



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A proibição da terceirização e os  
despedimentos coletivo e por extinção do  
posto de trabalho

- O artigo 338.º-A do CT

Andreia Valente dos Reis Marques

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024





UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A proibição da terceirização e os  
despedimentos coletivo e por extinção do  
posto de trabalho  
- O artigo 338.º-A do CT

Andreia Valente dos Reis Marques

*Sob a orientação da Prof.ª Doutora Ana Teresa Ribeiro*

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024

## **Agradecimentos**

Aos meus pais, por todo o amor, apoio e por acreditarem sempre em mim. Esta conquista também é vossa. Sem vocês, nada disto seria possível.

À minha irmã e ao Miguel, pelos conselhos, pelo carinho, e por estarem sempre ao meu lado, e aos meus sobrinhos, pela alegria infindável que trazem à minha vida.

Ao Ricardo, pela paciência, incentivo e por ser o meu pilar durante todo este percurso.

Aos meus colegas da PRAGMA, por tornarem mais fácil a conciliação da vida profissional com a académica, e por todo o incentivo nos momentos em que mais precisei, em especial ao Doutor Ricardo Nascimento, por quem nutro imensa admiração, pela partilha de todo o seu saber.

Aos meus amigos, por o serem, sempre e em todos os momentos da minha vida.

À minha orientadora, Professora Doutora Ana Teresa Ribeiro, pela constante disponibilidade e profissionalismo, pela atenção aos detalhes e pela crítica sempre construtiva para que esta tese chegasse a bom porto.

A todos, o meu sincero obrigada.

## **Resumo**

O presente estudo tem como desiderato traçar uma análise detalhada do novo artigo 338.º-A do Código do Trabalho, introduzido pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril. Debruçar-nos-emos, assim, sobre o fenómeno da terceirização e a proibição imposta a esta prática na sequência ou de um despedimento coletivo, ou por extinção de posto de trabalho, procurando identificar e responder às principais questões suscitadas sobre o tema. Será dado destaque à possível inconstitucionalidade da norma, culminando o estudo com uma proposta de reformulação da mesma.

**Palavras-chave:** terceirização; despedimento coletivo; despedimento por extinção do posto de trabalho; inconstitucionalidade

## **Abstract**

The purpose of this study is to provide a detailed analysis of the new Article 338-A of the Labour Code, introduced by Act No. 13/2023, of 3 April. We will thus look at the phenomenon of outsourcing and the prohibition imposed on this practice following either a collective dismissal or the dismissal due to the elimination of a job position, seeking to identify and answer the main questions raised by the subject. The possible unconstitutionality of this provision will be emphasized, culminating the study with a proposal for its reformulation.

**Keywords:** outsourcing; collective dismissal; dismissal due to the elimination of a job position; unconstitutionality

## Indicações de Leitura

As citações e notas de rodapé são feitas indicando-se o nome do autor, seguida do nome da obra ou artigo, editora, edição, local da publicação, data da obra e, por fim, do(s) número(s) da(s) página(s) em causa. Quando a mesma obra é citada mais do que uma vez, a citação será feita com o nome do autor, seguida de “ob.cit” e do respetivo número, e caso o mesmo autor seja citado mais do que uma vez será acrescentado o ano da obra.

Quando são citadas obras com dois ou mais autores, será indicado o nome do primeiro autor, seguido de *et al.*

A bibliografia indicada a final contém todas as obras que são citadas na presente dissertação, com a identificação completa do(s) autor(es), título da obra, editora, local de publicação e ano, e tratando-se de um artigo ou do capítulo de uma obra coletiva, a primeira e última páginas.

As indicações jurisprudenciais provenientes dos tribunais portugueses feitas nesta dissertação encontram-se disponíveis para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) ou na coletânea de jurisprudência online, e são referenciados com a indicação do tribunal, número do processo e data.

Todas as disposições legais citadas sem referência expressa ao diploma legal em que se integram pertencem ao Código do Trabalho.

Para a realização deste trabalho, considerou-se, fundamentalmente, a jurisprudência, doutrina e demais documentação disponível até 24 de agosto de 2024.

A doutrina estrangeira referenciada foi traduzida sendo a tradução da exclusivamente responsabilidade da Autora.

## Lista de Abreviaturas

Ac.	Acórdão
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro, com as subseqüentes alterações
Cfr.	Conferir
CRCSS	Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16 de setembro, com a subseqüentes alterações
CRP	Constituição da República Portuguesa, aprovada pelo Decreto de 10 de Abril de 1976, com as subseqüentes alterações
CT	Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com as subseqüentes alterações
<i>Ibidem</i>	No mesmo lugar
IRCT	Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho
ACT	Autoridade para as Condições do Trabalho
N.º	Número
<i>Ob. Cit.</i>	Obra Citada
OIT	Organização Internacional do Trabalho
p.	Página
pp.	Páginas
p. ex.	Por exemplo
ss.	Seguintes
TED	Trabalhadores Economicamente Dependentes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
i.e.	Isto é

## Índice

<i>Introdução</i> .....	9
<i>I - O regime da contratação após despedimento prévio à Lei 13/2023</i> .....	11
<b>2.1 O conceito de terceirização</b> .....	14
<b>2.2 O art. 338.º-A do CT: interpretação, vantagens/desvantagens, a decisão gestonária e alternativas à proibição</b> .....	16
<b>2.3 Da aplicabilidade da norma – problemas e soluções</b> .....	22
2.3.1 A violação da norma (contraordenação e potencial ilicitude do despedimento) .....	23
2.3.2 O conflito entre prazos .....	27
2.3.3 Da (in)sindicabilidade dos motivos do despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho .....	29
2.3.4 A relação da terceirização com os novos regimes dos trabalhadores economicamente dependentes (arts. 10.º a 10.º-B do CT) e a aplicação dos IRCT aos prestadores de serviços (art. 498.º-A do CT) .....	31
<b>2.4 Da potencial inconstitucionalidade do art. 338.º-A</b> .....	34
<i>III - O impacto da medida no despedimento coletivo e por extinção do posto de trabalho</i> .....	41
<i>IV – A Terceirização no panorama internacional</i> .....	43
<i>V - Reflexões finais e proposta</i> .....	46
<i>Conclusão</i> .....	48

## Introdução

O presente estudo tem como desiderato analisar, de modo aprofundado, o novo art. 338.º-A, introduzido pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, que proíbe a terceirização após a verificação de um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho. Abordaremos o tema ao longo de cinco capítulos, cada um deles dedicado à exploração de diferentes aspetos relevantes à luz desta nova disposição legal, bem como as suas implicações práticas e jurídicas.

A análise deste artigo tem especial relevância por se tratar de uma novidade introduzida pelo legislador na sequência da Agenda do Trabalho Digno, tendo, desde a sua entrada em vigor a 1 de maio de 2023, levantado questões sobre a sua utilidade, interpretação e, inclusive, a sua potencial inconstitucionalidade. Nesta senda, entendeu-se como necessário um estudo que procurasse não só problematizar, como também trilhar um possível caminho com vista à (in)aplicabilidade da norma em causa, bebendo das mais diversas fontes (em tom crítico ou de apoio) que foram surgindo desde a sua entrada em vigor.

Iniciaremos o estudo com uma questão prévia. No Capítulo I relembremos o regime legal existente antes da entrada em vigor da proibição da terceirização, recordando a forma através da qual se podiam organizar as empresas e promover os despedimentos por eliminação de emprego. A análise deste quadro normativo é essencial para entender as mudanças introduzidas e o seu impacto no ordenamento jurídico laboral português.

O essencial deste estudo concentra-se no Capítulo II. Aqui propomo-nos a tentar compreender o conceito de terceirização, seguindo para uma análise das interpretações feitas ao texto e escopo da norma. Num primeiro momento, problematizaremos, identificando as suas vantagens e desvantagens, avançando com críticas positivas e negativas à introdução da norma no nosso sistema, e, de seguida, ver-se-á se o seu carácter lacunoso poderá ser suscetível de conduzir a caminhos alternativos que redundem no contornar da proibição.

Em seguida, iremos refletir sobre a aplicabilidade da norma assinalando os principais problemas daí decorrentes, designadamente, as consequências da violação da norma, o conflito entre o prazo estabelecido no art. 338.º- A e os de impugnação do despedimento, a discussão da (in)sindicabilidade dos motivos do despedimento por

eliminação de emprego, e por fim, a sua relação com os regimes previstos nos arts. 10.º a 10.º-B e 498.º-A.

Terminaremos este capítulo com a maior das questões: a potencial inconstitucionalidade do art. 338.º-A. Dissecaremos cada um dos argumentos invocados nesta discussão e que incidem essencialmente na ponderação entre dois princípios constitucionalmente previstos, em aparente conflito.

Feito o enquadramento legal da norma e identificadas as principais questões que a rodeiam, o Capítulo III terá o propósito de refletir sobre o seu impacto no despedimento coletivo e por extinção do posto de trabalho.

No Capítulo IV, debruçar-nos-emos sobre o fenómeno da terceirização no panorama internacional, e da eventual existência de normas semelhantes noutros ordenamentos jurídicos.

E, finalmente, no Capítulo V, avançaremos com as conclusões extraídas do presente estudo relativas à proibição da terceirização, propondo algumas alterações ao seu regime legal por forma a tornar a medida mais adequada e compatível com as críticas apontadas.

## I - O regime da contratação após despedimento prévio à Lei 13/2023

Antes de procedermos à análise do novo art. 338.º-A, é relevante recordar as regras do regime em que este se baseia, especialmente no que respeita às proibições existentes para a contratação de novos trabalhadores e prestadores de serviços após a empresa ter recorrido a um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho. Estas duas formas de cessação enquadram-se nos despedimentos por causas objetivas, sendo muitas vezes reconduzidas por diversos autores a uma única modalidade: o “despedimento por eliminação de emprego”<sup>1</sup>.

Como veremos adiante em maior detalhe, o art. 53.º da CRP determina a proibição dos despedimentos sem justa causa, o que se traduz numa verdadeira proibição dos despedimentos livres e arbitrários, sendo necessário o preenchimento de determinados requisitos e a verificação de fatores que motivem um despedimento objetivo.<sup>2</sup>

Assim, para que os despedimentos coletivos ou por extinção do posto de trabalho sejam válidos é necessário que esteja verificado, pelo menos, um dos fundamentos legalmente previstos nos artigos 359.º e 368.º, também apelidados de requisitos materiais. Aos pressupostos materiais junta-se também o requisito formal, previsto nos arts. 360.º a 363.º e arts. 369.º a 371.º, referente ao procedimento prévio à decisão de despedir. A estes acresce a obrigação prevista nos arts. 366.º e 372.º, relativa à disponibilização ao trabalhador da compensação até ao termo do aviso prévio, e dos demais créditos laborais devidos por efeito da cessação do contrato de trabalho. O incumprimento de algum destes deveres resulta na ilicitude do despedimento por eliminação de emprego, nos termos do art. 384.º.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup>A opção pelo despedimento coletivo ou pelo despedimento por extinção do posto de trabalho passa por um critério meramente quantitativo, assente na relação entre o número de trabalhadores da empresa e o número de trabalhadores a despedir: art. 359.º, n.º 1, e art. 368.º, n.º 1, al. d) – cfr. PEDRO FURTADO MARTINS “*Cessação do Contrato de Trabalho*”, 4ª edição, Principia Editora, Cascais, 2017, p. 247.

<sup>2</sup> Aquando da introdução da figura do despedimento coletivo no ordenamento jurídico português, foi apurado o conceito constitucional de justa causa para despedimento previsto no CT e no art. 53.º da CRP, que levou à prolação de dois importantes acórdãos do Tribunal Constitucional – o Ac. n.º 107/88, de 31/05/1988, e Ac. n.º 64/91, de 4/04/1991. Concluiu-se, em suma, que texto constitucional pretendia eliminar despedimentos arbitrários, discricionários, apenas se admitindo aquela possibilidade quando haja impossibilidade objetiva de manutenção do contrato. *Vide* PEDRO FURTADO MARTINS (2017), *ob. cit.*, p. 158 a 165.

<sup>3</sup> Para maiores desenvolvimentos, sobre este tema, veja-se PEDRO FURTADO MARTINS (2017), *ob. cit.* P. 862 e ss.; BERNARDO LOBO XAVIER, (2000) *op. cit.*; JOSÉ JOÃO ABRANTES, “*Despedimento Coletivo*”, *Direito do Trabalho. Ensaios*, Cosmos, Lisboa, 1995, pp. 197-202; MÁRIO PINTO/ PEDRO FURTADO MARTINS, “*Despedimentos Coletivos: Liberdade de Empresa e Ação Administrativa*”, *RDES*, 1993, n.º 1-

Desta forma, cumpridos os trâmites legais impostos pelas normas suprarreferidas, o despedimento é considerado válido, pelo que não existia qualquer limitação expressa aos empregadores após a cessação dos contratos por motivos objetivos. Efetivamente, aquilo que entendemos é que o empregador era livre de contratar novos “trabalhadores”, i.e. trabalhadores subordinados ou prestadores de serviços, imediatamente após completar um procedimento de despedimento (por eliminação de emprego), desde que tal contratação não colocasse em causa os próprios motivos invocados para fundamentar esse despedimento. Aliás não existia sequer um período de espera, à semelhança do que efetivamente acontece para a contratação após a cessação por caducidade de um contrato de trabalho a termo, que é proibida durante um período de tempo equivalente a um terço da duração do contrato (art. 143.º).

