

OS FUNDOS DE COMPENSAÇÃO E O MECANISMO EQUIVALENTE.

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADORA: PROFESSORA DRA. JOANA VASCONCELOS

CANDIDATO: ANTÓNIO JOSÉ ROSADO GOMES GRÁCIO

DATA DE CONCLUSÃO: 31 DE OUTUBRO DE 2014

ÍNDICE

Introdução. Razão de Ser. _____	3
A Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto _____	4
O Fundo de Compensação do Trabalho _____	10
O Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho _____	20
O Mecanismo Equivalente _____	26
Uma Questão de Constitucionalidade _____	32
As Entregas _____	35
O Desenvolvimento da Relação Laboral _____	40
A Cedência Ocasional _____	48
A Transmissão _____	52
O Regime Contra-ordenacional _____	57
Conclusões _____	58
Bibliografia _____	65
Jurisprudência _____	66

Antes de iniciar a presente dissertação, quero expressar um profundo e sentido agradecimento à Senhora Professora Joana Vasconcelos, sendo de realçar a disponibilidade, a orientação pedagógica e o sentido crítico, os quais contribuíram, de forma decisiva, para a elaboração desta tese.

INTRODUÇÃO. RAZÃO DE SER.

A última semana de Agosto de 2013 foi deveras profícua na publicação de uma miríade de diplomas legislativos, entre os quais avultou a Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, a qual constitui o objecto da presente tese.

A Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, veio alterar o paradigma laboral português, em virtude de ter introduzido o Fundo de Compensação de Trabalho e o Fundo de Garantia do Trabalho. Na presente Lei, o legislador adoptou uma solução sem precedentes, ao permitir que, até metade da compensação devida ao trabalhador, decorrente da cessação da relação laboral seja paga por um fundo.

Esta modificação aguçou a vontade e despertou a curiosidade de elaborar um texto sobre a matéria, mas a verdade é que o novo regime suscita uma panóplia de questões controversas, como sucede, a título exemplificativo, com a criminalização da conduta omissiva do empregador consistente em não entregar ao trabalhador o montante reembolsado pelo Fundo de Compensação do Trabalho, que justificam a elaboração de uma tese de mestrado.

De outra face, o tema objecto da presente dissertação não foi ainda escrutinado, analisado e desenvolvido com a profundidade adequada à respectiva primacialidade e importância social, laboral e económica.

Nessa medida, podemos destacar, ainda numa fase prévia à publicação legislativa, BERNARDO LOBO XAVIER¹ e ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES², os quais ofereceram a sua posição sobre o fundo que seria supostamente criado. Num momento subsequente à publicação da Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, encontramos um texto de

¹“Compensação por Despedimento”, in “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, Janeiro-Junho 2012, Ano LIII (XXVI da 2.ª Série), n.ºs 1-2.

² “A Reforma Laboral de 2012 – Observações em torno da Lei n.º 23/2012”, Revista da Ordem dos Advogados n.º 72, volume II/II, Abril/Setembro 2012, 2012.

ANDRÉ DE OLIVEIRA CORREIA³, o qual incide sobre alguns dos aspectos mais relevantes do mencionado acto legislativo.

Pelo exposto, não pretendemos elaborar uma tese pioneira ou obra de referência, mas, outrossim, contribuir para o estudo e melhor compreensão do funcionamento dos fundos de compensação em Portugal e o respectivo impacto para os empregadores e para os trabalhadores, não deixando de apontar críticas às opções legislativas e oferecer também soluções destinadas a garantir o efectivo pagamento da compensação.

A LEI N.º 70/2013, DE 30 AGOSTO.

A compreensão da Lei em estudo, regulamentada pela Portaria n.º 294-A/2013, de 30 de Setembro, não pode ser feita sem uma referência ao sistema austríaco de compensações. O sistema austríaco de compensações assenta numa entrega mensal de 1,53%, calculada sobre a retribuição do trabalhador e que engloba também os prémios, os subsídios de férias e de Natal, a um fundo, ficando o montante afecto a uma conta individual do trabalhador e que se destina ao pagamento da compensação.

De acordo com a Comissão Europeia⁴, tem as seguintes vantagens: “(...) *elimina os efeitos dissuasores da mobilidade e evita que os trabalhadores percam os seus direitos no caso de serem eles próprios a pôr fim à relação de emprego*”. A tal acresce, conforme argumentam Helmut Hofer, Ulrich Schuh e Dominik Walch⁵, a incerteza associada aos custos indemnizatórios, aquando da contratação do trabalhador, bem como os problemas de liquidez decorrentes do pagamento simultâneo de diversas indemnizações.

O pagamento da compensação decorrente da cessação da relação laboral incumbe ao empregador. Esta foi a opção legislativa adoptada até à entrada em vigor da Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho. Por conseguinte, o empregador deveria colocar à disposição do trabalhador, até ao termo do prazo do aviso prévio (quando esteja em causa, por

³ “*Algumas notas sobre o novo regime dos fundos de compensação de trabalho e o seu financiamento*”, Coimbra Editora, Questões Laborais n.º 43, ano XX – Julho/Dezembro 2013.

⁴ Comunicação “*Para a definição de princípios comuns de flexigurança: Mais e melhores empregos mediante flexibilidade e Segurança*”, datada de 27 de Junho de 2007, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

⁵ “*Reforming Severance Pay – An International Perspective*”, 2012, página 179, disponível em <https://openknowledge.worldbank.org>.

exemplo, um despedimento colectivo ou um despedimento por extinção do posto de trabalho), o montante compensatório a que o trabalhador tinha direito, sob pena de o despedimento ser considerado ilícito.

A necessidade de criação dos fundos surgiu, em primeiro lugar, com a assinatura, a 22 de Março de 2011⁶, do Acordo Tripartido para a Competitividade e Emprego, onde foi proposta uma taxa de financiamento não inferior a 1%, a suportar pelos empregadores, que garantiria o pagamento parcial da compensação devida ao trabalhador na sequência da cessação do contrato de trabalho, na medida em que as empresas não possuem a solvabilidade financeira necessária para procederem, em singelo, ao pagamento da totalidade do *quantum* compensatório devido aos trabalhadores⁷.

Com efeito, no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica entre a República Portuguesa, representantes da Comissão Europeia⁸, do Banco Central Europeu e do Fundo Monetário Internacional, assinado a 17 de Maio, foi prevista uma entrega dos empregadores, com carácter mensal e no decurso do contrato de trabalho, para um ou mais fundos ou outro mecanismo equivalente, destinada a mitigar o risco de incumprimento no pagamento da compensação.

Por conseguinte, a *ratio legis* atinente à Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, assentou na opção política de diminuir os custos monetários associados ao pagamento da compensação decorrente do despedimento por motivos objectivos, *ergo* o despedimento colectivo, o despedimento por extinção do posto de trabalho e o despedimento por inadaptação, não obstante a Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, ser aplicável a outras situações, como, por exemplo, a compensação decorrente do encerramento definitivo da empresa pelo empregador.

O legislador, na sequência do Acordo Tripartido de 2011 e do Memorando de Entendimento, pretendeu introduzir um regime que permitisse uma repartição no pagamento da compensação entre o empregador e um fundo. Destarte, o novo regime evitaria que o empregador não necessitasse de dispor, aquando do pagamento da

⁶. Disponível para consulta em www.ces.pt.

⁷ A “*falta de tesouraria*” para as compensações mencionada por António Monteiro Fernandes, ob. cit., página 562.

⁸ Através do Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira (Regulamento do Conselho (UE) n.º 407/2010, de 11 de Maio de 2010). O Memorando pode ser consultado em www.portugal.gov.pt.

compensação ao trabalhador, da totalidade daquela, bem como tal fundo seria financiado por uma contribuição periódica paga pelo empregador.

Com efeito, ao invés de um fundo, na aceção genérica constante, por exemplo, do Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego, assinado a 18 de Janeiro de 2012, temos a criação de dois fundos, o Fundo de Compensação do Trabalho e o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho, e de um Mecanismo Equivalente⁹, sendo que “*embora tais fundos tenha o mesmo objectivo comum – assegurar que o trabalhador receba, pelo menos, metade da compensação legal a que tem direito em resultado de cessação do seu contrato de trabalho –, a verdade é que os mesmos divergem na sua natureza e modo de funcionamento*”¹⁰.

A nova tripartição tem por objectivo assegurar o pagamento, ainda que parcial, ao trabalhador do montante da compensação na sequência da cessação do contrato de trabalho. Deste modo, o Fundo de Compensação do Trabalho ou o Mecanismo Equivalente são tendencialmente responsáveis pelo pagamento de metade da compensação a que o trabalhador tem direito na sequência da cessação da relação laboral. Ao invés, a intervenção do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho somente ocorre nas situações em que o empregador não proceda ao pagamento de metade da compensação devida ao trabalhador pela cessação do contrato de trabalho.

A Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, determina que apenas são abrangidas as relações jurídico-laborais constituídas após 1 de Outubro de 2013, em relação às quais o empregador deve proceder mensalmente à entrega de 0,925% e de 0,075%, calculadas sobre a retribuição base e diuturnidades do trabalhador, para o Fundo de Compensação do Trabalho e para o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho.

No que tange ao âmbito de aplicação subjectivo, a Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, abrange as relações de trabalho sob a égide do Código do Trabalho¹¹¹², incluindo o

⁹ Doravante todas as referências legislativas desacompanhadas do respectivo diploma legal, são feitas à Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto.

¹⁰ André de Oliveira Correia, “*Algumas notas sobre o novo regime dos fundos de compensação de trabalho e o seu financiamento*”, Coimbra Editora, Questões Laborais n.º 43, ano XX – Julho/Dezembro 2013, página 280.

¹¹ A exclusão do âmbito subjectivo abrange os contratos de trabalho de serviço doméstico, regidos pelo Decreto-Lei n.º 235/92, de 24 de Outubro, e os contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos, previstos na Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro, na medida em que nos encontramos perante vínculos laborais caracterizados pela existência de horários de trabalho reduzidos, decorrentes da prestação a tempo parcial, com os inerentes reflexos na retribuição e compensação.

trabalho temporário, independentemente da respectiva duração, celebrados por empresas de trabalho temporário.

No entanto e pese embora regidas pelo Código do Trabalho, as relações de trabalho emergentes de contratos de trabalho de muita curta duração, nomeadamente o trabalho em actividade sazonal agrícola ou o trabalho prestado num evento turístico com uma duração não superior a quinze dias (artigo 142.º do Código do Trabalho), encontram-se também excluídas do âmbito de aplicação da Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto.

Para compreendermos o motivo pelo qual estas relações laborais foram excluídas do âmbito de aplicação da Lei, importa salientar que um traço comum respeita ao carácter diminuto da sua duração, o qual tem, como consequência, uma menor antiguidade do trabalhador na empresa. Conquanto é sabido, o montante da compensação será calculado em função da antiguidade do trabalhador na empresa, não obstante o limite máximo de doze dias por cada ano completo de antiguidade. Destarte, aceita-se a exclusão feita pelo legislador, atenta a exiguidade compensatória decorrente da cessação dos contratos de trabalho de muita curta duração.

Por seu turno, a Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, exclui do seu escopo de aplicação as relações de trabalho com os serviços a que se refere o artigo 3.º, n.ºs 1 a 4 da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro¹³, que estabeleceu os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, incluindo os institutos públicos de regime especial, como, por exemplo, o Banco de Portugal.

A *ratio* subjacente à antedita exclusão reside, por um lado, na circunstância do pagamento da compensação, devido na sequência da cessação do contrato de trabalho,

¹² O trabalho autónomo de menor (artigo 3.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro) e os contratos equiparados (artigo 10.º do Código do Trabalho e Lei n.º 101/2009, de 8 de Setembro) encontram-se excluídos da previsão normativa da Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto. O trabalho autónomo de menor respeita a uma primeira participação no mercado de trabalho daquele, caracterizando-se o vínculo pela sua duração efémera, a qual não origina o pagamento de uma compensação que não possa ser suportada pelo empregador. No âmbito do regime jurídico do trabalho do domicílio, a compensação devida pela cessação de contrato tem o limite de 60 ou 120 dias de remuneração, consoante a duração do contrato tenha excedido dois anos (artigo 11.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 101/2009, de 8 de Setembro), montante que, na óptica do legislador, não lhe pareceu demasiado oneroso para justificar uma repartição de pagamento com um fundo.

¹³ Alterada pelas Leis n.ºs 64-A/2008, de 31 de Dezembro, 3-B/2010, de 28 de Abril, 34/2010, de 2 de Setembro, 55-A/2010, de 31 de Dezembro, 64-B/2011, de 30 de Dezembro, 66/2012, de 31 de Dezembro, e 66-B/2012, de 31 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 47/2013, de 5 de Abril. Entretanto, tal acto legislativo foi revogado pela Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho (artigo 44.º, n.º 1), a qual aprovou a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.

ser feito pela própria entidade pública, a que o trabalhador encontra-se adstrito, a qual depende frequentemente exclusivamente da dotação prevista no Orçamento do Estado. Com efeito, não podemos deixar de concordar com André Correia de Oliveira¹⁴, quando associa a não inclusão daquelas relações de trabalho públicas ao menor risco no incumprimento do pagamento da compensação pelo facto do empregador ser o Estado. Por outro lado, a aproximação ao *juslaboralismo* privado feita pela nova Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas não determinou a importação da totalidade das modalidades de despedimento previstas no Código do Trabalho¹⁵, para as quais foram criados os fundos tendo em vista auxiliar os empregadores na diminuição dos custos com os despedimentos.

Passando ao âmbito objectivo de aplicação, a Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, é aplicável exclusivamente às situações em que o cálculo da compensação ao trabalhador tenha por referencial o artigo 366.º do Código do Trabalho, quer por aplicação directa ou remissiva, no cálculo da compensação devida pela cessação do contrato de trabalho, mormente o despedimento colectivo (artigo 366.º do CT), por extinção do posto de trabalho (artigo 372.º do CT), por inadaptação artigo 379.º, n.º 1 do CT), a caducidade do contrato a termo certo por iniciativa do empregador (artigo 344.º, n.º 2 do CT), a caducidade do contrato a termo incerto (artigo 345.º, n.º 4 do CT) e do do contrato de trabalho temporário (artigo 190.º, n.º 2 do CT), a Morte do empregador, extinção de pessoa colectiva ou encerramento definitivo de empresa (artigo 346.º, n.º 5 do CT), a cessação do contrato por iniciativa do administrador de insolvência, quando o trabalhador não seja indispensável ao funcionamento da empresa (artigo 347.º, n.º 5 do CT), a cessação da comissão de serviço, quando o trabalhador não se mantenha ao serviço da empresa (artigo 164.º, n.º 1, alíneas b) e c) do CT) e a resolução do contrato de trabalho na sequência de mudança definitiva de local de trabalho que cause prejuízo sério (artigo 194.º, n.º 5 do CT).

¹⁴ Ob. cit., página 282.

¹⁵ O artigo 289.º, n.º 1, alíneas a) a d) da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas apenas prevê, enquanto causas de cessação da relação jurídico-laboral, a caducidade, o acordo, a extinção por motivos disciplinares e a extinção decorrente de denúncia ou de resolução com justa causa pelo trabalhador. Contudo, o artigo 289.º, n.º 2 da antedita Lei consagrou a cessação do contrato de trabalho em funções públicas na sequência de processo de reorganização de serviços e racionalização de efetivos, ao abrigo do artigo 245.º.

Começando pelo hiato temporal de aplicação, *ergo* os contratos de trabalho celebrados após 1 de Outubro de 2013, existe uma escolha clara de exclusão das relações laborais constituídas anteriormente a tal data. Esta opção legislativa torna-se, quanto a nós, contraditória com o próprio propósito de criação dos fundos, na medida em que, se o Memorando de Entendimento previa a criação de um fundo que permitiria financiar os despedimentos, não deveriam ser incluídos todos os contratos de trabalho, sobretudo aqueles cujo início de vigência é anterior a 1 de Outubro de 2013, onde, tendencialmente, os montantes compensatórios são mais elevados, com o inerente custo para o empregador?

Do ponto de vista do empregador, a Lei em crise acaba por não o auxiliar verdadeiramente, no que tange ao pagamento das compensações aos trabalhadores com maior antiguidade, cujo montante representa um maior custo para o empregador, tendo este de proceder, a expensas suas, ao pagamento, em singelo, da compensação.

Denote-se que a Confederação da Indústria Portuguesa¹⁶ alertou para o facto das “(...) *gravíssimas dificuldades de tesouraria e liquidez com que as empresas actualmente se confrontam e os estrangulamentos, ao nível do financiamento, que quotidianamente colocam em risco a sua própria sobrevivência*” não serem conciliáveis com a introdução da obrigação mensal de entrega aos fundos. A sensibilidade do legislador a tal argumento motivou a restrição do âmbito de aplicação da Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, aos contratos de trabalho celebrados, após 1 de Outubro de 2013, para que os empregadores não fossem onerados com um custo suplementar do factor de produção trabalho.

De outra face e contrariamente ao que já tinha sido acordado, entre outros, no Acordo Tripartido de 2011, o legislador apresenta não um, mas dois fundos com finalidades distintas, e ainda um mecanismo equivalente.

Em nossa opinião, o legislador, de forma errónea, não incorporou, de forma correcta, a problemática respeitante ao pagamento das compensações. É consabido que introduziu uma entrega mensal ao Fundo de Compensação do Trabalho, bem como determinou que o mesmo fosse responsável pelo pagamento parcial da compensação ao trabalhador. Todavia, a própria criação do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho sugere

¹⁶Parecer que se encontra disponível em www.parlamento.pt e emitido no âmbito do procedimento legislativo da Lei em apreço.

precisamente que a solução legislativa adoptada não é consentânea com os direitos dos trabalhadores ao pagamento de uma compensação. Desde logo, a circunstância de o empregador proceder ao pagamento de metade da compensação ao trabalhador, impede este de accionar o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho, o que levará, como sucedeu até à entrada em vigor da Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, à demanda judicial do empregador pelo trabalhador, sempre com os respectivos encargos processuais e dispêndio de tempo associados.

Para concluir este capítulo, teria sido preferível o legislador, conforme iremos propor, adoptar uma solução que assegurasse efectivamente o pagamento ao trabalhador da compensação, ainda que tal implicasse uma entrega mensal e sucessiva para o Fundo de Compensação do Trabalho, o qual foi criado para suportar parcialmente o pagamento da compensação devida ao trabalhador na sequência da cessação da relação laboral.

O FUNDO DE COMPENSAÇÃO DO TRABALHO¹⁷.

