

António Garcia Pereira

Advogado

Professor do Instituto Superior de Economia e Gestão

“AS MAIS RECENTES ALTERAÇÕES AO CÓDIGO DO TRABALHO E A GRAVIDADE DOS SEUS OBJECTIVOS E IMPLICAÇÕES”

As mais recentes modificações ao Código do Trabalho de 2009 consubstanciam a 3ª alteração (depois da 1ª operada pela Lei nº 7/2009 de 12/2, e da 2ª, constante da Lei nº 105/2011, de 14 de Outubro último) e constam da Lei nº 23/2012, de 25/6, aprovada pelo Parlamento com os votos favoráveis do PSD e do CDS e a abstenção do PS, logo promulgada em 18 de Junho pelo Presidente da República e rapidamente publicada para, nos termos do artº 11º do mesmo diploma, entrar cirurgicamente em vigor no dia 1 de Agosto próximo.

Ora, importa desde logo salientar que o sentido fundamental dessas alterações é único e facilmente perceptível: o de diminuir drasticamente as remunerações dos trabalhadores, seja pelo seu abaixamento directo, seja pela facilitação e embaratecimento dos despedimentos, com a conseqüente e daí logicamente decorrente precarização dos vínculos laborais.

Obedecendo a esse sentido, encontramos assim quatro grandes grupos de soluções normativas: restrição e mesmo derrogação da eficácia da contratação colectiva; substancial aumento dos tempos de trabalho; diminuição forçada das condições legais ou contratuais com expressão pecuniária, directa ou indirecta; e, finalmente, facilitação e embaratecimento dos despedimentos (por agora, apenas dos despedimentos ditos por causas objectivas).

António Garcia Pereira

Advogado

Professor do Instituto Superior de Economia e Gestão

Deste modo, no que toca à diminuição das retribuições, temos que o trabalho suplementar ou extraordinário passa a ser pago (artº 268º) com acréscimos menores do que os que vigoraram até aqui (apenas 25% na 1ª hora; 37,5% na 2ª hora e seguintes e 50% por cada hora em dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar, ou em feriado, quando até esta lei eram respectivamente 50%, 75% e 100%), sendo que o trabalhador deixa de ter direito ao descanso compensatório por trabalho prestado em dia útil, em dia de descanso complementar (normalmente o Sábado) e em dia feriado, excepto no caso de empresas não obrigadas a suspender actividade nesses dias (artº 269º) e pode mesmo ser obrigado pelo patrão a fazer “ponte” à 2ª feira e à 6ª feira, quando mediante o gozo forçado de um dia de férias, houver um feriado à 3ª feira e à 5ª feira, respectivamente, e depois ser forçado a trabalhar noutro dia, sem que esse trabalho a mais seja considerado extraordinário ou suplementar, para compensar as horas do dia de ponte ou férias fixado pelo empregador, nos termos dos artºs 242º, al. b) e 226º, nº 3, al. g), com a nova redacção.

No que respeita ao aumento dos tempos de trabalho, são, nos termos do artº 234º, nº 1, eliminados, aqui com efeitos para 2013, 4 feriados (o 5 de Outubro, o 1º de Dezembro, o Corpo de Deus e o 1 de Novembro), enquanto também desaparecem os até 3 dias suplementares de férias, até aqui atribuídos como prémio pela maior assiduidade dos trabalhadores, beneficiando quem não tivesse faltas justificadas de 0 até 3 dias por ano, tudo isto nos termos da alteração ao artº 238º, em cujo nº 3 tal aumento da duração das férias estava previsto, e agora desaparece.

António Garcia Pereira

Advogado

Professor do Instituto Superior de Economia e Gestão

Por outro lado, o chamado “Banco de Horas”, que até agora só podia ser estabelecido por contratação colectiva, passa, por força do artº 208º-B, a poder decorrer inclusive da aceitação de 75% dos trabalhadores da equipe, secção ou unidade económica, impondo-se aos restantes 25%, e nos termos do novo artº 208º-A passa até a poder resultar de mero acordo individual entre empregador e trabalhador (podendo neste caso o período normal de trabalho atingir as 50 horas semanais e o acréscimo de horas por ano alcançar o total de 150 horas), sendo que o dito “acordo” pode consistir numa proposta escrita do empregador e na simples ausência de resposta àquela por parte do trabalhador, no prazo de 14 dias, presumindo-se nesse caso a sua aceitação, tudo por força do novo artº 208º-A.

