



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Discriminação em razão da idade e políticas de emprego

Catarina Joana Faria Quintas Nogueira Da Costa

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Discriminação em razão da idade e políticas de emprego

Catarina Joana Faria Quintas Nogueira Da Costa

Orientador: Professora Doutora Milena Rouxinol

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022

À minha família.

À Professora Doutora Milena Rouxinol
pelos conselhos e acompanhamento.

RESUMO

A corrente dissertação de mestrado tem como objetivo abordar os princípios da igualdade e da não discriminação em relação à idade dos trabalhadores sejam os mais velhos ou os mais novos, de forma a analisar a conformidade dos art. 348º e art. 112º ambos do Código do Trabalho.

A abordagem irá ser feita tendo em conta a Diretiva 78/2000/CE, que define um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional; também iremos recorrer à jurisprudência do Tribunal de Justiça e analisá-la.

PALAVRAS-CHAVE

Idade, igualdade, discriminação, art. 112º, art. 348º, CT, Direito da União Europeia

ABSTRACT

The current master's dissertation aims to address the principles of equality and non-discrimination in relation to the age of workers, whether older or younger, in order to analyze the compliance of art. 348º and art. 112º both of the Labor Code.

The approach will take into account Directive 78/2000/EC, which defines a general framework for equal treatment in employment and professional activity; we will also refer to the case law of the Court of Justice and analyze it.

KEYWORDS

Age, equality, discrimination, art. 112º, art. 348º, CT, European Union Law

ÍNDICE

1 – SIGLAS E ABREVIATURAS.....	7
2 – INTRODUÇÃO.....	9
3 - PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO – NOTAS GERAIS	11
3.1 – Igualdade e não discriminação – dois vetores de um imperativo de dignidade	11
3.2 - Modalidades de discriminação - a discriminação direta e a indireta, em especial	13
4 - A IDADE COMO FATOR DE DISCRIMINAÇÃO	14
4.1 - Trabalhadores à procura de primeiro emprego	16
4.1.1. - Acórdão n.º 318/2021 de 18/05.....	23
4.2 – Trabalhadores com mais idade	30
4.2.1 – Problemática jurisprudencial.....	36
5 – A Jurisprudência do TJUE, o art. 348º do CT e o art. 6.º da Diretiva	38
6 – CONCLUSÃO.....	44
7 – BIBLIOGRAFIA	46

1 – SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

al. – alínea

art(s). – artigo(s)

CC – código civil (aprovado pelo DL n.º 47344/66, de 25 de novembro, com as suas sucessivas alterações).

C.c. – Convenção Coletiva

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cfr. – Conforme

consult. – consultado

CRP – Constituição da República Portuguesa – Decreto de 10 de Abril de 1976, alterado pela Lei n.º 1/2005, de 12/08.

CT – Código do Trabalho (aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com as suas sucessivas alterações)

ct – contrato de trabalho

DL – Decreto-Lei

DP – Despacho normativo

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

EM – Estados-Membros

Et al. – e outros

EUA – Estados Unidos da América

Ex. – Exemplo

IEFP, I.P. – Instituto do Emprego e da Formação Profissional, I.P.

LCCT – Lei da Cessação do Contrato de Trabalho – Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de fevereiro

N(s).º – Número(s)

Ob. cit. – obra citada

OIT – Organização Internacional do Trabalho

pág(s). – página(s)

prin(s). – Princípio(s)

Proc. – Processo

Seg. Soc. – Segurança Social

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UE – União Europeia

2 – INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo abordar as políticas de emprego e analisar uma possível discriminação em função da idade dos trabalhadores, sendo o tema atual e controverso tanto a nível nacional como internacional.

Como refere *Teresa Moreira*, o envelhecimento constitui uma das maiores adversidades que os países mais desenvolvidos enfrentam. Portugal instiga os trabalhadores a permanecer mais tempo no ativo, aumentando a idade da reforma e criando penalizações aos trabalhadores que tentarem reformar-se mais cedo.¹

Concordamos com *Teresa Moreira* quando critica a proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores mais velhos que vêm na sequência de políticas financeiras e económicas dos EM, tendo em conta que as taxas de emprego da população rondam os 70% e mais de 50% são trabalhadores que têm entre 55 a 64 anos.²

Por outro lado, em Portugal existem taxas elevadas de desemprego mais jovem, visto que o início das carreiras profissionais é pautado por instabilidade e precariedade.

Um fenómeno muito associado à discriminação etária é o da existência de *políticas de emprego*³, que, num duplo sentido, podem servir como facilitador de extinção dos ct dos mais velhos, com o motivo de facilitar a contratação jovem. E pelo contrário podem servir para facilitar a contratação através de vínculos contratuais mais precários, pelo que por vezes se alega que mais vale um emprego precário do que nenhum emprego⁴.

¹ MOREIRA, *Teresa Coelho*. “A discriminação em razão da idade no contexto de uma população envelhecida na EU”, *Igualdade e não Discriminação, Estudos de Direito do Trabalho*, 2013, Almedina, pág. 11.

Júlio Gomes explica que antes se incentivava uma pré-reforma voluntária, que se tratava de uma saída coagida pelos empregadores quanto aos trabalhadores mais velhos. Referindo-se às dificuldades dos trabalhadores com mais de 50 anos em voltar ao mercado de trabalho. GOMES, *Júlio*. *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, pág. 404.

Muitos trabalhadores mais velhos diante das dificuldades para voltar ao mercado de trabalho, tentaram aproveitar a proteção no desemprego até conseguirem obter a antecipação da reforma, aceitando desta forma as penalizações nos valores a receber. HESPANHA, *Pedro, et. al.* *Trabalho e Políticas de Emprego, um retrocesso evitável*, Conjuntura Actual, 2017, pág. 159.

² Cfr. *Teresa Coelho Moreira*, ob. cit., pág. 12.

³ Destinam-se ao combate ao desemprego e à proteção de desempregados e de grupos vulneráveis. As políticas do mercado de emprego destinam-se à (re)inserção de desempregados no mercado laboral, orientadas pelo IEFP, I.P. COSTA, *Sofia Pessoa e.* “Políticas ativas do mercado do trabalho”, in I Conferência Luso-Espanhola de Direito do Trabalho, A reforma laboral em Portugal e Espanha, Almedina, 2016, págs. 257 a 259.

⁴ Referindo *Monereo Pérez* que uma política de emprego deve ter em vista a inclusão das pessoas, tentando evitar situações de exclusão social e precarização laboral. MONEREO PÉREZ. José Luis, *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Editorial Bomarzo S.L., 2011, págs. 5 e 6.

Outra nota característica da idade enquanto fator de discriminação é a dificuldade em definir marcos acima ou abaixo dos quais a diferenciação ocorre. Porém, como se verá, talvez não seja essencial definir esse marco, mas sim reconhecer numa situação concreta o fenómeno discriminatório.

A discriminação etária pode ocorrer no acesso, durante e no final do emprego, pelo que iremos concentrar-nos na discriminação dos trabalhadores mais velhos, nos termos do art. 348º do CT e nos trabalhadores à procura do primeiro emprego, nos termos do art. 112º, n.º 1., al. b), iii) do CT.

Neste trabalho iremos analisar em primeiro lugar o tema da discriminação, abordando dois grupos de trabalhadores que se encontram numa situação mais desfavorável, referindo as questões que são levantadas neste âmbito, doutriniais e jurisprudenciais relacionadas com estes temas.

Num terceiro ponto iremos fazer uma abordagem à jurisprudência europeia, tendo em conta a importância e os reflexos desta a nível nacional.

Por fim, o nosso objetivo será o de concluir por uma conformidade ou não dos art. 112º, n.º 1., al. b), iii) e art. 348º ambos do CT, com os prin. da igualdade e da não discriminação.

3 - PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO – NOTAS GERAIS

3.1 – Igualdade e não discriminação – dois vetores de um imperativo de dignidade

O prin. da igualdade vem consagrado em distintas fontes nacionais e internacionais. Salientamos o art. 7.º da DUDH, o art. 14.º da CEDH e os arts. 20.º e 21.º da CDFUE. No Direito nacional, o art. 13.º da CRP assume-se como norma geral, sendo especificado no art. 59.º⁵.

O prin. da não discriminação etária é um princípio geral de direito comunitário que vigora sobre normas nacionais contrárias, sendo referido na Diretiva.⁶

Guilherme Dray refere que o prin. da igualdade ocorre centralizado na pessoa e no objetivo de declarar a sua dignidade.⁷ A ideia de tratar de forma igual o que é igual e de forma distinta o que é distinto está relacionada com o prin. da dignidade. A dignidade está intrinsecamente ligada ao prin. da igualdade material, que aceita dadas políticas ativas ou de ação positiva para alcançar a igualdade entre os indivíduos, e posteriormente a dignidade.⁸

Para *Vera Raposo*, a discriminação define-se como uma conduta sustentada em preconceitos injustificados ou insensatos, que se manifestam em diferenciações⁹, exclusões ou opções, motivadas pelo sexo ou outros, que resultem na afetação do exercício normal dos “(...)direitos humanos e das liberdades fundamentais em condições de igualdade.”¹⁰ A discriminação acaba por ser uma das demonstrações da violação do prin. da igualdade, que é mais amplo, sendo o prin. da não discriminação um efeito da igualdade.¹¹

⁵ MESTRE, Bruno. “Sobre o conceito de discriminação - uma perspectiva contextual e comparada”, in Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Volume I, Universidade Católica Editora, 2015, pág. 379.

⁶ Estabelecido no Acórdão Mangold, Proc. C-144/04, de 22/11/2005, ponto 75 e 77. CABRAL, Pedro. “Um novo princípio geral de direito comunitário: O princípio de não discriminação em razão da idade”, *Temas de Integração*, N.º 25, 2008, pág. 235 a 253.

⁷ DRAY, Guilherme. *O Princípio da Proteção do Trabalhador*, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 127.

⁸ Cfr. *Guilherme Dray*, ob. cit. pág. 127.

⁹ As diferenciações são consideradas legítimas quando forem objetivas, não tenham uma motivação injusta, possuam um fim legítimo e sejam proporcionais ao fim pretendido. 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.

¹⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. “Os limites da igualdade: um enigma por desvendar (a questão da promoção da igualdade laboral entre sexos)”, *Questões Laborais*, 2004, n.º 23, Coimbra Almedina, pág. 45.

¹¹ Cfr. *Vera Lúcia Raposo*, ob. cit. pág. 45.

O prin. da igualdade tem origem na proibição de discriminações aleatórias e o prin. da não discriminação baseia-se na dignidade, cujo principal objetivo é tratar de forma igual todos, independentemente das características que possuem. O prin. da igualdade valoriza o que une e equipara os seres humanos, que são semelhantes, mas não idênticos, valorizando o que os aproxima, mas também o que os distingue. Por seu turno o prin. da não discriminação vem evidenciar o que nos distingue.

Júlio Gomes refere que podem existir atos de discriminação, que adaptados ao caso em concreto, podem não ser verdadeiramente discriminatórios, mas consistirem numa incapacidade de realização do trabalho ou numa redução dessa capacidade, referindo que é o que costuma acontecer com a idade, apesar desta situação não retirar a capacidade de trabalho. Referindo que a idade avançada pode estar associada a limitações que podem ser físicas ou psíquicas, que podem influenciar a aptidão ou recetividade do trabalhador.¹²

Bruno Mestre explica que uma das fontes do direito antidiscriminação é o prin. da igualdade, sendo que “(...) a ratio subjacente ao direito antidiscriminação: a de que ninguém deve ser sujeito a um tratamento diferenciado com base em motivos que escapam ao seu controlo.”¹³ Neste sentido, o autor refere que este direito não impõem um tratamento idêntico, alheio às características próprias de cada ser humano, nem retira a liberdade contratual aos agentes económicos, remetendo para os art. 26.º da CRP, art. 16º, 17º da CDFUE, tendo como objetivo impedir discriminações abusivas, que não têm justificação séria, sentido fundado e um motivo plausível.¹⁴

Por fim, o art. 25º do CT proíbe a discriminação em função de qualquer um dos fatores presentes no art. 24º, n.º 1. do CT, inclusive a idade; vai ao encontro do considerando n.º 11 e dos arts. 1.º e 2.º da Diretiva 2000/78/CE¹⁵. Nos termos do art. 25º, n.º 2., do CT, inexistente um ato ilícito discriminatório quando se verificar um fundamento de justificação determinante para a atividade profissional em causa, em virtude da sua natureza ou do seu contexto, sendo o “*objetivo legítimo e o requisito proporcional*”. No que se refere, concretamente, à idade, aceitam-se ainda, diferenças de tratamento quando “*necessárias e apropriadas à obtenção de um objetivo legítimo*”, nomeadamente de

¹² Cfr. *Júlio Gomes*, ob. cit., pág. 390.

¹³ *MESTRE, Bruno. Direito Antidiscriminação, Uma perspetiva europeia e comparada*, Vida Económica-Editorial, AS, Porto, 2020, pág. 11.

¹⁴ Cfr. *Bruno Mestre, Direito ...*, cit., pág. 12.

¹⁵ Os art(s). 23º a 29º do CT transpõem a Diretiva 2000/78/CE, de 27/11/2000, que estabelece normas orientadoras para a igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional. Doravante só Diretiva.

políticas de emprego, de acordo com o art. 25º, n.º 3., do CT, que corresponde ao art. 6.º da Diretiva.