O Fundo de Compensação do Trabalho consiste num fundo de capitalização individual¹⁸, assente nas contribuições mensais das entidades empregadoras aderentes, dotado de personalidade jurídica e de um património próprio e autónomo¹⁹, e que se destina a proceder ao pagamento (“*recebimento efectivo*” na terminologia legal), até 50%, do valor da compensação devida ao trabalhador na sequência da cessação do contrato de trabalho, calculada nos termos e para os efeitos do artigo 366.º do Código do Trabalho.

¹⁷ O FCT encontra-se regulado pelo Regulamento de Gestão n.º 390-B/2013, de 14 de Outubro de 2013, com entrada em vigor a 15 de Outubro de 2013.

¹⁸ As entregas das entidades empregadoras, não obstante serem englobadas na conta do empregador, são acumuladas numa conta individual que originará, nos casos legalmente previstos, um reembolso para o empregador do valor acumulado.

¹⁹ No âmbito do direito societário, “*Por património autónomo entende-se todos os bens que na escritura de constituição foram transmitidos para a sociedade (entradas em espécie) bem como todos aqueles que em nome dela forem adquiridos ou que efectivamente foram postos em comum*”, António Pereira de Almeida, “*Sociedades Comerciais*”, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2006, página 305.

No entanto²⁰, o Fundo de Compensação do Trabalho só responde na proporção dos montantes entregues pelo empregador e eventual valorização positiva do saldo da conta do trabalhador, onde são capitalizadas todas as entregas feitas pelo empregador.

O património próprio e autónomo anteriormente mencionado é composto principalmente pelas entregas mensais feitas pelos empregadores, pelo resultado das cobranças coercivas feitas aos empregadores inadimplentes²¹, não obstante a possibilidade do Fundo de Compensação do Trabalho adquirir instrumentos representativos de dívida de curto prazo. A autonomia do património consubstancia-se na separação entre os bens próprios dos subscritores do fundo (os empregadores) e os bens daquele (fundo), sendo que somente estes respondem pelas dívidas do Fundo de Compensação do Trabalho.

O Fundo de Compensação do Trabalho, embora equiparado a um fundo de capitalização administrado pela Segurança Social²², é gerido pelo Instituto de Gestão de Fundos de Capitalização da Segurança Social, I.P., o qual foi criado pelo Decreto-Lei n.º 449-A/99 de 4 de Novembro, consistindo a sua missão na “(...) *gestão de fundos de capitalização no âmbito do funcionamento do sistema de segurança social do Estado e de outros sistemas previdenciais*”.²³

Para além da entidade gestora, o Fundo de Compensação do Trabalho é administrado por um conselho de gestão, o qual é composto por um presidente e por onze vogais²⁴, sendo aquele o presidente do Instituto de Gestão de Fundos de Capitalização da Segurança Social, I.P., sendo ainda composto por um fiscal único e por um fiscal único suplente.

²⁰ Artigo 3.º, n.º 5.

²¹ As dívidas ao Fundo de Compensação do Trabalho, cuja prescrição ocorre decorridos cinco anos após o seu vencimento (artigo 15.º, n.º 2 do Regulamento de Gestão e artigo 309.º do Código Civil), podem ser regularizadas voluntariamente no prazo de três meses, findo o qual o Fundo de Compensação do Trabalho é obrigado a emitir a certidão de dívida e, bem assim, a promover o processo de cobrança executiva junto das secções junto do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social.

²² Artigo 57.º, n.º 1. Por consequência e ao abrigo do artigo 9.º, n.º 1, alínea d) do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, o Fundo de Compensação do Trabalho encontra-se isento deste imposto.

²³ Apelles J. B. Conceição, “*Segurança Social*”, Almedina, 2014, 9.ª edição, página 547.

²⁴ De entre estes, encontramos um representante de cada uma das confederações de empregadores com assento na Comissão Permanente de Concertação Social, e dois representantes de cada uma das confederações sindicais com assento naquela Comissão Permanente (artigo 18.º, n.º 2, alíneas e) e f)).

A escolha do legislador pelo Instituto de Gestão de Fundos de Capitalização da Segurança Social, I.P. para a gestão do Fundo de Compensação do Trabalho encontra-se conexas com o prazo de três anos, contados desde a data de entrada em funcionamento deste fundo, para a avaliação pela Comissão Permanente de Concertação Social sobre a implementação das medidas constantes da Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto. Deste modo, durante os três primeiros anos de vigência do fundo, importa que a entidade gestora detenha a experiência e os conhecimentos necessários para gerir um fundo numa matéria tão sensível, como sucede com a compensação devida ao trabalhador. Acresce também a circunstância de o legislador não pretender, pelo menos nesta primeira fase de existência, que a gestão deste fundo seja confiada ao sector privado²⁵, ao invés do que sucederá no Mecanismo Equivalente²⁶, tendo sido relegada, para momento posterior, a possibilidade de selecção da entidade de gestão, mediante concurso público (artigo 60.º, n.º 2).

De outra face, a adesão do empregador ao Fundo de Compensação do Trabalho determina a criação de uma conta global, em nome do empregador, onde são registadas as contribuições, em contas de registo individualizado, respeitantes a cada um dos trabalhadores.

A Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, qualificou, como impenhoráveis e intransmissíveis, o saldo da conta global do empregador no Fundo de Compensação do Trabalho respeitante a cada um dos trabalhadores (incluindo a totalidade do saldo das contas de registo individualizado). A opção adoptada pelo legislador não merece, quanto a nós, qualquer reparo, uma vez que se destina a acautelar os interesses do trabalhador e do empregador, na sequência do que já se encontra previsto no regime público de capitalização (artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 26/2008, de 22 de Fevereiro).

Todavia, a solução actual da Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, ainda não se encontra totalmente isenta de lacunas, na medida em que, não obstante o saldo da conta global do empregador no Fundo de Compensação do Trabalho ser impenhorável, à semelhança do

²⁵ No Acordo Tripartido de 2011, existia a possibilidade da escolha da entidade gestora, mediante concurso público, não obstante a gestão poder ser confiada a uma entidade pública.

²⁶ “Num momento inicial, a gestão dos fundos será assegurada pelas entidades competentes na área da solidariedade e segurança social, em virtude da experiência acumulada e reconhecida em termos de mitigação de risco”, conforme comunicado do Conselho de Ministros a 9 de Maio de 2013 e disponível em www.portugal.gov.pt.

saldo das contas de registo individualizado de cada trabalhador, inexistente obstáculo legal à penhora do montante do reembolso aquando da transferência bancária para a conta do empregador.

Refira-se que, pelo facto de o reembolso do saldo existente na conta individual de cada trabalhador ser feito directamente ao empregador, não é lícito a nenhum credor do trabalhador penhorar tal montante, o que não é aplicável aos credores do empregador, porquanto o titular do direito ao reembolso é o empregador. Nessa medida, entendemos que, no direito a constituir, deverá a Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, estender a impenhorabilidade do saldo global da conta ao montante reembolsado ao empregador, ainda que o mesmo seja depositado numa conta de depósitos à ordem, cujo limite mínimo para penhorar corresponde ao excedente de € 505,00 (quinhentos e cinco Euros).

Importa, neste momento, debruçarmo-nos sobre o significado e alcance real das entregas mensais feitas pelos empregadores, as quais constituem o meio principal de financiamento do Fundo de Compensação do Trabalho. Com efeito, o empregador deve entregar²⁷ mensalmente ao fundo 0,925% da retribuição base e diuturnidades percebidas pelo trabalhador, num total de doze entregas anuais, não abrangendo o subsídio de férias e o subsídio de Natal.

Por conseguinte, as entregas mensais passam a estar adstritas ao Fundo de Compensação do Trabalho, *ergo* integrando o respectivo património, sendo creditadas mensalmente na conta global²⁸ do empregador e alocadas às contas de registo individualizado de cada trabalhador, onde serão distribuídos os eventuais excedentes provenientes do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho.

A contabilização das entregas mensais no Fundo de Compensação do Trabalho ocorre mediante a emissão de unidades de participação no mesmo. As Unidades de Participação consistem na parcela de um fundo detida pelo participante, sendo que o valor concreto de cada unidade de participação é apurado pelo quociente da divisão do

²⁷ As entregas devem ser feitas, entre o dia 10 e o dia 20 de cada mês, respeitantes ao mês anterior. No entanto, a entidade empregadora pode ainda proceder ao pagamento da entrega em mora, até ao dia 8 do mês seguinte, mas deverá liquidar os juros moratórios vencidos, à taxa de juro comercial, contados desde o dia 21 até integral e efectivo pagamento.

²⁸ O respectivo saldo global corresponde ao somatório do valor apurado em cada uma das contas de registo individualizado de cada trabalhador (artigo 31.º).

valor líquido do património do fundo pelo número total de unidades de participação em circulação, tendo o valor inicial sido fixado em € 1,00 (um Euro).

Após a entrega mensal de 0,925% da retribuição base e diuturnidades do trabalhador ao Fundo de Compensação do Trabalho, é emitida uma unidade de participação e, bem assim, creditada na conta individual do trabalhador. Contudo, para se obter o número de unidades de participação correspondente a cada entrega, é necessário, num primeiro momento, apurar o valor concreto de cada unidade de participação (divisão do valor líquido do património do fundo pelo número total de unidades de participação em circulação) e, num momento subsequente, dividir o montante da entrega pelo valor de cada unidade de participação.

No que tange à qualificação contabilística das entregas, as mesmas não são consideradas um gasto fiscal, devendo, ao invés, ser consideradas, como um Activo Financeiro, porquanto constituem um direito à percepção (reembolso) de uma quantia de outra entidade, o Fundo de Compensação do Trabalho. A admissibilidade do reembolso, verificada a cessação do contrato de trabalho que determine o pagamento de uma compensação, calculada de harmonia com o artigo 366.º, depende unicamente do cumprimento da obrigação de proceder às entregas mensais e sucessivas pela entidade empregadora. Conforme refere Jorge Carrapiço, *“Esse direito legal de obter dinheiro do Fundo de Compensação do Trabalho determina que as contribuições para esse fundo devam ser reconhecidas como um activo financeiro”*²⁹.

Por conseguinte, o reembolso, pelo Fundo de Compensação do Trabalho, do saldo da conta de registo individualizado constitui um rendimento, cujo montante é apurado pelo diferencial entre a capitalização das unidades de participação que constituem o saldo das contas individuais reembolsadas no Fundo de Compensação do Trabalho e o valor das entregas que lhes corresponderam, sendo deduzidas as despesas administrativas cobradas pelo fundo. O predito método de cálculo assenta na mensuração pelo custo do rendimento, ou seja, *“(…) devido a não cumprir as condições para mensuração ao custo amortizado (não tem maturidade definida nem pode ser pago à vista) ou ao justo valor (não é um activo financeiro devido para negociação, nem instrumento de capital próprio com cotação em mercado regulamentado)”*³⁰. Finalmente, a tributação ocorre

²⁹“*Novos Fundos de Compensação do Trabalho*”, in www.otoc.pt.

³⁰ Jorge Carrapiço, ob. cit.

no momento do reembolso à entidade empregadora do saldo da conta de registo individualizado do trabalhador, excepto se a valorização tenha sido registada, na declaração de rendimentos, em momento prévio ao reembolso³¹.

O reembolso pelo Fundo de Compensação do Trabalho ao empregador corresponderá ao saldo existente na conta de registo individual do trabalhador, composto pelo montante das entregas mensais ao fundo, adicionado do eventual ganho gerado pela capitalização desse montante no fundo³².

O pedido de reembolso somente poderá ser efectuado pelo empregador³³, ficando vedado ao trabalhador requerer o pagamento directo do reembolso do saldo da sua conta individual no Fundo de Compensação do Trabalho. No entanto e após o accionamento do Fundo de Compensação do Trabalho, o pagamento da compensação *in totum* ao trabalhador é sempre feito directamente pelo empregador, sem prejuízo do reembolso pelo Fundo de Compensação do Trabalho do saldo existente na conta de registo individual do trabalhador. Em suma, o legislador pretende que o empregador proceda ao pagamento ao trabalhador, conforme previsto no artigo 366.º, n.º 3 do Código do Trabalho, sem prejuízo do reembolso que solicitará ao Fundo de Compensação do Trabalho, o que não deixa de ser incoerente com o objectivo visado pela Lei em estudo. Esta incoerência deriva do facto de o empregador ter de suportar, numa primeira fase, o pagamento da compensação ao trabalhador e só ser, num momento subsequente, reembolsado pelo Fundo de Compensação do Trabalho.

No que concerne ao reembolso pelo Fundo de Compensação do Trabalho, a antedita opção legislativa deverá, *de iure condendo*, ser objecto de uma reformulação, consistente no pagamento directo ao trabalhador, pelo Fundo de Compensação do

³¹ Em tal situação, o ganho não será tributado no ano fiscal em curso, mas no ano seguinte (Imposto Diferido Passivo).

³² Denote-se que, sempre que exista um inadimplemento da obrigação de entrega mensal ao Fundo de Compensação do Trabalho, a respectiva consequência será a “(...) a não capitalização do respectivo montante em falta durante o período de incumprimento e a imputação na conta do empregador das despesas inerentes ao procedimento de regularização, bem como das despesas administrativas de manutenção da conta, nos termos descritos no regulamento de gestão” (artigo 35.º, n.º 1).

³³ O empregador deve, com uma antecedência máxima de vinte dias em relação à data de cessação do contrato de trabalho, requerer o reembolso, o qual deve ser efectuado no prazo máximo de dez dias a contar da data do pedido (artigo 34.º, n.ºs 1 e 2). O Fundo de Compensação do Trabalho, após proceder ao reembolso, deve comunicar, em quatro dias, à Autoridade para as Condições de Trabalho e ao Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho a realização de tal reembolso (n.º 3).

Trabalho, do saldo existente na respectiva conta de registo individual, após pedido conjunto pelo empregador e pelo trabalhador. Destarte, o empregador, após ter obtido informação sobre o saldo existente na conta de registo individualizado do trabalhador, juntaria a documentação respeitante à cessação do contrato de trabalho e, bem assim, o comprovativo da disponibilização ao trabalhador da diferença entre o montante global da compensação e o saldo existente na conta de registo individual do trabalhador.

Desta forma, era obtida a simbiose pretendida pelo legislador mas que não foi prevista, de forma conveniente, na Lei em estudo, ou seja, o trabalhador percepcionava a totalidade da compensação, o empregador apenas procedia ao pagamento parcial daquela, uma vez que o remanescente era suportado pelo Fundo de Compensação do Trabalho.

Do nosso ponto de vista, a solução adoptada presentemente, conforme o legislador cuidou de acautelar, não assegura o pagamento ao trabalhador da totalidade da compensação pelo empregador e pelo Fundo de Compensação do Trabalho, existindo a possibilidade de o empregador não pagar a totalidade da compensação ao trabalhador, nomeadamente não entregando o reembolso feito pelo Fundo de Compensação do Trabalho ou não pagando qualquer valor.

Por seu turno, nas situações em que a entidade empregadora não entrega, nos noventa dias seguintes ao reembolso, ao trabalhador o montante reembolsado pelo Fundo de Compensação do Trabalho, poderá incorrer numa pena de prisão até três anos ou numa pena de multa até 360 (trezentos e sessenta dias) pela prática do crime de abuso de confiança (105.º, n.ºs 1 e 5 do Regime Geral das Infracções Tributárias *ex vi* artigo 56.º, n.º 1)³⁴. Ao invés, a não entrega total ou parcial do montante percepcionado pelo empregador ao trabalhador, num prazo inferior aos noventa dias, determina somente a prática de uma contra-ordenação muito grave. A protecção do direito do trabalhador à compensação conferida pelas preditas normas tornar-se-ia dispensável pela adopção da solução anteriormente proposta, *id est*, pelo pagamento directo ao trabalhador do saldo existente na sua conta de registo individual pelo Fundo de Compensação do Trabalho.

Sucede, porém, a norma incriminadora (artigo 56.º) da conduta omissiva do empregador de entrega ao trabalhador do montante reembolsado pelo Fundo de

³⁴ A moldura penal é elevada, nos termos do n.º 5, até cinco anos de prisão ou até 1200 dias de multa se o montante da compensação não entregue for superior a € 50.000,00 (cinquenta mil Euros).

Compensação do Trabalho apresenta-nos algumas reservas, no que tange à tipicidade do facto. Com efeito, resulta, conforme entendemos, da conjugação do artigo 366.º, n.º 3 do Código do Trabalho com os artigos 33.º, n.º 1 e 34.º, n.º 1, o dever do empregador proceder à totalidade da compensação ao trabalhador, não obstante o pedido de reembolso ao Fundo de Compensação do Trabalho do saldo da conta de registo individual do trabalhador.

Antes de mais, importa determinar quem é o titular do montante reembolsado: é o empregador ou é o trabalhador?

Entendemos que, na configuração actual da Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, o titular é o empregador e não o trabalhador, pese embora este disponha de uma expectativa que tal montante seja reembolsado ao empregador e que integre a compensação a percepcionar. A titularidade do reembolso advém da circunstância das entregas ao Fundo de Compensação do Trabalho terem sido feitas pelo empregador, da conta global do empregador, junto do Fundo de Compensação do Trabalho, estar em nome do empregador, sendo ela composta pela conta individual de cada trabalhador, bem como tais entregas³⁵ não corresponderem a nenhum desconto ou dedução sobre a retribuição base ilíquida do trabalhador, à semelhança do que sucede com o Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

Na verdade, as entregas autonomizam-se do montante da retribuição base ilíquida percepcionada pelo trabalhador, na medida em que representam um custo suplementar no factor de produção trabalho, dado acrescerem a tal retribuição. Contudo, embora o empregador seja o titular do montante reembolsado, sobre si não impende o dever de entregar o montante reembolsado ao trabalhador por ausência de previsão legal, ainda que não haja procedido ao pagamento da totalidade da compensação, o que pode suceder, por exemplo, se o pedido de reembolso ocorrer nos dez dias prévios à data de cessação do contrato de trabalho ou quando o Fundo de Compensação do Trabalho não proceda ao reembolso no prazo de dez dias. Esse dever de entrega, no qual assenta o elemento objectivo do tipo da norma incriminadora do artigo 56.º, não tem consagração legal expressa, motivo pelo qual não pode ser criminalizada a eventual omissão de conduta do empregador.

³⁵ Para efeitos tributários, o reembolso é considerado como um rendimento percepcionado pelo empregador.

É de salientar que, na configuração actual, o empregador que pague a totalidade da compensação, sendo reembolsado, em momento posterior, pelo Fundo de Compensação do Trabalho, pratica o facto típico, ilícito e culposo previsto na Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, na medida em que não entrega ao trabalhador o reembolso feito pelo Fundo de Compensação do Trabalho.