Ora, estas formas de despedimento eram, até à entrada em vigor da norma aqui em estudo, consideradas pelos tribunais como um ato de gestão lícito e razoável, desde que representasse uma diminuição de custos para a empresa, melhorando a sua situação económica<sup>4</sup> e os motivos invocados fossem válidos. Diz-se que eram, não porque a lei tenha introduzido alguma novidade quanto à ilicitude destes despedimentos, mas porque com a introdução do art. 338.º-A tal certeza foi colocada em causa por alguns autores, conforme veremos.

Por meio do novo art. 338.º-A os despedimentos coletivo e por extinção do posto de trabalho passaram a ter um novo efeito acessório: a proibição de recorrer à aquisição de serviços externos a entidade terceira para satisfazer as necessidades que até então eram asseguradas por trabalhador abrangido por despedimento nos 12 meses anteriores à verificação do despedimento.

---

2-3-4; JORGE LEITE, “A Transposição das Diretivas Comunitárias Sobre Despedimento Colectivo”, *PDT*, Atualização n.º 55.

<sup>4</sup> A título de exemplo vejamos a decisão proferida pelo Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 1556/15.9T8GRD.C1, de 10 de novembro de 2017, que, perante um despedimento por extinção do posto de trabalho de uma trabalhadora para posterior contratação de serviços de lavandaria e tratamento da roupa até então assegurados pela mesma, considerou o mesmo como lícito, por estes representarem “custos tendencialmente inferiores aos que resultavam do serviço interno de lavandaria. Tratou-se de um acto de gestão perfeitamente justificado”, e, por isso, consonante com o motivo justificativo do despedimento assente em motivos estruturais e económicos.

No mesmo sentido decidiu o Tribunal da Relação do Porto em Ac. de 17 de abril de 2023, Processo n.º 9990/19.9T8PRT.P1.

Vejamos então em que se traduz a norma e de que forma é que a mesma se relaciona e impacta o regime dos despedimentos por eliminação de emprego e, sobretudo, se esta novidade representou uma mudança de paradigma no nosso ordenamento jurídico.

## **II - O novo artigo art. 338.º-A do Código do Trabalho**

O novo art. 338.º-A do CT, com a epígrafe “Proibição do recurso à terceirização de serviços”, foi introduzido no CT pela Lei n.º 13/2023, de 03 de abril, que entrou em vigor a 1 de maio de 2023. Esta norma surgiu associada à reforma legislativa que pretendeu introduzir a melhoria das condições de trabalho e simultaneamente facilitar a conciliação da vida profissional com a vida familiar dos trabalhadores – a Agenda do Trabalho Digno. Esta, desde os seus trabalhos preparatórios, previa a introdução no ordenamento jurídico português de um mecanismo que visasse impedir temporariamente a terceirização, caso esta fosse subsequente a um despedimento por eliminação de emprego. A preocupação do legislador foi, assim, a de estabelecer um entrave à suprarreferida liberdade para contratar após um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho, combatendo a precariedade no emprego que daí poderia advir.

Acontece que o legislador nos trabalhos preparatórios da norma e na Proposta de Lei 15/XV/1, não referiu expressamente qual o real propósito da norma. No entanto, aquilo que se tem vindo a entender é que tal proposta visava evitar a precarização dos postos de trabalho, não permitindo que o empregador pudesse despedir e subsequentemente, terceirizar esses mesmos serviços, numa ótica protecionista do trabalhador e da sua posição na empresa. Ainda que tal não seja referido pela doutrina portuguesa, entendemos que esta norma também tenha surgido com o objetivo de criar um entrave a um fenómeno global de busca dos lucros à custa da violação de direitos laborais e humanos, ou seja, aquilo que se pretendeu foi também a proibição da terceirização em relação a países terceiros, onde é garantido um serviço igualmente eficiente e manifestamente mais barato, mas sem que sejam acautelados os mais básicos direitos dos trabalhadores, designadamente em relação à remuneração e às condições dignas de trabalho.

Esta segunda leitura parece ser mais consonante com uma interpretação mais restritiva feita da norma, facilitando a sua leitura e enquadramento, porquanto proíbe o recurso à terceirização nas situações em que são colocados em causa os direitos dos trabalhadores em geral. No entanto, não foi esta a opção do legislador, que simplesmente optou por proibir toda e qualquer forma de terceirização durante um determinado lapso temporal.

## 2.1 O conceito de terceirização

Antes de nos debruçarmos sobre a norma aqui em estudo é necessário analisar e compreender o que se entende por “terceirização”, conceito escolhido pelo nosso legislador em algumas das novas normas introduzidas pela Agenda do Trabalho Digno e, em particular, no art. 338.º-A.

Ora, “terceirização”, ou qualquer uma das designações sinónimas utilizadas para descrever este fenómeno pela doutrina e pela jurisprudência, tais como “outsourcing”, “subcontratação”, “externalização”, “descentralização produtiva”, ou “contracting out”, é um conceito económico e não propriamente jurídico, que significa atribuir a um terceiro, a uma outra organização, a realização de atividades necessárias ou convenientes à prossecução do objeto social da empresa, ou outras atividades acessórias, recorrendo para esse efeito a prestadores de serviços, sejam estes pessoas singulares ou coletivas. Nesta forma de prestação da atividade, o empresário não exerce qualquer poder de direção sobre os trabalhadores da empresa prestadora de serviços ou sobre os prestadores independentes, nem tem de cumprir com outros deveres para além daqueles que decorram daquilo que seja expressamente estabelecido no contrato de prestação de serviço.

Sabemos que a designação de “terceirização” não tem qualquer tradição entre nós, tendo sido importada do regime legal brasileiro, onde é utilizado para explicar o fenómeno que “consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal.”<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> ALICE MONTEIRO DE BARROS, “*Curso de Direito do Trabalho*”, 6ª ed., São Paulo, 2010, p. 452. A importação deste conceito foi mencionada em JÚLIO GOMES “A fronteira entre o contrato de utilização de trabalho temporário e os (outros) contratos de prestação de serviços” – *Prontuário de Direito do Trabalho*, CEJ, n.º 87, 2010, p. 86-87.

Existe alguma discussão sobre o mérito da escolha do termo, parecendo, nas palavras de ANA LAMBELHO<sup>6</sup>, haver algum “desnorte” linguístico por parte do legislador, na medida em que, p. ex. no art. 551.º, n.º 4, é utilizado antes o conceito de “contratante” e “subcontratante” para definir a mesma realidade.

A terceirização, em sentido lato, pode ser feita operar por recurso ao trabalho temporário ou a outros tipos de contratos civis ou comerciais e a qualquer momento, seja no início da laboração da empresa, escolhendo o empresário este tipo de contratação como forma de organização empresarial inicial, ou subsequente, por decisão de gestão diferente da assumida até então.

Este fenómeno resulta da necessidade de, perante um mercado global cada vez mais competitivo e sujeito a constante evolução tecnológica, o mundo empresarial recorrer a novos modelos de gestão, tendo em vista, designadamente, a diminuição dos seus custos e a melhoria da eficácia da empresa, fazendo-o através da concentração na empresa de apenas o “seu *core business* ou núcleo principal, externalizando o acessório, instrumental ou complementar”.<sup>7</sup>

Ainda que existam algumas divergências<sup>8</sup> quanto à extensão do conceito de “terceirização” não parece haver grandes dúvidas de que “as atividades terceirizadas podem ser acessórias ou principais das prosseguidas pela empresa”<sup>9</sup>, pelo que se entende, da leitura da norma, que a terceirização poderá ocorrer em relação a atividades dentro ou fora do objeto social da empresa, e que correspondam ou não à sua atividade principal.

Independentemente das críticas que se podem apontar à escolha linguística, e por uma questão de clareza iremos optar por utilizar apenas a expressão “terceirização” para descrever este fenómeno ao longo deste estudo, por ter sido a escolhida pelo legislador.

---

<sup>6</sup>ANA LAMBELHO, “O Trabalho Temporário e a Terceirização à Luz da Agenda do Trabalho Digno”, *Questões laborais* n.º 63, 2023, p. 195.

<sup>7</sup> Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 10177/19.6T8LSB.L1-4, de 26 de maio de 2021.

<sup>8</sup> Sobre estas cfr. JÚLIO GOMES (2010), ob. cit., pág. 91.

<sup>9</sup> ANA LAMBELHO (2023), Ob. Cit., p. 194.

## 2.2 O art. 338.º-A do CT: interpretação, vantagens/desvantagens, a decisão gestionária e alternativas à proibição

Conforme vimos, foi introduzido no Código do Trabalho um novo artigo na parte geral sobre a cessação de contrato de trabalho: o art. 338.º-A.

A norma estatui no seu primeiro número que “não é permitido recorrer à aquisição de serviços externos a entidade terceira para satisfação de necessidades que foram asseguradas por trabalhador cujo contrato tenha cessado nos 12 meses anteriores por despedimento coletivo ou despedimento por extinção de posto de trabalho”.

A epígrafe da norma poderá induzir o leitor em erro, fazendo-o crer que o legislador proibiu toda e qualquer forma de terceirização. No entanto, tal interpretação não corresponde à realidade. Não é proibida toda a terceirização subsequente, mas apenas aquela que envolve despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho daqueles trabalhadores que antes desempenhavam as atividades agora terceirizadas.

Com a entrada em vigor desta norma as empresas ficam impedidas de, durante 12 meses, contratar prestadores de serviço, ficando suspensa temporariamente a sua liberdade de recorrer à terceirização. Neste alinhamento poderá dizer-se que as empresas deixam de ter a oportunidade de se reinventar e reorganizar, modelando a sua atividade da forma que consideram mais inteligente, mais eficiente e lucrativa, ou então, de simplesmente sobreviver, nos casos em que a diminuição dos custos da empresa com os seus recursos humanos é a única solução possível.

Neste sentido, esta decisão da empresa é desdobrável em dois atos: “i) eliminação dos postos de trabalho reservados às atividades que se entendeu externalizar (...), e ii) concomitante ou subsequente celebração de contrato para a prestação de serviços de objeto coincidente com o núcleo funcional essencial dos postos de trabalho eliminados”.<sup>10</sup>

No entanto, a terceirização não implica necessariamente que tenham de ocorrer despedimentos dos trabalhadores da empresa, podendo esta ser antecedida da figura da transmissão parcial da empresa, ou da alocação dos trabalhadores que antes desempenhavam as atividades ou funções agora terceirizadas a outras funções, dentro dos limites legais para essa alteração e sem que ocorra diminuição da categoria profissional e

---

<sup>10</sup> RITA CANAS DA SILVA, “Proibição do Outsourcing subsequente a um despedimento”, Estudos *APODIT 12 – Despedimento Coletivo Novos e Velhos Problemas*, 2023, p. 152.

retribuição. Por este motivo, esta proibição de terceirização não se aplica a todos os casos em que a entidade empregadora pretenda alocar determinada atividade a prestadores de serviço.

Relativamente à aplicação da norma no tempo não há dúvidas que este novo regime se aplica aos despedimentos ocorridos após a entrada em vigor da Lei n.º 13/2023, a 1 de maio de 2023, sendo a proibição aplicável a despedimentos e terceirizações ocorridas a partir dessa data.

No entanto, foi discutida a questão de saber se a terceirização seria igualmente proibida nos 12 meses que se seguiram a despedimento ocorrido antes de 1 de maio de 2023 mas cujo “período de espera” estivesse a correr aquando da entrada em vigor do art. 338.º-A. Ora, aquilo que se vinha a entender, e cremos que bem, é que tal proibição apenas seria imposta em relação a despedimentos ocorridos após a entrada em vigor da norma, à luz do disposto no art. 12.º, n.º 2, do CC. Em todo o caso, à data da redação do presente trabalho, tal questão já não tem utilidade prática, na medida em que todos os prazos foram já ultrapassados.

A vantagem primordial do regime do art. 338.º-A, como vimos, é que este visa, essencialmente, reforçar a tutela conferida aos trabalhadores em matéria de despedimento, porquanto, e como defendem alguns autores “a consequência de fundo da terceirização é a precarização das relações de trabalho”<sup>11</sup>, afirmando LEAL AMADO que “terceirização rima com precarização”<sup>12</sup>. Por outro lado, esta norma acarreta desvantagens para o empregador na medida em que lhe impõe uma forte limitação. Aliás, como referem PEDRO ROMANO MARTINEZ e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, pela conjugação da leitura dos art. 53.º e art. 18.º, n.º 2, da CRP, a terceirização poderá traduzir-se na “necessidade de eliminar postos de trabalho para «salvar» outros, sob pena de podermos estar perante a extinção da totalidade dos vínculos laborais”<sup>13</sup>, pelo que o estabelecimento desta proibição coarcta a possibilidade de o empregador gerir a sua própria empresa, até mesmo nas situações em que a sua sobrevivência possa estar em risco.