3.2 - Modalidades de discriminação - a discriminação direta e a indireta, em especial

O direito antidiscriminação tem como objetivo tratar os indivíduos como são, evitando que sejam discriminados. Importa verificar se o tratamento dado a cada sujeito seria o mesmo, na hipótese de ele não se integrar em determinado grupo. Salienta-se a escolha correta do comparador, pelo que se isso não suceder pode-se concluir pela inexistência de discriminação, quando na realidade ela existe. A discriminação etária é difícil de apurar e é de fácil dissimulação, pois tratando-se de um despedimento, este pode ser devido à idade ou à má função do trabalhador. *Júlio Gomes* questiona se a comparação deve ser feita entre trabalhadores com 20, 30, 40 ou mais anos.¹⁶

Com fundamento no referido surgiram modalidades de discriminação, salientaremos a direta e a indireta.¹⁷

O autor do ato discriminatório não tem de atuar com propósito de prejudicar, basta um tratamento diferenciado associado a um dos fatores discriminatórios, autonomamente da intenção, não sendo necessário dolo específico.¹⁸

A discriminação direta, forma mais evidente e notória de discriminação, verifica-se quando alguém por causa de um fator de discriminação recebe um tratamento menos favorável do que aquele que foi, é ou será dado a outrem numa situação similar, art. 23º, n.º 1., al. a) do CT e art. 2.º, n.º 2, al. a) da Diretiva.

A discriminação direta pode ser fundamentada por requisitos ocupacionais genuínos; assim, o tratamento que, apesar de baseado num fator de discriminação, é justificável e fundamental para o exercício da profissão, tendo em conta a natureza da atividade ou o contexto da sua realização, é legítimo, nos termos do art. 25º, n.º 2. do CT, equivalente ao art. 4.º da Diretiva.

A discriminação indireta verifica-se quando um critério ou outro que supostamente é neutro é capaz de colocar um indivíduo, por causa da idade, numa situação desvantajosa comparativamente com outros, a não ser que haja uma justificação

¹⁶ Cfr. *Júlio Gomes*, ob. cit. pág. 408.

¹⁷ Cfr. *Bruno Mestre, Direito ...*, cit., págs. 14 e 15.

¹⁸ Cfr. *Bruno Mestre, Direito ...*, cit., pág. 14.

para um fim legítimo e que os meios para alcançar esse fim sejam necessários e adequados, art. 23º, n.º 1., al. b) e art. 2.º, n.º 2., al. b), i), art. 4.º e 6.º da Diretiva.

Salientamos o considerando n.º 15 da Diretiva que indica que a discriminação indireta possa ser provada por quaisquer meios, inclusive os dados estatísticos.¹⁹

Por fim, quanto ao ónus da prova, *Bruno Mestre* refere que a Diretiva, art. 10.º e a legislação nacional, art. 25º, n.º 5. do CT não estabelecem uma verdadeira inversão do ónus da prova, no sentido dos art. 344.º e 350.º ambos do CC, sustentando uma divisão deste ónus, entre demandante e demandado.²⁰ *Teresa Moreira* aborda a partilha do ónus da prova, mas também refere uma inversão deste ónus.²¹ *Júlio Gomes* refere uma amenização da prova para quem afirma a discriminação.²²

4 - A IDADE COMO FATOR DE DISCRIMINAÇÃO

A idade ao contrário de outras características (tendencialmente) inalteráveis, altera-se ao longo do tempo. Está, por outro lado, associada a pré-compreensões que bem podem mostrar-se injustas e falsas.

A Diretiva não estabelece uma idade mínima, abaixo ou acima da qual um tratamento particular se considere discriminatório. Pelo contrário, nos EUA a lei determina a idade mínima dos 40 anos “*a partir da qual a discriminação é proibida*”.²³

O facto de, no contexto europeu, inexistir qualquer marco permite, naturalmente, concluir que podem ser alvo de discriminação etária, em relação a outros, quer os mais jovens, quer os mais velhos.²⁴ Compreende-se, na verdade, que também os jovens sejam alvo de tutela. Com efeito, as resistências à sua integração no mercado de trabalho produzem consequências muito gravosas, quer do ponto de vista subjetivo, quer socialmente.

¹⁹ Cfr. *Bruno Mestre, Direito ...*, cit., pág. 69.

²⁰ Cfr. *Bruno Mestre, Direito ...*, cit., pág. 87.

²¹ Cfr. *Teresa Coelho Moreira*, ob. cit. págs. 36 e 37.

²² Cfr. *Júlio Gomes*, ob. cit., pág. 424.

²³ Cfr. *Júlio Gomes*, ob. cit., pág. 400.

²⁴ *SILVA, Rita Canas da. “Discriminação Laboral em função da Idade”, in Congresso Europeu de direito do Trabalho*, coord. José João Abrantes, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 253.

Admite-se, porém, que a discriminação mais frequente seja contra os mais velhos, contribuindo para este pensamento estereótipos associados a uma inflexibilidade excessiva, à falta de adaptação às tecnologias mais recentes, uma custosa formação profissional, falta de investimento pelos empregadores, entre outros.

Neste sentido, concordamos com *BOB HEPPLE*, que refere ser “*essencial que o Estado adote políticas activas de formação profissional dos trabalhadores mais idosos sob pena de estes ocuparem apenas postos de trabalho não especializados ou pouco especializados*”²⁵. Também se questiona uma justiça entre gerações que defende que os trabalhadores mais velhos que tenham tido bons anos de rendimentos devessem afastar-se dos seus empregos de forma a deixarem vagas para os mais jovens que começam o seu percurso profissional.²⁶ *Júlio Gomes* aborda uma associação a uma maior antiguidade e salários mais elevados aos trabalhadores mais velhos, realidades que os tornam “(...) *nas vítimas ideais de qualquer “cura de emagrecimento” de uma empresa.*”²⁷ O autor refere que a súbita preocupação com estes trabalhadores se deve à baixa natalidade, à maior longevidade das pessoas e a uma redução da população ativa o que reflexamente afetará a Seg. Soc.²⁸

O art. 4.º da Diretiva²⁹ refere que os EM podem estabelecer que um tratamento diferenciado fundado na idade não seja discriminatório desde que a idade simbolize um requisito essencial e decisório para uma dada profissão ou para as condições de exercício, na circunstância de o fim ser legítimo e o requisito proporcional.³⁰

Mas, no art. 6.º, n.º 1., a Diretiva acrescenta que os EM podem estabelecer que um tratamento diferenciado fundado na idade não seja discriminatório se objetivo e razoavelmente justificado por um objetivo legítimo, incluindo políticas de emprego e desde que os meios sejam apropriados e necessários para alcançar esse fim.³¹ A Diretiva

²⁵ Cfr. *Júlio Gomes*, ob. cit., págs. 401 e 402.

²⁶ Cfr. *Júlio Gomes*, ob. cit., pág. 402.

²⁷ Cfr. *Júlio Gomes*, ob. cit., pág. 403.

²⁸ Cfr. *Júlio Gomes*, ob. cit., pág. 404.

²⁹ A Diretiva aplica-se aos trabalhadores do setor privado e público, art. 3.º, n.º 1, sendo o seu âmbito profissional, não incluindo a Seg. Soc.

³⁰ Nos EUA a idade é decisória para se aceder ou não a certas profissões, nomeadamente para se ser piloto de aviação, polícia ou outros nos quais é necessário possuir uma boa preparação física para exercer os cargos e a idade é um indicador da aptidão para aguentar as condições físicas do emprego. Cfr. *Júlio Gomes*, ob. cit., pág. 407.

No *Ac. Wolf, Proc. C-229/08, de 12/1/2010*, o TJUE decretou a conformidade do art. 4.º da Diretiva com uma legislação que fixou a idade máxima de 30 anos para o recrutamento de trabalhadores para a função de bombeiros.

³¹ Cfr. o considerando n.º 25 da Diretiva.

abre, pois, caminho a outro tipo de justificação da discriminação em razão da idade, que o legislador nacional acolheu no art. 25.º, n.º 3, do CT.

A Diretiva não define o que entende por objetivo legítimo, tendo o TJUE defendido a liberdade dos EM para definirem e escolherem as medidas apropriadas para obterem os seus objetivos relacionados ao emprego. Em relação ao caso português, deve ter-se em conta o art. 58.º, n.º 2, al. a) da CRP.

O art. 6.º, n.º 1., al. a), b) e c), da Diretiva, fornecem exemplos de tratamentos que podem ser efetuados para atingir esses objetivos legítimos, sendo que a lista não é taxativa, tendo sempre de respeitar o prin. da proporcionalidade.

A idade está, como veremos, na base de diversos regimes jurídicos diferenciadores, desde a criação de condições de acesso ao emprego particulares para jovens, até à permissão de desvinculação menos condicionada para determinados grupos etários, etc. Vê-lo-emos ulteriormente, no contexto da análise da jurisprudência do TJUE.

4.1 - Trabalhadores à procura de primeiro emprego

O ordenamento jurídico português não utiliza a categorização em função da idade dos mais jovens para a promoção de emprego, mas a tentativa de criar uma solução baseada na categoria dos trabalhadores à procura do primeiro emprego pode ter impacto preferencial sobre esse grupo de trabalhadores. Os trabalhadores à procura de primeiro emprego estão atualmente inseridos no período experimental.

A reforma laboral operada pela *Lei n.º 93/2019, de 4/9/2019*, que, alegadamente, visou diminuir a precariedade³², teve um impacto significativo no domínio do período experimental, tendo também, em simultâneo, alterado o regime jurídico da contratação a termo³³ - tudo no respeitante à categoria dos designados trabalhadores à procura do primeiro emprego e desempregados de longa duração. Vejamos em que sentido, sendo

³² *A precariedade pode ser vista como conveniente para alguns empregadores, pois está associada a um frágil vínculo laboral, facilitando um ajuste dos trabalhadores consoante as necessidades temporárias da empresa, mas prejudica a estabilidade laboral, as expectativas de progressão na carreira e de remuneração.*

FALCÃO, David e Sérgio Tenreiro Tomás. “Algumas notas sobre as medidas implementadas pela Lei N.º 93/2019, de 4 de Setembro, relativas ao combate à precariedade laboral – o período experimental e a contratação a termo”, *Revista do CEJ*, 2.º Semestre 2020, Número 2, págs. 226 e 227.

³³ *Existem outras medidas, por exemplo o trabalho intermitente, o temporário, entre outras. Cfr. David Falcão, “Algumas notas ...”, cit., pág. 227.*

certo que nos concentraremos na primeira destas categorias, por nos parecer que é a convocada, ainda que indiretamente, pelo problema da diferenciação etária.

O período experimental vem regulado nos art. 111º a 114º do CT. Equivale à fase inicial de execução do ct, durante o qual o prin. da segurança no emprego³⁴ não vigora em toda a sua extensão. Este período justifica-se pelo conhecimento mútuo das partes do funcionamento da relação contratual, as aptidões do trabalhador para as funções a desempenhar e as condições de trabalho, art. 111º, n.º 1. e 2. do CT.

Se este período de prova se não for bem-sucedido, ou seja, “(...)se as partes não se satisfizerem com a execução do contrato durante essa fase inicial(...)”³⁵ é permitida uma cessação quase sem restrições. Sendo este período caracterizado por qualquer das partes poder denunciar o contrato sem existir aviso prévio, alegação de justa causa, nem a existência de indemnização, (art. 114º, n.º 1 do CT).

Júlio Gomes explica que o empregador pode usar este período de forma abusiva incorrendo em práticas discriminatórias, pois durante este período a desvinculação é mais acessível, pelo que no fim deste prazo terá mais dificuldades na cessação, arts. 338º a 393º do CT.³⁶ “Poderá, na verdade, haver razão bastante para se concluir que a decisão extintiva assentou noutra ordem de motivos, alheios à existência do período experimental e, porventura, ilegítimos, v. g., por serem discriminatórios. E, assim sendo, o ato extintivo tem o valor de um despedimento, a reputar, evidentemente de ilícito.”³⁷

Bernardo Xavier explica que existe um momento inicial de fragilização, mas que o ct se vai tornar estável, “(...) contribuindo portanto para o emprego e para a segurança e estabilidade no emprego. Assim, o art. 114.º, I, não entra em conflito com o art. 53.º da Const.”³⁸ Salienta-se que a bilateralidade “do instituto não pode ocultar que este se

³⁴ Este prin. estimula a continuidade do vínculo laboral, sendo a permanência essencial, tanto para os trabalhadores, ajudando-os a ter estabilidade económica; como para os empregadores, perpetuando a mão-de-obra na empresa. A estabilidade financeira possibilita aos trabalhadores planearem a sua vida, conseguindo o seu sustento, bem como da sua família, possibilitando decisões futuras, como certos compromissos financeiros. CAMPOS, Alice Pereira de. *O contrato de Trabalho a Termo, Uma forma de trabalho precário?*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, pág. 237.

O prin. da estabilidade no emprego, art. 53.º da CRP serve como parâmetro para analisar a duração do período experimental adequado a cada tipo de ct. ROUXINOL, Milena Silva. “A Lei nº 93/2019, de 4/09, e o alargamento da duração do período experimental”, *Questões Laborais*, N.º 55, 2019, pág. 66.

³⁵ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de direito do Trabalho*, Letras e Conceitos, 4ª Edição, 2020, pág. 643.

³⁶ GOMES, Júlio. “Do uso e abuso do período experimental”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, N.º 1 e 2, 2000, pág. 47, (37-74).

³⁷ Cfr. Milena Silva Rouxinol, “A Lei ...”, cit., pág. 65.

³⁸ Cfr. Bernardo da Gama Lobo Xavier, ob. cit., pág. 643.

No mesmo sentido para Pedro Martinez durante o período experimental não vigora o prin. da estabilidade. MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*, 10ª Edição, Almedina, Coimbra, 2022, pág. 460.