Acresce também que a tipicidade do facto incriminador assenta, tendo em conta o paralelismo que podemos estabelecer com o artigo 205.º do Código Penal, na apropriação ilegítima de coisa móvel mediante um título não translativo da propriedade³⁶. Conforme expendemos, o empregador adquire o montante reembolsado, enquanto titular do mesmo. Nessa medida, naufraga a imputação objectiva de apropriação ilegítima, na medida em que o montante reembolsado é seu.

Segundo cremos, o legislador pretendia incriminar um facto, *id est*, o não pagamento da compensação, na parte correspondente ao montante reembolsado pelo Fundo de Compensação do Trabalho, ao trabalhador pelo empregador. Contudo, o legislador não previu normativamente o dever de entrega ao trabalhador do montante reembolsado pelo Fundo de Compensação do Trabalho, nem vedou ao empregador a possibilidade de fazer seu o montante reembolsado.

É de acrescentar que, se o legislador considera merecedor de tutela penal o não pagamento da compensação, atenta a função que esta desempenha e respectiva relevância e dignidade constitucional, deveria ter, ao invés, e atento o princípio da legalidade na vertente “*nulla poena sine lege*”, criminalizado a conduta do empregador, consistente no não pagamento da compensação ao trabalhador, ainda que tenha existido um reembolso pelo Fundo de Compensação do Trabalho do saldo da conta de registo individual do trabalhador.

Para concluir este ponto, ressalve-se que, na previsão do artigo 105.º, n.º 1 do Regime Geral das Infracções Tributárias, integra o elemento objectivo do tipo a obrigação legal de entrega, o que não se verifica na Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto.

³⁶ “Para a consumação do elemento objectivo do tipo de crime de abuso de confiança, tal como está definido no art. 205º, do Código Penal, é necessária a prática de qualquer ato objectivamente idóneo e concludente, nos termos gerais, «uti dominus»; sendo exactamente nesta realidade objectiva que se traduz a «inversão do título de posse ou detenção» e é nela que se traduz e se consuma a apropriação”, conforme acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 1162/09.7TAOER.L1-3, datado de 29 de Janeiro de 2014 e disponível em www.dgsi.pt.

De outra face, a relação laboral pode cessar na sequência de uma decisão, no âmbito do exercício do poder disciplinar do empregador sobre o trabalhador, de despedimento com justa causa.

A Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, não prevê o montante compreendido no reembolso ao empregador, na sequência da cessação da relação laboral que não determine o pagamento de uma compensação. Contudo, o elemento literal da previsão do artigo 34.º, n.º 1, mormente a expressão “*Em qualquer caso de cessação do contrato*”, permite-nos sustentar que este reembolso ao empregador abrange também a valorização positiva do saldo existente na conta individualizada do trabalhador, porquanto não é feita qualquer distinção entre a modalidade de cessação da relação laboral, sendo que “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”.

A cessação da relação laboral determina que o empregador deixe de estar adstrito à obrigação de pagamento das entregas ao Fundo de Compensação do Trabalho³⁷. Para evitar uma restituição retroactiva do montante das entregas devidas aos fundos, entre a data do despedimento e as que não foram efectuadas até ao trânsito em julgado da decisão judicial que declarou ilícito o despedimento, entendemos que uma solução, a ponderar, residirá na possibilidade de acordo entre os fundos e o empregador para o pagamento mensal e sucessivo das entregas devidas ou, com uma finalidade idêntica, ser consagrada a possibilidade de consignação em depósito, mediante entregas mensais no mesmo valor das primitivas, desde a data de notificação para a audiência de partes (artigo 98.º-F, n.º 1 do Código de Processo de Trabalho) da acção de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento até ao respectivo trânsito em julgado da sentença, as quais seriam restituídas na eventualidade de improcedência da pretensão do trabalhador.

À guisa de conclusão, o fundo em apreço destina-se a assegurar até metade da compensação devida ao trabalhador, assente nas entregas mensais de 0,925% sobre a retribuição base e diuturnidades do trabalhador feitas pelo empregador na sequência da cessação do contrato de trabalho, correspondendo o montante reembolsado ao saldo da

³⁷ O artigo 34.º, n.º 5 determina que, caso a cessação do contrato de trabalho não ocorra após o pedido de reembolso pelo empregador ao Fundo de Compensação do Trabalho, aquele dispõe do prazo de dez dias, contados desde a verificação da não cessação do contrato de trabalho, para devolver o montante percepcionado.

conta de registo individualizado de cada trabalhador, acrescido da eventual valorização positiva.

O FUNDO DE GARANTIA DE COMPENSAÇÃO DO TRABALHO³⁸.

A título introdutório, importa referir que o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho não se encontrava previsto no Memorando de Entendimento, nem no Acordo Tripartido, constituindo também uma inovação relativamente ao sistema vigente de pagamento da compensação ao trabalhador.

Com a criação deste fundo, o legislador pretendeu assegurar a totalidade do pagamento da compensação ao trabalhador, *id est*, a primeira metade da compensação seria paga pelo empregador, o qual seria reembolsado pelo Fundo de Compensação do Trabalho, e a segunda metade da retribuição ou era paga pelo empregador ou pelo Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho.

Com efeito, o desvio seguido pelo legislador conduziu à constituição de um fundo, o qual tem por objectivo salvaguardar até metade do valor da compensação devida ao trabalhador, na sequência da cessação do contrato de trabalho, quando o empregador não proceda ao pagamento da totalidade da compensação ao trabalhador. No entanto, a própria concepção do legislador acaba por naufragar, na medida em que, ao prever a intervenção do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho apenas quando o empregador não proceda ao pagamento de metade da compensação, torna o trabalhador refém da boa índole do empregador, bastando o pagamento de cinquenta e um por cento da compensação, pelo empregador, para que o trabalhador não possa accionar este fundo.

A entidade gestora deste fundo é o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, I.P., o qual foi criado pelo Decreto-Lei n.º 17/77 de 12 de Janeiro, tendo como missão “(...) *a gestão financeira unificada dos recursos económicos consagrados no orçamento da Segurança Social*”³⁹.

³⁸ O Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho encontra-se regulado pelo Regulamento de Gestão n.º 390-A/2013, o qual foi publicado na 2.ª Série do Diário da República, de 14 de Outubro de 2013, tendo o regulamento entrado em vigor a 15 de Outubro de 2013.

³⁹ Apelles J. B. Conceição, ob. cit., página 545.

No que respeita às similitudes com o Fundo de Compensação do Trabalho, podemos apontar a existência de um património próprio e autónomo, a equiparação a um fundo de capitalização administrado pela segurança social, com a inerente isenção do pagamento do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, a duração ilimitada, sempre condicionada ao esgotamento do respectivo objecto, a existência de um conselho de gestão e de um fiscal único, o prazo de cinco anos para a prescrição de cada obrigação de entrega a este fundo e a obrigatoriedade de uma entrega mensal pelo empregador. Contudo, a percentagem sobre a retribuição base e diuturnidades do trabalhador, num total de doze, é reduzida para 0,075%⁴⁰ para efeitos de apuramento do montante da entrega.

Para além daquela diferença no quantitativo da entrega mensal, podemos identificar, enquanto traços distintivos relativamente ao Fundo de Compensação do Trabalho, a circunstância de o montante do reembolso ao trabalhador ser feito directamente pelo Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho⁴¹, sendo que este somente é responsável caso o empregador não tenha pago ao trabalhador valor igual ou superior a metade da compensação, calculada ao abrigo do artigo 366.º do Código do Trabalho, devida pela cessação do contrato de trabalho.

Um segundo elemento diferenciador assenta no facto de o montante a ser percebido pelo trabalhador não depender do quantitativo das entregas feitas pelo empregador ou da sua eventual valorização positiva numa conta de registo individualizado. Com efeito, a entrega mensal do empregador, relativamente a cada trabalhador, ao invés de integrar uma conta individual de cada trabalhador cujo valor acumula com as demais entregas, é adicionada a todas as entregas feitas por todos os

⁴⁰ A periodicidade e a data de vencimento de cada contribuição ocorre no mesmo hiato temporal que no Fundo de Compensação do Trabalho.

⁴¹ Na sequência de requerimento apresentado pelo trabalhador, cujo montante da compensação não tenha sido integralmente pago pelo empregador, conforme artigo 46.º, n.º 1 da Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, e artigo 14.º da Portaria n.º 294-A/2014, de 30 de Setembro. Denote-se que o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho solicita ao Fundo de Compensação do Trabalho informação respeitante aos montantes reembolsados ao empregador e sobre os montantes disponíveis na conta de registo individualizado do trabalhador, os quais devem ser transferidos para o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho. De igual modo, o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho notifica o empregador para este possa informar sobre a modalidade da cessação do contrato de trabalho, a fim de aquilatar se é uma das modalidades a que é aplicável o artigo 366.º do Código de Trabalho, e sobre os montantes eventualmente pagos pelo empregador, a título de compensação, para aferir se o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho é responsável pelo pagamento de qualquer montante ao trabalhador.

restantes empregadores numa conta global do fundo, cujo saldo destina-se a cumprir o desiderato para o qual o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho foi criado⁴².

A compreensão desta distinção assenta na natureza mutualista do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho. É a própria Constituição da República Portuguesa (artigo 82.º) quem enfatiza o mutualismo, considerando-o como parte integrante do sector cooperativo e social. O mutualismo pressupõe uma associação individual em torno de um objectivo comum, o qual apenas será alcançável mediante o esforço mútuo dos seus associados.

O Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho pretende prestar auxílio a todos os trabalhadores, desde que verificados os pressupostos previstos na Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, mediante o pagamento da compensação não solvida pelo respectivo empregador. Para alcançar o seu fim solidário, todos os empregadores são obrigados a contribuir com 0,075% da retribuição base e diuturnidades de cada um dos trabalhadores, cujo contrato de trabalho tenha iniciado a produção de efeitos após 1 de Outubro de 2013. No âmago da sua natureza mutualista, reside a justificação para a obrigatoriedade de adesão ao Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho, não tendo sido contemplada nenhuma alternativa, como sucede com o Mecanismo Equivalente, para garantir o pagamento de metade da compensação ao trabalhador. Conquanto, as entregas do empregador passam a integrar o património comum do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho e que se encontra afecto à realização do seu escopo altruísta.

A natureza mutualista do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho faz com que as contribuições para o mesmo não sejam consideradas individualmente em relação a cada trabalhador, mas, outrossim, integram o património do fundo⁴³.

Deste modo e numa perspectiva associativista, os empregadores auxiliam a realização das finalidades do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho com as

⁴² De harmonia com o Relatório e Contas, respeitante ao ano de 2013 e disponível em www.fundoscompensacao.pt, o resultado líquido positivo do exercício (pese embora tenham sido somente dois meses) foi de € 50.666,48 (cinquenta mil, seiscentos e sessenta e seis Euros e quarenta e oito cêntimos).

⁴³ Conforme refere André Correia de Oliveira, a propósito das entregas ao Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho, “(...) os valores que vão para aí sendo transferidos não estão direccionados a nenhum trabalhador em particular, ou sequer a um determinado empregador, tendo antes em vista criar uma massa patrimonial que poderá ser accionada sempre que o empregador tenha pago, pelo menos, metade da compensação a que aquele tem direito”, ob. cit, página 281.

respectivas entregas mensais, ainda que os seus trabalhadores não venham a beneficiar directamente e na exacta medida do montante daquelas. Finalmente, é a natureza mutualista (congregação de esforços em torno de um objectivo comum) que justifica o facto de o empregador, aquando da cessação do contrato de trabalho que não dê lugar ao pagamento de qualquer compensação, não poder ser reembolsado das entregas já feitas ao Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho, o que depauperaria o próprio Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho.

A opção do legislador, ao criar um fundo de socorro mútuo, ainda que seja de louvar o altruísmo subjacente a tal ideia, apresenta desvantagens que não podem deixar de ser salientadas.

A criação do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho visa, em primeira linha, responder a uma das situações a que a Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, é aplicável, mormente a cessação do contrato por iniciativa do administrador de insolvência, quando o trabalhador não seja indispensável ao funcionamento da empresa (artigo 347.º, n.º 5 do Código do Trabalho). A antedita forma de cessação do contrato de trabalho justifica, sem prejuízo do pagamento parcial dos créditos laborais e da compensação pelo Fundo de Garantia Salarial⁴⁴, a existência de um fundo de auxílio, sobretudo quando é expectável que a massa insolvente seja insuficiente para proceder ao pagamento da totalidade da compensação ao trabalhador, motivo pelo qual o legislador deveria, em nossa opinião, ter limitado a intervenção do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho à situação acima elencada.

Por seu turno, o legislador, quando cria o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho e permite a sua aplicação às situações de cessação da relação laboral e cujo referencial de pagamento seja o artigo 366.º do Código do Trabalho, reconhece, ainda que indirectamente, que o sistema actual de pagamento da compensação ao trabalhador não é infalível, existindo o risco de o empregador não proceder ao pagamento da compensação ao trabalhador. A situação torna-se ainda mais caricata quando a

⁴⁴ Actualmente, o Fundo de Garantia Salarial somente procede ao pagamento dos créditos laborais vencidos nos seis meses anteriores à propositura da acção de insolvência ou apresentação do sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial e até ao limite global correspondente ao produto de dezoito vezes o salário mínimo nacional na data de vencimento dos créditos laborais invocados. Com a publicação do Decreto-Lei n.º 144/2014, de 30 de Setembro, a retribuição mínima nacional foi aumentada para € 505,00 (quinhentos e cinco Euros).

intervenção do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho depende da verificação do não pagamento de metade da compensação pelo empregador.

A solução, conforme já defendido, deverá, *de iure condendo*, consistir no pagamento directo ao trabalhador, pelo Fundo de Compensação do Trabalho, do saldo existente na respectiva conta de registo individual, na sequência de pedido conjunto pelo empregador e pelo trabalhador, após o trabalhador já ter percepcionado a diferença entre o montante da compensação e o saldo existente na sua conta de registo individual junto do Fundo de Compensação do Trabalho.

Por outro lado, o património do fundo poderá não ser suficiente para proceder ao pagamento a todos os trabalhadores abrangidos pela Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, ainda que só esteja em causa o montante correspondente a metade da compensação que lhes seja devida, existindo uma desproporção entre o quantitativo da entrega e o montante do reembolso ao trabalhador.

É de salientar que o antedito património tende a diminuir em situações extremas, nomeadamente quando os trabalhadores accionam o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho para pagamento de metade da compensação e os respectivos empregadores não cumpriram, no total ou em parte, as obrigações mensais a que se encontravam adstritos. Logo, há um claro benefício para os empregadores inadimplentes, os quais, mesmo não procedendo ao pagamento das entregas, vêem os seus trabalhadores obter o pagamento de metade da compensação devida pela cessação da relação laboral, criando uma situação de manifesta desigualdade.

Esta situação de desigualdade manifesta-se no facto de serem os empregadores “*cumpridores*” a suportar parcialmente o pagamento das compensações aos trabalhadores, cujos empregadores não procederam ao pagamento de metade da compensação e, bem assim, poderão não ter efectuado as entregas mensais de 0,075%, em relação à retribuição base e diuturnidades de cada um dos seus trabalhadores, ao Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho.

Em consequência, é possível denotar que a própria natureza de auxílio mútuo do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho tende a gerar as preditas situações de iniquidade, as quais criam objectivamente uma vantagem competitiva para os empregadores inadimplentes.

A questão que se impõe passa não apenas pela forma de mitigar e eliminar as desigualdades que o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho gera, mas também pela justificação para a manutenção deste fundo.

Como tal, uma solução de índole associativista passaria pelo facto de só poderem aceder ao Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho os trabalhadores cujos empregadores tivessem a sua situação contributiva regularizada perante aquele. Sucede, porém, não nos encontramos no domínio da utilização de um bem de uma associação, onde só o associado que tenha procedido ao pagamento das respectivas quotizações pode usufruir de tal bem. No entanto, a protecção e a dignidade constitucional atribuída aos direitos dos trabalhadores, em particular à compensação devida pela cessação da relação jurídico-laboral, impõem uma opção mais abrangente e coadunável com aqueles desideratos.

Pelo exposto, a questão que se impõe reside em determinar o futuro do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho.

Nessa medida e mantendo-se a actual configuração dictonómica entre Fundo de Compensação do Trabalho ou Mecanismo Equivalente e Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho, afigura-se contraproducente sobrecarregar os empregadores com um custo suplementar, ainda que de 0,075%, cujo retorno, para os mesmos considerados individualmente, tenderá a ser residual. Ao invés, a contribuição de 0,075% terá uma maior rentabilidade se, conforme já tivemos oportunidade de defender, for adicionada à entrega para o Fundo de Compensação do Trabalho, minorando, deste modo, o montante da compensação devida ao trabalhador, nomeadamente na parcela respeitante ao empregador.

Em alternativa, uma solução não tão radical reside na limitação de intervenção do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho às situações em que o contrato de trabalho cessa por iniciativa do administrador de insolvência, quando o trabalhador não seja indispensável ao funcionamento da empresa.

Por seu turno, o pagamento pelo Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho ao trabalhador determina, quanto ao montante percebido por este, a sub-rogação legal do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho nos direitos de crédito e respectivas garantias (privilégio creditório mobiliário e imobiliário) sobre o empregador. Na eventualidade de insuficiência de património do empregador para pagamento dos

créditos do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho, os créditos sub-rogados serão graduados e satisfeitos imediatamente a seguir aos dos trabalhadores, como sucederá numa situação de insolvência do empregador.

É de salientar que o pagamento da compensação ao trabalhador constitui, ao abrigo da conjugação do artigo 57.º, n.º 2 com o artigo 2.º, n.ºs 4 a 7 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, um rendimento do trabalho dependente tributável. Todavia, o pagamento desta compensação apenas está sujeito ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares na parte que exceda a média das últimas doze remunerações auferidas pelo trabalhador multiplicadas pelo número de anos ou fracção de antiguidade (artigo 2.º, n.º 4, alínea a) daquele Código)⁴⁵.

De outra face, as contribuições mensais e sucessivas para o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho devem ser consideradas como gastos com pessoal (e, em consequência, como gasto fiscal no período de tributação em que são efectuadas), à semelhança da contribuição para a Taxa Social Única, na medida em que inexistente um reembolso (directo) para a entidade empregadora dos montantes já entregues, bem como o accionamento deste fundo incumbe exclusivamente ao trabalhador, na situação de inadimplemento no pagamento parcial da compensação. Com efeito, Jorge Carrapiço⁴⁶, considera que tais contribuições correspondem “(...) a gastos no período a que respeitam, por não cumprirem a definição e os critérios de reconhecimento de activo”.

