, estariam, se apenas fosse permitido a celebração de contratos a termo com trabalhadores que tenham 70 anos de idade ou que tenham requerido a reforma por velhice.

Por fim, importa ainda mencionarmos a questão da forma como os contratos passam a termo. Tendo em consideração que os direitos e deveres das partes se mantêm quando existia uma relação por tempo indeterminado, não nos parece que haja um novo contrato, mas uma transformação, tal como grande parte da doutrina portuguesa defende.

Em suma, o artigo 348.º, CT continuará a provocar muitas discussões doutrinárias e jurisprudências. Na verdade, o princípio da igualdade fica posto em causa quando percebemos que existem dois grupos de trabalhadores que são tratados de modo diferente dos restantes trabalhadores. Aliás, mesmo no artigo 348.º, CT existe um tratamento diferenciado entre os trabalhadores reformados e os trabalhadores com 70 anos de idade, sendo possível afirmar que podemos estar perante uma discriminação indireta relativamente aos trabalhadores reformados e uma discriminação direta relativamente aos trabalhadores que perfaçam 70 anos de idade. Porém, é necessário entendermos que existem medidas justificativas para este tratamento diferenciado, mas tais medidas têm que ser proporcionais, adequadas e legítimas.

Concluindo, o que nos parece defensável declarar é que poderá ser invocada a discriminação em razão da idade dos trabalhadores mais velhos em determinadas situações, e portanto que existe uma violação do princípio da igualdade, mas tal discriminação poderá ser considerada justificada, desde que cumpra com os requisitos exigidos pelo TJ e pelo artigo 6.º da Diretiva.

7) Bibliografia

AA.VV. *Código do Trabalho Anotado*, Almedina 2013, 9ª Edição

ALMEIDA, Joana. “Do Artigo 348º do Código do Trabalho à luz do Direito Comunitário”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano 2009, n.º50, pág. 117-155

AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho*, Noções Básicas, Almedina, Coimbra, 2016

AMADO, João Leal. “Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão de 14 de Janeiro de 2016, Secção de Jurisprudência”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 2015-2016, n.º 145, págs.296-303

BLACKHAM, Alysia, *Extending Working Life for older Workers. Oxford and Portland Oregon*, 2016

CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 107º*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 4ª Edição
Revista

DEAKIN, Simon, MORRIS, Gillian S. *Labour Law*, Hart Publishing, 2012, Sixth Edition

DORON, Israel. *Age and Ageing*, Volume 42, Issue 5, 1 September 2013, Older Europeans and the European Court of Justice, <https://academic.oup.com/ageing/article/42/5/604/18131>, consult. Em 14/04/2018

FARIA, Paulo Ramos. “Velhos são os trapos: percorrendo por analogia sobre o Acórdão Palacios de la Villa”, *Questões Laborais*, 2009, n.º 34, págs.225-267

FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*, Almedina, 2017, 18ª Edição, Edição Especial Comemorativa dos 40 Anos

GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, Volume I, Relações Individuais, Coimbra Editora, 2007

GOSSERIES, Axel “*What Makes Age Discrimination Special? A Philosophical Look at the ECJ Case Law*”, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2014

MARTINEZ, Pedro Romano. *Da Cessação do Contrato*, Almedina, 2015, 3ª Edição

MARTINS, João Zenha in “A idade e a reforma por velhice como causas de cessação do vinculum laboris: a (in)segurança social e o trabalho”, *Estudo em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, Volume II, Coimbra Edita, págs

MARTINS, Pedro Furtado. *Cessação do Contrato de Trabalho*, Principia, 2012, 3ª Edição,

MESTRE, Bruno. “Sobre o conceito de discriminação- uma perspectiva contextual e comparada”, *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, I, Lisboa, 2015, págs. 377-410

MOREIRA, Teresa Coelho, *Igualdade e Não Discriminação*, Estudos de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2013

NETO, Abílio. *Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, Ediforum, Edições Jurídicas, Lda., Lisboa, Setembro 2010, 2ª Edição

PAIS Sofia Oliveira. *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia, uma abordagem jurisprudencial*, Almedina, 2013, 3ª Edição,

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho Parte II- Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2016, 6ª Edição

SILVA, Rita Canas da in “Discriminação laboral em função da idade”, *Congresso Europeu de Direito do Trabalho Lisboa, 2012*, (José João Abrantes), Almedina, Coimbra, 2014, págs.237-289

XAVIER, Bernardo Lobo, CORREIA, Sérvulo, “A reforma do trabalhador e caducidade do contrato”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1973, ano XX, n.º 1, págs. 55-82

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de Direito do Trabalho, et.al.*, Rei dos Livros, 2018, 3ª Edição, Revista e Actualizada

WITTE, Bruno de, “From a “Common Principle of Equality” to European Antidiscrimination Law””, *American Behavioral Scientist*, Sage Publications, 2010