*encontre principalmente ao serviço do empregador. Simplesmente, não se deve esquecer que, no plano da dinamização do mercado de emprego, a possibilidade de contratar rapidamente, sem recurso a trâmites complicados de informação e de aptidão, com garantia de imediata correção da quebra de expectativas dada por uma desvinculação sem problemas, facilita enormemente a contratação de trabalhadores.”*³⁹

Se o contrato fosse estável logo no momento da contratação, seria bastante mais complicado o primeiro emprego, explicando que inicialmente é necessário um emprego e só depois se aborda a segurança.⁴⁰

*Em contrário, Leal Amado explica que este instituto se encontra no limiar da inconstitucionalidade, sendo atentatório do prin. da segurança no emprego, art. 53.º da CRP, pelo que o trabalhador só deverá estar nesta posição pelo tempo estritamente necessário, para se apurar se possui as qualidades pedidas para desempenhar o cargo para o qual foi contratado.*⁴¹

No caso de o período experimental durar mais de 60 ou 120 dias, o empregador deve cumprir o prazo de aviso prévio de 7 ou 15 dias, respetivamente, art. 114º, n.º 2 e 3 do CT. O não cumprimento do aviso prévio determina o pagamento por parte do empregador da retribuição que corresponde ao aviso em falta, art. 114º, n.º 4. do CT.

No final deste período as regras e os prin(s). sobre o fim do ct serão aplicadas, pelo que vigorará para o empregador a proibição do despedimento infundado, cfr. art. 53.º da CRP.

A duração do período experimental muda em função do tipo de ct, se é por tempo indeterminado, a termo (ou ainda em regime de comissão de serviço), da duração do mesmo, nos casos em que é a termo, da atividade para a qual o trabalhador é contratado, quando o vínculo é por tempo indeterminado e, desde a entrada em vigor da Lei n.º 93/2019 e correspondente introdução do ponto iii da al. b) do art. 112º, n.º 1, varia também em função da categoria a que pertence o trabalhador contratado. Sendo o contrato celebrado por tempo indeterminado, os trabalhadores à procura de primeiro emprego terão um período experimental de 180 dias, mesmo que contratados para funções indiferenciadas.

³⁹ Cfr. *Bernardo da Gama Lobo Xavier*, ob. cit., pág. 643.

⁴⁰ Cfr. *Bernardo da Gama Lobo Xavier*, ob. cit., pág. 644.

⁴¹ *AMADO, João Leal. Contratos de Trabalho, Noções Básicas*, Almedina, 3ª Edição, 2019, pág. 172.

A *Lei n.º 93/2019* alargou o período de experiência desta categoria para 180 dias, quando antes estes podiam ser inseridos no período de 90 dias, no caso de funções generalizadas.⁴²

Os trabalhadores à procura do primeiro emprego que sejam contratados para cargos de complexidade técnica ou para funções de confiança, art. 112º, n.º 1., al. b), i) e ii) do CT já teriam um período de 180 dias. A mesma situação se repete para os trabalhadores desta categoria contratados para cargo de direção ou quadro superior, que terão um período de prova de 240 dias, art. 112º, n.º 1., al. c) do CT.

O propósito deste alargamento terá sido o fomento da contratação destes trabalhadores sem termo, procurando a sua inclusão estável no mercado laboral, comparativamente com a contratação a termo.⁴³

Desta forma, os trabalhadores desta categoria, contratados por ct por tempo indeterminado passaram a estar inseridos num período experimental de 180 dias, mesmo para tarefas gerais, a não ser que haja uma exclusão ou redução pelas partes, cfr. art. 111º, n.º 3. e art. 112º, n.º 5. ambos do CT.

A duração deste período é reduzida ou excluída no caso de anteriores contratos, art. 112º, n.º 4. do CT. *“Trata-se de uma norma excepcional – justificada num contexto de combate ao trabalho precário – que não importa aplicação analógica (art. 11.º CC); é necessária a coincidência de atividade, posto de trabalho ou objeto. Este regime pressupõe a existência de continuidade, porquanto em caso de interregno deixa de se justificar a sua aplicação.”*⁴⁴

A par desta alteração, também se modificou o art. 140º, n.º 4., al. b) do CT, que, antes, abarcava a categoria destes trabalhadores permitindo a contratação a termo certo destes sujeitos só por pertencerem a este grupo, mantendo a contratação a termo certo para trabalhadores em situação de desemprego de muito longa duração.

Na versão da *Lei n.º 90/2019, de 04/09*⁴⁵ o art. 140º, n.º 4., al. b) do CT permitia a contratação a termo certo desta categoria, podendo o ct ser renovado até três vezes e a sua duração não podia exceder os 18 meses, cfr. art. 148º, n.º 1., al. a) do CT. Havia uma proibição de celebração sucessiva destes ct, mas a proibição não se aplicava a este grupo,

⁴² OLIVEIRA, Pedro. “Nada de novo debaixo do Sol: o período experimental e a precariedade das relações laborais”, *Questões Laborais*, N.º 55, 2019, pág. 88.

⁴³ Veja-se a *Proposta de Lei n.º 136/XIII*. Cfr. Milena Silva Rouxinol, “A Lei ...”, *cit.*, pág. 70. Também foram as políticas de emprego que fundamentaram a contratação a termo certo desta categoria.

⁴⁴ Cfr. Pedro Romano Martínez, *ob. cit.*, pág. 465.

⁴⁵ Art. 140º a 344º da anterior *Lei n.º 90/2019, de 04/09*.

art. 143º, n.º 1. e 2., al. d) do CT.⁴⁶ Por isso, estes trabalhadores podiam ser contratados desta forma sem fim, o que era atentatório do prin. da estabilidade laboral, art. 53.º da CRP.

O ct a termo certo tinha em princípio a duração mínima de seis meses, só podendo ser celebrado por prazo inferior nas situações do art. 140º, n.º 2., al. a) a g) do CT. Nos termos do art. 149º, n.º 1. e 2. do CT as partes podiam acordar, que o ct a termo certo não fosse renovado, mas na ausência dessa estipulação e de qualquer declaração das partes, o ct renovava-se no final do termo, por igual período se outro não fosse acordado pelas partes.

Quanto à caducidade, era necessária a comunicação do empregador ou do trabalhador, no prazo de 15 ou 8 dias, por escrito da vontade de cessação do ct, art. 344º do CT. Se esta declaração partisse do empregador, o trabalhador tinha direito a uma compensação pela cessação do ct, art. 344º, n.º 2. do CT.

Milena Rouxinol refere que o ct a termo certo para estes trabalhadores “(...) poderia ser estável, ou por ser celebrado dessa forma ab initio, ou por, esgotado o número de renovações legalmente permitidas, ou o prazo máximo de duração admitido, a entidade empregadora permitir a sua conversão ope legis em contrato sem termo.”⁴⁷

Situação que, porém, na maioria dos casos não sucedia.

A alteração vem trocar “(...)o regime de precariedade controlada do contrato a termo(...)”⁴⁸ que tem uma limitação conhecida pelo seu termo, protegendo o trabalhador inclusive no fim do ct através do direito a uma indemnização, por um período de prova no qual o ct pode findar sem justa causa, sem aviso prévio e sem indemnização.

A nível legal, para *Rosário Ramalho*, a situação pode configurar uma *discriminação indireta em razão da idade*, pois apesar da norma não se referir aos jovens, cremos que, tendencialmente, os sujeitos que pertencem a esta categoria terão idades jovens, o que compromete a sua estabilidade laboral. Ou seja, tratar-se-á, com efeito, de uma disposição que é aparentemente neutra, mas é suscetível de colocar um grupo numa situação de desvantagem, configurando uma discriminação indireta à luz do art. 23º, n.º 1., al. b) do CT, ofendendo o prin. da igualdade, art. 13.º da CRP.⁴⁹

⁴⁶ LEITÃO, Luís Menezes. *Direito do Trabalho*, Almedina, 5ª Edição, 2016, pág. 491.

⁴⁷ Cfr. *Milena Silva Rouxinol*, “A Lei ...”, cit., pág. 70.

⁴⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 8ª Edição, 2021, pág. 226.

⁴⁹ Cfr. *Maria do Rosário Palma Ramalho*, ob. cit., pág. 226.

A situação não é adequada, pois “(...) a justificação axiológica do período experimental para o empregador está na impossibilidade de proceder a uma avaliação da aptidão e das qualidades do trabalhador para a função antes do início da execução do contrato(...)”⁵⁰ e é por causa desta situação que se justifica a facilidade de extinção do contrato. Ora, não se entende que um trabalhador por estar inserido nesta categoria tenha um período de prova diferente só e por causa disso.

Por outro lado, apesar deste alargamento e de o período experimental para os trabalhadores à procura de primeiro emprego gerar instabilidade, esta não excede os 180 dias, correspondendo a 6 meses, quando no art. 148º, n.º 1., al. a) da Lei n.º 90/2019, de 04/09, tal período de precariedade era de 18 meses. O período experimental não é eterno, só se aplicando quando o trabalhador pertence àquela categoria e para os ct indeterminados, mas a partir do momento em que termina o período experimental, deixa de ser trabalhador à procura de primeiro emprego, pelo que cada pessoa só passará por esta situação uma vez.⁵¹

*“Deste ponto de vista, reconhecemos que o regime anterior à Lei n.º 93/2019 no tocante aos trabalhadores à procura do primeiro emprego tinha um potencial de precarização bastante mais severo do que o agora introduzido.”*⁵²

A justificação desta medida prende-se à dificuldade destas pessoas entrarem no mercado de trabalho, por isso facilita-se ao empregador contratar com maior flexibilidade, facilitando também o fim do vínculo, estando relacionada com a promoção de políticas de emprego, art. 58.º, n.º 2., al. a) da CRP.

Outra questão que se realça é a ausência de definição de trabalhador à procura de primeiro emprego no CT. Esta definição já seria importante para a contratação a termo certo, cfr. art. 140º, n.º 4., al. b) do CT⁵³, como agora o é para o período experimental, cfr. art. 112º, n.º 1., al. b), iii) do CT.

*“O conceito constava do Decreto-Lei n.º 257/86, de 27/08, e, posteriormente, do Decreto-Lei n.º 89/95, de 06/05, e do Decreto-Lei n.º 34/96, de 18/04, que, para além do requisito etário e da inscrição em centro de emprego, determinavam que integravam tal categoria aqueles que nunca tivessem tido um contrato por tempo indeterminado.”*⁵⁴

⁵⁰ Cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, ob. cit., pág. 226.

⁵¹ Cfr. Milena Silva Rouxinol, “A Lei ...”, cit., pág. 75.

⁵² Cfr. Milena Silva Rouxinol, “A Lei ...”, cit., pág. 75.

⁵³ Lei n.º 90/2019, de 04/09.

⁵⁴ Cfr. Milena Silva Rouxinol, “A Lei ...”, cit., pág. 73.

Mas, apesar da ausência, o *TC no Ac. N.º 318/2021 de 18/05*, que vamos abordar de seguida, explica que, à ausência de indicações precisas do legislador, ter-se-á de escolher noções que sejam minimamente estáveis, por serem aquelas que o legislador provavelmente teve em consideração ao abordar a norma.

O TC optou, ao desenvolver a sua análise, por seguir a noção que mais tem sido aplicada pelos Tribunais e tem uma especial coerência, com os objetivos que o legislador pretendeu atingir. Assim, a argumentação do TC foi desenvolvida pela noção de trabalhador à procura de primeiro emprego como aquele que nunca celebrou um ct sem termo.

Pela nossa parte, concordamos com *Menezes Leitão* que explica que este conceito deveria abranger os trabalhadores que nunca celebraram qualquer ct, seja ele a termo ou indeterminado.⁵⁵

Os conceitos de jovem e de trabalhador à procura de primeiro emprego não se identificam com precisão. O conceito de jovem à procura do primeiro emprego tem variado, questionando-se qual a idade máxima válida para este efeito, perguntando-se sobre uma possível valorização da precedência de algum ct ou apenas de um ct indeterminado.⁵⁶

Rosário Ramalho remete para a diversidade dos conceitos de *jovem à procura do primeiro emprego*, nos art. 7º da Portaria 196-A/2001, 10/03, que define jovem à procura de primeiro emprego como os trabalhadores com idade entre os 16 e os 30 anos, inscritos no centro de emprego, entre outros. O art. 4º, n.º 1, al. b) da Portaria n.º 985/2009 de 04/09, que define jovem como a pessoa com idade compreendida entre os 18 e os 30 anos, entre outros e o D.L. n.º 72/2017, de 21/6, art. 4º, n.º 1, al. a) que define jovem como a pessoa com idade até aos 30 anos, inclusive que não tenha celebrado um ct sem termo.⁵⁷

No caso dos trabalhadores à procura do primeiro emprego e ao contrário dos jovens, não é atribuída nenhuma faixa etária, nenhuma idade máxima ou outra informação, ou seja, podemos ter um trabalhador à procura de primeiro emprego com 60 anos desde que nunca tenha celebrado um ct sem termo. Se fizéssemos uma associação plena da definição de trabalhador à procura de primeiro emprego *aos jovens* que se integram no conceito, poderia existir uma discriminação indireta em razão da idade, *art.*

⁵⁵ Concordando *Menezes Cordeiro, Leal Amado e Júlio Gomes*. Cfr. *Luís Menezes Leitão*, ob. cit., pág. 486. No mesmo sentido *Milena Rouxinol. ROUXINOL, Milena Silva. O período experimental*, in João Leal Amado e outros, *Direito do Trabalho, Relação Individual*, Almedina, Coimbra, 2019, pág. 290.

⁵⁶ Cfr. *Maria do Rosário Palma Ramalho*, ob. cit., pág. 224.

⁵⁷ Cfr. *Maria do Rosário Palma Ramalho*, ob. cit., pág. 224.