À guisa de conclusão, o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho, no âmbito do seu carácter solidário, logra corrigir a ineficiência do regime de repartição dos encargos com o pagamento da compensação instituído pelo legislador, nomeadamente substituindo-se ao empregador no pagamento de metade da compensação ao trabalhador, quando aquele não disponibilize o montante devido ao trabalhador.

O MECANISMO EQUIVALENTE.

A introdução do Mecanismo Equivalente pela Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, permite configurar uma dictonomia entre o sistema de compensação semi-privado (o

⁴⁵ Se o trabalhador em causa for membro dos órgãos sociais da entidade empregadora, é sujeita a Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares a totalidade das remunerações percebidas (alínea b)).

⁴⁶ *Ob. cit.*

Fundo de Compensação do Trabalho), gerido por um instituto público e assente nas entregas feitas pelos empregadores privados, e um sistema de compensação privado (o Mecanismo Equivalente), cujas entidades gestoras são supervisionadas pelo Banco de Portugal e pelo Instituto de Seguros de Portugal.

O Mecanismo Equivalente corresponde a uma alternativa ao Fundo de Compensação do Trabalho no âmbito do pagamento da compensação devida ao trabalhador, sem prejuízo da manutenção simultânea da obrigatoriedade de entregas mensais para o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho. O carácter alternativo reside na possibilidade de escolha, concedida ao empregador, entre aderir ao Fundo de Compensação do Trabalho ou a um Mecanismo Equivalente, para efeitos de repartição com o empregador dos encargos no âmbito do pagamento da compensação ao trabalhador.

Conquanto o Mecanismo Equivalente, tal como sucede com o Fundo de Compensação do Trabalho, destina-se a assegurar o pagamento de metade da compensação devida ao trabalhador, na sequência da cessação do contrato de trabalho, encontrando-se a respectiva responsabilidade limitada aos montantes que lhe tenham sido entregues pelo empregador⁴⁷. Tal como sucede com o Fundo de Compensação do Trabalho, o trabalhador não pode accionar o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho, quando tenha percepcionado, por parte do empregador, o montante equivalente a metade da compensação devida pela cessação.

No entanto e esta é uma diferença significativa face ao regime previsto para o Fundo de Compensação do Trabalho, o legislador permite ao trabalhador accionar o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho, caso o Mecanismo Equivalente não assegure “(...) a *cobertura de montante correspondente a metade da compensação devida* (...)” (artigo 36.º, n.º 5), *id est*, para que lhe seja pago o montante correspondente a metade da compensação que deveria ser paga pelo Mecanismo Equivalente, mas subtraído do montante eventualmente pago pelo empregador ao trabalhador⁴⁸.

⁴⁷ O artigo 3.º, n.º 7 impõe a salvaguarda de uma garantia para o trabalhador “(...) *igual à que resultaria da vinculação do empregador ao Fundo de Compensação do Trabalho, nos termos definidos no n.º 4*”.

⁴⁸ Ou seja, o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho poderá, se estiver em causa um Mecanismo Equivalente, ser accionado para proceder ao pagamento até setenta e cinco por cento da compensação devida ao trabalhador. Exemplificando. Um trabalhador tem direito a € 1.000,00 (mil Euros), a título de compensação na sequência de despedimento por extinção do posto de trabalho. O empregador tinha aderido a um Mecanismo

A antedita possibilidade de o trabalhador accionar o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho realça a preocupação do legislador em assegurar o pagamento da compensação ao trabalhador. Esta possibilidade de incumprimento do Mecanismo Equivalente no pagamento de metade da compensação encontra-se associada, quanto a nós, à própria natureza do Mecanismo Equivalente e respectiva concretização, nomeadamente à autonomia concedida às partes de estipularem, por exemplo, um montante de entregas mensais inferior ao previsto para o Fundo de Compensação do Trabalho, bem como pelo facto de a própria entidade gestora do fundo não poder, sem o recurso aos meios jurisdicionais, cobrar coercivamente os montantes das contribuições em mora, o que gerará um reembolso de quantitativo inferior ao trabalhador.

Por seu turno e atenta a margem de configuração permitida, o Mecanismo Equivalente, no momento prévio à sua publicitação aos empregadores, é sujeito ao crivo de “(...) *conformidade de tal instrumento com os objectivos e os interesses visados proteger, na presente lei, com o Fundo de Compensação do Trabalho*”, mediante parecer expresso do Banco de Portugal ou do Instituto de Seguros de Portugal, o qual corresponde à autorização necessária para que o Mecanismo Equivalente esteja disponível para adesão pelos empregadores.

Contudo, em que é que consiste um Mecanismo Equivalente? É um depósito a prazo, um certificado de aforro ou um seguro de crédito? A resposta às preditas questões não se encontra prevista na Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto⁴⁹. Dada a primacialidade da matéria em questão e tendo em conta a salvaguarda dos direitos dos trabalhadores,

Equivalente. O Mecanismo Equivalente só pagou € 250,00 (duzentos e cinquenta Euros) e o empregador não pagou qualquer valor. Nesta situação, o trabalhador pode accionar o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho para pagamento de metade da compensação (€ 500,00), a qual não foi paga pelo empregador, e para pagamento de € 250,00 (duzentos e cinquenta Euros) suplementares, correspondentes a metade da responsabilidade respeitante ao Mecanismo Equivalente.

⁴⁹ O Instituto de Seguros de Portugal, no âmbito do procedimento legislativo que conduziu à aprovação da Lei em apreço, salientou que “(...) *quanto ao ME, caso o legislador esteja a ponderar a possibilidade de o mesmo assumir a natureza de seguro de natureza distinta de um seguro de capitalização, cumprirá advertir que tal solução se afigura de difícil exequibilidade (...) Acresce que um mecanismo de seguro privado exige, pela natureza da técnica seguradora, a tarifação individual de acordo com o risco que cada contrato aporta à mutualidade de contratos em que se insere. O que significa que nunca seria possível garantir simultaneamente a prestação devida ao abrigo do contrato de seguro (50% do valor devido por compensação) e um limite ao valor do prémio.*”, disponível em www.parlamento.pt.

entendemos que o legislador não deveria ter aguardado mais de um ano para apresentar os produtos, recorrendo à nomenclatura bancária e seguradora, que podem constituir Mecanismos Equivalentes.

Nessa medida, esteve em discussão pública, até 5 de Setembro de 2014, o anteprojecto de Decreto-Lei⁵⁰ para aprovar o novo Regime Jurídico do Acesso e Exercício da Actividade Seguradora e Resseguradora, para alterar o regime jurídico do contrato de seguro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril e, sobretudo, para alterar o Decreto-Lei n.º 12/2006, de 20 de Janeiro⁵¹, o qual regula a constituição e o funcionamento dos fundos de pensões e das entidades gestoras de fundos de pensões.

Em consequência, é proposto que os fundos de pensões, os quais foram afectos teleologicamente aos planos de pensões, passem a poder financiar os Mecanismos Equivalentes (artigo 2.º, alínea c) da proposta de alteração ao Decreto-Lei n.º 12/2006, de 20 de Janeiro). Todavia, podem financiar o Mecanismo Equivalente os fundos de pensões fechados e os fundos de pensões abertos de adesão colectiva, à semelhança do que sucede com os planos de benefícios de saúde. Acresce que, sem prejuízo do preceituado na Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, o Mecanismo Equivalente seguirá o regime dos planos de pensões de contribuição definida.

Os fundos de pensões fechados caracterizam-se pelo facto de o número de associados ser limitado, ou seja, apenas pode aderir um associado ou “(...) *quando existir um vínculo de natureza empresarial, associativo, profissional ou social entre os mesmos e seja necessário o assentimento destes para a inclusão de novos associados no fundo*” (artigo 13.º, n.º 1, alínea a) do Decreto-Lei n.º 12/2006, de 20 de Janeiro). Por outro lado, nos fundos de pensões abertos inexistente qualquer vínculo entre os aderentes, sendo a adesão condicionada à aceitação pela entidade gestora⁵².

Um ponto comum entre os fundos de pensões fechados e as adesões colectivas a fundos de pensões abertos reside na circunstância de o plano de contribuições poder ser de benefício definido, de contribuição definida ou mistos.

⁵⁰ Disponível para consulta em www.isp.pt.

⁵¹ Alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 180/2007, de 9 de Maio, 357-A/2007, de 31 de Outubro, e 18/2013, de 6 de Fevereiro.

⁵² A adesão colectiva pressupõe a existência de vários associados, mas, tal como sucede com os fundos fechados, é necessária a existência de um vínculo de natureza empresarial, associativo, profissional ou social entre os mesmos e, bem assim, o consentimento destes para que os novos associados sejam incluídos.

Com efeito, nos planos de benefício definido as contribuições dos participantes são calculadas tendo em vista o pagamento de determinado benefício pré-estabelecido. Nos planos de contribuição definida, existe uma definição prévia do quantitativo das contribuições, sendo os benefícios calculados em função daquelas e do rendimento acumulado. Os planos mistos correspondem a uma conjugação dos dois planos anteriormente mencionados. Denote-se que os planos de contribuição definida ou os planos mistos pressupõem a criação de contas individuais dos participantes, à semelhança do que sucede no Fundo de Compensação do Trabalho.

É crível que o anteprojecto de Decreto-Lei anteriormente mencionado venha a entrar em vigor, sendo que os empregadores, na eventualidade de não optarem por aderir ao Fundo de Compensação do Trabalho, poderão aderir a um fundo de pensões fechado ou aderir colectivamente a um fundo de pensões aberto.

Contudo, entendemos que a solução constante do anteprojecto de Decreto-Lei deveria prever que o montante mínimo das contribuições para o fundo de pensões seria de 0,925% sobre a retribuição base e diuturnidades percebidas pelo trabalhador, nas situações em que o participante opte por um plano de contribuição definida. Deste modo, não teria, conforme já mencionámos, o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho de suportar a diferença não paga pelo Mecanismo Equivalente relativamente à garantia que deve conceder. Ademais, entendemos que a solução legislativa deveria consistir num plano misto entre os dois regimes de contribuição: começar-se-ia por estabelecer o benefício a auferir pelo trabalhador com uma antiguidade de cinco anos, eram calculadas as contribuições para tal montante, sendo que, por cada ano de antiguidade suplementar do trabalhador na empresa, as contribuições eram ajustadas em função do montante da compensação a perceber.

Em consequência, a solução que pugnamos permitirá atingir a igualdade pretendida pela Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, mormente quanto à não discriminação dos trabalhadores inseridos em diferentes mecanismos equivalentes, ao passo que, mesmo que o empregador decida transferir o trabalhador para outro Mecanismo Equivalente, inexistirá qualquer prejuízo no que tange à cobertura garantida pelo Mecanismo Equivalente inicial.

Por seu turno, a caução prevista no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 260/2009, de 25 de Setembro (Regime Jurídico do Exercício e Licenciamento das Agências Privadas de

Colocação e das Empresas de Trabalho Temporário), não é considerada, à luz da lei em apreço como sendo um Mecanismo Equivalente.

Enquanto questão prévia, importa sublinhar a obrigatoriedade de submissão das empresas de trabalho temporário ao regime da Lei n.º 70/2013, independentemente da duração do contrato de trabalho temporário celebrado com o trabalhador (artigo 2.º, n.º 6).

A exclusão da qualificação da caução, enquanto ME, faz todo o sentido, na medida em que a mesma (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 260/2009, de 25 de Setembro) destina-se não apenas a assegurar o pagamento da compensação devida pela cessação do contrato de trabalho, ao mesmo tempo em que “(...) garante, nos termos de legislação específica, o pagamento de crédito do trabalhador temporário relativo a retribuição, indemnização ou compensação pela cessação do contrato de trabalho e outras prestações pecuniárias em mora (...)”⁵³. Importa não olvidar que, para além de assegurar uma miríade de créditos laborais, a caução constitui também um requisito para que as empresas de trabalho temporário possam exercer a sua actividade⁵⁴.

A circunstância da caução não se destinar primeiramente a assegurar o pagamento da compensação ao trabalhador demonstra claramente que a mesma, caso fosse qualificada como Mecanismo Equivalente, não asseguraria uma garantia para o trabalhador igual à que resultaria da vinculação da empresa de trabalho temporária ao Fundo de Compensação do Trabalho (artigo 36.º, n.º 1).

Para a compreensão melhor da decisão salutar de exclusão feita pelo legislador, assume particular relevância o regime de satisfação dos créditos garantidos pela caução previsto no artigo 191.º, n.º 6 do Código do Trabalho. Em tal normativo, o pagamento da compensação, na circunstância de insuficiência da caução prestada, é feito em terceiro lugar, o que não é coadunável com a garantia exigida ao Mecanismo Equivalente pela própria Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto.

Em função do que foi exposto, o Mecanismo Equivalente, pese embora a sua concretização prática ainda se encontre em fase prévia de aprovação, surge como um

⁵³ “Contrato de Teletrabalho e Trabalho Temporário”, Mariana Rufino Teixeira, Verlag Dashofer, 2010, página 76.

⁵⁴ Monteiro Fernandes afirma “É que a actividade das empresas de trabalho temporário está condicionada por um conjunto de exigências (...) (prestação de caução), destinadas a garantir a seriedade, fiabilidade e capacidade financeira dessas empresas” – cfr. “Direito do Trabalho”, Almedina, 17.ª edição, 2014, página 153.

sucedâneo ao Fundo de Compensação do Trabalho, cuja gestão é confiada a privados e que se destina a assegurar o pagamento de metade da compensação devida ao trabalhador pela cessação do contrato de trabalho.

O REGIME ÍNSITO NA LEI N.º 70/2013, DE 30 DE AGOSTO. ASPECTOS RELEVANTES.

UMA QUESTÃO DE CONSTITUCIONALIDADE.

No âmbito do capítulo dedicado à Lei em estudo, tivemos a oportunidade de expender argumentos tendentes a demonstrar as distorções geradas pela opção de exclusão das relações jurídico-laborais do âmbito de aplicação da Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, constituídas em data anterior a 1 de Outubro de 2013.

Esta delimitação encontra-se em consonância com a Lei n.º 69/2013, de 30 de Agosto, especialmente no que concerne à redução do montante da compensação para doze dias por cada ano completo de antiguidade para os contratos de trabalho celebrados após 1 de Outubro de 2013.

No entanto, a predita Lei determinou que o novo cálculo da compensação era também aplicável aos contratos de trabalho celebrados em data anterior a 1 de Outubro de 2013 e com efeitos a partir dessa data, o que não ocorre na Lei em crise.

Destarte, importa indagar se a própria Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, não se encontra ferida de inconstitucionalidade, nomeadamente pela introdução de uma discriminação não justificada (artigo 13.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa).

Conforme refere o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 409/99 “*Na verdade, o princípio da igualdade, entendido como limite objectivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a adopção de medidas que estabeleçam distinções. Todavia, proíbe a criação de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias (...)*”.⁵⁵

A resposta a esta questão é, a nosso ver, afirmativa. Para tal, concorrem diversos fundamentos.

Com efeito, os trabalhadores, cuja relação laboral iniciou-se em data anterior a 1 de Outubro de 2013, não podem accionar o Fundo de Garantia de Compensação do

⁵⁵ Publicado no Diário da República II série, 10 de Março de 1999.

Trabalho, impossibilitando-os de percepcionarem, no mínimo, metade da compensação, na sequência da extinção da relação jurídico-laboral, a qual é paga por aquele fundo, nas situações legalmente previstas, em comparação com os trabalhadores admitidos após a predita data.

No que tange ao Mecanismo Equivalente, conforme já denotámos, na eventualidade deste não proceder ao reembolso de metade da compensação a que estava obrigado, sempre subtraído do montante eventualmente pago pelo empregador ao trabalhador, o trabalhador pode accionar o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho para pagamento da diferença, direito que não se encontra consagrado para os trabalhadores admitidos em data anterior a 1 de Outubro de 2013.

É de notar que, na eventualidade de o empregador ser declarado insolvente, todos os trabalhadores podem accionar o Fundo de Garantia Salarial para pagamento dos créditos laborais vencidos. Contudo, os trabalhadores admitidos, em data anterior a 1 de Outubro de 2013, apenas percepcionam, na melhor das hipóteses, o montante máximo pago por aquele fundo, o que não sucede com os trabalhadores abrangidos pela n.º 70/2013, de 30 de Agosto, os quais podem ainda accionar o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho para pagamento de metade da compensação.

Em consequência, existem duas soluções para a mesma situação, em função da data de celebração do contrato de trabalho, a qual não pode servir como justificação para uma situação iníqua e com reflexos imediatos no montante que será percepcionado pelo trabalhador na sequência da cessação do contrato de trabalho.

É verdade que o direito à segurança no emprego (artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa⁵⁶) não apresenta um carácter ilimitado, sendo susceptível como todos os direitos fundamentais, de restrições (artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa). Como tal, os *“direitos fundamentais dos trabalhadores apenas (...) poderão ser limitados se e na medida em que o seu exercício colidir com interesses relevantes da empresa, ligados ao bom funcionamento da mesma e ao correcto desenvolvimento das prestações contratuais, e, ainda assim, sempre em obediência aos*

⁵⁶ Com acolhimento no artigo 24.º da Carta Social Europeia e no artigo 30.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

mencionados critérios de proporcionalidade e de respeito pelo conteúdo mínimo do direito atingido”⁵⁷⁵⁸.

Acresce também que o produto da relação laboral confere ao trabalhador a sua subsistência e do seu agregado familiar, sendo com ele que o trabalhador programa o seu quotidiano e gere as suas expectativas patrimoniais.

O dano infligido, ainda que lícitamente, na esfera jurídica do trabalhador respeita à perda do direito à percepção da remuneração. A tentativa do legislador de atenuação do lucro cessante consubstancia-se na atribuição da prestação social de subsídio de desemprego e, bem assim, no pagamento de uma compensação, a qual surge como “(...) *o ressarcimento monetário pela perda do posto de trabalho por acto lícito do empregador*”⁵⁹⁶⁰ ou, conforme denota ROMANO MARTINEZ⁶¹, “*Trata-se, pois, de compensação resultante de uma responsabilidade civil por intervenções lícitas*”⁶².

Deste modo, a compensação pela cessação do contrato de trabalho pretende ressarcir o trabalhador pela frustração das suas expectativas, assentes na manutenção da relação laboral. Atenta esta natureza, compreende-se que o legislador pretenda assegurar ao trabalhador o pagamento da compensação devida, na sequência da cessação da relação laboral.

A verdade é que a Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, assegura apenas o direito ao recebimento efectivo da compensação a uma parte dos trabalhadores, tendo o legislador assente a sua escolha na data de admissão dos trabalhadores. Em nosso entender, este

⁵⁷José João Abrantes “*Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*”, Themis, 2001, página 39.