Existem, portanto, vantagens e desvantagens do recurso à terceirização, sendo que, de entre as desvantagens da terceirização, JÚLIO GOMES considera ainda que a mesma

---

<sup>11</sup> ANA LAMBELHO (2023), Ob. Cit., pp. 195.

<sup>12</sup> LEAL AMADO, “A proibição de recurso à terceirização de serviços e o despedimento-para-terceirizar: nótula sobre o novo artigo 338.º-A do Código do Trabalho”, *RLJ*, N.º 4040, 2023, p. 320.

<sup>13</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, “Constituição e Agenda do Trabalho Digno”, *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, n.º 4, 2023, p. 296.

poderá constituir “uma ameaça à negociação coletiva e aos próprios mecanismos tradicionais de representação dos trabalhadores na empresa”<sup>14</sup>. Aquilo que o Autor explica é que haverá a substituição de trabalhadores por prestadores de serviço que não estarão abrangidos pelos mecanismos específicos daquela empresa, nem participarão na sua atividade sindical.<sup>15</sup> Não obstante, os prestadores de serviços poderão beneficiar das normas do IRCT aplicável à empresa por efeito da nova regra do art. 498.º-A, conforme veremos. Ainda assim os mesmos não deixam de ser prestadores externos à empresa que não participarão na atividade sindical da mesma, o que poderá significar efetivamente uma debilidade, caso o número de prestadores de serviço seja significativo na empresa.

Em paralelo a esta discussão, existe ainda a questão do mérito da decisão gestonária adotada pela empresa, que tenha por base motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos. A este propósito colocam-se as seguintes interrogações: se a empresa promover um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho com vista a reduzir os custos da empresa, por se encontrar numa situação de crise económica, e nessa sequência contratar um prestador de serviços que execute a mesma atividade de forma mais económica, a proibição também se aplica? Esse tipo de terceirização torna-se justificada e válida? Ou continua a existir a proibição, mas não se coloca em cheque a própria decisão de despedimento? E se o despedimento for fundado apenas numa decisão com vista ao aumento dos lucros da empresa? Será essa decisão condenável, e como tal, deverá o despedimento ter-se como ilícito?

Aquilo que aqui está em debate é se a norma proíbe a terceirização em qualquer caso em que ocorra um despedimento (coletivo ou por extinção do posto de trabalho), ou se em determinados casos é justificada, não devendo aplicar-se a proibição e as suas consequências.

A este propósito veja-se que, segundo alguns autores<sup>16</sup>, a decisão de terceirização não pode, por si só, ser fundamento bastante para desencadear um procedimento de despedimento por extinção de posto de trabalho ou despedimento coletivo, em respeito

---

<sup>14</sup> JÚLIO GOMES (2010), p. 90.

<sup>15</sup> A este propósito vejamos também que, conforme defende Catarina de Oliveira Carvalho, “as desigualdades inerentes aos estatutos juslaborais dos trabalhadores que desempenham a sua atividade no mesmo local (...) criam situações de conflito e potenciam mesmo a paralisação da organização colectiva dos trabalhadores e o exercício dos respetivos direitos” – cfr. CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO (2011), *Da dimensão da Empresa no Direito do Trabalho*, p. 825.

<sup>16</sup> LEAL AMADO e ANA LAMBELHO, em LEAL AMADO (2023), *Op. Cit.*, p. 319, e ANA LAMBELHO (2023), *Ob. Cit.*, pp. 195.

pelo princípio constitucional da segurança no emprego previsto no art. 53.º da CRP. Por outras palavras, “a extinção dos contratos de trabalho deve ser uma consequência e não um fim”<sup>17</sup>.

Neste sentido, é defendido que deverá impender sobre o empregador o dever de provar que a terceirização operada é necessária, adequada e proporcional, e sobretudo idónea à melhoria da situação da empresa.

Na realidade, e como decorre das regras gerais previstas para estas duas formas de despedimento objetivo, o mesmo terá sempre de ser causal, recaindo sobre o empregador o dever de demonstrar o nexo de causalidade entre a cessação dos contratos e a melhoria da situação da empresa, seja esta já boa, ou em decadência, relação essa ponderada segundo juízos de necessidade, proporcionalidade e adequação. Aliás, o próprio art. 53.º da CRP que estabelece a proibição dos despedimentos sem justa causa, impõe ao empregador que demonstre que aquela decisão é uma boa opção de gestão da empresa.<sup>18</sup>

Não obstante os despedimentos por eliminação de emprego terem de ser sempre justificados nos termos legalmente previstos, ANA LAMBELHO<sup>19</sup> defende que tal solução é igualmente legitimada se se visar a melhoria do desempenho da empresa enquanto organização e desde que a mesma seja “essencial ou claramente benéfica”, ainda que a situação da empresa já seja boa.

No entanto, não se deve ignorar que “o despedimento coletivo não é simplesmente, uma medida de emagrecimento do pessoal, mas é antes uma medida de redimensionamento da empresa que está objetivamente justificada pela circunstância de, conjuntamente outras medidas de gestão, permitir que o empregador preserve a empresa, a modernize, a adapte a novos mercados ou reduza os seus custos, tornando-a mais eficiente e competitiva”<sup>20</sup>, sendo uma medida que poderá ser essencial para a viabilidade da própria empresa, para a sua sobrevivência e/ou sucesso no mercado.

Quanto à discussão da proporcionalidade da decisão do empregador de despedir-para-terceirizar, a mesma ficará a cargo dos tribunais, como é da sua incumbência, apesar

---

<sup>17</sup> ANA LAMBELHO (2023), Ob. Cit., p. 198.

<sup>18</sup> ANA LAMBELHO (2023), Ob. Cit., p. 198- 202.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 199.

<sup>20</sup> MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “*Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*”, 9ª ed., Almedina, Coimbra, 2023, p. 1084.

de LEAL AMADO entender que “ainda que possa ser uma medida racional, de ponto de vista da eficiência empresarial, não é uma medida proporcional, pela violência inerente ao sacrifício do emprego dos trabalhadores despedidos”<sup>21</sup>, censurando ainda a decisão de despedir para aumentar os lucros da empresa pelo desvalor que tal solução representa em relação ao direito da segurança no emprego<sup>22</sup>, pelo que a discussão permanece em aberto e eventualmente terá de ser analisada casuisticamente.

Daqui se retira, tal como defendem PEDRO ROMANO MARTINEZ e LUÍS GONÇALVES DA SILVA<sup>23</sup>, que existe uma incongruência teleológica entre o art. 338.º-A e o art. 359.º, n.º 2<sup>24</sup>, porquanto, feita a leitura conjunta das duas normas, “o empregador pode recorrer – com habilitação constitucional e legal – ao despedimento coletivo (ou extinção de postos de trabalho) por razões empresariais – na terminologia legal, “motivos económicos”, reconhecidos como motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos –, mas fica impedido, durante 12 meses, de adequar a gestão empresarial à estratégia delineada, se esta consistir na externalização de serviços”.<sup>25</sup> Isto é, tal solução traduz-se na possibilidade de o empregador proceder a um despedimento por razões empresariais, válida e justificadamente, ficando, contudo, sujeito a uma subsequente restrição de, durante 12 meses, não poder adequar a gestão empresarial à estratégia delineada e que poderia passar pela contratação de prestadores de serviços, para fazer face àquela necessidade da empresa.

Embora tenha sido instituída esta proibição, devido à debilidade da sua redação e fraca integração com o regime legal já existente, é possível identificar outros mecanismos previstos no CT que permitem contorná-la, oferecendo soluções alternativas aos empregadores que pretendem terceirizar determinada atividade, após proceder a um despedimento por eliminação de emprego.

Desde logo, continua a ser possível recorrer à contratação a termo após a promoção de um despedimento coletivo ou extinção de um posto de trabalho, desde que essa nova contratação seja fundada numa necessidade temporária da empresa prevista no art. 141.º, e não invalide o fundamento do próprio despedimento, havendo apenas

---

<sup>21</sup> LEAL AMADO (2023), *Op. Cit.*, p. 319.

<sup>22</sup> LEAL AMADO (2023), *Ob. Cit.*, p. 320.

<sup>23</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, et. al, (2023) *Ob. Cit.*, p. 305.

<sup>24</sup> O art. 359.º n.º 2 enumera os motivos que justificam o despedimento coletivo, i.e., motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos.

<sup>25</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, et al. (2023), *ob. cit.*, p. 296.

limitações nos casos previstos no art. 143.º, e art. 148.º n.º 6, mas que não se aplicam neste caso.

Assinale-se ainda que, conforme também é apontado por diversos autores<sup>26</sup>, as empresas que tenham uma maior capacidade económica poderão negociar com os seus trabalhadores a celebração de acordos de revogação, pagando para o efeito compensações mais atrativas que as legalmente previstas, ficando dessa forma livres para terceirizar qualquer serviço que lhes seja conveniente, porquanto não foi promovido um dos dois tipos de despedimentos por eliminação de emprego previstos no art. 338.º-A.

Ademais, dependendo da dimensão da empresa e do número de trabalhadores a abranger, os empregadores, para além de poderem oferecer acordos mais vantajosos do ponto de vista económico do que as compensações legais, poderão ainda garantir o acesso às prestações de desemprego nos termos do regime do art. 9.º, n.º 1, alínea d), do DL 220/2006, de 03 de novembro.

Digamos que, ao recorrer a esta última forma de cessação, nos termos propostos, apesar de configurar uma cessação do vínculo laboral, e pôr em risco o princípio da estabilidade no emprego, tal solução poderá não representar uma debilidade da situação do trabalhador.

Acontece que esta solução está apenas ao alcance das empresas com maior capacidade negocial, entenda-se, com maior capacidade económica, com a possibilidade de dar acesso a “pacotes compensatórios mais generosos”<sup>27</sup>, ficando apenas sujeitas a esta limitação imposta pela proibição da terceirização as empresas sem tal capacidade, o que é um paradoxo. Isto é, nesta linha de ideias, empresas com uma maior capacidade económica, poderão recorrer à terceirização com vista ao aumento dos seus lucros, enquanto empresas que estejam a passar por dificuldades, ainda que pretendam reduzir os seus custos externalizando determinada atividade, ficam sujeitas a esta restrição. Isto traduz-se, na realidade, numa distorção da concorrência, prejudicando o próprio mercado, porquanto as novas empresas poderão recorrer ao outsourcing *ab initio*, por forma a evitar esta limitação posterior, e as empresas já constituídas e cuja capacidade financeira o

---

<sup>26</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUIS GONÇALVES DA SILVA, em PEDRO ROMANO MARTINEZ, et. al, (2023) Ob. Cit., p. 306, e LEAL AMADO, em LEAL AMADO (2023), Op. Cit., p. 316.

<sup>27</sup> RITA CANAS DA SILVA (2023), ob. cit., p. 158.

permita poderão recorrer à mesma sem ficarem condicionados durante este período temporal de 12 meses, ou sujeitos a contraordenação em caso de violação.<sup>28</sup>

Em alternativa à solução proposta por esta nova norma, alguns autores admitem a sua inutilidade na medida em que existem outros mecanismos que permitem a proteção da posição do trabalhador, designadamente o regime da transmissão da unidade económica prevista no art. 285.º e seguintes. Este regime permite que a operação seja praticamente neutra para os trabalhadores na medida em que é essencialmente alterada a posição subjetiva do empregador, não obstante os direitos de oposição e resolução conferidos aos trabalhadores. Ou seja, mantêm-se “o mesmo contrato de trabalho e respetivas condições contratuais que passam a ser assumidas pela entidade titular da unidade económica”<sup>29</sup>. Este regime é “frequentemente convocado em casos de externalização de segmentos/ unidades de negócio”<sup>30</sup>, sendo certo que nesta hipótese os postos de trabalho e condições contratuais são conservados.

Diga-se ainda a este propósito que esta medida não reflete uma grande novidade no panorama juslaboral português, porquanto já existia uma limitação semelhante, mas aplicada à celebração de contratos de utilização no trabalho temporário, prevista no art. 175.º, n.º 5, cujo âmbito é mais circunscrito que o da proibição da terceirização, conforme veremos.

### 2.3 Da aplicabilidade da norma – problemas e soluções

O art. 338.º-A suscita diversas dificuldades, como iremos analisar no presente estudo.

Começemos por analisar a inserção sistemática da norma, que é criticada pela doutrina,<sup>31</sup> porquanto versando a norma apenas duas das formas de cessação do contrato de trabalho (despedimento coletivo e extinção do posto de trabalho), a mesma surge inserida na parte geral sobre a cessação do contrato de trabalho, quando em rigor deveria

---

<sup>28</sup> RITA CANAS DA SILVA (2023), ob. cit. P. 158.

<sup>29</sup> Ibidem, p. 159.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 159.

<sup>31</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, et. al, (2023) Ob. Cit., p. 306.

surgir dentro do despedimento coletivo, prevendo mais à frente uma remissão para esse regime na subsecção da extinção do posto de trabalho.

Quanto à consequência da violação desta norma esta é tão-só a aplicação de uma contraordenação ao empregador, não determinando, surpreendentemente, e pelo menos expressamente, a ilicitude do despedimento. É possível chegar a esta conclusão por três vias: pela análise da letra do art. 338.º-A; pela falta de previsão de tal motivo no rol dos art. 381.º e 383.º; e por, caso assim não se entendesse, “se tratar de uma causa de ilicitude com efeitos retroativos”. No entanto, esta hipótese é admitida por alguns autores como veremos em detalhe.