23.º, n.º 1., al. b) do CT e art. 2.º, n.º 2., al. b) da Diretiva, pois trata-se de uma medida aparentemente neutra, mas que atinge de forma desproporcional um dado grupo, desrespeitando-se o prin. da igualdade.⁵⁸ Por outro lado, e seguindo as orientações do TC, analisando o conceito destes trabalhadores como aquele que não celebrou um ct sem termo, independentemente da idade, não resulta daí nenhuma discriminação etária.

Em suma, quanto aos trabalhadores à procura do primeiro emprego não existe discriminação etária, poderá existir discriminação em relação a outros trabalhadores em função das qualificações, mas não em razão da idade.

4.1.1. - Acórdão n.º 318/2021 de 18/05

No Ac.⁵⁹ referido, *Proc. n.º 897/2019*, no qual foi relator o Conselheiro José António Teles Pereira, abordou-se a constitucionalidade do art. 112.º, n.º 1, al. b), iii) do CT, tendo sido alegado que o art. violava o prin. da igualdade, art. 13.º da CRP e o prin. da segurança no emprego, art. 53.º da CRP.

“Até à entrada em vigor da Lei n.º 93/2019, todos os trabalhadores admitidos para o exercício de funções indiferenciadas estavam sujeitos, em princípio, a um período experimental de 90 dias(...)”.⁶⁰ Com a entrada em vigor do Diploma citado os trabalhadores passam a ter um período de prova de 180 dias, ou seja, existe uma ampliação, para o dobro, da duração deste período.

Desta forma, foi necessário avaliar se existiu uma restrição do direito consagrado, e em caso afirmativo se essa limitação respeitava o prin. da proporcionalidade e por fim se ocorreu violação do prin. da igualdade.⁶¹

O art. 53.º da CRP defende que é garantida aos trabalhadores a segurança no trabalho, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por razões políticas ou ideológicas. Ora, este direito é entendido como um direito, liberdade e garantia sendo associado ao direito ao trabalho, art. 58.º da CRP. O direito ao trabalho é um direito social, que comporta a adoção de políticas públicas de promoção do emprego. O art. 53.º da CRP comporta uma versão negativa, nomeadamente a não privação injusta do trabalho que se

⁵⁸ Cfr. *Maria do Rosário Palma Ramalho*, ob. cit., pág. 225.

⁵⁹ Todos os Ac. disponíveis em www.dgsi.pt

⁶⁰ Cfr. Ac. n.º 318/2021 de 18/05, pág. 19.

⁶¹ Cfr. Ac. n.º 318/2021 de 18/05, pág. 32.

procurou e obteve, por isso existe um dever por parte do Estado e do legislador de evitar situações de precariedade.⁶²

Apesar do CT não definir trabalhador à procura de primeiro emprego, o TC desenvolve a sua argumentação consoante a noção do trabalhador que nunca celebrou um ct sem termo.

O art. 18.º, n.º 2 da CRP apela a um equilíbrio entre um dado objetivo, “(...) a ser alcançado por uma atuação do poder público interferente com interesses alheios constitucionalmente relevantes, e os meios empregues para atingir esse objetivo.”⁶³

O prin. da proporcionalidade tem como subprincípios a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido restrito.⁶⁴

Na adequação o tribunal avaliou a relação da medida com o fim desejado. Quanto à necessidade averiguou-se a possível existência de medidas menos lesivas. Por fim, quanto à proporcionalidade analisa-se o equilíbrio entre o que se procura atingir e a restrição efetuada. Quanto à adequação, o TC sustentou que o aumento do tempo de período experimental é aliciante para os empregadores contratarem estes trabalhadores, redirecionando o ct a termo para a sua verdadeira função que é a satisfação de necessidades temporárias da empresa, art. 140º do CT. O TC concluiu que o período de prova será mais apto à contratação estável, pois no final do seu decurso, o trabalhador está contratado por tempo indeterminado, abordando a sua automaticidade, concluindo pela sua adequação.

Quanto à necessidade, o TC avaliou se a medida em causa era a menos gravosa para o grupo afetado pela intervenção e se poderia ter sido aplicado outro meio identicamente eficaz e menos prejudicial. Quanto a esta matéria o TC não pode afirmar que esta medida seja melhor do que a contratação a termo.⁶⁵ Questionando-se a hipótese “(...) de combater a contratação precária “pela mera proibição da contratação a termo com esse fundamento.”⁶⁶ O TC acabou por defender que essa proibição não levaria a que os empregadores contratassem por tempo indeterminado, pelo que em ambiente de trabalho os empregadores poderiam optar nessas circunstâncias por não contratar, contratar menos ou até por mudar a localização da empresa. Concluindo pela necessidade da medida, por não encontrarem outras medidas menos limitativas que assegurassem o

⁶² Cfr. Ac. n.º 318/2021 de 18/05, pág. 22.

⁶³ Cfr. Ac. n.º 318/2021 de 18/05, pág. 32.

⁶⁴ Cfr. Ac. n.º 318/2021 de 18/05, pág. 32.

⁶⁵ Cfr. Ac. n.º 318/2021 de 18/05, pág. 40.

⁶⁶ Cfr. Ac. n.º 318/2021 de 18/05, pág. 40. Cfr. Milena Silva Rouxinol, “A Lei ...”, cit., pág. 81.

mesmo interesse com a forma desejada. Alguma doutrina questiona se seria necessário alongar este período até aos 180 dias, ou seja, o dobro do que antes se lhes aplicaria, defendendo que um período menor iria ferir menos a estabilidade no emprego desta categoria. Explicando que outras medidas poderiam ser implantadas, nomeadamente, incentivos financeiros e benefícios contributivos dirigidos a estas categorias, remetendo para D.L. n.º 72/2017, de 21/06, completado pela Portaria n.º 112-A/2019, de 12/04 e pela Portaria n.º 95/2019, de 29/03.⁶⁷

Quanto à proporcionalidade o TC salientou a problemática da precariedade nas relações laborais, referindo que não existiam dados que pudessem comprovar a relação entre a precariedade e a denúncia do ct pelo empregador na vigência do período experimental. O TC comparou os dados retirados do “(...) *Livro Verde sobre as Relações Laborais 2016, Trabalho, Solidariedade e Segurança Social*(...)”⁶⁸ para apurar e comparar os dados do subsídio de desemprego. Concluindo que as denúncias de ct ocorridas entre 2009 e 2015, durante o período experimental eram menores comparativamente com a caducidade de ct a termo, retirando que a principal causa de desemprego em Portugal residia nesta caducidade. A baixa taxa de conversão do ct a termo para ct a tempo indeterminado é recorrente, demonstrando o insucesso da conversão.⁶⁹ O TC apoia-se nestas conclusões para sustentar que a alteração do alargamento do período experimental constitui um incentivo para a continuação do ct pelo empregador.⁷⁰

Relativamente à invocação dos elementos estatísticos relacionados com o subsídio de desemprego, os trabalhadores desempregados por denúncia do período experimental, podem não preencher os pressupostos necessários para o obter.⁷¹

O TC defende que na contratação a termo certo o empregador teria de ter motivações mais profundas para continuar a relação laboral, que em última instância pressupõem a mudança do vínculo temporalmente definido para um vínculo por tempo indeterminado. Neste seguimento o TC explica que a dinâmica de um ct a termo está

⁶⁷ AMADO, João Leal, Milena Silva Rouxinol. “Sobre a (des)conformidade constitucional do alargamento do período experimental pela Lei n.º 93/2019 – um olhar sobre o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/2021”, Revista de Legislação e de Jurisprudência, N.º 4030, 2021, pág. 40.

⁶⁸ Cfr. Ac. n.º 318/2021 de 18/05, pág. 41.

⁶⁹ Cfr. Ac. n.º 318/2021 de 18/05, pág. 42.

⁷⁰ Cfr. Ac. n.º 318/2021 de 18/05, pág. 44.

⁷¹ O D.L. n.º 220/2006, 3/11, art. 22.º, n.º 3 e 4, que concede o subsídio a quem cumprir o registo de “(...)120 dias de trabalho por conta de outrem com registo de remunerações, nos 12 meses antecedentes(...)”. Cfr. João Leal Amado e Milena Silva Rouxinol, ob. cit., pág. 41.

associada desde logo a um fim, presumindo-se comportamentos que levaram a essa finitude.

A “*obrigatoriedade de sujeição à forma escrita do contrato de trabalho a termo(...)*”⁷², art. 141º do CT levará, pela natureza das coisas, à opção da não renovação automática do ct, art. 149º, n.º 1. do CT. Podendo as partes acordar a não renovação do ct a termo certo, “*(...)só a ausência de estipulação da não renovação poderá induzir novos contratos a termo (artigo 149.º, n.º 2 do CT) e só o exceder do prazo e do número de renovações possíveis, nos termos do artigo 148.º do CT, tem a virtualidade de produzir a transformação (automática) do contrato com termo em contrato sem termo (artigo 147.º, n.º 2, alínea b), do CT).*”⁷³

Por outro lado, a Doutrina explica “*(...) que também o regime legal do contrato a termo permite concluir que o vínculo se estabiliza se o empregador nada fizer; com efeito, a caducidade supõe um ato de denúncia (arts. 344.º e 345.º) e, faltando este, ocorrerá renovação ou conversão em contrato por tempo indeterminado, conforme se verificarem ou não as condições para aquela ocorrer (isso, evidentemente, no contrato a termo certo;(...).*”⁷⁴ O TC elabora a sua fundamentação “*(...) num regime que não é o regime regra do contrato a termo, mas o aplicável se e quando o mesmo contém uma cláusula de não renovação (art. 149.º, n.º 1), caso em que se entende, maioritariamente, não carecer a caducidade de qualquer ato de denúncia, ou seja, opera automaticamente.*”⁷⁵ O TC afasta a paridade dos regimes neste ponto, pelo que a “*(...) regra, a “opção por defeito”, é a da renovação automática do vínculo.*”⁷⁶

O TC utiliza outro argumento, nomeadamente que a Lei n.º 93/2019 “*(...)foi precedida de um acordo de concertação social, em que se convencionou suprimir a possibilidade legal de contratar a termo trabalhadores à procura do primeiro emprego e desempregados de longa duração por se integrarem nessas categorias e, do mesmo passo, alargar o respetivo período experimental caso fossem contratados por tempo indeterminado – assim se lograria fomentar a sua contratação estável, rectius, sem termo.*”⁷⁷ O que não podia ser desvalorizado.

⁷² Cfr. Ac. n.º 318/2021 de 18/05, pág. 44.

⁷³ Cfr. Ac. n.º 318/2021 de 18/05, pág. 44.

⁷⁴ Cfr. João Leal Amado e Milena Silva Rouxinol, ob. cit., pág. 43.

⁷⁵ Cfr. João Leal Amado e Milena Silva Rouxinol, ob. cit., pág. 43.

⁷⁶ Cfr. João Leal Amado e Milena Silva Rouxinol, ob. cit., pág. 43.

⁷⁷ Cfr. João Leal Amado e Milena Silva Rouxinol, ob. cit., pág. 43.

Em sentido contrário o *Conselheiro José João Abrantes* defende ser inadmissível a ideia de que “(...)um acordo desses possa justificar uma menor exigência de motivação de uma medida legislativa, cuja apreciação tem de ser feita pelo Tribunal em face dos valores e parâmetros constitucionais, e não de um concerto conjuntural de posições em sede de concertação social, muitas vezes marcado por tacticismo e concessões recíprocas dos parceiros, sem ter em devida conta o quadro delimitado pela Lei Fundamental.”⁷⁸

Por outro lado, o TC defende que um período de experiência maior significa mais informação para as partes, pelo que o empregador terá mais tempo para avaliar as aptidões do trabalhador. O TC conclui que a medida é proporcional, pois só se destina aquelas duas categorias de trabalhadores e é uma solução coerente para criar postos de trabalho com ct por tempo indeterminado.

Em relação ao prin. da igualdade, art. 13.º da CRP, retira-se do Ac. que a CRP só proíbe o tratamento diferenciado de situações arbitrárias, sem fundamento material, atentatórias da dignidade humana. Sendo necessário averiguar as situações, tendo em conta o comparador. Segundo o *Ac. n.º 546/2011*⁷⁹ o que cabe ao *Juiz Constitucional* é impedir que as leis contenham regimes desrazoáveis, pelo que deve tratar situações iguais de forma igual e de forma desigual situações distintas.⁸⁰

O TC concluiu que a necessidade de proteção, a vulnerabilidade desta categoria e “(...) a aptidão da norma para conferir proteção (...)”⁸¹ justificavam o seu distinto tratamento, “(...) encontrando justificação suficiente.”⁸²

Relativamente aos trabalhadores desta categoria que já tenham sido contratados com termo por outros empregadores, o TC tem outra opinião. O art. 112º, n.º 4. do CT estabelece uma redução ou exclusão do período experimental quando o trabalhador já tenha realizado um dos ct presentes no art. ou estágio profissional, desde que seja efetuado para o mesmo empregador. Para o TC separam-se os 180 dias, explicando que metade, 90 dias servem para as partes se conhecerem e avaliarem uma possível continuação laboral por tempo indeterminado. Os outros 90 dias, destinam-se a um mínimo de experiência profissional por parte do trabalhador. Para os trabalhadores que já cumpriram um ct a termo, vários contratos ou um ct por tempo superior ou igual a 90 dias, mesmo que com empregador distinto, não se justifica um aumento do período experimental.

⁷⁸ Cfr. *João Leal Amado e Milena Silva Rouxinol*, ob. cit., pág. 44.

⁷⁹ *Proc. n.º 17/2011*

⁸⁰ Cfr. *Ac. n.º 318/2021* de 18/05, pág. 49.