⁵⁸ O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 602/13, datado de 20 de Setembro de 2013, embora reconhecendo que o direito fundamental à segurança no emprego pode ser restringido, sustenta que “(...) *a violação da proibição constitucional de despedimentos sem justa causa pode resultar tanto da previsão de fundamentos inadequados, como da previsão de regras que não acautelem suficientemente a defesa da posição do trabalhador perante a invocação de fundamentos adequados*“. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁵⁹Bernardo Lobo Xavier “*Compensação por Despedimento*”, ob. cit., página 68.

⁶⁰ Abílio Neto, associa dois efeitos à compensação: um ressarcitório, consistente na contrapartida pela perda do emprego, e um garantístico, dirigido ao empregador quando a compensação entregue não é devolvida, inexistindo uma impugnação do despedimento – cfr. “*Novo CT e legislação complementar anotados*”, Ediforum, 4.ª edição, 2013, página 956.

⁶¹Pedro Romano Martínez “*CT Anotado*”, 9.ª edição, 2013, Almedina, página 778.

⁶² No mesmo sentido, BERNARDO LOBO XAVIER, “*Compensação por Despedimento*”, ob. cit., página 67 “*Trata-se, sobretudo, de limitar os riscos e de assegurar uma compensação por estes actos lícitos que causam danos ao trabalhador, danos que este não motivou*”.

critério é desprovido de qualquer sentido, não se encontrando justificação para introduzir mecanismos que asseguram o pagamento da compensação a trabalhadores, cujo montante compensatório será inferior, em função das alterações promovidas pela Lei n.º 69/2013, de 30 de Agosto, ao artigo 366.º do Código do Trabalho, quando comparados com os trabalhadores não abrangidos pela Lei em estudo.

Denote-se que a ausência de protecção pelos fundos aos trabalhadores, cuja relação laboral encontra-se fora do escopo de aplicação da Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, não salvaguarda os interesses daqueles, sobretudo quando esses trabalhadores são aqueles cujo *quantum* compensatório, em função da respectiva antiguidade na empresa, é maior.

Por último e com efeito, o recebimento da compensação, enquanto decorrência da restrição ao direito à segurança no emprego, não pode ser postergado, em função da data de admissão do trabalhador e, bem assim, incumbe ao legislador encontrar soluções, que não sejam díspares, para garantir o pagamento da compensação a todos os trabalhadores.

AS ENTREGAS.

O empregador deve, aquando da comunicação da admissão de cada trabalhador declarar ao Fundo de Compensação do Trabalho e ao Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho o montante da retribuição base do trabalhador, não obstante o dever de comunicar futuras modificações no montante daquela retribuição ou das diuturnidades que o trabalhador venha a percepção.

A adesão do empregador ao Fundo de Compensação do Trabalho e ao Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho vincula-o ao cumprimento da obrigação de pagamento das respectivas entregas a tais fundos. As entregas da responsabilidade do empregador correspondem a 0,0925%, para o Fundo de Compensação do Trabalho, e 0,075%, para o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho, num total de 1% sobre a retribuição base e diuturnidades percepção pelo trabalhador.

A periodicidade definida pela Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, para a obrigação de entrega ao Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho e ao Fundo de

Compensação do Trabalho é mensal, num total de doze meses ao ano (a base de incidência exclui expressamente os subsídios de férias e de Natal).

Em consequência, importa delimitar quais os montantes percebidos pelo trabalhador que devem integrar os anteditos conceitos de retribuição base e de diuturnidades.

Conforme refere MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, o dever principal do empregador consubstancia-se no pagamento da retribuição, emergindo um dever retributivo, porquanto “(...) *o contrato de trabalho é um contrato necessariamente oneroso e sinalagmático, sendo a retribuição a contrapartida da actividade intelectual ou manual que o trabalhador se obriga a prestar*”⁶³, enquanto direito, liberdade e garantia com assento constitucional no artigo 59.º, n.º 1, alínea a) da Constituição da República Portuguesa.

Por conseguinte e atenta a dictonomia feita por MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, podemos considerar a existência de uma retribuição em sentido amplo, a qual “ (...) *engloba o conjunto das vantagens patrimoniais de que o trabalhador beneficia em razão do seu contrato de trabalho e que podem ou não decorrer do trabalho prestado*”⁶⁴ e uma retribuição em sentido estrito correspondente “(...) *à prestação patrimonial, em dinheiro ou em espécie, regular e periódica, que é devida ao trabalhador por força do seu contrato, das normas que o regem ou dos usos, como contrapartida do seu trabalho*”⁶⁵

No que respeita à retribuição base prevista na Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, consideramos que integra a concepção estrita preconizada por MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, compreendendo o sinalagma devido ao trabalhador, pela actividade desenvolvida ao serviço do empregador, de forma permanente durante hiatos temporais específicos.

O Código do Trabalho, integrando a retribuição base no conceito de retribuição (artigo 258.º, n.º 2), define a retribuição base como “*a prestação correspondente à actividade do trabalhador no período normal de trabalho*” (artigo 262.º, n.º 2, alínea

⁶³ Maria do Rosário Palma Ramalho, “*Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*”, Almedina, 5.ª edição, 2014, página 656.

⁶⁴ Maria do Rosário Palma Ramalho, ob. cit., página 666.

⁶⁵ Maria do Rosário Palma Ramalho, ob. cit., página 666.

a)), ou seja, “*é aquela que está apenas relacionada com a actividade desempenhada pelo trabalhador e não com as condições ou circunstâncias desse desempenho*”⁶⁶.

Nessa medida, podemos integrar no conceito de retribuição base do trabalhador a remuneração paga ao trabalhador pelo empregador, desde que não subsumível a nenhuma das excepções, previstas no artigo 260.º do Código do Trabalho, e cujo exemplo encontramos nas gratificações pelo desempenho do trabalhador não previstas no contrato de trabalho celebrado entre o trabalhador e o empregador.

Por seu turno, as diuturnidades (artigo 262.º, n.º 2, alínea b) do Código do Trabalho) consistem em “*(...) complementos remuneratórios decorrentes da antiguidade do trabalhador na organização ou numa certa categoria*”⁶⁷, “*(...) (normalmente previstas em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho) em virtude da antiguidade deste último, quase sempre para o compensar da não progressão para categorias superiores*”⁶⁸.

Durante o procedimento legislativo, uma das críticas apontadas referiu-se à imposição de uma taxa única para todas as empresas e pela circunstância da taxa de referência não ser inferior a 1%, conforme previsto no Acordo Tripartido de 2011⁶⁹.

Atento o respeito que é devido, não subscrevemos tal crítica, na medida em que o busílis da questão não reside na taxa fixada para os empregadores, mas, ao invés, na valorização de cada uma das contas de registo individualizado dos trabalhadores, junto do Fundo de Compensação do Trabalho. Para o efeito, basta relembrarmos que o reembolso ao empregador, pelo Fundo de Compensação do Trabalho, encontra-se limitado pelo montante acumulado das entregas mensais e sucessivas e eventual valorização positiva até perfazer metade da compensação devida ao trabalhador na sequência da cessação do contrato de trabalho. Em termos objectivos, tal significa que, na ausência de uma valorização positiva, o saldo da conta de registo individualizado do trabalhador não será suficiente para reembolsar o montante correspondente a metade da compensação já paga ao trabalhador. A título de exemplo, um trabalhador que afigure

⁶⁶Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 16 de Janeiro de 2008, processo n.º 7884/2007-4, disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁷Maria do Rosário Palma Ramalho, ob. cit., página 671.

⁶⁸ André de Oliveira Correia, ob. cit., página 301.

⁶⁹Parecer da Confederação da Indústria Portuguesa à proposta de Lei n.º 147/XII, disponível em www.parlamento.pt.

€ 914,10 (novecentos e catorze Euros e dez cêntimos)⁷⁰ com início de execução do contrato de trabalho a 1 de Outubro de 2013 e com um ano de antiguidade na empresa:

Trabalhador	Retribuição Base	Contribuição Mensal (RB*0,925%)	Contribuição Anual (Contribuição Mensal*12)	Compensação (1 ano de antiguidade)	Metade da Compensação	Diferencial
A	€ 914,10	€ 8,46	€ 101,47	€ 365,64	€ 182,82	€ 81,35

Na situação anteriormente descrita, podemos confirmar que o montante das doze entregas mensais ao Fundo de Compensação do Trabalho é insuficiente para perfazer metade da compensação, sendo que a valorização positiva deveria permitir a correcção do diferencial. O montante da totalidade das entregas só será suficiente para reembolsar o empregador de metade da compensação se, tomando o exemplo anterior e mantendo-se a entrega mensal de 0,0925% sobre a retribuição base, o empregador contribuir vinte e uma vezes, conforme tabela demonstrativa:

Trabalhador	Retribuição Base	Contribuição Mensal (RB*0,925%)	Contribuição Anual (Contribuição Mensal*21)	Compensação (1 ano de antiguidade)	Metade da Compensação	Diferencial
A	€ 914,10	€ 8,46	€ 182,82	€ 365,64	€ 182,82	€ 0,00

Contudo, o aumento da taxa sobre a retribuição base e diuturnidades para 1,667%, mantendo-se as doze entregas mensais, poderá ser suficiente para perfazer metade da compensação devida ao trabalhador na sequência da cessação do contrato de trabalho:

Trabalhador	Retribuição Base	Contribuição Mensal (RB*1,667%)	Contribuição Anual (Contribuição Mensal*12)	Compensação (1 ano de antiguidade)	Metade da Compensação	Diferencial
A	€ 914,10	€ 15,24	€ 182,86	€ 365,64	€ 182,82	-€ 0,04

Os exemplos acima elencados demonstram o carácter primacial da valorização positiva das contas de registo individualizado dos trabalhadores. Deste modo, somente a valorização positiva permitirá ao empregador suportar metade da compensação devida

⁷⁰Corresponde ao valor do salário médio em Portugal, durante o ano de 2012, conforme estudo disponível em www.pordata.pt.

ao trabalhador, na sequência da cessação do contrato de trabalho. A importância da valorização positiva não se torna despicienda, sobretudo pelo facto de constituir uma entorse na repartição do pagamento da compensação que o legislador teve em mente.

Este é um dos pontos em que existe uma diferenciação entre a vontade e a concretização legislativa. Com efeito, foi proposto um sistema em que o empregador só tivesse que suportar metade da compensação devida ao trabalhador, pretendendo-se que o empregador, em relação aos fundos, “*vá canalizando para aí, ao longo da execução do contrato, valores que poderá recuperar no final do contrato para o pagamento da compensação devida ao trabalhador*”⁷¹. Todavia, o legislador introduziu um factor de distorção, *ergo* a valorização positiva do montante acumulado, que compromete irremediavelmente o objectivo pretendido, sem prejuízo do equívoco legislativo de introdução de uma entrega mensal insuficiente para fazer face a metade da compensação.

Na verdade, o regime vigente acaba por redundar num acumular de entregas numa “*conta-poupança*”, com uma rentabilidade diminuta⁷², o que significa, em consequência, que o empregador, para além do pagamento de metade da compensação da sua responsabilidade, terá ainda de proceder ao pagamento do remanescente da outra metade da compensação que não esteja incluída no reembolso saldo da conta de registo individualizado do trabalhador. No nosso entender, o reembolso ao empregador pelo Fundo de Compensação do Trabalho limita-se a uma devolução quase em singelo do montante já entregue pelo empregador àquele fundo, assemelhando-se a um contrato de mútuo gratuito.

Em nossa opinião, uma solução, com uma menor dependência da incerteza da valorização positiva da conta de registo individualizado do trabalhador, passará por um aumento da taxa para 1,25%, aproveitando a redução da taxa social única a cargo do empregador para a Segurança Social (Decreto-Lei n.º 154/2014, de 20 de Outubro), e aumentando o número de entregas mensais para catorze ao ano, abrangendo o subsídio de férias e o subsídio de Natal, conforme a seguinte tabela:

Trabalhador	Retribuição Base	Contribuição Mensal (RB*1,25%)	Contribuição Anual (Contribuição Mensal*14)	Compensação (1 ano de antiguidade)	Metade da Compensação	Diferencial
A	€ 914,10	€ 11,43	€ 159,97	€ 365,64	€ 182,82	€ 22,85

⁷¹André de Oliveira Correia, ob. cit., página 297.

⁷²O Fundo de Compensação do Trabalho apenas valorizou-se em 1,76% até Junho de 2014, conforme informação disponível www.fundoscompensacao.pt.

Destarte, o diferencial mencionado, pese embora seja oneroso para o empregador o montante da entrega em apreço, acaba por ser diminuto, em comparação com o regime actual, assegurando ao empregador, na construção actual, o reembolso de um montante aproximado de metade da compensação.

A solução preconizada surge em consonância com a reformulação proposta para o modo de reembolso pelo Fundo de Compensação do Trabalho ao trabalhador, cessando a oneração do empregador com o pagamento da totalidade da compensação ao trabalhador e, posterior, reembolso por aquele fundo.

De outra face, para mitigar a onerosidade trazida pela Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, para os empregadores, o legislador promoveu a criação da “*Medida Incentivo Emprego*”, através da Portaria n.º 286-A/2013, de 16 de Setembro, a qual teve por móbil uma atenuação dos encargos dos empregadores com as entregas para os fundos, dado que os empregadores serão reembolsados, até 30 de Setembro de 2015, no montante equivalente a 1% da retribuição mensal percebida pelo trabalhador e relevante para efeitos de incidência da taxa contributiva devida à Segurança Social.

O principal efeito nocivo decorrente desta Portaria é identificado por André de Oliveira Correia⁷³, quando alerta para a circunstância de, na sequência da cessação da relação laboral que não motive o pagamento da compensação ao trabalhador, ser o Estado, mediante reembolso, a suportar as entregas mensais feitas pelo empregador a ambos os fundos. Nessa medida, uma solução, *de iure condendo*, residirá, pelo carácter solidário que reveste o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho e a respectiva necessidade de financiamento suplementar, pela transferência do saldo da conta de registo individualizado do trabalhador para tal fundo, inexistindo qualquer perda para o empregador, em virtude de já ter sido reembolsado, a cada trimestre, pelas entregas feitas.

O DESENVOLVIMENTO DA RELAÇÃO LABORAL.

A Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, determina que as entregas mensais são devidas desde o início de execução do contrato de trabalho até à respectiva cessação, exceptuando os “(...) *períodos em que inexistia contagem de antiguidade*”.

⁷³ André de Oliveira Correia, ob. cit., página 300.

A antedita construção legislativa justifica-se pela correlação existente entre o montante da compensação, o qual assenta, para efeitos de cômputo, na antiguidade do trabalhador na empresa, e o dever de efectuar as entregas, as quais são acumuladas numa conta individualizada de cada trabalhador, junto do Fundo de Compensação do Trabalho, cujo saldo será afecto ao pagamento da compensação devida ao trabalhador. Nessa medida, só faz sentido adstringir o empregador ao dever de efectuar as entregas se as mesmas forem imputadas a um hiato temporal relevante para efeitos de contabilização do *quantum* compensatório.

O Código do Trabalho determina a não contabilização, para efeitos de antiguidade do trabalhador na empresa, das faltas injustificadas ao serviço (artigo 256.º, n.º 1 do Código do Trabalho) e a aplicação de uma sanção disciplinar com perda de retribuição e antiguidade (artigo 328.º, n.º 1, alínea e) do Código do Trabalho). Nessas situações, o empregador subtrai o montante da falta injustificada à remuneração mensal do trabalhador, sendo o respectivo valor apurado o referencial para cálculo das entregas a efectuar aos fundos no mês a que respeitarem.

Atenta a predita delimitação negativa, importa debruçarmo-nos sobre algumas situações previstas no Código do Trabalho, nomeadamente as licenças parentais e, bem assim, a licença sem retribuição e as situações de crise empresarial.

Começando pelas ausências do trabalhador, decorrentes das situações de parentalidade às quais o Código do Trabalho confere uma protecção suplementar, importa reter que tal absentismo é considerado como prestação efectiva de trabalho⁷⁴, o que significa que existe uma contabilização da antiguidade do trabalhador na empresa, permanecendo o empregador adstrito ao dever de entregas mensais aos fundos.

Todavia, em determinadas situações⁷⁵, o trabalhador deixa de ser credor da prestação retributiva do empregador, uma vez que o pagamento do montante da retribuição, durante, por exemplo, o período de gozo da licença de maternidade, incumbe ao Sistema Previdencial ou ao Sub-Sistema de Solidariedade da Segurança Social, conforme previsto nos artigos 2.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 91/2009, de 9 de Abril⁷⁶.

⁷⁴ Artigo 65.º, n.ºs 1 e 2 do Código do Trabalho.

⁷⁵ Melhor identificadas nas alíneas a) a j) do n.º 1 do predito artigo.

⁷⁶ Alteração pelo Decreto-Lei n.º 70/2010, de 16 de Junho, e pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de Junho.

Neste ponto e sem prejuízo da manutenção do dever de entrega pelo empregador, importa indagar sobre qual o montante da entrega aos fundos que deve ser efectuada pelo empregador, na eventualidade de o subsídio pago ao trabalhador, pelo Sistema Previdencial ou pelo Sub-Sistema de Solidariedade da Segurança Social, não corresponder ao montante que auferiria se não tivesse, a título de exemplo, de prestar assistência médica a um neto (artigo 65.º, n.º 1, alínea g) do Código do Trabalho e artigo 37.º, alínea b) do Decreto-Lei n.º 91/2009, de 9 de Abril).

Com efeito, ainda que se verifique uma diminuição de 35% (trinta e cinco por cento) no montante da remuneração de referência⁷⁷ do trabalhador, uma redução no montante da entrega aos fundos reflectir-se-ia, por um lado, no saldo do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho, o qual já é parco em função do montante das entregas que lhe são efectuadas, e, por outro lado, na situação específica do Fundo de Compensação do Trabalho, pela circunstância de este só reembolsar o empregador do saldo da conta de registo individualizado do trabalhador, acrescido da eventual valorização, em virtude de quanto menor for esse saldo, maior será a responsabilidade do empregador no pagamento da compensação ao trabalhador.

Por último, a defesa do montante das entregas aos fundos corresponder à remuneração de referência atribuída pelo Sistema Previdencial ou pelo Sub-Sistema de Solidariedade da Segurança Social corresponderia a uma violação do direito do trabalhador à contabilização, como prestação efectiva de trabalho e para efeitos do cômputo da antiguidade na empresa, da ausência do local de trabalho, quando se encontrar, por exemplo, no gozo de uma licença parental.