Acessoriamente, é importante refletir sobre as dificuldades práticas na aplicação desta norma, tais como a arduidade que será identificar quais as “necessidades” que eram asseguradas pelo trabalhador despedido e compará-las com as que serão agora asseguradas pelos prestadores de serviços, por forma a perceber se a norma está ou não a ser violada em concreto.

Vejamos então quais os problemas e as discussões mais relevantes que surgem com a leitura do novo art. 338.º-A e as respostas apresentadas pela doutrina.

### 2.3.1 A violação da norma (contraordenação e potencial ilicitude do despedimento)

A consequência da violação desta norma, conforme estatui o n.º 2 da mesma, é a aplicação de uma contraordenação grave<sup>32</sup>.

Acontece que esta sanção de cariz monetário poderá revelar-se, em muitos casos, insuficiente para dissuadir os empregadores de recorrer à terceirização. Isto é, dependendo da situação económica da empresa, a violação da norma poderá, ainda assim, ser vantajosa em relação ao seu cumprimento, na medida em que a externalização do serviço, ainda que acompanhada da coima pela violação da norma, poderá ter um custo inferior à manutenção dos postos de trabalho substituídos.

---

<sup>32</sup> Mais concretamente, a aplicação desta contraordenação poderá representar a aplicação de uma coima que poderá ir dos 2.040€ aos 61.200€, consoante o volume de negócios da empresa (cfr. Art. 554.º, n.º 4), podendo ainda ser aplicada uma sanção acessória, em caso de dolo, negligência grosseira, e/ou reincidência (cfr. 562.º).

Por essa razão, e à semelhança da discussão já existente em relação à sanção prevista para a violação do art. 175.º, n.º 5, LEAL AMADO e ANA LAMBELHO defendem que se o empregador terceirizar determinado setor ou função da sua empresa, em desrespeito pelo art. 338.º-A, estará a violar uma norma imperativa, logo o contrato de prestação de serviços deverá ser nulo (cfr. art. 294.º do CC). No entanto, como a lei apenas aplica uma sanção contraordenacional, “talvez isso signifique que esta é uma norma *minus quam perfecta*, i.e., uma norma cuja violação importa uma pena, mas não a nulidade dos contratos celebrados contra essa proibição legal”<sup>33</sup>.

Esta norma irmã, que vigora entre nós desde a reforma de 2009, e que estabelece a proibição de um certo tipo de “terceirização” para satisfazer necessidades que foram asseguradas por trabalhador cujo contrato tenha cessado nos 12 meses anteriores, por despedimento coletivo ou despedimento por extinção do posto de trabalho, institui uma proibição de celebração de contratos de utilização de trabalho temporário, numa ótica de proteção do emprego e combate à precariedade do trabalho.

Apesar de similares, as normas visam fins diferentes, sendo que o novo art. 338.º-A tem uma natureza mais ampla porquanto veda qualquer forma de terceirização, e não apenas a operada através do trabalho temporário.

Ora, ainda que se entenda que o contrato de prestação de serviços é efetivamente nulo, tal consequência não se repercute diretamente nos trabalhadores cujos contratos cessaram para dar lugar a essa terceirização, não tendo sequer o legislador identificado a violação desta norma como uma das causas de ilicitude do despedimento previstas nos art. 381.º, 383.º e 384.º. Tal constatação leva-nos a questionar se esta omissão terá sido intencional ou se se terá tratado de uma falha na adaptação das demais normas do Código a esta novidade.

Por outro lado, a terceirização de determinados segmentos de negócio consubstancia uma das hipóteses admissíveis para fundamentar um despedimento por razões empresariais prevista no art. 359.º, n.ºs 1 e 2, alínea b), por se traduzir numa decisão de “reestruturação da organização produtiva” reconduzível aos designados “motivos estruturais”.

---

<sup>33</sup> LEAL AMADO (2023), ob. cit., p. 317.

RITA CANAS DA SILVA entende que “proibir uma tal externalização seria, por conseguinte, uma contradição jurídica, inutilizando-se, na prática, um tal fundamento do âmbito de hipóteses lícitas de despedimento por razões empresariais”<sup>34</sup>, defendendo por isso que da leitura do art. 338.º-A não se poderá retirar que a falta de observância desta disposição se deva transmutar num despedimento ilícito. Antes “o despedimento mantém-se legítimo, constitucional e legalmente fundado, ditando a infração da norma a prática de um ato ilícito contraordenacional”.

Assim, se o propósito do legislador era o de garantir a proteção da estabilidade no emprego, velando pelo cumprimento do princípio constitucional da segurança no emprego, então “a consequência da violação da proibição deveria ser a ilicitude dos despedimentos que lhe foram subsequentes”<sup>35</sup>, ou até, de proibir de todo que os despedimentos fossem fundados nessa realidade.

Perante este problema, ANA LAMBELHO entende que “melhor teria andado o legislador se estabelecesse uma presunção de ilicitude do despedimento (coletivo ou por extinção do posto de trabalho) prévio à terceirização, depois de concatenar os prazos fixados para o «período de espera» e para a impugnação dos despedimentos.”<sup>36</sup>

Em sentido inverso da maioria da doutrina, LEAL AMADO faz uma interpretação extensiva da norma e afirma que “se a lei proíbe o empregador de terceirizar, para substituir trabalhadores que acabou de despedir, é porque a lei consagra a regra, ainda que de forma implícita, de que não é lícito despedir-para-terceirizar”<sup>37</sup>. Isto é, aqui é feita uma interpretação com efeitos retroativos, onde uma proibição feita *a posteriori* afeta uma decisão anterior (despedimento), tornando aí o ato de despedimento ilícito, ainda que, a montante o mesmo fosse lícito pela validade dos motivos invocados.

Na base deste entendimento está o desígnio de que, como defende DIOGO VAZ MARECOS, aquilo que se visa impedir é que a empresa possa “recorrer à subcontratação de entidades ou de profissionais, para satisfazer necessidades permanentes, duradouras, ou contínuas da empresa, em detrimento de, como se exige, celebrar e manter contratos de trabalho, desvirtuando as disposições que regulam este”.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> RITA CANAS DA SILVA (2023), ob. cit., p. 154.

<sup>35</sup> ANA LAMBELHO (2023), ob.cit., p. 198.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>37</sup> LEAL AMADO (2023), ob. cit., p. 315.

<sup>38</sup> DIOGO VAZ MARECOS, “Código do Trabalho – Comentado”, 6ª edição, Almedina, 2024, pp. 961-963.

Na mesma linha de pensamento, LEAL AMADO entende que não existe qualquer incompatibilidade teleológica entre a possibilidade de cessação dos contratos por motivos objetivos e a consequente proibição de terceirização, através da contratação de natureza diferente, porque interpreta de forma única esta norma. Segundo o Autor “a mera vontade patronal de terceirizar não constitui credencial bastante para despedir, lícitamente, um ou vários trabalhadores. Ou seja, que essa terceirização de serviços, a ocorrer, deve ser realizada sem despedir, mas sim, porventura, integrando esses trabalhadores noutras atividades, em outros setores da empresa, celebrando acordos de pré-reforma ou, no limite, obtendo o acordo desses trabalhadores para a cessação dos respectivos contratos, mediante uma revogação bilateral, nos termos gerais.”<sup>39</sup> Isto é, se o despedimento-para-terceirizar ocorrer, o mesmo deverá ser considerado ilícito por improcedência do seu motivo justificativo. Neste sentido, LEAL AMADO, bem como CATARINA GOMES SANTOS defendem que, ainda que o legislador não tenha aditado esta norma como uma causa de ilicitude ao art. 383.º, “será razoável considerá-la abrangida pela norma geral da al. b), do art. 381.º (improcedência do motivo justificativo do despedimento).”<sup>40</sup>

Aquilo que se parece defender é a própria utilidade da norma, preenchendo um vazio deixado pelo legislador, ao instituir uma proibição tão “castradora”, cuja única consequência para a sua violação é uma mera contraordenação (não obstante o impacto muito ou pouco significativo que esta possa ter no seio de cada empresa).

No nosso entendimento tal interpretação seria a mais adequada em face do escopo da norma, fazendo todo o sentido que, se esse fosse o intuito do legislador, o mesmo, aquando da inserção do art. 338.º-A no CT, tivesse também inserido uma alínea equivalente no rol de motivos justificativos previsto nos arts. 381.º e art. 383.º. Como tal não ocorreu, temos muitas dificuldades em acompanhar tal leitura e a admitir as suas consequências.

---

<sup>39</sup>LEAL AMADO (2023), ob.cit. p. 316.

<sup>40</sup> CATARINA GOMES SANTOS – “Agenda do Trabalho Digno: o que há de novo no despedimento coletivo (e por extinção do posto de trabalho),” *Questões laborais*, n.º 63, 2023, p. 264.

### 2.3.2 O conflito entre prazos

Sobre a inserção desta nova norma no CT repare-se ainda nos prazos de impugnação dos dois tipos de despedimento por eliminação de emprego. Ora, o prazo para a impugnação da ilicitude pelos trabalhadores é de 6 meses no âmbito de um despedimento coletivo (cfr. 388.º, n.º 2), enquanto que, no caso de despedimento por extinção do posto de trabalho o prazo estabelecido é de 60 dias (cfr. 387.º, n.º 2). Ora, facilmente se percebe que estes prazos não se articulam da melhor forma com o prazo de 12 meses estabelecido no art. 338.º-A, relativo ao período durante o qual o empregador fica proibido de recorrer aos serviços externos.

A contagem do prazo de 12 meses tem início apenas com a cessação efetiva do contrato de trabalho, ou seja, na data em que a cessação do contrato se verifica, depois de decorrido o pré-aviso legalmente exigido, e não no momento da comunicação da decisão de despedir feita pelo empregador ao trabalhador.

Tal desencontro de prazos significa que um trabalhador que seja despedido para dar lugar à terceirização do serviço que prestava à empresa, apenas poderá impugnar o despedimento com base nesse facto se o empregador efetivamente terceirizar dentro do prazo de impugnação do despedimento, i. e., nos 60 dias ou nos 6 meses seguintes, consoante o caso. Logo, se o empregador promover um despedimento coletivo num determinado departamento da empresa, e decorridos 6 meses decidir contratar um prestador de serviços para esse efeito, os trabalhadores despedidos não poderão impugnar o despedimento com base nesse facto – isto se entendermos que, mesmo dentro desse prazo, o despedimento se podia ter como ilícito, conforme vimos no capítulo anterior.

Note-se que, ainda que o próprio trabalhador não possa impugnar o despedimento com base nesta norma, isso não invalida que no plano contraordenacional, a ACT, que tem a incumbência de verificar o cumprimento desta norma, dentro do prazo estabelecido de 12 meses, aplique a contraordenação à empresa que tenha contratado a prestação de serviços naqueles termos.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> A propósito do papel da ACT nesta matéria é ainda relevante analisar o reforço dos poderes da mesma introduzidas pela Lei n.º 13/2023, consagrando-se agora que uma das atribuições da ACT é o poder para intervir quando detete indícios de um despedimento ilícito, lavrando um auto e notificando o empregador para regularizar a situação. (art. 11º, n.º 3 do DL n.º 102/2000 – Estatuto da Inspeção Geral do Trabalho). Feito este procedimento, caso o empregador não respeite a intimação no prazo concedido, a ACT "remete, em cinco dias, participação dos factos para os serviços do Ministério Público junto do tribunal do lugar da

Em paralelo vejamos que, ainda que a lei aluda a um período de espera de 12 meses, os processos de extinção do posto de trabalho e de despedimento coletivo são precedidos de uma tramitação que dura, em média, cerca de um mês, obrigando à observância de pré-avisos que podem ir dos 15 até aos 75 dias. Daqui se retira que a proibição instituída pelo art. 338.º-A, ainda que se inicie apenas com a cessação dos contratos de trabalho, termina decorridos, no limite, 15 meses e meio sobre a data de início do processo de despedimento. O empregador, todavia, poderá contratar os prestadores de serviços, na decorrência dos pré-avisos previstos para a cessação dos contratos de trabalho, sem que com isto esteja, em termos formais, a violar a norma do art. 338.º-A, ainda que o bem que se visa proteger seja materialmente o mesmo.

Desta forma, e ainda que, durante determinado período, seja possível recorrer licitamente à terceirização, a verdade é que o desfazamento temporal entre estes prazos, não permite acautelar e reverter os danos principais da violação desta norma, que é o despedimento dos trabalhadores “substituídos”.

Do exposto surgem dúvidas da razão subjacente à determinação do concreto período de 12 meses, e não de outro. Ora, aquilo que se tem entendido relativamente ao estabelecimento do prazo de um ano para esta proibição é que este permite afirmar com maior certeza de que o motivo que justificou o despedimento era real e efetivo.

No entanto, tal intuito acaba por se traduzir numa falácia na medida em que, mesmo numa situação típica de despedimento, a situação da empresa poderá vir a alterar-se num período mais curto de tempo e justificar uma nova contratação para o mesmo posto, e é por essa razão que, com exceção das situações suprarreferidas, a lei não prevê limitações à contratação, conforme vimos.