Note-se ainda que o dito Banco de Horas, de natureza colectiva ou de natureza grupal (os tais 75% dos trabalhadores da mesma secção), significa que o trabalhador pode ter que trabalhar até 60 horas por semana e pode prestar até 200 horas a mais daquilo a que se obrigou pelo contrato que oportunamente firmou com o patrão (se se tratar do Banco de Horas individual esses limites são, respectivamente, de 50 horas semanais e 150 horas num ano, como já referido), sendo que a “retribuição” desse trabalho a mais pode ser feita ou em dinheiro (pagando as ditas horas “a singelo”) ou pela compensação ou desconto em tempo de trabalho nos períodos ditos de menor actividade, ou por aumento do período de férias (artº 208º, nº 4).

Ora, ao permitir e mesmo impôr o acréscimo de trabalho efectivo e não pago e a alteração unilateral das condições (de tempo de trabalho e de remuneração) que o trabalhador oportunamente ajustou com o seu empregador por via das

António Garcia Pereira

Advogado

Professor do Instituto Superior de Economia e Gestão

estipulações do respectivo contrato individual de trabalho, as acima referidas novas normas legais desde logo afectam de forma grave, injustificada e desproporcionada não só o princípio e o direito à retribuição de todo o trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, garantido no artº 59º, nº 1, al. a) da Constituição, como também o princípio da certeza e segurança jurídicas, colocando cidadãos titulares de relações jurídicas há muito constituídas, e cujo desenho e execução têm por pressupostos essenciais precisamente a duração quantitativa da sua prestação de trabalho e a respectiva retribuição, na situação de verem, de súbito e contra a sua vontade e interesse, tais pressupostos profundamente alterados em seu desfavor, tal representando afinal que, sem o desejar, vão ter que trabalhar mais tempo e por menos salário. E, por outro lado, as possibilidades de aumento muito marcado e até violento (como é, por exemplo, o caso do Banco de Horas grupal com jornadas de 60 horas semanais) do tempo de trabalho afiguram-se também incompatíveis com o princípio da “conciliação da actividade profissional com a vida familiar” estabelecido no artº 59º, nº 1, al. b) da Constituição da República.

O que tudo conduz à incontornável inconstitucionalidade material das referidas soluções legais, quer por violação do princípio relativo à retribuição, constante do já citado artº 59º, nº 1, al. a) da CRP, proibindo o seu abaixamento, quer por violação do referenciado princípio da certeza e segurança jurídicas, ínsito na ideia fundamental do Estado de Direito consagrada no artº 2º da mesma CRP, quer ainda dos supra-indicados preceitos das al. a) e b) do mesmo artº 59º.

Por outro lado, esta Lei nº 23/2012 vem também estabelecer, no seu artº 7º, um conjunto de soluções que visam modelar impositivamente as normas da

António Garcia Pereira

Advogado

Professor do Instituto Superior de Economia e Gestão

contratação colectiva actualmente existentes e em vigor, estabelecendo reduções (como sucede com os 3 dias suplementares de férias – nº 3) e suspensões pelo prazo de 2 anos (como se verifica com as cláusulas de contratação colectiva referentes a acréscimos remuneratórios de trabalho suplementar ou de trabalho prestado em dia feriado – nº 4), com redução forçada e automática, ao fim desses 2 anos, para metade dos montantes remuneratórios previstos em tais cláusulas, como estabelece o nº 5.

Mas, mais do que isso, os nºs 1 e 2 deste referido artº 7º estatuem mesmo uma verdadeira derrogação com eficácia retroactiva das disposições de convenções colectivas de trabalho celebradas antes da entrada em vigor desta nova lei, estipulando a nulidade das cláusulas que, quando entraram em vigor, eram perfeitamente válidas, mas que estabelecem compensações superiores às da nova lei por cessação do contrato de trabalho ou o descanso compensatório por trabalho suplementar em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em dia feriado.

Ora, afigura-se-nos igualmente evidente que semelhantes soluções legislativas, ao porem desta forma em crise normativos de convenções colectivas de trabalho regular e legalmente negociadas, publicadas e postas em vigor, ferem de forma evidente e põem gravemente em questão o direito à contratação colectiva, consagrado no artº 56º, nº 2 da Lei Fundamental, desde logo na vertente do direito à autonomia contratual colectiva, com a conseqüente garantia de uma verdadeira “reserva de convenção colectiva”, não podendo de todo, face a tais princípios constitucionais, a lei ordinária nem aniquilar o direito de contratação colectiva por via de se ocupar de uma regulamentação latitudinária das relações

António Garcia Pereira

Advogado

Professor do Instituto Superior de Economia e Gestão

de trabalho e/ou de afastar a sua derrogação por convenção colectiva, nem impôr a caducidade retroactiva de normas de contratação colectiva de forma a afectar a estabilidade dos contratos celebrados ou definidos com base nessas mesmas normas.