Por seu turno, a redução da actividade e a suspensão do contrato de trabalho constituem vicissitudes da relação laboral, tratando-se, como refere BERNARDO XAVIER, “(...) *de situações prolongadas, que não podem ser resolvidas no quadro das faltas, e que não pertencem como estas ao normal desenvolvimento do contrato, mas à patologia contratual*”⁷⁸.

Um dos efeitos decorrentes da redução da actividade ou da suspensão do contrato de trabalho é a contabilização do tempo de redução ou de suspensão para efeitos de antiguidade (artigo 295.º, n.º 2 do Código do Trabalho). Paralelamente, o n.º 1 do artigo

⁷⁷ Fórmula matemática, prevista no artigo 28.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 91/2009, de 9 de Abril, para apurar a remuneração a ser percebida pelo trabalhador.

⁷⁸ “*Manual de Direito do Trabalho*”, 2.ª edição, Verbo, 2014, página 704.

mencionado anteriormente, determina a manutenção dos “(...) *direitos, deveres e garantias das partes que não pressupõem a efectiva prestação de trabalho*”.

Atento o quadro anteriormente exposto, o dever do empregador efectuar entregas mensais aos fundos mantém-se, ainda que o empregador não tenha de proceder ao pagamento da retribuição ao trabalhador. Para o efeito, podemos começar por indicar a circunstância decorrente do cômputo da antiguidade do trabalhador, aquando da cessação do contrato de trabalho, abranger o hiato temporal em que o contrato esteve suspenso ou em que ocorreu uma redução da actividade da empresa. Por consequência e ainda que o empregador não esteja nas preditas situações adstrito ao pagamento da prestação remuneratória ao trabalhador, a suspensão das entregas aos fundos significaria que o empregador suportaria um montante superior, aquando do pagamento da compensação. Denote-se que, em tal situação, o reembolso, a percepção pelo empregador, do saldo da conta de registo individualizado do trabalhador apenas abrangeria as entregas efectuadas durante o lapso temporal em que inexistiu uma suspensão do contrato de trabalho ou uma redução da actividade da empresa.

Quanto a nós, consideramos que, pese embora a manutenção do dever de efectuar entregas aos fundos, a Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, deveria ter consagrado situações de maior flexibilidade respeitantes ao modo de cálculo das entregas a efectuar ou respeitantes à exigibilidade das entregas, sobretudo quando o empregador não recebe a prestação a que o trabalhador se vinculou ou na eventualidade do empregador, na sequência de uma crise empresarial, suspender os vínculos laborais.

Conquanto já expusemos, a percentagem que incide sobre a retribuição base e as diuturnidades de cada trabalhador é fixa, sendo que o produto da multiplicação é variável na eventualidade de existirem circunstâncias que determinem a respectiva não contabilização na antiguidade do trabalhador na empresa, como sucede com as faltas injustificadas.

Todavia, será que, por exemplo, numa situação de crise empresarial, a percentagem das entregas aos fundos deve ser fixa ou até mesmo exigível?

Atenta a respectiva relevância, iremos debruçarmo-nos sobre a situação específica da licença sem retribuição e do *layoff*, na medida em que, conforme refere JÚLIO VIEIRA GOMES: “*Também a própria causa da suspensão pode ser relevante quando se procura determinar quais os deveres acessórios de conduta que subsistem no período*

da suspensão ou qual a sua intensidade”⁷⁹, sobretudo quando a Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, não demonstra uma particular sensibilidade para a situação económico-financeira dos empregadores, conforme veremos.

A licença sem retribuição do trabalhador, prevista no artigo 317.º, n.º 1 do Código do Trabalho, determina a suspensão do contrato de trabalho, bem como implica o não pagamento da retribuição ao trabalhador. *Ab initio*, refira-se que a concessão da licença sem retribuição encontra-se na disponibilidade discricionária do empregador, exceptuando nas situações previstas no artigo 317.º, n.º 2 do Código do Trabalho, *ergo* para frequência de curso de formação, onde o indeferimento da pretensão do trabalhador pode assentar, entre outros, na circunstância do trabalhador ter uma antiguidade na empresa inferior a três anos.

Um dos traços característicos da licença sem retribuição assenta na inexigibilidade da realização da prestação devida a que o trabalhador encontra-se vinculado, a qual tem como reverso a suspensão do dever de pagamento da retribuição ao trabalhador.

Em função do nível salarial praticado noutros países europeus ou pela existência de uma oportunidade de mercado, os trabalhadores amiúde requerem a concessão de uma licença sem retribuição para a concretização de uma mudança de paradigma laboral, surgindo a licença sem retribuição como a salvaguarda da manutenção do primitivo vínculo laboral.

Por consequência, os empregadores, caso não logrem suprir a ausência do trabalhador com uma reestruturação interna, vêem-se na contingência de encontrar soluções no mercado de trabalho. Nessa medida, os empregadores, perante uma necessidade temporária, tendem a celebrar um contrato de trabalho a termo certo (artigo 140.º, n.ºs 1 e 2, alínea c) do Código do Trabalho) com um trabalhador durante o hiato temporal em que perdurará a licença sem retribuição.

Em nossa opinião, cremos que, numa futura alteração, a Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, deverá prever a suspensão das entregas mensais ao Fundo de Compensação do Trabalho, durante o tempo de duração da licença de retribuição⁸⁰. Esta alteração assenta na circunstância de o empregador ter de proceder mensalmente a uma entrega de 1% da

⁷⁹ “Direito do Trabalho, Vol. I – Relações Individuais de Trabalho”, Coimbra Editora, 2007, página 854.

⁸⁰ Aquando do regresso do trabalhador, seria autorizado o pagamento mensal e sucessivo das entregas respeitantes à duração da licença sem retribuição.

retribuição base do trabalhador e diuturnidades, sem auferir a prestação a que o trabalhador ausente se adstringiu. Saliente-se que, na eventualidade de uma nova contratação para suprimir a ausência do trabalhador que requereu a licença, o empregador suportará um duplo encargo para os fundos: um pelo trabalhador que exerce funções e outro pelo trabalhador ausente.

Em consequência e quando deve existir um alívio da oneração tributária e contributiva das pequenas e médias empresas⁸¹, as quais constituem o grosso do tecido empresarial nacional⁸², a manutenção de uma entrega mensal, ainda que, por exemplo, respeitante a 1% da retribuição mínima nacional garantida durante um ano (€ 60,60), representa um custo que não deve ser exigível em prol da solvabilidade da empresa, quando é incerto que o trabalhador regresse à mesma.

Por seu turno, a redução temporária dos períodos normais de trabalho ou a suspensão dos contratos de trabalho⁸³ corresponde à denominação legal para o *layoff*.

O *layoff* destina-se, antes de mais, a permitir recuperação económica da empresa, mediante a adopção de medidas que salvaguardem concomitantemente a manutenção dos postos de trabalho⁸⁴ existentes. De entre tais medidas, encontramos a possibilidade de redução “(...) do número de horas correspondente ao período normal de trabalho, diário ou semanal” (artigo 298.º, n.º 2, alínea b) do Código do Trabalho), sendo que a adopção das medidas, exceptuando a existência de uma catástrofe ou de “(...) outra ocorrência que tenha afectado gravemente a actividade normal da empresa”, não podem exceder seis meses. Finalmente, o Código do Trabalho impõe (artigo 298.º, n.º

⁸¹ A título de exemplo, cite-se a redução da taxa do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas constante da proposta de Lei do Orçamento de Estado para 2015 ou o Decreto-Lei n.º 154/2014, de 20 de Outubro, o qual reduziu, em 0,75%, a taxa contributiva para a Segurança Social a cargo da entidade patronal.

⁸² “Em 2010 existiam em Portugal 1 168 964 empresas, um valor inferior em 4,5% ao registado no ano anterior. Deste total, 97,9% eram empresas não financeiras, 68,6% empresas individuais e 99,9% micro, pequenas e médias empresas (PME)” constante do estudo “Empresas em Portugal 2012”, datado de 29 de Junho de 2012 e disponível em www.ine.pt.

⁸³ Os requisitos para que o empregador possa reduzir temporariamente os períodos normais de trabalho ou suspender os contratos de trabalho encontram-se previstas no artigo 298.º, n.º 1 do Código do Trabalho, nomeadamente a “existência de motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, catástrofes ou outras ocorrências que tenham afectado gravemente a actividade normal da empresa, desde que tal medida seja indispensável para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho”.

⁸⁴ Já o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 398/83, de 2 de Novembro, sustentava que o *layoff* permitia “(...) uma contenção do desemprego”.

4) que a adopção destas medidas depende da existência da situação contributiva da empresa regularizada perante a Segurança Social e a Autoridade Tributária e Aduaneira, excepto se o regime da redução do período normal de trabalho ou da suspensão do contrato de trabalho for determinado no âmbito de uma declaração de declaração de empresa em situação económica difícil ou num processo de recuperação de empresa, na sequência da aprovação de um plano de insolvência.

Para a presente tese, iremos analisar a manutenção do dever retributivo do empregador e as respectivas consequências.

Conforme exposto, o *layoff* tem por móbil viabilizar a empresa⁸⁵, sendo que, sensível a tal argumento, o Código do Trabalho permite uma excepção à garantia do trabalhador de proibição da diminuição da retribuição (artigo 129.º, n.º 1, alínea d)), consistente no direito do trabalhador a auferir a retribuição mais elevada entre o montante mínimo, correspondente a dois terços da sua retribuição normal ilíquida, ou o valor da retribuição mínima mensal garantida correspondente ao seu período normal de trabalho (artigo 305.º, n.º 1, alínea a) do Código do Trabalho). Para o efeito, o trabalhador passa a auferir “(...) conjuntamente com a retribuição de trabalho prestado na empresa ou fora dela (...)” (n.º 3 do artigo citado anteriormente) a compensação retributiva⁸⁶, sem prejuízo do eventual acréscimo na eventualidade de existir formação (artigo 303.º, n.º 1, alínea a) do Código do Trabalho)⁸⁷.

A compensação retributiva permite o ressarcimento do trabalhador pelas medidas de viabilização económica adoptadas, nomeadamente pela suspensão do contrato de trabalho, destinando-se, segundo BERNARDO XAVIER, a “(...) assegurar um mínimo para eventualmente substituir a retribuição perdida”⁸⁸⁸⁹.

⁸⁵ BERNARDO XAVIER salienta: “No regime constante dos artigos 298.º a 308.º a técnica de suspensão temporária da prestação do trabalho, total ou parcial, é utilizada como uma medida para viabilizar as empresas sem as obrigar a recorrer ao despedimento colectivo”, “Manual de Direito do Trabalho”, ob. cit., página 708.

⁸⁶ Esta compensação é, à luz do artigo 305.º, n.º 4 do Código do Trabalho, suportada maioritariamente (70%) pela Segurança Social, a qual reembolsa o valor ao empregador, e o remanescente (30%) pelo empregador, tendo como limite o triplo da retribuição mínima mensal garantida.

⁸⁷ Conforme refere JOANA VASCONCELOS, “(...) a «retribuição normal» surge neste contexto, não como a retribuição real e concretamente determinada, ligada à prestação de serviço efectivo (que pode nem ocorrer), mas como retribuição-tipo, cujo valor funciona como unidade de conta para a determinação do valor devido aos trabalhadores abrangidos pela medida de redução ou suspensão, reportada a um hipotético período de duração do trabalho (...)” in “Código do Trabalho Anotado”, 9.ª edição, 2013, Almedina, página 666.

⁸⁸ “Manual de Direito do Trabalho”, ob. cit., página 711.

No que tange às entregas aos fundos, atento o facto da redução do período normal de trabalho ou a suspensão do contrato de trabalho na sequência da adopção do *layoff* não ter efeitos na antiguidade do trabalhador na empresa, mantém-se a obrigatoriedade das entregas mensais aos fundos pelo empregador.

Com efeito, este é um dos aspectos previstos Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, que nos merecem mais censura, em virtude deste acto legislativo impor a manutenção da obrigação das entregas mensais aos fundos, quer estejam em curso medidas de viabilização económica, decorrentes do *lay off*, ou quando a empresa esteja com uma solvabilidade recomendada. Deste “*status quo*” decorre a necessidade primacial de introdução de uma discriminação positiva para as empresas em que esteja em curso o *lay off*.

Por consequência, julgamos que, numa situação em que são adoptadas medidas tendentes à recuperação económica da empresa, sendo paradigmática a redução da retribuição dos trabalhadores, existem várias possibilidades para mitigar o custo⁹⁰ decorrente da manutenção das entregas aos fundos.

Para o efeito, a solução que mais nos apraz consistirá, atento o reembolso de 70% do montante da compensação retributiva ao empregador, em replicar tal mecanismo, na mesma percentagem, para o pagamento das entregas aos fundos. A solução que preconizamos é consentânea com regime vigente, no que respeita à repartição de encargos com o pagamento da compensação retributiva, prevista no Código do Trabalho, permitirá simultaneamente uma diminuição de custos mensais para o empregador com o inerente reflexo positivo no futuro, na medida em que, respondendo o Fundo de Compensação do Trabalho pelo montante das entregas feitas pelo empregador, o montante do reembolso ao empregador será mais elevado se forem feitas todas as entregas. Um breve referência à situação particular do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho, o qual beneficiará da opção escolhida, porquanto as respectivas receitas manter-se-ão, em função das entregas feitas durante o período em

⁸⁹ MONTEIRO FERNANDES considera-a como “*uma prestação de carácter misto*”, tendo “*características assistenciais e de benefício de Segurança Social*”, o que decorre da repartição no pagamento entre o empregador e a Segurança Social - “*Direito do Trabalho*”, Almedina, 17.ª edição, 2014, página 469.

⁹⁰ Pense-se, por exemplo, numa empresa com 20 trabalhadores que auferam o salário mínimo cada, tendo o *lay off* a duração de seis meses. Nesta situação, o custo mínimo para a empresa seria de € 606,06 (seiscentos e seis Euros e seis cêntimos).

que vigorar a medida, o que permitirá atenuar a eventual falta de liquidez para fazer face aos pedidos que lhe sejam dirigidos pelos trabalhadores. A chamada à colação do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho surge para justificar a exclusão da adopção da medida alternativa de registo de equivalências no Fundo de Compensação do Trabalho ou no Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho, tal como sucede no registo contributivo da Segurança Social, na medida em que tal registo, durante o período de aplicação da medida, conduziria à afectação de receitas, na situação do Fundo de Compensação do Trabalho, para as contas de registo individual dos trabalhadores abrangidos, ao invés de serem investidas em aplicações ou produtos tendentes a aumentar o património do fundo e subsequente valorização.

A CEDÊNCIA OCASIONAL.

A cedência ocasional de trabalhador, enquanto excepção ao princípio da proibição de cedência de trabalhadores (artigo 129.º, n.º 1, alínea g) do Código do Trabalho), consiste na “(...) *disponibilização temporária de trabalhador, pelo empregador, para prestar trabalho a outra entidade, a cujo poder de direcção aquele fica sujeito, mantendo-se o vínculo contratual inicial*” (artigo 288.º do Código do Trabalho).

Da definição acima apresentada, decorrem, enquanto traços caracterizadores, a intransmissibilidade do contrato de trabalho do trabalhador celebrado com o cedente para o cessionário, a reversibilidade do vínculo de cedência após o seu *terminus*, bem como o carácter temporário da cedência, a qual não pode exceder um ano, renovável por igual período até ao limite máximo de cinco anos⁹¹.

Na sua génese encontramos uma confluência de interesses empresariais entre o cedente e o cessionário, derivando a licitude da cedência da circunstância de só poder ocorrer “*entre sociedades coligadas, em relação societária de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, ou entre empregadores que tenham estruturas organizativas comuns*” (artigo 289.º, n.º 1, alínea b) do Código do Trabalho).

⁹¹ Conforme refere GUILHERME DRAY, para estarmos perante uma cedência ocasional de trabalhadores é necessário verificarem-se três elementos: “(...) *em primeiro lugar, que o trabalhador seja cedido de um empregador para outra entidade, que sobre aquele que exerce o poder de direcção; em segundo lugar, que a cedência seja temporária; por fim, que se mantenha o vínculo laboral entre o trabalhador e o empregador cedente*”. “Código do Trabalho Anotado”, 9.ª edição, 2013, Almedina, página 636.

A cedência ocasional distingue-se do trabalho temporário com base em três aspectos. Em primeiro lugar, a cedência exige a celebração de um acordo entre o cedente, o cessionário e o trabalhador, cujo conteúdo encontra-se definido no artigo 291.º, n.º 1, alíneas a) a e) do Código do Trabalho, e sem o qual a cedência torna-se ilícita, tendo o trabalhador a possibilidade de “(...) *optar pela permanência ao serviço do cessionário em regime de contrato de trabalho sem termo*” (artigo 292.º, n.º 1 do Código do Trabalho). Em segundo lugar, a figura do trabalho temporário pressupõe uma dictonomia contratual, assente, por um lado, na celebração de um contrato entre a empresa de trabalho temporário e o adquirente e, por outro lado, de um contrato de trabalho temporário entre a empresa de trabalho temporário e o trabalhador. Por último, saliente-se, ao invés do que sucede com as empresas de trabalho temporário, a circunstância de o cedente não prosseguir, no âmbito do seu objecto social, a cedência de trabalhadores para suprir necessidades temporárias de outros empregadores, nem a mesma integrar o seu *core business*.

A Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, não descurou o tratamento da cedência ocasional de trabalhador, tendo previsto a transmissão da posição contratual do empregador para terceiro “(...) *por violação de normas legais*”⁹², o que pode suceder, a título exemplificativo, pela cedência de um trabalhador por mais de um ano, sem que tenha existido uma renovação da cedência, ou pela ausência de um acordo de cedência assinado pelo trabalhador, pelo cedente e pelo cessionário. Contudo, é necessário que o trabalhador exerça, até ao termo da cedência, o direito potestativo a permanecer vinculado ao cessionário “ (...) *mediante comunicação ao cedente e ao cessionário por carta registada com aviso de recepção*” (artigo 292.º, n.º 2 do Código do Trabalho).

Destarte, ainda que o trabalhador esteja incluído num Mecanismo Equivalente no cedente, o saldo da conta de registo individualizado do trabalhador (e respectiva valorização positiva) é transferido para o cessionário, não podendo ocorrer nenhuma

⁹² O mesmo sucedendo no âmbito do trabalho temporário, nomeadamente na celebração de um contrato de utilização de trabalho temporário que não respeite as condições admissibilidade, previstas no artigo 175.º do Código do Trabalho, sendo a respectiva consequência a prestação do trabalho ao utilizador pelo trabalhador (anteriormente temporário) em regime de contrato de trabalho sem termo (artigo 176.º, n.º 3 do Código do Trabalho). Igual consequência encontra-se consagrada para a ausência de forma escrita do contrato de utilização de trabalho temporário ou desde que este não contenha o “*Motivo justificativo do recurso ao trabalho temporário por parte do utilizador*” (artigo 177.º, n.º 5 e 180.º, n.º 3 do Código do Trabalho).

redução das garantias conferidas ao trabalhador e decorrentes da anterior adesão do cedente ao Fundo de Compensação do Trabalho ou ao Mecanismo Equivalente.