---

prestação de trabalho, acompanhada de todos os elementos de prova recolhidos, para fins de instauração de procedimento cautelar de suspensão de despedimento" (art. 11º, nº 4 do DL nº 102/2000 e art. 33º-B do CPT). Ver mais em LEAL AMADO, “A Pandemia e a suspensão do despedimento pela ACT”, in *IV Jornadas de Direito do Trabalho dos Açores*, 2021, pp. 64-65, e LUÍS MIGUEL MONTEIRO, “A intervenção do inspetor do trabalho na decisão e despedir”, in *IV Jornadas de Direito do Trabalho dos Açores*, 2021, pp. 64-65.

### 2.3.3 Da (in)sindicabilidade dos motivos do despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho

A propósito da discussão sobre a ilicitude dos despedimentos que sejam seguidos da contratação de serviços externos, em violação da norma aqui em estudo, é relevante confrontá-la com uma outra questão já há muito debatida na doutrina, a da (in)sindicabilidade dos motivos do despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho.

Existem duas posições divergentes<sup>42</sup> quanto à questão da (in)sindicabilidade dos motivos destes despedimentos por razões objetivas. Assim, i) há aqueles que defendem que os motivos são (in)sindicáveis pelo facto de o despedimento ser uma expressão do direito fundamental à liberdade de expressão e de gestão dos empregadores, desde que a decisão de encerrar parte ou a totalidade da empresa, bem como a de reduzir o número de postos de trabalho, seja fundamentada em motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, estando esta matéria, portanto, fora do âmbito dos tribunais; e ii) aqueles que entendem que, com base no princípio constitucional da proibição de despedimentos sem justa causa (art. 53.º CRP), o empregador é forçosamente obrigado a fundamentar as suas decisões que poderão ser avaliadas e sindicadas pelos tribunais, segundo juízos de racionalidade, necessidade e proporcionalidade.

Apesar da divergência, o entendimento maioritário era o de que “a lei não permite a ingerência dos tribunais na decisão a menos que os fundamentos do despedimento sejam manifestamente abusivos ou simulados, não podendo o empregador ser forçado a manter uma empresa, total ou parcialmente”<sup>43</sup>, pelo que estas decisões de gestão não relevam para efeitos de determinação da licitude ou ilicitude do despedimento coletivo.<sup>44</sup> Aquilo que se verificava era uma abstenção de decidir quanto ao mérito das decisões da empresa.

---

<sup>42</sup> Para mais desenvolvimentos *vide*, por exemplo, BERNARDO LOBO XAVIER, “*O Despedimento Coletivo no Dimensionamento da Empresa*”, Lisboa: Verbo, 2000, e “Regime do despedimento colectivo e as alterações da L n.º 32/99”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Volume 3, Almedina, 2002, p. 991-996; e LEAL AMADO [et al], “*Direito do Trabalho. Relação Individual*”, Coimbra, Almedina, 2023, pp. 1278-1283.

<sup>43</sup> ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, “Do despedimento coletivo com fundamento em outsourcing: verdadeiro despedimento ou transmissão ope legis dos contratos de trabalho?” – *Prontuário de Direito de Trabalho*, 2022-I, pp. 91-113.

<sup>44</sup> Por outras palavras, “Não cabe ao Tribunal apreciar o mérito das decisões económicas do empregador que estão na base do recurso ao despedimento coletivo”, - cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, (2023), *ob. cit.* p.953.

Esta posição refletida pelas decisões dos tribunais, e defendida pelo STJ, é a de que “não deve o julgador, na apreciação dos factos, desrespeitar os critérios de gestão da empresa (na medida em que sejam razoáveis e consequentes), não lhe competindo substituir-se ao empregador e vir a concluir pela improcedência do despedimento, por entender que deveriam ter sido outras as medidas a tomar perante os motivos económicos invocados”<sup>45</sup>.

No entanto, mais recentemente, e em linha com o que já era há muito defendido por JÚLIO GOMES<sup>46</sup>, tem ocorrido uma inflexão na jurisprudência<sup>47</sup>, no sentido em que tais decisões de gestão devem ser analisadas pelos tribunais superiores “levando a cabo um controlo mais incisivo das decisões gestionárias invocadas para o despedimento”<sup>48</sup>, em razão da sua proporcionalidade entre a motivação apresentada e a decisão de proceder ao despedimento por eliminação de emprego.

Abordada esta querela doutrinal e jurisprudencial, cabe agora colocar a questão que se impõe no presente estudo. Estarão os tribunais legitimados a colocar em causa a decisão da empresa de fazer cessar determinados contratos de trabalho, para posteriormente recorrer à terceirização dos mesmos serviços?

Acompanhando a jurisprudência mais recente, entendemos que sim, mas apenas nos casos em que a decisão de despedir não seja proporcional à motivação invocada, devendo nos demais casos o tribunal abster-se de colocar em causa a motivação do despedimento, devendo esta ser avaliada casuisticamente.

Assim, ainda que se defenda a posição de que o despedimento deverá ser considerado ilícito por ter a empresa recorrido à terceirização dos seus serviços, a decisão de gestão da empresa em proceder ao despedimento apenas poderá ser apreciada pelos tribunais em determinadas situações, i. e., se estiver em causa a proporcionalidade da medida. Ressalve-se que a insindicabilidade dos atos de gestão empresariais não é, nem pode ser, entendida de modo absoluto, sob pena de ser um fundamento genérico, que legitima os despedimentos imotivados em violação do art. 53.º da CRP. Por conseguinte,

---

<sup>45</sup> Ac. do STJ, proc. n.º 19328/16.1T8PRT.L1.S1, de 13/12/2023; proferido relativamente a um despedimento coletivo; e Ac. do STJ, proc. 568/10.3TTVNG.P1.S1, de 19/11/2015, disponível, proferido relativamente a um despedimento por extinção do posto de trabalho.

<sup>46</sup> Neste sentido ver, JÚLIO GOMES, “*Direito do Trabalho – Relações Individuais de Trabalho*”, Volume I 2007, Coimbra Editora, p. 991-995.

<sup>47</sup> Neste sentido veja-se os seguintes acórdãos: Ac. do STJ de 24/02/2023, e no Ac. do STJ de 11/12/2019.

<sup>48</sup> LEAL AMADO [et. al.], (2023), p. 1278.

desde que sejam verídicos, justificados e proporcionais nos termos definidos no CT, os motivos invocados pela empresa para fundamentar o despedimento não podem ser alvo de escrutínio por parte dos tribunais, logo, tais despedimentos não poderão ser considerados ilícitos.

#### 2.3.4 A relação da terceirização com os novos regimes dos trabalhadores economicamente dependentes (arts. 10.º a 10.º-B do CT) e a aplicação dos IRCT aos prestadores de serviços (art. 498.º-A do CT)

Como percebemos até aqui, a reforma operada no CT decorrente da Agenda do Trabalho Digno visou principalmente a proteção do emprego e a eliminação das situações precárias a que diversos trabalhadores estão sujeitos. Para tal, a reforma alterou e criou diversos regimes mais protecionistas, incidindo a sua atenção também no regime aplicável aos prestadores de serviço.

Para além das normas dirigidas à deteção e correção das situações de “falsos recibos verdes” que têm vindo a ser reforçadas no nosso ordenamento jurídico, o legislador densificou um regime especial para os trabalhadores que são verdadeiros prestadores de serviço, mas que, dada a especial relação que têm com a entidade beneficiária dos seus serviços, são economicamente dependentes da mesma. Ora, as alterações introduzidas ao art. 10.º (situações equiparadas ao contrato de trabalho) e o conteúdo dos novos art. 10.º-A e 10.º-B vêm densificar o regime jurídico dos trabalhadores economicamente dependentes (TED)<sup>49</sup>.

Não iremos debruçar-nos em particular sobre estas normas, porquanto as mesmas, à semelhança da aqui em análise, levantam diversas questões e dificuldades de aplicação

---

<sup>49</sup> São considerados TED os trabalhadores cujos rendimentos advenham da prestação de serviços a um beneficiário ou vários que pertençam ao mesmo grupo empresarial, e de onde resultem 50% ou mais do seu rendimento no mesmo ano civil (art.10.º n.º 2 do CT, e art. 140.º do CRCSS). Reconhecido que esteja este estatuto, a pedido do próprio, o prestador de serviços passará a beneficiar de alguns dos regimes típicos de direito laboral, designadamente em matéria de direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança e saúde no trabalho, bem como a possibilidade de serem representados pelas estruturas de representação coletiva, e a ser-lhes aplicadas as regras instituídas por IRCT.

prática<sup>50</sup>, carecendo ainda de regulamentação através de legislação específica para o efeito.

O objetivo desta norma é dar resposta à questão da qualificação jurídica destes profissionais liberais, alargando uma série de direitos aos TED, reforçando a sua tutela jurídica, conferindo dessa forma alguma proteção ao estabelecer um regime uniforme de direitos entre os trabalhadores da empresa e os prestadores de serviços da mesma.

Ora, como vimos, a preocupação do novo art. 338.º-A é o cumprimento do princípio da estabilidade no emprego, evitando a precarização do trabalho através da contratação de prestadores de serviços cuja proteção jurídica fica muito aquém daquela que é estabelecida para os trabalhadores por conta de outrem.

Paralelamente, com a reforma do CT, o legislador veio introduzir outra novidade: o art. 498.º-A, nos termos do qual, em caso de terceirização, após 60 dias de duração do contrato de prestação de serviço, será aplicável ao prestador do serviço o IRCT que vincula o beneficiário da atividade, se for mais favorável do que o IRCT que já lhe seja potencialmente aplicável.”<sup>51</sup>

A este propósito, ANA LAMBELHO entende que o art. 498.º-A pode tornar “ainda mais difícil o enquadramento jurídico de uma concreta relação laboral, em termos de IRCT aplicável”, para além do problema de a norma poder contender com o direito fundamental à contratação coletiva<sup>52</sup>, na medida em que existem dúvidas sobre qual o IRCT aplicável àquela relação jurídica<sup>53</sup>.

É de notar que, para estes efeitos, é indiferente se o contrato de prestação de serviços é celebrado com uma pessoa singular ou coletiva, porquanto esclarece o n.º 2 do art. 498.º-A que se entende “por prestador do serviço a pessoa singular que presta as atividades objeto do contrato de prestação de serviço, quer seja ela a contraparte da

---

<sup>50</sup> Cfr. MARIA REGINA REDINHA, “Agenda do Trabalho Digno: what’s in a name?”, *APODIT, Newsletter Primavera’ 2023*, p. 7 “O estatuto dos “trabalhadores” economicamente dependentes (TEDs) robusteceu-se - e bem - para adquirir uma dimensão coletiva que desafia numa só penada a liberdade de associação, criação e organização sindical, a sua função e representatividade. Os TEDs passam a ter direito à representação por sindicatos e comissões de trabalhadores. Que sindicatos? Os existentes, que passam a ter que os admitir como membros? A sindicatos próprios? Com que critério de polarização dos interesses dos membros? Profissional? Remuneratório? Intensidade de atividade?”.

<sup>51</sup> ANA LAMBELHO (2023), *Ob. Cit.*, p. 193.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 194.

<sup>53</sup> A presente norma parte da premissa de que existe apenas um IRCT aplicável, ficando a dúvida de qual o IRCT que vincula o beneficiário, nas hipóteses em que existe mais do que um potencialmente aplicável, cfr. *Ibidem*, p. 203-204.

empresa adquirente, quer seja outra pessoa coletiva com quem aquela mantenha um vínculo contratual, e independentemente da natureza do mesmo”.

Mais se diga a este propósito que a aplicação do IRCT da empresa prevista no art. 498.º-A não pressupõe a terceirização da atividade como no art. 338.º-A, aplicando-se a todos os casos de contratação com terceiros. Assinale-se ainda a diferença em relação à aplicação de cada uma das normas: o art. 498.º-A que apenas se aplica caso a atividade contratada corresponda ao objeto social da empresa adquirente do serviço, exigência que já não se verifica no âmbito do art. 338.º-A, que proíbe toda e qualquer atividade terceirizada, esteja ou não inserida no objeto social da empresa.

Da análise destas duas disposições, do art. 498.º-A e 10.º e ss., e colocando-as em confronto com a norma aqui em estudo, retira-se que o legislador teve a preocupação de reforçar não só a posição jurídica dos trabalhadores dependentes, limitando a terceirização, como também a dos trabalhadores independentes, alargando parte dos direitos conferidos aos primeiros a estes segundos.

Poderemos ir mais além afirmando que estas normas simbolizam uma certa tendência do legislador para uniformizar estes direitos dos trabalhadores subordinados e independentes. Com estas normas, o legislador pretendeu tornar menos apelativa a substituição dos trabalhadores subordinados por prestadores de serviços, salvaguardando dessa forma os postos de trabalho e diminuindo as situações de trabalho precário.

## 2.4 Da potencial inconstitucionalidade do art. 338.º-A

Uma das questões mais relevantes levantadas acerca do art. 338.º-A foi a da sua potencial inconstitucionalidade.

Sabemos que, como afirma FILIPE LAMELAS, “a realização de alguns direitos implica, na maioria das vezes, a constrição de outros direitos, também reputados de essenciais”<sup>54</sup>.