⁸¹ Cfr. *Ac. n.º 318/2021* de 18/05, pág. 50.

⁸² Cfr. *Ac. n.º 318/2021* de 18/05, pág. 50.

O TC decidiu pela violação, nesta situação, do prin. da igualdade, sendo arbitrária a comparação destes trabalhadores.⁸³ Concluindo pela inconstitucionalidade, com força obrigatória geral do art. 112º, n.º 1, al. b), iii) do CT na parte que se refere a estes trabalhadores quando antes *“tenham sido contratados, com termo, por um período igual ou superior a 90 dias, por outro(s) empregador(es).”*⁸⁴ O regime apenas se aplica *“(…) aos trabalhadores que nunca tenham tido um contrato por tempo indeterminado com qualquer empregador, nem um contrato a termo com distinto empregador, com a duração de 90 dias ou mais (acaba também por não se aplicar se esse contrato antecedente tiver sido com a mesma entidade empregadora, mas, neste caso, por força do n.º 4 do art. 112.º).”*⁸⁵

Situação que reforça uma associação do conceito a idades mais baixas, pelo que o art. 112º, n.º 4. do CT, não estabelece nenhum prazo entre as duas contratações, além de que a contratação pode ser com o mesmo ou distinto empregador, o que contribuiu para a associação. Todavia, este pensamento não é suficiente para fazer prova da discriminação etária.

O *Conselheiro José João Abrantes* defende a inconstitucionalidade do art. 112º, n.º 1, al. b), iii) do CT, para o autor a norma viola o prin. da igualdade, art. 13.º da CRP e o prin. da segurança no emprego, art. 53.º da CRP. O autor defende que a alteração se deveu só por estarem inseridos naquela categoria e não pelas funções desempenhadas.

Este alargamento veio aumentar a precarização, não sendo necessária justificação para a contratação, nem para o despedimento, nem a atribuição de uma compensação ao trabalhador no final do ct.⁸⁶ Concordamos com o autor quando refere que não existe nenhum motivo plausível para o alargamento deste período para os 180 dias, configurando uma limitação arbitrária do direito à segurança no trabalho, *“(…) por desproporcionada, desadequada aos fins que visa e demasiado gravosa para trabalhadores numa situação de especial vulnerabilidade.”*⁸⁷

O *Conselheiro Sousa Ribeiro* refere que não é qualquer trabalho que cabe ao Estado promover, art. 58.º, n.º 2., a) da CRP, mas sim *“(…)o emprego que dá conteúdo*

⁸³ SANTOS, Paulo Duarte. “Tribunal Constitucional”, Prontuário de Direito do Trabalho, N.º 1, 1.º Semestre de 2021, pág. 44.

⁸⁴ Cfr. Ac. n.º 318/2021 de 18/05, pág. 52.

⁸⁵ Cfr. João Leal Amado e Milena Silva Rouxinol, ob. cit., pág. 49.

⁸⁶ Cfr. Ac. n.º 318/2021 de 18/05, pág. 87.

⁸⁷ Cfr. Ac. n.º 318/2021 de 18/05, pág. 87.

ao direito ao trabalho(...)"⁸⁸, art. 58.º, n.º 1. da CRP, por cumprir a segurança no emprego.

O legislador, através do alibi de uma discriminação positiva destes trabalhadores, acaba paradoxalmente por colocá-los numa posição desprotegida.⁸⁹ Neste sentido, tanto o ct a termo como o aumento do período de prova não devem ser a resposta para a empregabilidade destes trabalhadores, pois não se trata de fomentar a contratação pelos empregadores, visto que ambas as alternativas permitem a contratação precária.

Milena Rouxinol explica que o combate à contratação precária poderia passar "(...) pela mera proibição da contratação a termo com esse fundamento (...)"⁹⁰.

A situação atual é parecida à prevista no *Ac. n.º 632/2008*⁹¹, no qual foi declarado *inconstitucional*, por violação dos art(s). 53.º e 18.º, n.º 2 da CRP e uma medida que pretendia um aumento do período de prova de 90 para 180 dias, igualando os trabalhadores indiferenciados e os com especial qualificação.⁹² Esta situação é idêntica à analisada, pois estes trabalhadores não têm especial qualificação.

Partilhamos da opinião do *Conselheiro José João Abrantes* quando defende a violação do prin. da igualdade, art. 13.º da CRP visto que não há fundamentos suficientes para a desigualdade estabelecida. De acordo com a noção escolhida o trabalhador pode ter uma ampla experiência profissional, vários ct a termo, entre outros e estar inserido neste grupo, "(...) pode já ter desempenhado as funções indiferenciadas que levam o novo empregador a contratá-lo agora, sujeito a um período experimental de 180 dias."⁹³

O conceito mais coerente seria "(...) os sujeitos que nunca tiveram um emprego – este seria o conceito natural, ou naturalístico e, porventura, o mais ajustado ao universo em questão, mas não foi adotado pela jurisprudência (...)"⁹⁴

A "(...) fundamentação do acórdão põe em evidência a necessidade de ajustar o recorte das categorias sociais em causa (...)"⁹⁵.

Por fim, conclui o *Conselheiro José João Abrantes* pela existência de uma dupla discriminação, primeiro porque é atribuído ao trabalhador um período mais longo por causa da sua situação pessoal. Em segundo, os trabalhadores à procura de primeiro

⁸⁸ Cfr. *Ac. n.º 318/2021* de 18/05, pág. 87.

⁸⁹ Cfr. *Ac. n.º 318/2021* de 18/05, pág. 87 e 88.

⁹⁰ Cfr. *Milena Rouxinol*, "A Lei ...", ob. cit., pág. 81.

⁹¹ *Proc. n.º 977/2008*

⁹² Cfr. *Ac. n.º 318/2021* de 18/05, pág. 88.

⁹³ Cfr. *Ac. n.º 318/2021* de 18/05, pág. 88.

⁹⁴ Cfr. *João Leal Amado e Milena Silva Rouxinol*, ob. cit., pág. 46.

⁹⁵ Cfr. *João Leal Amado e Milena Silva Rouxinol*, ob. cit., pág. 48.

emprego que não sejam contratados para exercerem funções de confiança ou autonomia técnica, vão ser tratados de forma igual aos trabalhadores que têm funções mais complexas, ambos com um período de 180 dias.

O *Conselheiro José João Abrantes* conclui pela violação do art. 53.º da CRP, pois agrava-se e prolonga-se a precariedade destes trabalhadores; e também pela violação do art. 13.º da CRP, pois este grupo é diferenciado pela sua situação pessoal.

Para *Milena Rouxinol e Leal Amado* o alargamento do período experimental para estas categorias é inconstitucional pela violação do prin. da segurança no emprego, criticando a argumentação do TC que mais se direciona para *políticas de emprego* do que para razões jurídicas.⁹⁶

Em suma, o trabalhador já celebrou um ct, mas sem segurança no mesmo, por isso a duração deve limitar-se ao imprescindível para avaliar a aptidão do trabalhador. A duração só é justificada se for respeitado o prin. da proporcionalidade, no caso, estes trabalhadores poderiam ter um período experimental de 90 dias, pelo que concordamos com a inconstitucionalidade da medida.⁹⁷ Quanto à discriminação, a nosso ver ela existe, mas não é uma discriminação etária.⁹⁸

4.2 – Trabalhadores com mais idade

Relativamente à discriminação dos mais velhos, analisaremos os art. 343º, al. c), e art. 348º ambos do CT, focando-nos na situação de velhice.

Em 1975, o regime da reforma por velhice⁹⁹, hoje constante do art. 348º, n.º 1 e 2 do CT, foi introduzido na lei, como uma medida legislativa com o intuito de cessar postos de trabalho dos mais velhos no cenário de uma séria crise de desemprego, como política de emprego para fomentar a contratação jovem.¹⁰⁰

⁹⁶ Cfr. *João Leal Amado e Milena Silva Rouxinol*, ob. cit., pág. 32.

⁹⁷ Cfr. *João Leal Amado e Milena Silva Rouxinol*, ob. cit., pág. 51.

⁹⁸ Cfr. *João Leal Amado e Milena Silva Rouxinol*, ob. cit., pág. 48.

⁹⁹ Para obtenção da *reforma* é necessário um requerimento por parte do trabalhador, além da idade, sendo que todo o tempo de trabalho conta para o cálculo da pensão, cfr. art. 63.º, n.º 4. da CRP. Sendo que a reforma por corresponder à inatividade profissional do trabalhador por velhice, origina o pagamento da pensão, que visa garantir um valor de forma a manterem-se com dignidade em substituição do salário. *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 *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Volume II, Coimbra Editora, págs. 423 e 430.

¹⁰⁰ *FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho*, Almedina, 21ª Edição, 2022, pág. 663.

O art. 348º do CT engloba duas situações distintas, a *primeira* é a do trabalhador que vê o seu ct modificar-se, transformando-se num ct a termo resolutivo, pois continua a trabalhar passados 30 dias sobre o conhecimento, por ambas as entidades – trabalhador e empregador, da sua *reforma por velhice*, consentindo o empregador na continuidade laboral, *art. 348º, n.º 1. do CT*.

A *segunda* ocorre quando o trabalhador atinge os *70 anos de idade* sem ter requerido a reforma, vendo o seu ct modificar, transformando-se num ct a termo resolutivo, *art. 348º, n.º 3. do CT*.¹⁰¹

Naquele caso, durante os referidos 30 dias, as partes podem cessar o ct ou dar continuidade à relação profissional, dependendo da sua vontade contratual, (*art. 348º, n.º 1. do CT*). No caso de o trabalhador continuar ao serviço, o seu ct converte-se a termo resolutivo, (*art. 348º, n.º 2. do CT*), passando de um ct seguro, por tempo indeterminado, para uma situação precária, na qual o seu novo ct a termo está associado a particularidades distintas do ct a termo geral, art. 140º e ss. do CT.¹⁰²

A idade não é razão direta para a caducidade de um ct, pois o trabalhador não é obrigado a solicitar a reforma quando chega à idade para tal; retirando-se do art. 20.º do D.L. n.º 187/2007, de 10/05, que o trabalhador a partir dos 65 anos pode requerer a reforma, “(...) o trabalhador pode só ter direito a pedir a reforma a partir dos 66 anos e alguns meses.”¹⁰³

A doutrina tece críticas à *falta de fixação do momento do fim do ct por caducidade* (que não é automática) no caso da *reforma do trabalhador*, pois o direito à pensão funda-se na relação mútua entre o trabalhador e a instituição da Seg. Soc., “(...) relação a que a entidade empregadora é juridicamente alheia.”¹⁰⁴

Em princípio, o empregador saberá por comunicação do trabalhador, que não é obrigatória, mas pode decorrer do prin. de boa fé, (art. 126º, n.º 1. do CT) e pelo dever de informação, (art. 106º, n.º 2. do CT).¹⁰⁵ O conhecimento por ambas as partes é essencial para a caducidade. Neste sentido para *Monteiro Fernandes* existe uma certa obrigatoriedade de informação por parte do trabalhador.¹⁰⁶

¹⁰¹ Cfr. *Maria do Rosário Palma Ramalho*, ob. cit., pág. 876. Cfr. *António Monteiro Fernandes*, ob. cit., pág. 666.

¹⁰² *FALCÃO, David, TOMÁS, Sérgio Tenreiro. Lições de Direito do Trabalho*, Almedina, 6ª Edição, 2019, págs. 282 e 283.

¹⁰³ Cfr. *Pedro Romano Martinez*, ob. cit., pág. 950.

¹⁰⁴ Cfr. *António Monteiro Fernandes*, ob. cit., pág. 664.

¹⁰⁵ Cfr. *António Monteiro Fernandes*, ob. cit., pág. 664.

¹⁰⁶ Cfr. *António Monteiro Fernandes*, ob. cit., pág. 665.

O ct a termo resolutivo, está associado a um regime especial, não fica sujeito a forma escrita, pelo que a situação é avaliada de seis em seis meses¹⁰⁷, não tem limites máximos de extensão e a caducidade fica sujeita a aviso prévio de 60 dias, no caso do empregador, ou 15 dias no caso do trabalhador, não existindo compensação ao trabalhador pela caducidade, veja-se o art. 348º, n.º 2., al. a) a d) do CT.

Nesta situação, ao contrário do disposto no art. 344º, n.º 2. do CT, segundo o qual o trabalhador recebe uma *compensação* pela caducidade resultante da denúncia do empregador, o trabalhador não recebe nenhuma compensação. A “(...) *compensação devida em caso de exercício lícito de um direito tem carácter excecional e o legislador só a estabelece quando, no confronto dos interesses em análise, se justifica a sua admissão (...)*”.¹⁰⁸ Para os trabalhadores já reformados ou que tenham completado 70 anos a segurança no trabalho e a instabilidade perdem importância.

Francisco L. Fernandes não concorda com a falta de compensação, pois se compararmos com a caducidade no ct a termo a que se refere o art. 344º do CT, verifica-se um tratamento discriminatório que não tem fundamentos justos, colocando em causa a igualdade. Os trabalhadores inseridos no art. 348º, n.º 2., al. d) do CT também se encontram numa situação precária, de insegurança laboral. Os fundamentos da compensação de um ct a termo também se encontram aqui, ou seja, a precariedade laboral.¹⁰⁹

Quanto à conversão, Monteiro Fernandes refere, que a mudança de vínculo estável para precário não significa a extinção do anterior ct e o início de outro, mas sim a alteração do ct que existe de forma a não afetar o seu teor nem a antiguidade do trabalhador, evitando-se desigualdades. Para *Romano Martinez*, “*Comparando a letra do atual preceito com o disposto no art. 5.º LCCT, verifica-se a existência de uma alteração que permite esclarecer a dúvida indicada na última nota: tal como anteriormente se preconizava, o contrato não caduca com a situação de reforma do trabalhador, sendo ajustado em seu lugar um novo contrato a termo certo; pelo contrário, a reforma do trabalhador determina a subsistência do anterior vínculo, o qual, não caducando por via de declaração de qualquer das partes, passa a conter, por força Lei, um termo certo.*”¹¹⁰

¹⁰⁷ Podendo durar por um período menor. Findados os seis meses, as partes podem acordar na prorrogação por mais quatro meses. Cfr. *João Zenha Martins*, ob. cit., pág. 432.