O anteriormente exposto respeita à actual opção legislativa, a qual encontra-se em consonância com o regime da cedência ocasional de trabalhador previsto no Código do Trabalho, mas não prevê qual o prazo para que ocorra a transferência do saldo da conta de registo individualizado do trabalhador para o cessionário, nem qual o prazo que o cedente dispõe, após a recepção da comunicação do trabalhador a optar pelo cessionário, para solicitar ao Fundo de Compensação do Trabalho ou ao Mecanismo Equivalente tal transferência.

Em nossa opinião e na ausência da previsão de um prazo ordenador na Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, as preditas lacunas deverão, na ausência de uma norma expressa⁹³, ser integradas mediante a aplicação analógica dos prazos de vinte e de quatro dias previstos nos artigos 34.º, n.º 1 e 46.º, n.º 7. A opção pelo prazo de vinte dias respeita à similitude de interacção entre o cedente e o Fundo de Compensação do Trabalho, tal como sucede com o pedido de reembolso feito pelo empregador a tal fundo. O prazo de quatro dias corresponde ao hiato temporal concedido ao Fundo de Compensação do Trabalho para transferir o saldo da conta de registo individualizado do trabalhador para o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho, aquando do pedido de transferência por efectuado este.

No que respeita ao pagamento das entregas, a Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, determina que o mesmo seja feito pelo empregador. Nessa medida, assume particular relevo indagar quem, à luz da Lei mencionada anteriormente, é o empregador, quando esteja em causa uma cedência ocasional de trabalhador.

À cedência ocasional de trabalhador surge associada uma transferência de poderes para o cessionário⁹⁴, com especial ênfase para o poder de direcção sobre o trabalhador cedido, incumbindo ao cessionário a conformação da prestação do trabalhador. Sucede,

⁹³ Numa futura alteração legislativa, deverá ser introduzido um prazo para o cedente solicitar ao Fundo de Compensação do Trabalho a transferência, bem como um prazo para a efectivação de tal transferência.

⁹⁴ “O que caracteriza a cedência ocasional é a transferência do trabalhador do quadro de pessoal próprio de uma empresa, à qual está ligado por um contrato de trabalho, para uma outra empresa que o utiliza, beneficiando da prestação da sua actividade, para o efeito exercendo sobre ele os poderes de autoridade e direcção e fiscalização próprios da entidade empregadora”, conforme acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 12 de Setembro de 2012 e proferido no processo n.º 127/08.0TTLRS.L1-4, encontrando-se disponível em www.dgsi.pt.

porém, o cedente ainda conserva na sua esfera jurídica do cedente o contrato de trabalho celebrado com o trabalhador cedido. Da manutenção de tal vínculo, decorre a conservação, pelo cedente, do poder disciplinar e respectivo exercício, nomeadamente a possibilidade de aplicação da sanção de despedimento sem indemnização ou compensação.

Destarte, a relação jurídico-laboral modifica-se, actuando o cessionário como o empregador do trabalhador cedido, podendo fiscalizar as tarefas realizadas, bem como é o cessionário o beneficiário da prestação devida realizada pelo trabalhador, logrando suprir uma necessidade temporária. Paralelamente, o trabalhador cedido continua a ser credor do cedente, no que tange ao pagamento da retribuição e dos demais montantes previstos no artigo 291.º, n.º 5, alínea b) do Código do Trabalho.

Assim sendo, o responsável pelo pagamento das entregas aos fundos continua a ser o cedente, na medida em que, para além de proceder ao pagamento da retribuição ao trabalhador cedido, mantém intacto o vínculo jurídico-laboral com aquele. Acresce que o Código do Trabalho impõe que a duração da cedência ocasional é contabilizada para efeitos da antiguidade do trabalhador no cedente, com os consequentes reflexos no cálculo da compensação (artigo 290.º, n.º 2 do Código do Trabalho), cujo beneficiário será o cedente aquando do pagamento da compensação ao trabalhador.

Em todo o caso, nada obsta à inclusão de uma cláusula no acordo de cedência a estipular que o pagamento das entregas ao Fundo de Compensação do Trabalho e ao Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho será da responsabilidade do cessionário. Contudo, consideramos que tal cláusula é inoponível a ambos os fundos e ao Mecanismo Equivalente⁹⁵, porquanto o cessionário, embora actuando de forma limitada como empregador, não integra o conceito de empregador, à luz da Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, bem como a autonomia das partes não pode, *in casu*, afastar a imperatividade da disposição legal (artigo 11.º, n.ºs 1 e 2).

De outra face, uma outra questão de particular importância reside na retribuição base do trabalhador cedido. O trabalhador cedido tem direito a auferir a retribuição mais alta entre: a auferida no momento da cedência, a praticada pelo cessionário para o exercício

⁹⁵ No âmbito de um Mecanismo Equivalente, o pagamento das entregas mensais e sucessivas, durante a cedência ocasional de trabalhador, poderá ser possível, sobretudo na adesão aos fundos de pensões fechados, cuja adesão, não obstante ser limitada, poderá ser extensível a grupos de empresas ou a empresas em relação de domínio ou de participações recíprocas.

das mesmas funções ou a retribuição mínima prevista em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho aplicável ao cedente e ao cessionário.

De harmonia com a Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, as entregas mensais incidem sobre a retribuição base e diuturnidades percebidas mensalmente pelo trabalhador num total de 1%, repartido por ambos os fundos.

Sucede, porém, a Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, não previu especificamente qual a retribuição do trabalhador cedido que deve ser considerada para efeitos do cômputo das entregas ao Fundo de Compensação do Trabalho e ao Fundo de Garantia da Compensação do Trabalho.

Nessa medida, consideramos que a retribuição a considerar, durante o período de cedência do trabalhador e para efeitos do cálculo das entregas aos fundos, será a auferida pelo trabalhador no momento da cedência, excepto se a que venha a perceber, durante a cedência, for mais elevada.

Esta opção, quanto a nós, justifica-se pelo próprio escopo que presidiu à criação do Fundo de Compensação do Trabalho, *id est*, a atenuação do esforço financeiro a suportar pelo empregador no âmbito do pagamento da compensação ao trabalhador, sendo que uma maior base de incidência tenderá a aumentar o saldo da conta de registo individualizado do trabalhador e, conseqüentemente, o valor do reembolso ao empregador pelo Fundo de Compensação do Trabalho, diminuindo os encargos daquele aquando do pagamento da compensação.

A TRANSMISSÃO.

A transmissão de empresa ou de estabelecimento⁹⁶ caracteriza-se pela cedência da titularidade das relações jurídico-laborais do transmitente ao transmissário, ficando este adstrito solidariamente, durante um ano, ao cumprimento das obrigações transmitidas e vencidas à data da transmissão, não sendo exigível o consentimento do trabalhador.

O regime da transmissão de empresa ou de estabelecimento destina-se a assegurar a manutenção da vigência dos contratos de trabalho dos trabalhadores, atento o princípio

⁹⁶ Artigo 285.º do Código do Trabalho e Directiva n.º 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de Março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos ou de partes de empresas ou de estabelecimentos.

constitucional da protecção da segurança no emprego, adquirindo o transmissário todos os direitos e obrigações relativamente aos contratos de trabalho dos trabalhadores transferidos. Concomitantemente, a transmissão assegura a continuidade da actividade da empresa, permitindo ao transmissário o exercício de uma actividade económica já existente “(...) pois o legislador pretende que se mantenha a posição de mercado que o estabelecimento representa, tanto ao nível dos negócios, como ao nível do emprego (...)”⁹⁷.

A transmissão pode abranger a totalidade da empresa ou do estabelecimento ou uma parte que constitua uma unidade económica, consistindo esta, na acepção legal, no “(...) conjunto de meios organizados com o objectivo de exercer uma actividade económica, principal ou acessória”⁹⁸.

No que respeita aos trabalhadores, a transmissão abrangerá todos os trabalhadores, exceptuando aqueles que o empregador decida transferir, de forma definitiva, até à data da transmissão, para outro seu estabelecimento ou unidade económica, não operando, assim, a transmissão destes contratos de trabalho.

No âmbito da transmissão da titularidade da empresa ou do estabelecimento (ou de uma parte que constitua uma unidade económica), o adquirente assume a titularidade da conta global do transmitente, junto do Fundo de Compensação do Trabalho, relativamente aos trabalhadores abrangidos pela transmissão, não obstante o transmissário poder, querendo, aderir a um Mecanismo Equivalente. Deste modo, quando a transmissão não abranja, por exemplo, todos os trabalhadores do estabelecimento, os quais foram transferidos para outro local de trabalho pelo empregador, deve ocorrer somente a transferência para a conta global do transmissário do saldo da conta de registo individualizado dos trabalhadores abrangidos na

⁹⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 16 de Abril de 2012, processo n.º 434/08.2TTSTS.P2, disponível em www.dgsi.pt.

⁹⁸ Conforme afirma Pedro Furtado Martins, “*Relevante é sim que a parte do estabelecimento destacada forme uma unidade económica própria, dotada da organização necessária para que nela se continue a desenvolver a mesma ou equivalente actividade produtiva, agora levada a cabo pelo transmissário*”. “*Efeitos da aquisição de empresas nas relações de trabalho*”, publicado em “*Aquisição de empresas*”, Coimbra Editora, 2011, página 211 e seguintes.

transmissão ou a respectiva inclusão no Mecanismo Equivalente a que o transmissário tenha aderido⁹⁹.

Uma das preocupações patentes na Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, respeita à protecção conferida aos trabalhadores, aquando da transmissão da titularidade da empresa ou do estabelecimento, mormente no que respeita à salvaguarda do saldo das respectivas contas de registo individualizado.

Por conseguinte, a transmissão não pode produzir uma perda das garantias dos trabalhadores constituídas no período antecedente àquela. A título de exemplo, podemos apontar a imposição ao transmissário de adesão ao Fundo de Compensação do Trabalho, quando não disponha de conta global no Fundo de Compensação do Trabalho e desde que opte por não incluir no Mecanismo Equivalente os trabalhadores transmitidos.

Acresce também que ao transmissário interessa a manutenção da integralidade do saldo da conta de registo individualizado de cada trabalhador. Com efeito, para o transmissário o custo associado ao pagamento da compensação será menor, uma vez que não procedeu às entregas mensais anteriores à transmissão, se, no período anterior à transmissão, o transmitente tiver procedido à totalidade das entregas mensais a que se encontra adstrito.

De outra face, a Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, não prevê o destino da conta global do empregador no Fundo de Compensação do Trabalho ou no Mecanismo Equivalente quando se verifique uma cessão da exploração do estabelecimento ou da empresa.

A cessão de exploração configura, antes de mais, uma transferência de trabalhadores na acepção prevista no artigo 1.º, alínea a) da Directiva n.º 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de Março de 2001, em virtude de ocorrer uma alteração, ainda que temporária, da entidade patronal, na sequência de um negócio jurídico celebrado entre cedente e cessionário, de harmonia com o qual ocorre ”(...) *uma transmissão das responsabilidades de gestão, a título temporário*”¹⁰⁰, para o cessionário, ao qual é

⁹⁹ À semelhança do já expandido, a respeito da cedência ocasional, sufragamos a aplicação analógica dos mesmos artigos para o prazo de comunicação da transferência ao fundo e para o prazo de transferência do saldo da conta global.

¹⁰⁰ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto proferido processo n.º 420/11.5TTSTS.P1, datado de 22 de Abril de 2013 e disponível em www.dgsi.pt.

assegurado, “(...) mediante pagamento dum a contrapartida mensal, o direito de exploração de estabelecimento (...)”¹⁰¹.

Com efeito, a consequência principal para o cessionário, derivada da aplicação imediata da predita Directiva por imposição constitucional (artigo 8.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa), consiste em ficar adstrito ao cumprimento dos deveres e, bem assim, respeitar os direitos emergentes dos contratos de trabalho abrangidos pela cessão de exploração e enquanto esta durar, como sucede com o pagamento das entregas ao Fundo de Compensação de Trabalho e ao Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho¹⁰².

De outra face e não obstante o já exposto, assumindo o cessionário a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações e direitos emergentes do contrato de trabalho, a solução, quanto a nós, reside na aplicação analógica do mesmo regime para a transmissão de estabelecimento, nomeadamente quanto à transmissão para o cessionário do saldo da conta global do transmitente ou a salvaguarda dos direitos dos trabalhadores no que tange às garantias conferidas.

Todavia, não é, segundo nos parece, possível atingir a mesma conclusão, ainda que partindo de outra premissa, mormente o elemento literal do artigo 15.º, n.º 1, quando prevê “*Em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade de (...)*”. O legislador, embora preveja qualquer transmissão e por qualquer título “(...) nos termos do artigo 285.º do Código do Trabalho (...)”, delimita as situações enquadráveis nas anteditas circunstâncias pela necessidade da verificação de alteração da titularidade (e não da exploração) da empresa ou do estabelecimento. Por conseguinte, entendemos que, pelo facto do cedente, no âmbito da cessão de exploração, conservar a titularidade sobre a empresa ou o estabelecimento, tal obsta à aplicação directa do regime previsto na Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto¹⁰³ quanto à cessão de exploração.

¹⁰¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça no âmbito do processo n.º 5527/04.2TBLRA.C1.S1, datado de 19 de Abril de 2012 e disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰² Realce-se que as entregas não se subsumem a nenhuma das excepções previstas no artigo 4.º, alínea a) da Directiva n.º 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de Março de 2001, na medida em que não constituem uma regalia para os trabalhadores do cedente, mas, outrossim, constituem um dever de todo e qualquer empregador, ressalvadas as excepções respeitantes ao âmbito subjectivo e objectivo de aplicação da Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto.

¹⁰³ *De iure condendo*, pugnamos por uma reformulação na redacção do preceito para que, à semelhança da norma ínsita no Código do Trabalho, preveja a cessão de exploração.

Passando à reversão da exploração¹⁰⁴, defendemos, na linha da argumentação acima exposta, a aplicação analógica da Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, por força da Directiva n.º 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de Março de 2001. Saliente-se que o próprio Código do Trabalho (artigo 285.º, n.º 3) teve a necessidade de distinguir e autonomizar, o que não sucede na Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, o regime aplicável à reversão da exploração. A tais argumentos, podemos acrescentar a circunstância de o devedor da prestação retributiva passar a ser o anterior cedente (ou quem tenha adquirido, entretanto, a titularidade da empresa ou do estabelecimento), carecendo de sentido que a assunção de obrigações para com os trabalhadores não incluía as entregas ao Fundo de Compensação do Trabalho e ao Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho.

Em consequência, verificando-se uma reversão da exploração da empresa, entendemos que, em obediência ao preceituado na Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, a protecção conferida aos trabalhadores deve assentar, por um lado, na salvaguarda do saldo das respectivas contas de registo individualizado, e, por outro lado, numa proibição de diminuição das garantias dos trabalhadores, o que traduzir-se-á na transmissão para o anterior cedente do saldo global do anterior empregador (englobando as contas de registo individualizado dos trabalhadores abrangidos), junto do Fundo de Compensação de Trabalho.

Finalmente, apenas uma breve referência à ausência da imposição de um regime de solidariedade no âmbito do pagamento das entregas em mora, até à data da cessão ou transmissão, entre transmitente e transmissário ou cedente e cessionário.

A Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, não determina qualquer regime de solidariedade no que tange ao pagamento das entregas em mora aos fundos, situação oposta ao regime previsto no artigo 285.º, n.º 2 do Código do Trabalho ou no artigo 209.º, n.º 2 do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, de harmonia com o qual o adquirente ou o cessionário ficam responsáveis pelas dívidas das contribuições à Segurança Social que impendiam sobre o transmitente ou cessionário.

É consabido que a introdução de um regime de solidariedade, no tocante às “(...) *obrigações resultantes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho*

¹⁰⁴ Ocorre uma transmissão *ex-lege* da posição de empregador para o anterior cedente.

existentes antes da transferência” (artigo 3.º, parágrafo 1 da Directiva n.º 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de Março de 2001) depende da opção do legislador do Estado-membro.

Contudo, pese embora a certidão de dívida constitua título executivo e seja susceptível de produzir um efeito dissuasor sobre um possível inadimplemento, lamentamos que não tenha sido acautelada esta situação, até pelo facto de ir em sentido contrário à teleologia de criação da própria Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, ou seja, a criação de um fundo destinado a suportar parcialmente os custos associados à cessação do contrato de trabalho.

Em jeito de conclusão, urge corrigir esta situação, o que, no que concerne ao direito a constituir, consubstanciar-se-á na introdução de um novo número no artigo 16.º, de acordo com o qual é determinada a solidariedade, entre transmitente e transmissário ou cedente e cessionário, pelas entregas em mora à data do negócio jurídico a celebrar entre as partes.

O REGIME CONTRA-ORDENACIONAL.

Primo, saliente-se que todas as infracções praticadas pelo empregador e que sejam qualificáveis como contra-ordenações à luz da Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, encontram-se sujeitas à aplicação subsidiária dos artigos 546.º a 565.º do Código do Trabalho e da Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro (aprovou o Regime Processual Aplicável às Contra-ordenações Laborais e de Segurança Social). Nessa medida, podemos qualificar as contra-ordenações, previstas na Lei n.º 70/2013, como laborais, ou seja, “*o facto típico, ilícito e censurável que consubstancie a violação de uma norma que consagre direitos ou imponha deveres a qualquer sujeito no âmbito de relação laboral e que seja punível com coima*” (artigo 548.º do Código do Trabalho).

Secondo, são atribuídas à Autoridade para as Condições de Trabalho as competências necessárias para a realização de acções inspectivas, para a fiscalização e tramitação do procedimento contra-ordenacional respeitantes à actuação do empregador. O Fundo de Compensação do Trabalho, o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho e os Mecanismos Equivalentes encontram-se adstritos a informarem a Autoridade para as

Condições de Trabalho sobre o cumprimento das obrigações dos empregadores, nomeadamente quanto à não adesão ao Fundo de Compensação do Trabalho.

Tertio, a Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, divide o produto da coima entre a Autoridade para as Condições de Trabalho e o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho, ou seja, metade do produto da coima aplicada é entregue à Autoridade para as Condições de Trabalho, a título de compensação pelos custos de funcionamento e de despesas processuais, constituindo a outra metade uma receita do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho¹⁰⁵.