Neste sentido, veremos quais os direitos aqui em conflito, e qual o seu impacto quanto à potencial inconstitucionalidade do art. 338.º-A.

A propósito desta questão, em 30 de outubro de 2023, foi pedida pela Provedoria de Justiça ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade do art. 338.º-A, com força obrigatória geral, pelo facto de o mesmo estabelecer restrições ao direito fundamental de iniciativa económica privada em inobservância da exigência de proporcionalidade decorrente do art. 18.º da CRP.<sup>55</sup> Segundo o pedido, a norma em questão contém uma “solução excessiva”, restringindo inadmissivelmente o âmbito de exercício da liberdade de iniciativa económica privada, enquanto liberdade de gerir a empresa sem interferências externas. Há aqui uma ideia subjacente de que a norma consiste numa espécie de intromissão indevida do legislador na gestão das empresas, em violação da livre iniciativa privada, entendimento que era e continua a ser defendido por diversos autores, conforme veremos. No entanto, um outro segmento da doutrina defende que não existe “qualquer razão para censura, no plano constitucional, da nova norma legal”<sup>56</sup>, defendendo que a restrição do direito ao exercício da liberdade económica, a existir, não é desproporcionada.

Ora, é inegável, pelo que já viemos a observar até aqui, que diversos direitos fundamentais estão em conflito no que toca a esta norma, sendo que o maior deles ocorre entre a liberdade de iniciativa privada e o princípio da segurança no emprego, com especial enfoque na proibição dos despedimentos sem justa causa, passando ainda por outros direitos constitucionais, tais como o da liberdade de gestão das empresas privadas

---

<sup>54</sup> FILIPE LAMELAS, “A proibição do recurso à terceirização de serviços na reforma laboral de 2023: Segurança no emprego vs liberdade de iniciativa económica”, *Políticas em Análise*, n.º 10, CoLABOR, 2023, p. 1.

<sup>55</sup> Acessível em <https://www.provedor-jus.pt>.

<sup>56</sup> LEAL AMADO (2023), Ob. Cit., p. 313.

(art. 80.º, alínea c) e 86.º, n.º 2, da CRP); a liberdade de iniciativa económica (art. 61.º, n.º1, da CRP); e o direito de propriedade privada (art. 62.º, n.º 1, da CRP), tudo normas que radicam, em *ultima ratio*, no princípio da dignidade da pessoa humana.

Sabemos que as normas constitucionais se distinguem, tradicionalmente, entre normas perçetivas e programáticas<sup>57</sup>, sendo a norma relativa à segurança no emprego e à proibição de despedimentos sem justa causa uma norma perçetiva, que representa um “pilar estruturante de todo o nosso ordenamento jurídico-laboral”.<sup>58</sup> Daqui se retira que os direitos fundamentais de incidência laboral têm uma dimensão objetiva própria, baseada na proteção dos trabalhadores enquanto sujeitos em maior posição de vulnerabilidade, reconhecendo ao emprego uma dimensão mais humana e de realização pessoal, que poderá limitar os direitos do empregador, ou pelo menos, poderá limitá-los na sua arbitrariedade.

Por outro lado, a cessação do contrato de trabalho não pode ser livre ou *ad nutum*, conforme decorre do art. 53.º da CRP sobre a segurança no emprego, e apenas é admitida por uma das quatro formas (em sentido lato) previstas no art. 382.º, a saber: a) a caducidade; b) a revogação; c) a resolução; e d) a denúncia. É claro que, pelo estudo de cada uma destas formas de cessação do contrato, não existe paridade entre as partes, sendo concedida ao trabalhador uma maior flexibilidade sobre a manutenção ou a cessação do contrato de trabalho, solução esta que assenta especialmente no princípio da segurança no emprego. Esta norma da lei fundamental “criou um regime de verdadeira e própria estabilidade no sentido de não permitir a perda do emprego conseguido fora dos casos particularmente graves ou excecionais”.<sup>59</sup>

O CT admite como justa causa objetiva a invocação de motivos económicos, identificados como “motivos de mercado, estruturais e tecnológicos” (arts. 359.º, e art. 367.º, n.º 2), pelo que a previsão da justa causa objetiva para a cessação do contrato constitui em si uma medida necessária, adequada e proporcional em respeito pelo disposto no art. 18.º, n.º 2, da CRP.

---

<sup>57</sup> As normas perçetivas valem por si enquanto regras de conduta às quais o legislador se encontra imediatamente vinculado e não necessitam de qualquer concretização, enquanto as segundas, apesar de também condicionarem a atividade infraconstitucional, carecem de uma conformação posterior porquanto dizem respeito a objetivos a serem atingidos num período tipicamente indefinido de tempo.

<sup>58</sup> FILIPE LAMELAS (2023), Ob. Cit., p. 5.

<sup>59</sup> GOMES CANOTILHO, *et. al.*, “*A inconstitucionalidade da Lei dos Despedimentos*”, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número especial, volume III, Coimbra, 1991, p. 546.

Os autores críticos do art. 338.º-A defendem a inconstitucionalidade da norma por ser um “atentado inadmissível à liberdade de organização empresarial, ao direito de propriedade privada e à liberdade de iniciativa privada consagrada no art. 61.º da CRP”.<sup>60</sup>

Ora, o art. 61.º da CRP estabelece o princípio da iniciativa privada, segundo o qual a mesma deverá ser exercida de forma livre, sendo reconhecido às empresas o direito a desenvolver livremente as suas atividades e o direito de autogestão. É pacífico<sup>61</sup> que este direito constitui um direito de natureza análoga à dos direitos liberdades e garantias, pelo que deverá ser sempre reconhecido um espaço para o exercício da atividade do empresário<sup>62</sup>, “não podendo a lei impor-lhe condicionamentos ou restrições que tornem o seu exercício particularmente oneroso”.<sup>63</sup>

Começemos por notar que este princípio tem a sua base na liberdade de empresa, em particular em três vertentes: 1) liberdade de investimento ou de acesso (direito à empresa); 2) liberdade de organização; 3) liberdade de contratação ou negocial (direito de empresa)<sup>64</sup>. A conjugação destas três vertentes traduz-se na possibilidade de o empregador gerir e organizar a sua empresa da forma que considerar melhor de acordo com os seus interesses. Esta liberdade de gestão engloba a contratação de mão-de-obra, a adaptação da estrutura empresarial a novos contextos e a cessação dos contratos com trabalhadores cuja função deixe de ser necessária à prossecução dos seus objetivos, ou que representem um custo desnecessário.

Precisamente nessa senda, o Tribunal Constitucional veio esclarecer que “a liberdade de iniciativa privada tem um duplo sentido. Consiste, por um lado, na liberdade de iniciar uma atividade económica (direito à empresa, liberdade de criação de empresa) e, por outro lado, na liberdade de gestão e atividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade de empresário)”.<sup>65</sup>

A Constituição consagra que a iniciativa económica privada se exerce livremente, ainda que num espaço hétero-regulado, o que obriga a uma conformação da norma com

---

<sup>60</sup> LEAL AMADO (2023), Ob. Cit., p. 312.

<sup>61</sup> FILIPE LAMELAS (2023), Ob. Cit., p. 7.

<sup>62</sup> Nas palavras de BERNARDO LOBO XAVIER “a liberdade de empresa definida constitucionalmente, numa economia de mercado, não permite que se possam impedir os empregadores de encerrarem unidades produtivas, racionalizar a organização e assim eliminarem postos de trabalho” – cfr. em BERNARDO LOBO XAVIER (2000), Ob. Cit., p. 609.

<sup>63</sup> FILIPE LAMELAS, Ob. Cit., p. 7.

<sup>64</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *et. al.*, (2023), Ob. Cit., p. 298.

<sup>65</sup> Ac. do Tribunal Constitucional n.º 76/85, de 6 de maio.

os demais princípios. Isto é, não se trata de um direito absoluto, tendo por isso o legislador a obrigação de o harmonizar com os demais, salvaguardando sempre o seu conteúdo útil. Entre os limites da liberdade de iniciativa económica estão os direitos dos trabalhadores, designadamente o princípio da segurança no emprego (art. 53.º da CRP).<sup>66</sup> O que significa que o exercício da iniciativa económica deve ter em conta o interesse geral, ao mesmo tempo que a empresa prossegue os seus próprios interesses. O intuito da norma é que os empregadores, no exercício do seu poder de direção, e ao prosseguir os seus interesses económicos, dentro do escopo da liberdade iniciativa económica, tenham em consideração também os direitos dos trabalhadores, não existindo qualquer primazia de um em relação ao outro.

É por esta razão – serem ambos princípios e direitos de ordem constitucional de “aparente igualdade” de importância – que surgem estas dúvidas quanto à potencial inconstitucionalidade da norma. Pelo que, independentemente das posições que defendem quanto à conformidade ou inconformidade da norma perante a Constituição, é seguro afirmar que a proibição do art. 338.º-A, ao vedar o recurso do empregador à terceirização de serviços, restringe o direito à livre iniciativa privada.

A este propósito, LEAL AMADO<sup>67</sup> critica que a possibilidade do recurso à terceirização fosse, como era até agora, ilimitada, podendo as empresas, com base em razões de eficiência e de competitividade empresarial, dar primazia ao lucro em detrimento dos postos de trabalho perdidos. Segundo o Autor, seria excessivo legitimar o recurso ao despedimento levado a cabo por empresas numa boa situação económica e financeira, para terceirizar e, dessa forma, incrementar os seus lucros e maximizar a eficiência da empresa. Aliás, para si, “admitir que um qualquer motivo de mercado, que uma qualquer opção gestonária – máxime, a de terceirizar serviços – possa, sem mais,

---

<sup>66</sup> Neste sentido, o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 392/89, de 17 de maio, cit., afirmou: “... a actividade económica privada tem, desde logo, de sofrer limitações decorrentes dos seguintes preceitos da Lei Fundamental: do artigo 53.º, que proíbe «os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos»; do artigo 54.º, que garante aos trabalhadores o direito de criarem comissões de trabalhadores (n.º 1) e comissões coordenadoras (n.º 3), visando a «intervenção democrática na vida da empresa»; do artigo 55.º, que reconhece às comissões de trabalhadores, além do mais, o direito de «exercer o controlo de gestão nas empresas» [alínea b)]; do artigo 56.º, que garante aos trabalhadores o direito de exercerem «a actividade sindical na empresa» [alínea d) do n.º 1]; do artigo 57.º, que, como se viu, reconhece às associações sindicais o direito de exercerem a contratação colectiva, nos termos da lei (n.º 3) e prescreve que a «legitimidade para a celebração das convenções colectivas de trabalho», e bem assim as regras respeitantes «à eficácia das respectivas normas» são estabelecidas por lei (n.º 4); e do artigo 58.º, que reconhece aos trabalhadores o direito à greve (n.º 1) e proíbe o lock out (n.º 3)” (§ 8-A)”.

<sup>67</sup> LEAL AMADO (2023), Ob. Cit., p. 315.

legitimar o despedimento seria, afinal, hipostasiar a liberdade de iniciativa económica privada e fazer tábua-rasa da segurança no emprego”<sup>68</sup>.

Diversos autores defendem, por isso, que o art. 338.º-A não padece de qualquer inconstitucionalidade na medida em que, em face dos argumentos apresentados, os seus destinatários não são colocados “numa situação quantitativa ou qualitativamente desrazoável a luz dos ditames da proteção da liberdade e autonomia individual” e o meio usado para assegurar a referida segurança no emprego não é “excessivo, demasiado grave ou injusto”.<sup>69</sup>

Por outro lado, outras vozes<sup>70</sup> defendem que “o legislador deixou pouca margem para a necessária concordância prática entre o princípio constitucional da segurança no emprego (art. 53.º CRP) e o princípio da livre iniciativa económica (art. 61.º CRP)”, denunciando que “o que está em causa, atendendo à proibição legal, é uma sanção “encapotada”, pelo simples facto de o empregador ter utilizado um instrumento de gestão, constitucional e legalmente previsto”<sup>71</sup>, coartando “a liberdade do empresário na organização da sua empresa e na gestão dos seus negócios de um modo intolerável e sem qualquer justificação material”.<sup>72</sup>

Assim, para PEDRO ROMANO MARTINEZ e LUÍS GONÇALVES DA SILVA a norma é claramente inconstitucional, “uma vez que, para além de uma incongruência teleológica com as finalidades constitucionalmente admitidas para o despedimento coletivo (ou extinção do posto de trabalho), colide com preceitos que radicam, em última instância, na dignidade da pessoa humana.”<sup>73</sup>

No mesmo sentido, RITA CANAS DA SILVA admite que esta norma “consubstancia, contudo, um condicionamento à liberdade de gestão que não se afigura conforme com o plano constitucional, nem consistente no plano legal”<sup>74</sup>.

---

<sup>68</sup> LEAL AMADO (2023), Ob. Cit. p. 315.

<sup>69</sup> FILIPE LAMELAS (2023), Ob. Cit. p. 11.

<sup>70</sup> ANA LAMBELHO, Op. Cit. p. 193; PEDRO ROMANO MARTINEZ E LUIS GONÇALVES DA SILVA, Ob. Cit., p. 298; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Op. Cit., p. 1084, e DIOGO VAZ MARECOS, Ob. Cit., p. 963.