¹⁰⁸ Cfr. *Pedro Romano Martinez*, ob. cit., pág. 953.

¹⁰⁹ *FERNANDES, Francisco Liberal*. “*Sobre a indemnização em caso de caducidade do contrato a termo do trabalhador reformado que continua ao serviço da mesma entidade patronal*”, *Questões Laborais*, Ano IX, n.º 20, 2002, pág. 231.

¹¹⁰ Cfr. *Pedro Romano Martinez*, ob. cit., pág. 950.

Rosário Ramalho alerta para a situação do art. 348º, n.º 3. do CT, pois remetendo a norma para os números anteriores (art. 348º, n.º 1. e 2. do CT), é possível defender “(...) que a conversão do contrato apenas ocorre se o trabalhador se mantiver em funções por mais de 30 dias sobre a data em que completou os 70 anos sem ter havido reforma, o que significa que o empregador pode obstar àquela conversão comunicando ao trabalhador que o contrato cessará logo que ele atinja aquela idade – tem sido, aliás, este o entendimento de jurisprudência mais recente”¹¹¹ i A autora explica que antes existia uma certa aceitação da ideia da conversão automática do ct indeterminado em ct a termo resolutivo no caso do trabalhador que atinja os 70 anos de idade sem ter existido reforma, remetendo para “Ac. STJ de 17/01/2007, Proc. N.º 06S2709”.¹¹²

António Fernandes defende que no momento em que o trabalhador faz os 70 anos de idade, ocorre a conversão, dando-se início ao primeiro prazo de seis meses. Pelo que no seu termo poderá o empregador cessar o ct ou então com um aviso prévio de 60 dias acionar a caducidade do contrato, art. 348º, n.º 2. do CT.¹¹³ No mesmo sentido *Leal Amado*.¹¹⁴

Romano Martinez defende que o ct do trabalhador não caduca com a celebração dos 70 anos, mas sim depois da denúncia que pode ser realizada nos 30 dias posteriores aos 70 anos do trabalhador ou então no final do prazo de 6 meses do ct a termo resolutivo do art. 348º, n.º 2. do CT.¹¹⁵

Por outro lado, a solução dada pelo Ac. do STJ de 21/9/2017, Proc. N.º 31971/15.1T8LSB.LI.SI. concretiza uma nova e independente forma de cessação do ct por iniciativa do empregador, aceitando a caducidade do ct do trabalhador que atinja os 70 anos de idade.¹¹⁶ Concordamos com *Rosário Ramalho*, quando explica que a remissão para os outros n(s).º do art. 348º do CT deve ser interpretada de forma restritiva e para o ct a termo que as normas definem.

A conversão automática do ct do trabalhador que está reformado ou que atingiu os 70 anos de idade sem reforma num ct a termo resolutivo corresponde a um tratamento distinto para estas categorias, colocando em causa o prin. da não discriminação no acesso ao emprego e no próprio trabalho, atendendo que o fator de discriminação é a idade, art.

¹¹¹ Cfr. *Maria do Rosário Palma Ramalho*, ob. cit., pág. 876. Nomeadamente do Ac. do STJ de 21/9/2017, Proc. N.º 31971/15.1T8LSB.LI.SI.

¹¹² Cfr. *Maria do Rosário Palma Ramalho*, ob. cit., pág. 876.

¹¹³ Cfr. *António Monteiro Fernandes*, ob. cit., pág. 666.

¹¹⁴ Cfr. *João Leal Amado*, ob. cit., pág. 352.

¹¹⁵ Cfr. *Pedro Romano Martinez*, ob. cit., pág. 952.

¹¹⁶ Cfr. *Maria do Rosário Palma Ramalho*, ob. cit., págs. 876 e 877.

24º, n.º 1. do CT.¹¹⁷ Estas medidas estão relacionadas com a solidariedade entre gerações no emprego para fomentar, como ação positiva, a contratação jovem. Neste sentido, estas medidas têm sido aceites como tratamento distinto fundado por políticas de emprego, cfr. art. 6.º da Diretiva.

Romano Martinez refere que o trabalhador, depois de fazer 70 anos, quer tenha ou não requerido a reforma, pode continuar a trabalhar na mesma empresa, mas vê o seu ct alterado, passando a estar associado a um termo, art. 348º, n.º 3. do CT. A distinção entre a situação ocorrida no art. 348º, n.º 1. e no n.º 3. do CT resulta de a aposição automática do termo depender de um único pressuposto, *a idade*.¹¹⁸

Ao contrário dos funcionários públicos, no direito privado não existem limites de idade. Com base no prin. da autonomia privada, não deve o legislador, excetuando certas profissões, estabelecer limites máximos de idade por causa de políticas de mercado, nomeadamente por causa da “(...) *cobiça pelos postos de trabalho dos mais velhos.*”¹¹⁹

A reforma por velhice é uma das causas de caducidade do ct, *art. 343º, al. c) do CT*. O art. 343º do CT não engloba como causa de caducidade o trabalhador que perfaz 70 anos, não devendo esta ser uma causa de extinção do contrato.

A expressão, *nomeadamente*, presente no art. 343º do CT remete para um carácter exemplificativo das alíneas, mas o art. integra a regra geral sobre a caducidade, pelo que aparentemente é de carácter taxativo.¹²⁰ Tudo nos leva a concluir que não é por o trabalhador fazer 70 anos de idade que o empregador pode acionar a caducidade do contrato, pelo que só a poderá acionar pela reforma do trabalhador.

Outra problemática subjacente ao art. 348º do CT, reside numa possível *mudança de entidade empregadora*. A lógica do art. 348º do CT remete-nos para a existência de um vínculo com o mesmo empregador, questionando-se o que acontece se o trabalhador já reformado ou com 70 ou mais anos, realizar um ct com distinto empregador.

Leal Amado refere que não se consegue retirar do art. 348º do CT informações suficientes e uma resposta segura, mas para o autor o termo resolutivo não se aplica para o novo empregador.¹²¹

¹¹⁷ Cfr. *Maria do Rosário Palma Ramalho*, ob. cit., pág. 877.

¹¹⁸ Cfr. *Pedro Romano Martinez*, ob. cit., pág. 951.

¹¹⁹ Cfr. *Pedro Romano Martinez*, ob. cit., pág. 951.

¹²⁰ *CORREIA, Sérvulo e Bernardo Xavier. “Reforma do trabalhador e caducidade do contrato”, Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XX, N.º 1, 1973, págs. 67 e 68.*

¹²¹ Cfr. *João Leal Amado*, ob. cit., pág. 353.

Bernardo Xavier defende que a nova contratação dos reformados ou dos trabalhadores com 70 ou mais anos de idade deve ser efetuada por contratos a termo com duração de seis meses, renováveis sem limites, cfr. art. 348º, n.º 2. do CT, explicando que quem considerar o art. 348º do CT discriminatório pode defender a celebração de ct por tempo indeterminado.¹²²

Para *Diogo Vaz Marecos*, não se deve fazer diferenciação entre os trabalhadores que se mantêm com o mesmo empregador e os que mudam de entidade, pois se não se celebrasse com os dois tipos de trabalhadores o mesmo ct a termo resolutivo dar-se-ia espaço para uma violação do prin. da igualdade, art. 13.º da CRP, que visa evitar benefícios não fundados para os trabalhadores que mudavam de empregador e celebravam um ct por tempo indeterminado, e evitar uma situação de desvantagem para os trabalhadores que continuavam com o mesmo empregador, mas agora com um ct a termo resolutivo.¹²³

Para *Júlio Gomes*, o art. 348º do CT é omissivo sobre a contratação destes trabalhadores por outros empregadores e qual o regime aplicável. Abordando o risco empresarial nestes casos, pelo que o empregador pode optar pela contratação a termo “geral” ou através do período experimental. Referindo que contratar um trabalhador a termo, cfr. o art. 348º, n.º 2. do CT só por este ter 70 anos ou estar reformado constitui uma diferenciação, que pode ser discriminatória. Mesmo que se concluísse por uma diferenciação não arbitrária, por fomentar a contratação jovem, esta tinha de ser proporcional e essencial.¹²⁴

Pedro F. Martins considera que, no caso de novo empregador, os trabalhadores com 70 ou mais anos que não sejam reformados, devem celebrar um ct com termo resolutivo, art. 348º, n.º 2. do CT, pois aqui vigora o mesmo motivo de um trabalhador que nestas condições vê o seu ct com o mesmo empregador ser alterado, ou seja, a contratação jovem.¹²⁵ Igual tratamento deve ser dado aos trabalhadores já reformados, com idade inferior a 70 anos, “(...) se o que justifica a caducidade ou a conversão do contrato com trabalhadores que se reformem na constância da relação de trabalho é a “promoção do emprego intergeracional”, não se descortinam motivos válidos para

¹²² Cfr. *Bernardo da Gama Lobo Xavier*, ob. cit., pág. 734.

¹²³ *LOPES, Pedro Rica*. “A Caducidade do Contrato de Trabalho dos Trabalhadores Reformados”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, Centro de Estudos Judiciários, 1º Semestre de 2016, Número I, pág. 231.

¹²⁴ Cfr. *Júlio Gomes*, ob. cit., pág. 932 e 933.

¹²⁵ Cfr. *Pedro Furtado Martins*, ob. cit., Pág. 116.

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 vigor.”¹²⁶ Devendo existir um ajuste para certas profissões através de outras *políticas de emprego*, dando *Paulo Faria* o exemplo do bailarino reformado aos 45 anos, que depois é contratado para coreógrafo¹²⁷.

Do *Ac. TRP de 28/5/2007, Proc. 0710341* retira-se que o ct a termo, presente no atual art. 348º, n.º 2. do CT, é aplicável ao ct celebrado com o mesmo empregador, mas já não se aplica no caso de um ct celebrado com novo empregador, referindo que não são iguais os trabalhadores reformados e ou com mais de 70 anos que permanecem ao serviço do mesmo empregador e um outro que foi contratado de início.¹²⁸

Na situação, é questionável uma possível violação do prin. da igualdade, ao tratar de forma diferente os trabalhadores, pois pode acontecer dois trabalhadores com a mesma idade, por ex. os 70 anos, trabalharem na mesma empresa com regimes contratuais distintos. Apesar de se equacionar essa situação, o *Ac.* afasta a violação do prin. da igualdade, pois alega que se tratam de duas situações distintas, pelo que se deve tratar igual o que é igual e de forma distinta o que é distinto.¹²⁹

4.2.1 – Problemática jurisprudencial

No *Ac. do STJ de 21/9/2017, Proc. N.º 31971/15.1T8LSB.L1.S1., relatora Ana Luísa Geraldes*, foi decidida uma questão que se prendia com a análise da licitude do despedimento quando o trabalhador perfaz os 70 anos de idade, mas já recebeu o aviso prévio meses antes e antes deste ter requerido a sua reforma.

No caso, o trabalhador recebeu a 30/6/2014 uma carta que lhe comunicava que o seu ct iria cessar no dia 29/11/2014, dia a seguir ao qual o trabalhador fazia 70 anos – 28/11/2014. O trabalhador iniciou o processo com vista à obtenção de reforma no dia 3/12/2014. O STJ explica remetendo para *Diogo Vaz Marecos* que no caso de as partes não quererem continuar a relação laboral, devem comunicar a sua decisão à outra parte, dentro dos 30 dias ulteriores ao conhecimento dos 70 anos do trabalhador, terminando a

¹²⁶ Cfr. *Pedro Furtado Martins*, ob. cit., Pág. 116.

¹²⁷ Cfr. *Pedro Furtado Martins*, ob. cit., Pág. 117.

¹²⁸ Cfr. *Pedro Rica Lopes*, ob. cit., pág. 234.

¹²⁹ Cfr. *Pedro Rica Lopes*, ob. cit., pág. 236.

relação nesse momento, sem necessidade de aviso prévio.¹³⁰ O STJ explica que do art. 348º do CT retira-se uma realidade fática, de que o empregador só sabe a idade do trabalhador depois deste perfazer os 70 anos, mas no caso o empregador já sabia que o trabalhador iria atingir essa idade e quando.

O STJ explicou que o art. 348º, n.º 3. do CT ao remeter para os n(s).º anteriores, remete para o disposto no art. 348º, n.º 1. do CT, pelo que semelhante à reforma, o empregador pode-se opor à conversão automática do ct indeterminado em ct a termo, se informar o trabalhador que o seu ct terminará na data em que o trabalhador atinja os 70 anos, caducando o ct nessa data.¹³¹ Concluindo que, para o ct do trabalhador se converter em ct a termo resolutivo, art. 348º, n.º 2. do CT, necessário seria que o trabalhador permanecesse ao serviço depois de completar os 70 anos, e que o empregador soubesse da idade e consentisse na prestação para além dos 30 dias desse conhecimento, estabelecidos no art. 348º, n.º 1. do CT. O art. 348º, n.º 1. do CT está estabelecido para o enquadramento da reforma por velhice, que no caso o tribunal utiliza para a idade, justificando para isso a remissão do art. 348º, n.º 3. do CT para os n(s).º anteriores. Salientando a importância da vontade das partes em continuar o ct, que no caso não existiu.