A razão para esta afectação do produto de metade das coimas ao Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho respeita, por um lado, ao facto das entregas mensais poderem ser insuficientes para fazer face aos pagamentos devidos aos trabalhadores, atento a fórmula de cálculo dos valores a entregar mensalmente. Por outro lado, a incorporação no fundo desta receita aproveitará, atenta a sua natureza mutualista, a todos os trabalhadores, de forma indiferenciada.

Em relação a este último ponto, seria mais lógico, numa solução de direito a constituir, que o produto da coima fosse repartido igualmente entre ambos os Fundos, bem como que, nas situações em que o empregador tenha aderido a um Mecanismo Equivalente, o mesmo percepcionasse metade do produto da coima, sendo a outra metade destinada ao Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho.

O motivo subjacente à predita solução respeita ao facto de permitir-se um reforço do património dos fundos, seria promovida uma divisão do produto da coima entre os fundos, bem como, na situação do Fundo de Compensação do Trabalho, ocorreria um aumento do saldo da conta de registo individualizado do trabalhador, pelo que, numa eventual cessação da relação laboral, o reembolso ao empregador seria maior, diminuindo os respectivos encargos.

CONCLUSÕES.

¹⁰⁵ A Autoridade para as Condições de Trabalho deve trimestralmente transferir para o Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho o produto das coimas que a este caiba.

A presente dissertação centrou-se no regime instituído pela Lei n.º 70/2013, respeitante à criação dois fundos destinados a suportar parcialmente o pagamento da compensação devida ao trabalhador, na sequência da cessação do contrato de trabalho.

Num momento prévio à assinatura do Memorando de Entendimento sobre as Condições de Política Económica, *ergo* no Acordo Tripartido para a Competitividade e Emprego de 22 de Março de 2011, já se encontrava latente a necessidade de introduzir um regime de repartição dos custos inerentes ao pagamento da compensação devida ao trabalhador após a cessação da relação laboral.

A antedita descrição do panorama laboral motivou a consciencialização da necessidade de criação de um fundo, destinado a auxiliar o empregador no pagamento da compensação ao trabalhador, e que suportaria parcialmente o montante do *quantum* indemnizatório.

A Lei n.º 70/2013, de 30 de Setembro, atenta a circunstância do pagamento da compensação implicar uma afectação de recursos financeiros do empregador, os quais aquele pode não dispor no imediato, necessitando de recorrer ao financiamento externo, para suportar este custo, veio instituir um regime de repartição do pagamento da compensação.

A repartição dos encargos tendentes ao pagamento da compensação foi feita mediante a criação do FCT, o qual é responsável pelo pagamento de metade da compensação devida ao trabalhador, mas dependente do montante das entregas mensais feitas pelo empregador e respectiva valorização positiva.

A compreensão desta solução assenta no facto do legislador, para assegurar a solvabilidade da solução preconizada, ter determinado uma entrega mensal, a cargo do empregador, no montante de 0,925% calculada sobre a retribuição base e diuturnidades do trabalhador. As entregas mensais são afectas a uma conta individual do trabalhador, cujo saldo é apurado pelo montante das entregas feitas e da possível valorização positiva.

No regime actual da Lei n.º 70/2013, o pagamento da compensação continua a ser feito, num primeiro momento, pelo empregador ao trabalhador, devendo aquele solicitar o reembolso ao FCT, cuja efectivação poderá não coincidir com a data de disponibilização da compensação ao trabalhador. Assim sendo, o legislador deveria ter previsto a transferência da responsabilidade do pagamento do saldo da conta de registo

individualizado e eventual valorização positiva ao trabalhador pelo FCT. Esta será uma solução menos onerosa, para o empregador, o qual apenas disponibilizará o montante correspondente ao diferencial entre o valor total da compensação e o saldo da conta de registo individual do trabalhador.

No regime actual não se vislumbra como as entregas mensais perfaçam, sem a eventual valorização positiva, metade da compensação a que o trabalhador tem direito, mantendo-se a percentagem actual que incide sobre a retribuição base do trabalhador e diuturnidades, bem como o número de entregas. Por seu turno, a eventual valorização positiva do fundo poderá ser insuficiente para compensar o diferencial entre o montante correspondente a metade da compensação e o saldo da conta de registo individualizado composto pelas entregas acumuladas.

Nessa medida, a solução, para que seja diminuída a dependência da valorização positiva do saldo da conta de registo individualizado e respeitado o propósito de repartição equitativa do pagamento da compensação entre o FCT e o empregador, reside no aumento do montante da entrega, por via de uma percentagem mais elevada, e por uma periodicidade de entregas que abranja o subsídio de férias e o subsídio de Natal.

O legislador, compreendendo a necessidade de existência de uma alternativa ao FCT, previu a possibilidade de criação de um ME, não obstante a ausência da sua concretização prática. Nessa medida, esteve em discussão pública uma alteração ao Decreto-Lei n.º 12/2006, de 20 de Janeiro, de harmonia com a qual é proposto que os fundos de pensões fechados ou os fundos de pensões abertos de adesão colectiva possam financiar os Mecanismos Equivalentes.

O ME, após aprovação pelo Banco de Portugal ou pelo Instituto de Seguros de Portugal, deve assegurar as mesmas garantias que o FCT, no que tange ao pagamento da compensação ao trabalhador. Contudo, existe uma entorse legislativa relevante, respeitante à responsabilidade do ME, na medida em que, na hipótese de este não assegurar metade da compensação a que o trabalhador tem direito, será o FGCT a proceder ao pagamento ao trabalhador, deduzido o montante pago pelo empregador.

A Lei n.º 70/2013, não instituiu apenas o FCT ou delimitou o quadro normativo tendente à criação do ME, mas criou também o FGCT.

O FGCT destina-se a assegurar ao trabalhador, caso o empregador não coloque à sua disposição até cinquenta por cento do montante da compensação devida pela cessação da relação laboral e calculado nos termos do artigo 366.º do CT.

O predito aspecto permite diferenciar ambos os fundos, mas as diferenças primaciais assentam na circunstância do FGCT ser financiado por uma entrega mensal, feita pelo empregador, correspondente a 0,075% da retribuição base e diuturnidades do trabalhador, e que é afectada à conta global deste fundo, para o qual contribuem todos os empregadores.

Esta entrega mensal imposta a todos os empregadores, decorre do carácter mutualista do FGCT. As entregas mensais não são afectadas a nenhum trabalhador em concreto mas aproveitam a qualquer trabalhador, ressalvadas as excepções legais. Na prática, todos os empregadores contribuem para um determinado bem comum, ainda que dele possam beneficiar e retirar dividendos os empregadores inadimplentes, mediante o pagamento da compensação aos respectivos trabalhadores pelo FGCT, quando esse pagamento deveria ter sido por tais empregadores.

Neste ponto, reside um dos aspectos mais criticáveis da Lei n.º 70/2013, na medida em que criou um sistema de contribuição definida que gera distorções, sobretudo pelo facto dos empregadores cumpridores suportarem o pagamento da compensação devida aos trabalhadores dos empregadores inadimplentes. Em nossa opinião, não se optando pela extinção do FGCT, as externalidades poderão ser mitigadas se a intervenção do FGCT for confinada às situações em que o vínculo laboral cessa na sequência da decisão do administrador de insolvência (artigo 347.º, n.º 5 do Código do Trabalho), na medida em que a massa insolvente tende a ser insuficiente para o pagamento da compensação ao trabalhador.

Refira-se que o legislador, ao adoptar a existência simultânea do FCT e do FGCT, permite ao empregador entregar apenas ao trabalhador metade da compensação, o que levará o trabalhador a solicitar, junto do FGCT, o respectivo reembolso, permitindo que o empregador não necessite, numa primeira fase, de proceder ao pagamento de qualquer valor, sem prejuízo da sub-rogação pelo FGCT.

A construção legislativa, todavia, acaba por naufragar, com o inerente prejuízo para o trabalhador, na hipótese de o empregador proceder ao pagamento de cinquenta e um por cento da compensação devida ao trabalhador, inutilizando a possibilidade deste de

accionar o FGCT. A consequência imediata consiste num retorno à realidade laboral anterior à vigência da Lei n.º 70/2013, sobretudo através da demanda judicial do empregador para pagamento da compensação.

De outra face, a Lei n.º 70/2013, aplica-se aos contratos de trabalho celebrados após 1 de Outubro de 2013, tendo sido excluídos os vínculos laborais subsistentes na data de entrada em vigor da Lei em apreço.

A razão de ser para tal restrição encontra-se associada à introdução de uma solução que não onerasse excessivamente os empregadores, mediante um aumento dos custos com o montante das entregas, mas sempre mitigada pela diminuição do montante da compensação cujo referencial é o artigo 366.º do CT.

A predita delimitação feita pela Lei em estudo de exclusão dos contratos de trabalho, celebrados até 30 de Setembro de 2013, encontra-se, quanto a nós, ferida de inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade, porquanto estabelece, sem justificação, um tratamento mais favorável para os trabalhadores admitidos após 1 de Outubro de 2013 em relação aos trabalhadores com antiguidade reportada até essa data. Com efeito, o critério de aplicação da Lei n.º 70/2013, é a data de celebração do contrato de trabalho entre o empregador e o trabalhador, o que, por si só, é manifestamente insuficiente para permitir a exclusão de trabalhadores de um regime de repartição de encargos no pagamento da compensação. É de frisar que os trabalhadores abrangidos são aqueles, cujo *quantum* compensatório é menor, em comparação com os trabalhadores admitidos até 30 de Setembro de 2013.

Em consequência, existe uma questão conexa, *ergo* se os fundos destinam-se a repartir os encargos com a compensação, reduzindo os custos para o empregador, não deveriam ter sido também abrangidos os trabalhadores com uma maior antiguidade na empresa?

Em nosso entender, a resposta é de sentido afirmativo. A fundamentação assenta na desigualdade decorrente da possibilidade, prevista apenas para os trabalhadores admitidos após 1 de Outubro de 2013, de pagamento de metade da compensação, quando o empregador não proceda à disponibilização daquela, pelo FGCT, sem prejuízo de tais trabalhadores ainda poderem accionar o Fundo de Garantia Salarial.

Para concluir esta problemática, as consequências decorrentes da cessação da relação laboral reflectem-se com maior intensidade na esfera jurídica patrimonial do

trabalhador, motivo pelo qual o direito à segurança no emprego apenas pode ser restringido em situações excepcionais. Assim sendo, o recebimento efectivo da compensação pela cessação da relação laboral, a qual tem por função ressarcir o trabalhador pelo prejuízo decorrente da cessação do contrato de trabalho, assume um carácter proeminente que não se coaduna com uma exclusão de trabalhadores de um regime destinado a assegurar, no mínimo, o pagamento de metade de tal compensação.

Por seu turno, para o financiamento do FCT e do FGCT, o legislador impôs aos empregadores uma entrega mensal àqueles, no valor de 1% (repartida entre 0,925% e 0,075% para o respectivo fundo), calculado sobre a retribuição base do trabalhador e diuturnidades, num total de doze entregas anuais.

Importa reter que a obrigatoriedade do dever de entregas aos fundos é suspensa apenas quando inexista contagem de antiguidade do trabalhador na empresa, o que sucede quando o trabalhador falte injustificadamente ou na sequência da aplicação de uma sanção disciplinar com perda de retribuição e antiguidade. O traço comum entre as anteditas duas situações respeita ao reflexo negativo das mesmas na antiguidade do trabalhador na empresa. Deste modo, sendo a antiguidade um dos factores de multiplicação, para obtenção da compensação a ser percebida pelo trabalhador, compreende-se a indexação das entregas aos fundos sempre que existam hiatos temporais relevantes para o cômputo da antiguidade.

Por outro lado, a Lei n.º 70/2013, pode ser caracterizada, no que tange à obrigatoriedade das entregas aos fundos, por um carácter rígido, o qual se traduz na ausência de regimes de excepção para determinadas vicissitudes contratuais, como sucede com o *layoff*. Numa situação de crise empresarial, estando em causa a viabilização económica da empresa, a qual poderá estar numa situação de insolvência iminente, a Lei em estudo não consagra qualquer solução tendente a minorar os custos do empregador com a manutenção das entregas mensais aos fundos. Assim sendo, propusemos uma repartição no pagamento das entregas mensais entre o empregador e a Segurança Social, na proporção de 30% e 70%, à semelhança do que já sucede com o pagamento da compensação retributiva durante a vigência do *layoff*.

Finalmente, denotamos que o legislador, tendo constituído uma solução de repartição dos encargos no pagamento da compensação ao trabalhador, não afastou o dever do empregador proceder à totalidade da compensação, sem prejuízo do pedido de

**OS FUNDOS DE COMPENSAÇÃO E O MECANISMO EQUIVALENTE.
MESTRADO EM DIREITO DO TRABALHO**

reembolso ao FCT, à semelhança de não ter assegurado que aquele lograsse reembolsar efectivamente metade da compensação devida ao trabalhador pela cessação do contrato de trabalho.

BIBLIOGRAFIA.¹⁰⁶

- Abrantes, José João, “*Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*”, Themis, 2001.
- Almeida, António Pereira de, “*Sociedades Comerciais*”, 4.^a edição, Coimbra Editora, 2006.
- Amado, João Leal, “*Contrato de Trabalho*”, Coimbra Editora, 4.^a edição, 2014.
- Amado, João Leal, “*O despedimento, a compensação, a recepção desta e a aceitação daquele*”, “*Questões Laborais*”, Ano X, 2003, n.º 21.
- Busto, Maria Manuel, “*O Novo Código do Trabalho – Soluções e Alternativas em Tempos de Crise*”, E&B Data, L.da, 2013.
- Canotilho, Gomes e Vital Moreira, “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, artigos 1.º a 107.º, volume I, Coimbra Editora, 4.^a edição, 2007.
- Carrapiço, Jorge, “*Novos Fundos de Compensação do Trabalho*”, in www.otoc.pt.
- Centeno, Mário, “*O Trabalho, Uma Visão de Mercado*”, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013. 2013.
- Correia, André de Oliveira, “*Algumas notas sobre o novo regime dos fundos de compensação de trabalho e o seu financiamento*”, Coimbra Editora, *Questões Laborais* n.º 43, ano XX – Julho/Dezembro 2013.
- Conceição, Apelles J. B., “*Segurança Social*”, Almedina, 2014, 9.^a edição.
- Fernandes, António Monteiro, “*Direito do Trabalho*”, Almedina, 17.^a edição, 2014.
- Fernandes, António Monteiro, “*A Reforma Laboral de 2012 – Observações em torno da Lei n.º 23/2012*”, *Revista da Ordem dos Advogados* n.º 72, volume II/II, Abril/Setembro 2012, 2012.
- Gomes, Júlio Manuel Vieira, “*Direito do Trabalho, Vol. I – Relações Individuais de Trabalho*”, Coimbra Editora, 2007.
- Leitão, Luís Manuel Teles Menezes, “*Direito do Trabalho*”, Almedina, 4.^a edição, 2014.
- Lourenço, Rodrigo Serra, “*Sobre o direito de oposição dos trabalhadores na transmissão do estabelecimento ou empresa*”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 69, volume I/II, 2009.
- Marecos, Diogo Vaz, “*Código do Trabalho Anotado*”, Coimbra Editora, 2.^a edição, 2012.
- Martins, Pedro Furtado, “*Cessação do Contrato de Trabalho*”, *Princípios*, 3.^a edição revista e actualizada, 2012.
- Martins, Pedro Furtado, “*Efeitos da aquisição de empresas nas relações de trabalho*”, publicado em “*Aquisição de empresas*”, Coimbra Editora, 2011.
- Miranda, Jorge e Rui Medeiros, “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, Coimbra, Tomo I, 2.^a edição, Coimbra.

¹⁰⁶ Por opção, não foram repetidas as todas as edições consultadas da bibliografia indicada.

Monteiro, Luís Miguel e Outros, “*Código do Trabalho – Três Anos de Jurisprudência Comentada*”, Petrony, 2007.

Neto, Abílio, “*Contrato de Trabalho – Notas Práticas*”, 16.^a edição, Setembro 2000, Ediforum.

Neto, Abílio, “*Novo Código do Trabalho e legislação complementar anotados*”, Ediforum, 4.^a edição, 2013.

Ramalho, Maria do Rosário Palma, “*Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*”, Almedina, 5.^a edição, 2014.

Romano Martínez, Pedro e Outros, “*Código do Trabalho Anotado*”, 9.^a edição, 2013, Almedina.

Romano Martínez, Pedro, “*Cessação do Contrato de Trabalho*”, Almedina, 2.^a edição, 2006.

Romano Martínez, Pedro, “*Direito do Trabalho*”, Almedina, 6.^a edição, 2013.

Teixeira, Mariana Rufino, “*Contrato de Teletrabalho e Trabalho Temporário*”, Verlag Dashofer, 2010.

Xavier, Bernardo Lobo, “*A Constituição Portuguesa como fonte do Direito do Trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores*” in “*Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*”, Almedina, 2004.

Xavier, Bernardo Lobo, “*Manual de Direito do Trabalho*”, 2.^a edição, Verbo, 2014.

Xavier, Bernardo Lobo, “*Compensação por Despedimento*” in “*Revista de Direito e de Estudos Sociais*”, Janeiro-Junho 2012, Ano LIII (XXVI da 2.^a Série), n.ºs 1-2.

JURISPRUDÊNCIA.

Ac. Tribunal Constitucional n.º 474/2013, datado de 29 de Agosto de 2013, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

Ac. Tribunal Constitucional n.º 602/2013, datado de 20 de Setembro de 2013, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

Ac. Tribunal Constitucional n.º 409/99, publicado no Diário da República II série, 10 de Março de 1999.

Ac. Supremo Tribunal de Justiça, 19 de Abril de 2012, processo n.º 5527/04.2TBLRA.C1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. Supremo Tribunal de Justiça, 12 de Novembro de 2008, processo n.º 08S2310, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. Tribunal da Relação do Porto, 22 de Abril de 2013, processo n.º 420/11.5TTSTS.P1, disponível em www.dgsi.pt.

**OS FUNDOS DE COMPENSAÇÃO E O MECANISMO EQUIVALENTE.
MESTRADO EM DIREITO DO TRABALHO**

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 16 de Abril de 2012, processo n.º 434/08.2TTSTS.P2, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, 29 de Janeiro de 2014, processo n.º 1162/09.7TAOER.L1-3, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, 12 de Setembro de 2012, processo n.º 127/08.0TTLRS.L1-4, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, 16 de Janeiro de 2008, processo n.º 7884/2007-4, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, 27 de Setembro de 2006, processo n.º 5107/2006-4, disponível em www.dgsi.pt.