<sup>71</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, et. al, (2023) Ob. Cit., p. 305.

<sup>72</sup> MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO (2023), Ob. Cit. P.1084.

<sup>73</sup> Entenda-se os princípios princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição); da liberdade de escolha de profissão (artigo 47.º, n.º 1, da Constituição); da liberdade de iniciativa económica (artigo 61.º, n.º 1, da Constituição); e do direito de propriedade privada (artigo 62.º, n.º 1, da Constituição)”.<sup>74</sup>

<sup>74</sup> RITA CANAS DA SILVA (2023), Ob. Cit., p. 153.

Aliás, como bem refere PEDRO FURTADO MARTINS, “[n]um sistema assente na liberdade de iniciativa económica privada, é forçoso reconhecer que os empresários são livres de criar novas unidades produtivas (e de contratar os trabalhadores necessários para a laboração), como livres são de decidirem o seu encerramento (com a inerente cessação dos vínculos laborais de quem nelas presta serviço).”<sup>75</sup> Por esta razão, REGINA REDINHA entende que a norma padece de “flagrante inconstitucionalidade” e releva-se incoerente perante todo o contexto legislativo do CT.

No fundo, a questão aqui presente trata-se de uma situação de colisão entre dois direitos constitucionalmente protegidos com valores contraditórios, um primeiro de carácter laboral respeitante ao trabalhador e um segundo, de natureza económica, relativamente ao empresário/empregador, devendo, para o efeito, recorrer-se a um juízo de ponderação, conforme estabelecido pelo art. 18.º da CRP, para que nenhum dos direitos seja afetado no seu conteúdo essencial.

Tendo isto presente, cremos que a norma do art. 338.º-A não padece de inconstitucionalidade por não existir na realidade uma constrição permanente de um só direito em benefício de outro, mas antes uma limitação temporária, o que não torna a norma desconforme à Constituição (por serem admitidas limitações ao princípio da iniciativa económica). Não obstante este nosso parecer, consideramos ainda assim a norma de certa maneira desadequada, podendo o legislador ter recorrido a outras soluções para alcançar o mesmo objetivo, i. e., a proteção da posição do trabalhador.

Assim, ainda que consideremos a norma conforme à Constituição, defendemos que não é a solução ideal que a concordância prática entre estes dois direitos passe pela eliminação da liberdade da iniciativa económica da empresa durante 12 meses para garantir a segurança e estabilidade no emprego de trabalhadores cuja função poderá já não ser necessária ou rentável.

Ora, aquilo que o legislador visou impedir com a criação do princípio previsto no art. 53.º da CRP não foi os despedimentos *tout court*, mas antes os despedimentos sem justa causa, admitindo-os em situações objetivas e desde que fundamentadas. Todavia, por força do novo regime, tal solução é censurada, estabelecendo-se um período de espera para que essa decisão empresarial possa ser colocada em prática, período esse que não se compreende, nem tampouco se entende que seja protetor do emprego, bem como é

---

<sup>75</sup> PEDRO FURTADO MARTINS (2017), Ob. Cit., p. 14.

estabelecida uma proibição demasiado ampla à terceirização que acaba por abarcar situações em que a terceirização era a decisão mais adequada.

### **III - O impacto da medida no despedimento coletivo e por extinção do posto de trabalho**

A proibição de terceirização incide apenas nos casos em que a mesma é antecedida de um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho, pelo que veremos qual o impacto da medida nos mesmos.

Ambos os despedimentos assentam numa necessidade empresarial (diminuir ou eliminar determinados postos de trabalho com fundamento em motivos económicos traduzidos em fatores de mercado, estruturais ou tecnológicos), sendo apenas distinguidos pelo elemento quantitativo dos trabalhadores a abranger e pelos critérios de seleção.

Em face da análise feita do art. 338.º-A percebemos que a mesma não restringe propriamente os despedimentos por eliminação de emprego. Isto é, o procedimento para fazer operar qualquer uma destas formas de cessação do contrato de trabalho observa a mesma cadeia de passos e mantém a obrigatoriedade de justificação nos termos legalmente definidos.

O impacto que se sente é a jusante, no período de espera entre a verificação do despedimento propriamente dito, i. e., com o termo do procedimento e do pré-aviso, e o fim do período dos 12 meses em que opera a limitação.

A parte da doutrina que defende que a violação do art. 338.º-A acarreta a eventual ilicitude do despedimento dos trabalhadores substituídos atribui a esta proibição um efeito direto, considerando que a terceirização em violação desta norma torna o despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho ilícito de forma retroativa.

Com exceção desta consequência, e que, repetimos, apenas é defendida por uma parte da doutrina, não tendo qualquer reflexo na letra da lei ou na sua interpretação de acordo com o enquadramento legal geral, não existe qualquer outro impacto no próprio despedimento após o mesmo ocorrer, pelo que a própria violação da norma não contribuiu diretamente para a salvaguarda dos postos de trabalho que a norma, em teoria, visa proteger.

Poderá, no entanto, esta proibição ter um efeito preventivo da ocorrência do próprio despedimento, na medida em que o empregador irá ponderar a necessidade de manter ou não os postos de trabalho para ulteriormente decidir terceirizar essa mesma

atividade. Será, portanto, esse o impacto primordial da proibição da terceirização: a prevenção dos despedimentos-para-terceirizar. Acreditamos que, pese embora a imperfeição da norma, a mesma obrigará os empregadores a pôr em perspectiva os valores em causa e a refletir sobre a necessidade de proceder à eliminação do emprego para atribuir determinada área da sua atividade a uma entidade externa.

Em termos práticos teremos de aguardar para que sejam proferidas decisões jurisprudenciais que venham dar resposta a todas as questões levantadas, visto que, até à presente data, não foram proferidos quaisquer acórdãos sobre a matéria, nem tampouco foi ainda possível perceber o comportamento das empresas em relação à mesma.

## IV – A Terceirização no panorama internacional

Como vimos, o art. 338.º-A é uma norma inovadora no âmbito do ordenamento jurídico português, nunca tendo existido ao longo da evolução da história do direito laboral português uma norma similar a esta.

No panorama internacional o fenómeno do recurso à terceirização por parte das empresas tem sido crescente, inclusive através da terceirização em países terceiros. Esta forma de terceirização tem sido vista como vantajosa na medida em que tem aumentado o emprego nos países menos desenvolvidos. No entanto, este crescimento acontece na mesma proporção em que o emprego diminui nos países onde estão sediadas as grandes empresas. Tal realidade justifica-se pela diferença salarial existente entre países, o que constitui um fator de competitividade das empresas do ponto de vista da sua rentabilidade. Não obstante os benefícios económicos apontados a esta forma de terceirização, a mesma tem sido simultaneamente caracterizada como uma verdadeira fraude à relação laboral entre o empresário e o sujeito terceirizado.<sup>76</sup> Este *dumping* social, que acaba por premiar o país com standards laborais mais baixos, acentua as desigualdades entre os trabalhadores, pelo que tem sido identificada a necessidade de aumentar a regulamentação da terceirização a nível internacional por forma a colmatar os problemas de cariz social e de direitos laborais que esta levanta<sup>77</sup>.

No contexto europeu, como iremos ver, apesar de esta realidade também se verificar, parece que a descentralização do processo operativo da empresa, manifestada através da terceirização, é assumida como uma liberdade da empresa pelo que a sua limitação apenas é admitida caso outras normas estejam em conflito, mais concretamente se a decisão empresarial corresponder a uma infração de direitos legítimos constitucionalmente consagrados.

Ainda assim são diversos os países que regulam de alguma forma a terceirização em relação aos despedimentos, mas não encontramos nenhuma norma similar à portuguesa, pelo que vejamos alguns dos exemplos nos ordenamentos jurídicos vizinhos:

---

<sup>76</sup> NÉSTOR DE BUEN, “Outsourcing: The New Employer's Fraud”, *Law Journal of Social and Labor Relations*, 2016, pp. 170-178.

<sup>77</sup> JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, “Outsourcing as an Instrument of Decentralization Productive Labour and Its Legal Implications (1st Part)”, *Law Journal of Social and Labor Relations*, 2016, pags. 59 a 89.

Em Espanha, o *Estatuto de los Trabajadores* e o *Real Decreto 1483/2012* preveem disposições análogas às portuguesas, e revelam uma natureza igualmente protecionista em relação aos despedimentos por eliminação de emprego, exigindo que as empresas justifiquem os despedimentos, impondo limitações à terceirização em determinadas circunstâncias, principalmente se aquilo que estiver em causa for a intenção de substituir os trabalhadores despedidos. Exemplo disso é a possibilidade de os IRCT preverem a limitação à terceirização após o despedimento, e de os tribunais poderem vir a considerar o despedimento como fraudulento ou realizado em abuso de direito<sup>78</sup> se for seguido de terceirização, existindo também regulamentação específica para a responsabilização de ambas as empresas (contratantes e contratadas) em relação ao trabalhador contratado.

A necessidade de justificação dos despedimentos é igualmente tutelada através da lei de proteção contra despedimentos (*Kündigungsschutzgesetz*) alemã e, apesar de não existir propriamente uma proibição de terceirização, os comités de empresa (*Betriebsräte*), poderão impor tal limitação no âmbito das negociações dos despedimentos como forma de proteger os seus trabalhadores, criando planos sociais para mitigar os efeitos da perda de emprego. Na mesma linha, os tribunais alemães têm vindo a considerar um despedimento como abusivo ou ilegal se for sucedido de contratação externa em violação dos princípios da boa-fé, proporcionalidade e de proteção contra despedimentos injustificados<sup>79</sup>.

Embora não exista uma limitação à terceirização em França, o *Code du Travail* estabelece várias disposições similares às portuguesas quanto à proteção do trabalhador no âmbito de um despedimento por eliminação do emprego. Em particular, a legislação francesa obriga as empresas a desenvolverem planos sociais<sup>80</sup> que incluem medidas de minimização do impacto dos despedimentos dos trabalhadores, entre as quais poderá ser estabelecida a proibição da terceirização para garantir que os trabalhadores despedidos não são depois substituídos por prestadores de serviços.

Desta breve análise retira-se que existe uma consciência global das vantagens da terceirização, mas também em relação aos seus malefícios no contexto social, por

---

<sup>78</sup> Os artigos 51 e 44 da *Ley del Estatuto de los Trabajadores* estabelece que um despedimento pode ser considerado fraudulento se for seguido da contratação de serviços externos sem que seja apresentada uma justificação válida em respeito pelos fundamentos previstos nessa lei.

<sup>79</sup> Tais disposições decorrem da leitura do artigo 1 da *Kündigungsschutzgesetz* (Proteção contra despedimento injustificado), e artigo 102 do *Betriebsverfassungsgesetz*.

<sup>80</sup> O Plano de Salvaguarda de emprego (*Plan de Sauvegarde de l'Emploi, PSE*) encontra-se previsto nos artigos L1233-61 a L1233-64 do *Code du Travail*.

poderem colocar em causa a garantia dos direitos dos trabalhadores alvo do despedimento e/ou dos prestadores de serviços. Acontece que, não obstante estarmos perante uma realidade em crescimento, não existe ainda qualquer regulação a nível internacional, designadamente da OIT, em relação aos abusos passíveis de ocorrer aquando do recurso à terceirização. Ainda assim, nos regimes jurídicos referidos, apesar de não existir legislação específica sobre a matéria, têm sido adotadas ferramentas com vista a garantir a salvaguarda do direito ao emprego dos trabalhadores.

Enquanto não existe regulamentação específica, em particular a nível europeu e/ou internacional, cada país permanece livre de regulamentar as limitações à terceirização, sendo, por isso, urgente, a elaboração de normas uniformizadoras destas regras na medida em que este fenómeno, e em particular os seus efeitos nefastos, são cada vez mais um problema à escala global, principalmente quando não são salvaguardados os mais básicos direitos dos trabalhadores.

Desta investigação é possível retirar que existe consciência por parte dos países em relação aos benefícios e malefícios desta prática empresarial, sendo estes capazes de identificar a necessidade de regulamentação e proteção dos trabalhadores. No entanto, tanto quanto nos foi possível apurar, não existe qualquer outro país que tenha adotado uma medida semelhante. Desta circunstância concluímos que o legislador português foi inovador e assumiu uma posição necessária de regulação do fenómeno da terceirização, apesar de o ter feito de forma parca e pouco clara, daí considerarmos que a mesma poderá ainda ser melhorada e, posteriormente, uniformizada a nível internacional.

## V - Reflexões finais e proposta

Concluimos este estudo com a reflexão de que o artigo 338.º-A introduz uma mudança significativa no regime laboral português ao proibir a subcontratação subsequente a despedimentos por eliminação de postos de trabalho. Embora a norma tenha o louvável objetivo de proteger os trabalhadores e combater a precarização, a sua aplicação prática levanta várias questões. Propomos, de seguida, uma reformulação que permita uma aplicação mais equilibrada da norma, garantindo simultaneamente a proteção do emprego e a flexibilidade necessária às empresas para se adaptarem às exigências do mercado. Um regime mais flexível que equilibre os direitos dos trabalhadores com a viabilidade económica das empresas seria o caminho ideal para assegurar que a legislação laboral evolui de forma justa e eficaz.