Concluindo que o trabalhador não permaneceu ao serviço depois dos 30 dias, das partes saberem que atingiu os 70 anos, não solicitou a reforma nessa data, nem antes, tendo vindo a fazê-lo depois, e que o empregador não tinha vontade de continuar a relação laboral e que comunicou a sua posição com precedência.

Em suma, o que salientamos é que no momento inicial o trabalhador é dispensado por causa dos 70 anos, não tendo requerido a reforma e ficando sem o seu ordenado, configurando uma discriminação etária. Não concordamos com esta posição, pois o atingir dos 70 anos não depende da vontade do trabalhador, ao contrário da reforma. A solução dada pelo Ac. concretiza *uma nova e independente forma de cessação do ct por iniciativa do empregador*, aceitando a caducidade do ct do trabalhador que atinja os 70 anos de idade, tendo em conta o advérbio, *nomeadamente*, presente no art. 343º do CT.¹³²

¹³⁰ Cfr. Ac. pág. 14.

¹³¹ Cfr. *Maria do Rosário Palma Ramalho*, ob. cit., pág. 876.

¹³² Cfr. *Maria do Rosário Palma Ramalho*, ob. cit., págs. 876 e 877.

5 – A Jurisprudência do TJUE¹³³, o art. 348º do CT e o art. 6.º da Diretiva

No *Ac. Mangold*¹³⁴ estava em causa analisar se uma lei que permitia, sem limitações à contratação a termo, de trabalhadores que chegassem aos 52 anos de idade, prescindindo de uma razão objetiva e de limites à duração e à renovação, se respeitava a Diretiva, art. 2.º, n.º 2, al. a) e o prin. da não discriminação etária, sendo a *idade* o fundamento deste tratamento diferenciado e da celebração do ct a termo.¹³⁵

O TJUE conclui que o objetivo era legítimo, pois tentava *diminuir as dificuldades na procura de emprego e incentivar a empregabilidade de trabalhadores mais velhos*, cfr. art. 6.º da Diretiva. Mas declarou a não conformidade da medida, com o art. 6.º da Diretiva, pois esta não é proporcional. Alegando que a medida implicaria que os trabalhadores que completassem 52 anos, sem distinções, empregados ou não, ficassem privados da estabilidade no emprego. O TJUE concluiu pela desconformidade, pois o meio não era apropriado nem necessário.

No *Ac. Georgiev*¹³⁶ analisou-se uma legislação que obrigava à reforma automática dos trabalhadores quando atingissem os 68 anos; quando completassem 65 anos passariam a ter um ct a termo por 1 ano, renovável no limite 2 vezes.

Tratava-se de uma diferenciação etária, art. 2.º, n.º 2, al. a) da Diretiva, mas os objetivos foram considerados legítimos, ou seja, *solidariedade entre gerações, permitindo a contratação de jovens*. Salienta-se o papel dos juízes nacionais na averiguação da realidade. Concluindo-se pela conformidade com o art. 6.º da Diretiva, pois a *conversão não se fundamenta só na idade*, mas também no direito à obtenção de uma pensão de reforma, ao contrário do *Ac. Mangold*.¹³⁷

O *Ac. Palacios*¹³⁸ aborda a caducidade de um ct, atingida pela idade obrigatória para a reforma, 65 anos, estipulada por uma C.c., aceite pela legislação espanhola – que estipulava esta idade nos 69 anos, ponto 12 e 27. No caso existia um tratamento diferenciado, cfr. art. 2.º, n.º 2, al. a) da Diretiva. Foi alegado que as C.c. incluíam cláusulas de reforma obrigatória, *como política de emprego de solidariedade entre gerações e a diminuição do desemprego jovem*.

¹³³ Todos os Ac. disponíveis em www.eur-lex.eu

¹³⁴ Pro. C-144/04 de 22/11/2005.

¹³⁵ Cfr. *Rita Canas da Silva*, ob. cit., pág. 263.

¹³⁶ Proc. C-250/09 e C-268/09 de 18/11/2010.

¹³⁷ Cfr. *Rita Canas da Silva*, ob. cit., pág. 266 e 267.

¹³⁸ Proc. C-411/05 de 16/10/2007.

O TJUE conclui pela proporcionalidade, pois a caducidade do ct estava associada a uma pensão de reforma de montante razoável. No caso do trabalhador, que não tivesse atingido os descontos exigidos para a reforma, este podia continuar a trabalhar até os atingir. No caso, porém, o trabalhador reunia as condições para a reforma, o que foi decisivo para a conclusão do Tribunal.

No *Ac. Rosenblatt*¹³⁹ concluiu-se que existia uma diferença de tratamento baseada na idade, art. 2.º, n.º 2, al. a) da Diretiva, nomeadamente, o fim do ct automaticamente quando o trabalhador atingisse os 65 anos de idade, ou seja, a idade de reforma. *A fundamentação prendeu-se, com a prática de décadas destas cláusulas, pela solidariedade entre gerações, para incentivar a contratação jovem.* A medida foi considerada legítima, pois os trabalhadores receberiam uma pensão de reforma. O caso é idêntico ao *Ac. Palacios*, com a diferença da trabalhadora receber um valor muito diminuto de reforma, ponto 71 do Ac.. Mas apesar disso a trabalhadora podia continuar a trabalhar, pontos 74 e 75 do Ac., para a mesma entidade ou para outro empregador, pelo que o TJUE conclui pela conformidade.

O *Ac. Hörnfeldt*¹⁴⁰ aborda o caso de um trabalhador com 67 anos que viu o seu ct cessar por causa da idade, o que configura um tratamento diferenciado. Os objetivos desta medida prendiam-se entre outros, *com a contratação jovem*, pontos 26, 27 e 30 do Ac.

A medida não tinha em conta o valor da reforma que o trabalhador iria obter, mas conclui-se na mesma pela sua conformidade, pois não existia uma obrigação de o trabalhador se reformar, podendo este celebrar um ct a termo com o empregador, podendo mesmo ser renovado, ponto 41 do Ac. Concluiu-se que estes trabalhadores além de terem acesso à pensão de reforma, no caso do valor ser diminuto tinham acesso a complementos, ponto 44 do Ac.

No ponto 45 do Ac. é feita uma comparação com o *Ac. Rosenblatt* no qual a trabalhadora receberia uma pensão bastante diminuta, tendo o TJUE aceite a medida em causa, pois no *Ac. Hörnfeldt* não fazia sentido não aceitar, visto que o valor seria superior.

Concluindo o TJUE pela conformidade da medida.

Quanto ao art. 348º do CT tem-se discutido um eventual carácter discriminatório face à jurisprudência do TJUE. Para analisar esta questão dever-se-ia confrontar o art. 348º do CT com a Diretiva 1999/70/CE de 28/06/1999, relativa aos contratos a termo e recorrer à Diretiva 2000/78/CE, que estabelece um quadro geral de igualdade que

¹³⁹ Proc. C-45/09 de 12/10/2010.

¹⁴⁰ Proc. C-141/11 de 15/05/2009.

pretende combater a discriminação no emprego e na atividade profissional, com base, entre outros, na *idade*.¹⁴¹ Atendendo ao objetivo do trabalho só nos iremos debruçar sobre a segunda Diretiva.

No *art. 348º, n.º 1. do CT* estamos perante uma discriminação indireta, art. 2.º, n.º 2, al. b) da Diretiva e art. 23º, n.º 1., al. b) do CT. O trabalhador requer a reforma, que está associada a uma dada idade, mas se permanecer ao serviço depois de 30 dias sobre o conhecimento do pedido de reforma pelo empregador, vê o seu ct ser alterado para um ct a termo que é distinto do regime geral, art. 139º a 149º do CT. A jurisprudência abordada, indicia a conformidade com a Diretiva, do regime de conversão do ct nesta situação.¹⁴²

No *art. 348º, n.º 3. do CT* estamos perante uma discriminação direta, art. 2.º, n.º 2, al. a) da Diretiva e art. 23º, n.º 1., al. a) do CT, ao se referir aos trabalhadores que atinjam os 70 anos que vêm o seu ct ser alterado de tempo indeterminado para a termo *só por atingir aquela idade*.

O art. 2.º, n.º 2., al. b), i) da Diretiva afasta a diferenciação, desde que a prática seja justificada por um objetivo legítimo e que os meios utilizados para o obter sejam proporcionais, remetendo para o art. 6.º da Diretiva, pelo que no âmbito nacional é relevante o art. 25º, n.º 2. e 3. do CT.

O art. 348º do CT é uma medida de política de emprego, que procura, entre outros objetivos, a contratação jovem, pelo que a sua conformidade assenta no disposto no art. 6º, n.º 1. da Diretiva.¹⁴³

O art. 6.º, n.º 1. da Diretiva acaba por permitir uma justificação da discriminação direta, em função da idade e aparentemente contém uma avaliação concreta, para legitimar a discriminação etária indireta, o qual supera a avaliação global do art. 2.º, n.º 2., b).¹⁴⁴ Este art. 6.º da Diretiva acaba por ser a base para aceitar uma prática discriminatória apoiada na idade, pois tanto os objetivos legítimos como os exemplos de tratamento diferenciado são exemplificativos.¹⁴⁵

O facto de não estar escrito no art. 348º do CT, que este está relacionado com uma política de emprego não importa, pois para o art. 6.º, n.º 1. da Diretiva isso não tem de

¹⁴¹ ALMEIDA, Joana. “Do artigo 348.º do Código do Trabalho à luz do Direito Comunitário”, Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano L, 2009, N.º 3-4, pág. 120.

¹⁴² Cfr. Rita Canas da Silva, ob. cit., pág. 277.

¹⁴³ Cfr. Joana Almeida, ob. cit., pág. 121.

¹⁴⁴ Cfr. Joana Almeida, ob. cit., pág. 133.

¹⁴⁵ Cfr. Joana Almeida, ob. cit., págs. 133 e 134.

acontecer, cfr. em *Palacios*. A falta do objetivo não exclui de forma automática a falta de justificação, o que importa é provar que a política existe e é eficaz, cfr. *Palacios*.¹⁴⁶

O considerando n.º 25 e o art. 6.º, n.º 1. da Diretiva explicam que os EM definem as suas políticas de emprego. Depois de se referir a medida e o objetivo é preciso, analisar a conformidade com a necessidade e a adequação.

Nos termos do *art. 348º, n.º 1. do CT* é o trabalhador que requer a reforma, não estando totalmente desprotegido. Na nossa opinião e concordando com a doutrina, esta disposição está em conformidade com o art. 6.º da Diretiva, pois neste caso o trabalhador pode continuar a trabalhar para o mesmo empregador e cumular o seu ordenado com a pensão de reforma. Outra opção é o trabalhador ver o seu ct caducar, mas encontrar-se protegido pela pensão de reforma, que o próprio requereu. Outra situação é o trabalhador ver o seu ct caducar, mas receber um valor de pensão de reforma e celebrar um ct com outro empregador, e visto que não há consenso relativamente a este ct, o trabalhador pode celebrar um ct a termo, cfr. art. 348º, n.º 2. do CT ou um ct indeterminado. Ou seja, ao contrário do *caso Mangold – 52 anos*, o regime do art. 348º, n.º 1 do CT não está associado a uma dada idade, estando associado a outros elementos.¹⁴⁷ No caso trata-se de um ato voluntário do trabalhador. Ao contrário de *Palacios*, no qual feitos os 65 anos a reforma era obrigatória e determinava a caducidade do ct.¹⁴⁸ No art. 348º, n.º 1. do CT o trabalhador tem direito a uma pensão de reforma, contando que seja de um valor ajustado, cfr. *Palacios*. Em relação à não atribuição de compensação, conclui-se pela conformidade, pois estes trabalhadores já usufruíram de um regime de estabilidade laboral.

O *art. 348º, n.º 3. do CT* envolve situações distintas, a primeira quando o trabalhador perfaz 70 anos de idade e reúne as condições para obter a reforma, mas não a requer. A segunda quando o trabalhador perfaz os 70 anos, e mesmo que não reúna as condições para a reforma o seu ct converte-se do mesmo modo.

A medida tem como objetivo a *contratação jovem*, é um objetivo legítimo, mas quer à luz de *Mangold* e *Palacios* questiona-se a necessidade e a adequação.¹⁴⁹

O TJUE conclui em *Mangold*, pela desproporcionalidade da medida de ct a termo, por causa do trabalhador fazer 52 anos, entre outros. No nosso caso, a conversão só ocorre

¹⁴⁶ Cfr. *Joana Almeida*, ob. cit., pág. 137.

¹⁴⁷ Cfr. *Rita Canas da Silva*, ob. cit., pág. 280.

¹⁴⁸ Cfr. *Rita Canas da Silva*, ob. cit., pág. 281.

¹⁴⁹ Cfr. *Rita Canas da Silva*, ob. cit., pág. 284.

por causa dos 70 anos. Em *Palacios*, o trabalhador quando atingisse os 65 anos de idade via o seu ct caducar por reforma obrigatória, pelo que só estava em conformidade com a Diretiva, porque o trabalhador, receberia uma *compensação financeira*, através de uma *reforma de montante razoável*, o que não acontece no nosso regime.¹⁵⁰

Por outro lado, se a lógica subjacente ao art., é a *solidariedade entre gerações* e a *contratação jovem*, terá de se ponderar se este meio, é o mais adequado à obtenção daquele fim. Concordamos com a legitimidade de meios, que ajudem ou facilitem, quando se atinge uma dada idade, a alteração para um regime mais flexível de cessação ou de contratação.¹⁵¹ Por outro lado, o art. 348º do CT não estabelece ou obriga à contratação de jovens, que substituam os trabalhadores que se reformam ou os que atingem 70 ou mais anos.