Ora, ficou evidenciado pela nossa exposição que o art 338.º-A introduz uma novidade no ordenamento jurídico português, introduzindo uma proibição sem precedentes e sem correspondência no panorama internacional. Por este motivo, e pela sua redação tão sucinta, a mesma veio acompanhada de inúmeras questões sobre o alcance da sua interpretação e o seu impacto real nos despedimentos por eliminação de emprego.

Apesar de concluirmos pela conformidade da norma em relação à Constituição, reconhecendo ao legislador a liberdade de ponderar os valores de dois princípios constitucionais conflitantes, e nessa senda estabelecendo a proibição à terceirização, permanecemos com o sentimento de que a norma poderia ser mais adequada ao fim que se propõe, ou pelo menos, poderia ser mais clara e melhor integrada no regime legal onde se insere.

Em face da realidade atual do mercado global de trabalho reconhecemos a necessidade de limitar alguma da liberdade existente no recurso à terceirização por forma a proteger a posição dos trabalhadores da empresa. No entanto, consideramos que a proibição de toda e qualquer forma de terceirização é excessiva e acaba por representar um entrave para o empregador no seu direito de gestão da empresa, ainda que meramente temporário. Neste sentido, concordamos que ocorra uma limitação à terceirização, mas apenas em determinadas situações.

A primeira situação em que entendemos que deverá ser limitada a terceirização é quando ocorra um despedimento por eliminação de emprego para que subsequentemente

a empresa entregue o desenvolvimento da atividade até aí prestada pelos trabalhadores despedidos a empresas de países terceiros, onde não sejam garantidos os mesmos direitos ou direitos equivalentes aos garantidos aos trabalhadores portugueses.

A segunda proposta de limitação prende-se aos casos em que seja promovido um despedimento por eliminação de emprego, terceirizando uma atividade que corresponda ao núcleo central da atividade da empresa, i.e., ao seu objeto social, em linha com aquilo que se exige para que seja aplicável o IRCT da empresa de acordo com o disposto no art. 498.º-A. Desta forma, as empresas ficariam livres de terceirizar outras atividades que fossem secundárias e que provavelmente não corresponderiam à maioria do seu quadro de pessoal.

A título de exemplo, vejamos uma empresa que produz sapatos, garantindo todo o processo de produção desde a manufatura até à sua expedição. Consideramos adequado que a empresa decida que o transporte da mercadoria (atividade acessória) seja ulteriormente garantido por uma empresa especializada, por considerar desnecessário e/ou demasiado oneroso a manutenção dos trabalhadores que asseguram essa atividade. No entanto, cremos que será abusiva e desvaliosa a decisão de terceirizar parcial ou totalmente a produção dos próprios sapatos, muito menos se essa produção for levada a cabo por empresas de países terceiros que não garantam os direitos dos seus trabalhadores.

As soluções por nós apresentadas não permitem responder a todas as questões levantadas ao longo deste estudo, dada a complexidade do tema e do seu impacto na forma de organização das empresas. No entanto, somos do entendimento que as alterações que aqui propomos permitiriam ao art. 338.º-A ter um âmbito de aplicação mais restrito, e nessa medida limitar o recurso à terceirização de forma mais adequada. Mais, a restrição do âmbito da norma é essencial para acautelar as potenciais situações de abuso no uso do regime da terceirização, que colocam em risco a posição dos trabalhadores e dos prestadores de serviços. Por meio das soluções propostas é possível acautelar os direitos dos trabalhadores, dissuadindo do recurso à terceirização em determinados casos, deixando ainda alguma margem aos empregadores para gerir a sua empresa, caso essa terceirização seja efetivamente uma medida de gestão necessária ou útil ao fim a que a empresa se propõe.

## **Conclusão**

Na presente dissertação analisámos o regime da proibição da terceirização após um despedimento por eliminação de emprego introduzido no art. 338.º-A no contexto da Agenda do Trabalho Digno.

Começamos por perceber que antes de 1 de maio de 2023, data em que entrou em vigor a norma aqui em estudo, não existia qualquer tipo de limitação à terceirização após um despedimento por eliminação de emprego. Assim, era possível ao empregador levar a cabo um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho, desde que estes tivessem por base um motivo de mercado, estrutural ou tecnológico e fosse respeitado o respetivo procedimento legal, nos termos definidos nos arts. 359.º e seguintes, e depois terceirizar a atividade que era até então desenvolvida pelos trabalhadores despedidos. Este tipo de decisão das empresas era por isso válida e lícita.

Com a entrada em vigor da norma, passou a ser proibida a terceirização nestes termos durante um período de 12 meses após ser concluído o despedimento por eliminação de emprego. A terceirização traduz-se na atribuição a um terceiro (pessoa singular ou coletiva) de atividades da empresa, que podem ser atividades principais ou acessórias, por prestadores de serviços.

O propósito do legislador com esta proibição é o de reforçar a tutela conferida aos trabalhadores em matéria de despedimento, impedindo que os mesmos sejam substituídos por prestadores de serviços, acautelando a precarização das relações de trabalho. No entanto diversos autores criticam esta medida por considerarem que, ao mesmo tempo que protege o emprego dos trabalhadores potencialmente terceirizados, a norma restringe de forma desproporcional a liberdade de gestão da empresa.

Percebemos que a proibição do art. 338.º-A tem um âmbito de aplicação muito lato na medida em que se aplica a todo o tipo de terceirização, quer esta medida vise o aumento dos lucros da empresa ou a sua mera sobrevivência. No entanto, a norma padece de algumas incongruências e lacunas que permitem aos empregadores evitar as suas consequências, designadamente através do recurso da contratação a termo de

trabalhadores para desenvolver a mesma atividade, a possibilidade de celebração de acordos de revogação mais vantajosos economicamente ou a transmissão da unidade económica.

Ora, a presente norma tem como única consequência para a sua violação a aplicação de uma contraordenação. Não obstante, alguns autores admitem de que tal incumprimento acarreta a ilicitude dos despedimentos por eliminação de emprego, apesar de tal solução não ter qualquer reflexo na letra da lei, ou na leitura integrada da norma. Ainda que tal hipótese se admitisse, o estabelecimento de um prazo de 12 meses mostrasse incompatível com os prazos de impugnação do despedimento. Adicionalmente, a classificação desses despedimentos como ilícitos obrigaria a uma avaliação casuística dos motivos invocados pelo empregador para apurar da sua validade e proporcionalidade, podendo apenas os tribunais apreciar se o despedimento teve por base razões de mercado, estruturais ou tecnológicas, e se as mesmas foram proporcionais à decisão.

Do confronto do art. 338.º-A com o regime dos arts. 10.º a 10.º-B e do art. 498.º-A foi possível concluir que o legislador teve a preocupação de reforçar os direitos dos trabalhadores subordinados bem como dos prestadores de serviços, tentando uniformizar os seus direitos.

Para a análise da potencial inconstitucionalidade do art. 338.º-A foi necessário estudar e ponderar o conflito entre o princípio da segurança no emprego (art. 53.º da CRP) e o princípio da iniciativa económica (art. 61.º n.º 1 da CRP). Não obstante os argumentos apresentados em ambos os sentidos, concluímos que a norma não padece de inconstitucionalidade porquanto existe apenas uma mera limitação temporária de um deles em relação ao outro.

Vimos que a proibição de terceirização apenas se aplica nos casos em que a mesma seja subsequente a um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho, mas a mesma não tem propriamente um impacto direto nestes despedimentos, porquanto, na realidade, os mesmos podem ocorrer desde que verificados os requisitos formais e materiais. Ainda assim, entendemos que o impacto que se poderá sentir é ao nível preventivo, servindo a proibição como inibidor da decisão de despedir.

No patamar internacional não encontramos norma igual ou semelhante noutra ordenamento jurídico, apesar de alguns países admitirem que essa proibição seja estabelecida *ad hoc*, verificadas determinadas circunstâncias. Parece-nos essencial a

regulamentação desta matéria a nível europeu e internacional para que se uniformizem as regras e previnam os riscos dos abusos da terceirização, especialmente quando estes impliquem a constrição de direitos dos trabalhadores.

Concluimos a presente dissertação com uma reflexão sobre o tema, ousando propor uma limitação a esta proibição, restringindo o âmbito da norma. Neste sentido, somos do entendimento de que deve ser mantida a proibição da terceirização, mas apenas nas situações em que a terceirização seja feita para empresas de países terceiros onde não sejam garantidos os mesmos direitos ou direitos equivalentes aos garantidos aos trabalhadores portugueses e nos casos em que a atividade terceirizada corresponda ao objeto social da empresa.

## Bibliografia

ABRANTES, José João – *Despedimento Coletivo*, in *Direito do Trabalho. Ensaio*, Cosmos, Lisboa, 1995;

AMADO, João Leal - “A pandemia e a suspensão do despedimento pela ACT”, in *IV Jornadas de Direito do Trabalho dos Açores*, 2021, pp. 64-65;

AMADO, João Leal - “A proibição de recurso à terceirização de serviços e o despedimento-para-terceirizar: nótula sobre o novo artigo 338.º-A do Código do Trabalho”, *RLJ*, N.º 4040, 2023, pp. 312-320;

AMADO, João Leal; ROUXINOL Milena Silva; MOREIRA, Teresa Coelho; VICENTE Joana Nunes, SANTOS, Catarina Gomes - *Direito do Trabalho. Relação Individual*, Coimbra, Almedina, 2023;

BARROS, Alice Monteiro de - *Curso de Direito do Trabalho*, 6ª ed., São Paulo, 2010;

BUEN, Néstor de, - “Outsourcing: The New Employer's Fraud”, *Law Journal of Social and Labor Relations*, 2016, pp. 170-178;

CANOTILHO, Gomes, e LEITE, Jorge, - “A inconstitucionalidade da Lei dos Despedimentos”, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, número especial, volume III, Coimbra, 1991;

CARVALHO, Catarina de Oliveira - *Da dimensão da Empresa no Direito do Trabalho, Consequências práticas da dimensão da empresa na configuração das relações laborais individuais e colectivas*, Coimbra Editora, 2011;

GOMES, Júlio - “A fronteira entre o contrato de utilização de trabalho temporário e os (outros) contratos de prestação de serviços” – *Prontuário de Direito do Trabalho*, CEJ, n.º 87, 2010, pp. 85-114;

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

LAMBELHO, Ana - “O Trabalho Temporário e a Terceirização à Luz da Agenda do Trabalho Digno”, *Questões laborais* n.º 63, 2023, pp. 181-206;

LAMELAS, Filipe - “A proibição do recurso à terceirização de serviços na reforma laboral de 2023: Segurança no emprego vs liberdade de iniciativa económica”, *Políticas em Análise*, n.º 10, CoLABOR, 2023, pp. 1-11;

LEITE, Jorge – *A Transposição das Diretivas Comunitárias Sobre Despedimento Colectivo*, *Prontuário de Direito do Trabalho*, Atualização n.º 55, Centro de Estudos Judiciários, 1998.

MARECOS, Diogo Vaz - *Código do Trabalho – Comentado*, 6ª edição, Almedina, 2024;

MARTINEZ, Pedro Romano, e SILVA, Luís Gonçalves - “Constituição e Agenda do Trabalho Digno”, *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, n.º 4, 2023, pp. 279 e ss.;

MARTNS, Pedro Furtado - *Cessação do Contrato de Trabalho*, 4ª edição, Principia Editora, Cascais, 2017;

MONTEIRO, Luís Miguel - “A intervenção do inspetor do trabalho na decisão e despedir”, in *IV Jornadas de Direito do Trabalho dos Açores*, 2021, pp. 64-65;

PÉREZ, José Luis Monereo - “Outsourcing as an Instrument of Decentralization Productive Labour and Its Legal Implications (1st Part)”, *Law Journal of Social and Labor Relations*, 2016, pp. 59-89;

PINTO, Mário / MARTINS, Pedro Furtado – *Despedimentos Coletivos: Liberdade de Empresa e Ação Administrativa*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, n.ºs 1-2-3-4, 1993;

RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 9ª ed., Almedina, Coimbra, 2023;

REDINHA, Maria Regina - “Agenda do Trabalho Digno: what’s in a name?”, *APODIT, Newsletter Primavera’ 2023*, p. 7;

SANTOS, André Teixeira dos - “Do despedimento coletivo com fundamento em outsourcing: verdadeiro despedimento ou transmissão *ope legis* dos contratos de trabalho?”, *Prontuário de Direito de Trabalho*, 2022-I, pp. 91-113;

SANTOS, Catarina Gomes - “Agenda do Trabalho Digno: o que há de novo no despedimento coletivo (e por extinção do posto de trabalho),” *Questões laborais*, n.º 63, 2023, p. 239-267;

SILVA, Rita Canas da - “Proibição do Outsourcing subsequente a um despedimento”, *Estudos APODIT 12 – Despedimento Coletivo Novos e Velhos Problemas*, 2023, pp. 151-161;

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo - “Regime do despedimento colectivo e as alterações da L n.º 32/99”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Volume 3, Almedina, 2002;

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – *O Despedimento Coletivo no Dimensionamento da Empresa*, Verbo, Lisboa, 2000.