Paulo Faria explica que sacrificar um vínculo estável destes trabalhadores, por causa de *políticas de emprego* é injusto, se não se garantir que os meios de subsistência que iriam auferir com a relação contratual estável, podem ser substituídos pela pensão de reforma.¹⁵² O autor refere que o art. 348º, n.º 3. do CT para ser conforme à Diretiva, ou seja, adequado e necessário, os trabalhadores nesta situação têm de ter direito à reforma, ainda não requerida. Abordando uma interpretação restritiva, na qual a *primeira situação* do art. 348º, n.º 1. e 2. do CT, só se aplicam quando o trabalhador, com 70 anos não tiver pedido a reforma, tendo este as condições para a obter.¹⁵³ A *segunda situação*, quando o trabalhador tem 70 anos, mas não pode requerer a reforma, pelo que a conversão do ct só deve ser feita quando este preencher as condições necessárias para a obter.¹⁵⁴ E extensivamente, a norma deve aplicar-se aos ct celebrados com trabalhadores, com direito à reforma que atingem os 70 anos.¹⁵⁵

Na nossa opinião, existe uma *terceira situação* associada ao disposto no *Ac. do STJ DE 21/9/2017, Proc. N.º 31971/15.IT8LSB.L1.S1.*, do qual se retira que o empregador pode cessar o contrato após saber dos 70 anos do trabalhador.

Referindo-se ao art. 348º, n.º 3. do CT remetendo para os n(s).º 1. e 2. e o art. 343º do CT que dá abertura através do *advérbio, nomeadamente*, utilizando a idade do trabalhador, como causa de caducidade. Nesta situação *arbitrária*, o trabalhador vê o seu

¹⁵⁰ Cfr. *Rita Canas da Silva*, ob. cit., pág. 285.

¹⁵¹ Cfr. *Rita Canas da Silva*, ob. cit., pág. 286.

¹⁵² *FARIA, Paulo Ramos de*. “*Velhos são os trapos: discorrendo por analogia sobre o Acórdão Palacios de la Villa*”, *Questões Laborais*, Ano XI, N.º 23, 2009, pág. 232.

¹⁵³ Cfr. *Paulo Ramos de Faria*, ob. cit., pág. 233.

¹⁵⁴ Cfr. *Paulo Ramos de Faria*, ob. cit., pág. 233.

¹⁵⁵ Cfr. *Paulo Ramos de Faria*, ob. cit., pág. 236.

ct cessar, não chegando a existir conversão, pode ou não requerer a pensão e fica sem o seu trabalho, pois no momento da cessação ainda não tinha requerido a reforma.

Achamos que é desconforme com a Diretiva, quando o trabalhador nesta situação não requer as condições para a reforma, fica sem o seu trabalho e conseqüentemente sem o seu sustento o que não nos parece proporcional nem adequado.

Quebrar a estabilidade do ct indeterminado destes trabalhadores por causa de uma *política de emprego* é injusto, exceto se for garantida uma forma de subsistência, através da pensão de reforma ou do ordenado.¹⁵⁶

Por fim, podemos concluir que em certas situações podem existir discriminações etárias, mas desde que sejam justificadas pelo art. 6.º da Diretiva, são aceites.

¹⁵⁶ Cfr. *Paulo Ramos de Faria*, ob. cit., pág. 232.

6 – CONCLUSÃO

Por fim, podemos afirmar que os temas da discriminação, da igualdade, das políticas de emprego e da idade não são simples, nem de fácil percepção.

A idade não é equiparada a outros fatores de discriminação como o sexo, a deficiência, entre outros, pois em certas situações não é simples identificar o comparador, sendo também um fator de discriminação, que está associado a um conjunto mais amplo de justificações, comparativamente com outros. Essas justificações, desde que correspondam a um objetivo legítimo e sejam proporcionais são aceites. Uma forma de justificação é a “*gestão do mercado de trabalho*”, art. 6.º da Diretiva, foi principalmente nesta gestão, onde se enquadram as *políticas de emprego* que nos focamos neste trabalho.

Relativamente aos trabalhadores à procura do primeiro emprego, retiramos do estudo que foi feito, que apesar de existir uma conexão deste conceito aos mais jovens, a associação não é valorizada.

O TC analisa a conformidade constitucional do art. 112º, n.º 1, al. b), iii) do CT, com os prin. da igualdade, art. 13.º da CRP e da segurança no emprego, art. 53.º da CRP optando por desenvolver a sua análise, conforme o conceito de trabalhador à procura de primeiro emprego que a jurisprudência maioritariamente tem vindo a seguir, ou seja, é aquele que jamais esteve vinculado por ct sem termo. Ora, este conceito não associa nenhuma idade, pelo que podemos ter um trabalhador com 60 anos inserido nesta categoria, podendo mesmo ser um trabalhador com uma vasta experiência que acaba por não ser valorizada. O TC concluiu que o regime se aplicava aos trabalhadores que nunca tiveram um ct sem termo com qualquer empregador, nem um ct a termo, com uma duração igual ou superior a 90 dias, mesmo com diverso empregador.¹⁵⁷

Esta situação vem reforçar uma associação do conceito a idades mais baixas, pelo que o art. 112º, n.º 4. do CT, não estabelece nenhum prazo entre as duas contratações, além de que a contratação pode ser com o mesmo ou distinto empregador, o que contribuiu para a associação aos mais jovens, pois à partida um trabalhador mais velho já pode ter passado por uma destas situações. Todavia, este pensamento não é suficiente para fazer prova da discriminação etária.

Tendo em conta isso, podemos dizer que a nosso ver existe uma discriminação destes trabalhadores com outros, nomeadamente os inseridos nos cargos de

¹⁵⁷ Cfr. João Leal Amado e Milena Silva Rouxinol, ob. cit., pág. 49.

complexidade, de funções de confiança ou outros, visto que à partida os trabalhadores à procura de primeiro emprego não são contratados para funções elaboradas, senão já teriam naturalmente os 180 dias de período laboral ou 240 dias no caso de contratação para quadro superior.

Por outro lado, existe uma possível discriminação com os trabalhadores inseridos no art. 112º, n.º 1., al. a) do CT, visto que mesmo os trabalhadores à procura de primeiro emprego, podiam ser inseridos na generalidade dos trabalhadores, tendo um período experimental de 90 dias.

Por fim, o art. 112º, n.º 1., al. b), iii) do CT está relacionado com uma política de emprego, que a nosso ver viola o prin. da igualdade, art. 13º da CRP, acaba por ser discriminatório e coloca estes trabalhadores numa posição precária. Todavia, não podemos dizer, que existe uma discriminação em razão da idade, mas sim uma discriminação em função das funções, para as quais os trabalhadores são contratados.

O art. 348º do CT configura outra política de emprego. No caso a “(...)lei pretendeu evitar que os trabalhadores de idade muito avançada que não se queiram reformar continuem a beneficiar das garantias de estabilidade geralmente asseguradas, atendendo a que a sua produtividade é normalmente diminuta, bem como às vantagens de renovação do mercado de trabalho. Mas admite não só o emprego dos trabalhadores mais velhos, como que o facilita, pela flexibilização que é dada ao emprego nestes casos (...)”¹⁵⁸ pela facilitação do ct a termo.

Defendemos que a idade, não deve ser o único fator de avaliação do trabalhador, uma pessoa é muito mais do que um número, não é o alcançar de uma dada idade que vai fazer de um momento para o outro, que o trabalhador não seja um bom profissional. O art. 348º do CT acaba por ter conotações discriminatórias, mas desde que sejam justificadas e respeitem o prin. da proporcionalidade, sejam adequadas, necessárias e proporcionais acabam por ser aceites. Em particular o art. 348º, n.º 3. do CT configura a nosso ver uma efetiva discriminação pela idade.

Em suma, a idade parece ser usada ao sabor das conveniências das políticas de emprego dos Estados. A Diretiva acaba por ser antagónica relativamente aos seus objetivos e às suas práticas, por um lado estimula a participação ativa dos mais velhos, mas por outro aceita que certos comportamentos discriminatórios sejam válidos, desde que sejam justificados.

¹⁵⁸ Cfr. *Bernardo da Gama Lobo Xavier*, ob. cit., pág. 734.

7 – BIBLIOGRAFIA

- **ALMEIDA, Joana.** “Do artigo 348.º do Código do Trabalho à luz do Direito Comunitário”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano L, 2009, N.º 3-4, pág. 117 a 155.

- **AMADO, João Leal.** *Contratos de Trabalho, Noções Básicas*, Almedina, 3ª Edição, 2019.

- **AMADO, João Leal e Milena Silva Rouxinol.** “Sobre a (des)conformidade constitucional do alargamento do período experimental pela Lei n.º 93/2019 – um olhar sobre o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/2021”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 4030, 2021, pág. 29 a 53.

- **CABRAL, Pedro.** “Um novo princípio geral de direito comunitário: O princípio de não discriminação em razão da idade”, *Temas de Integração*, N.º 25, 2008, pág. 235 a 253.

- **CAMPOS, Alice Pereira de.** *O contrato de Trabalho a Termo, Uma forma de trabalho precário?*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013.

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

- **CORREIA, Sérvulo e Bernardo Xavier.** “Reforma do trabalhador e caducidade do contrato”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XX, N.º 1, 1973, pág. 55 a 82.

- **COSTA, Sofia Pessoa e.** “Políticas ativas do mercado do trabalho”, in *I Conferência Luso-Espanhola de Direito do Trabalho, A reforma laboral em Portugal e Espanha*, Almedina, 2016, págs. 257 a 267.

- **DRAY, Guilherme.** *O Princípio da Proteção do Trabalhador*, Almedina, Coimbra, 2015.

- **FALCÃO, David e Sérgio Tenreiro Tomás.** “Algumas notas sobre as medidas implementadas pela Lei N.º 93/2019, de 4 de Setembro, relativas ao combate à precariedade laboral – o período experimental e a contratação a termo”, *Revista do CEJ*, 2.º Semestre 2020, Número 2, págs. 225 e 239.

- **FALCÃO, David, TOMÁS, Sérgio Tenreiro.** *Lições de Direito do Trabalho*, Almedina, 6ª Edição, 2019.

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

- **FERNANDES, António Monteiro.** *Direito do Trabalho*, Almedina, 21ª Edição, 2022.

- **FERNANDES, Francisco Liberal.** “Sobre a indemnização em caso de caducidade do contrato a termo do trabalhador reformado que continua ao serviço da mesma entidade patronal”, *Questões Laborais*, n.º 20, 2002, pág. 221 a 231.

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

- **GOMES, Júlio.** “Do uso e abuso do período experimental”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, N.º 1 e 2, 2000, pág. 37 a 74.

- **HESPANHA, Pedro, et. al.** *Trabalho e Políticas de Emprego, um retrocesso evitável*, Conjuntura Actual, 2017.

- **LEITÃO, Luís Menezes.** *Direito do Trabalho*, Almedina, 5ª Edição, 2016.

- **LOPES, Pedro Rica.** “A Caducidade do Contrato de Trabalho dos Trabalhadores Reformados”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 1º Semestre de 2016, Número I, pág. 229 a 237.

- **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 *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Volume II, Coimbra Editora, pág. 413 a 455.

- **MARTINS, Pedro Furtado.** *Cessaçãõ do Contrato de Trabalho*, Princípiã, 4.ª Edição, 2017.

- **MARTINEZ, Pedro Romano.** *Direito do Trabalho*, 10ª Edição, Almedina, Coimbra, 2022.

- **MESTRE, Bruno.** *Direito Antidiscriminação, Uma perspetiva europeia e comparada*, Vida Económica-Editorial, AS, Porto, 2020.

- **MESTRE, Bruno.** “Sobre o conceito de discriminação - uma perspetiva contextual e comparada”, in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Volume I, Universidade Católica Editora, 2015, pág. 377 a 410.

- **MONEREO PÉREZ, José Luis.** *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*. Editorial Bomarzo S.L., 2011.

- **MOREIRA, Teresa Coelho.** “A discriminação em razão da idade no contexto de uma população envelhecida na EU”, *Igualdade e não Discriminação, Estudos de Direito do Trabalho*, 2013, Almedina, pág. 9 a 77.

- **OLIVEIRA, Pedro.** “Nada de novo debaixo do Sol: o período experimental e a precariedade das relações laborais”, *Questões Laborais*, n.º 55, 2019, pág. 87 a 103.

- **RAMALHO, Maria do Rosário Palma.** *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 8ª Edição, 2021.

- **RAPOSO, Vera Lúcia.** “Os limites da igualdade: um enigma por desvendar (a questão da promoção da igualdade laboral entre sexos)”, *Questões Laborais*, n.º 23, 2004, pág. 42 a 80.

- **ROUXINOL, Milena Silva.** “A Lei nº 93/2019, de 4/09, e o alargamento da duração do período experimental”, *Questões Laborais*, n.º 55, 2019, pág. 63 a 85.

- **ROUXINOL, Milena Silva.** *O período experimental*, in João Leal Amado e outros, *Direito do Trabalho, Relação Individual*, Almedina, Coimbra, 2019.

- **SANTOS, Paulo Duarte.** “Tribunal Constitucional”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, N.º 1, 1.º Semestre de 2021, pág. 39 a 49.

- **SILVA, Rita Canas da.** “Discriminação Laboral em função da idade”, in *Congresso Europeu de Direito do Trabalho*, coord. José João Abrantes, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 237 a 289.

- **XAVIER, Bernardo da Gama Lobo**, et al. *Manual de Direito do Trabalho*, Letras e Conceitos, 4ª Edição, 2020.