Por fim, deverá salientar-se que, em matéria de despedimentos, estas alterações ao Código do Trabalho tratam, antes de mais, de reduzir drasticamente o montante das compensações devidas por despedimento por causas ditas “objectivas” (sendo certo que – o que desde já se regista – também se começaram entretanto a ouvir referências de que de igual modo as indemnizações por despedimentos declarados ilícitos deveriam ser diminuídas...). Assim, e precisamente, aplicando-se plenamente aos contratos celebrados após a sua entrada em vigor e, no que respeita a contratos de trabalho já em vigor, a todo o respectivo período de vigência posterior a 1/11/2012, o critério de cálculo passa a ser o de apenas 20 dias (e não já um mês) de retribuição base mais diuturnidades por cada ano de antiguidade, é eliminado o limite mínimo de 3 meses, passa a ser imposto um limite máximo de 12 meses de compensação, sendo certo que a base de cálculo desta também impõe que a retribuição de referência nunca possa ser superior a 20 salários mínimos garantidos (o que significa que a compensação de antiguidade passa assim a não poder nunca ser superior a $12 \times 20 = 240$ remunerações mínimas garantidas, sejam quais forem, e mesmo que muito superiores a 20 salários mínimos e a 12 anos, a retribuição e a antiguidade do trabalhador).

Acresce que, e aliás em flagrante contradição com o critério de cálculo do valor da retribuição constante do artº 271º, o novo artº 6º, nº 3, al. b) da Lei nº

António Garcia Pereira

Advogado

Professor do Instituto Superior de Economia e Gestão

23/2012, de 25/6 vem estipular também que o valor diário será (apenas) o resultante da divisão por 30 da retribuição base mensal e diuturnidades.

Mas, do mesmo passo que baixa de forma muito acentuada o valor das compensações por despedimentos “objectivos”, o Código do Trabalho trata agora também de os facilitar drasticamente, numa lógica de medidas legislativas que têm por pressuposto ideológico a “banalização” do próprio desemprego e, logo, o abandono por parte do Estado da preocupação e do referencial essencial, constitucionalmente tutelados, da garantia e segurança no emprego (artº 53º da CRP), com o corolário lógico da vinculação do mesmo Estado à adopção de todas as medidas adequadas a, sempre que possível, evitar o desemprego, tido como um mal a evitar e a minorar, e não, como agora se pretende consagrar, como uma qualquer “normalidade”, senão mesmo uma verdadeira banalidade social.

Esta lógica de “fazer baixar a cotação do desemprego”, na feliz e oportuna expressão de Monteiro Fernandes, tornando mais fáceis e mais baratos os despedimentos e atenuando drasticamente os factores de contenção e de compensação pela situação de desemprego – para mais com a manutenção incólume da solução legal (ainda que, a nosso ver, gritantemente inconstitucional) de que só o trabalhador que devolva “em simultâneo” ao empregador a compensação de antiguidade é que estaria em condições de impugnar o despedimento, já que o recebimento daquela continua a ser entendido como aceitação do mesmo pelo legislador (artº 366º, nºs 4 e 5 do Código do Trabalho), ou seja, como representando a aceitação pelo trabalhador do mesmo despedimento e, logo, a impossibilidade da sua impugnação –

António Garcia Pereira

Advogado

Professor do Instituto Superior de Economia e Gestão

afigura-se assim, e antes de tudo por representar uma facilitação, desde logo pelo seu drástico embaratecimento, abaixo do patamar mínimo do constitucionalmente tolerável, estar em completa e incontornável contradição com o referencial constitucional atrás citado e, logo, ser violadora dos já supra referenciados artºs 53º e 59º, nº 1, al. a) da Constituição.

Por fim, a já referida facilitação drástica dos despedimentos é operada de forma tão cirúrgica quanto igualmente violentadora da Lei Fundamental.

Na verdade, a admissibilidade constitucional dos despedimentos com as chamadas “justas causas objectivas” (não disciplinares) sempre assentou no pressuposto de que, sendo tais despedimentos uma última “*ratio*”, para eles serem admissíveis tinha que ser demonstrado não haver, para o empregador, qualquer outra alternativa que permitisse a manutenção da relação contratual de trabalho. Dito de outra forma, para poder despedir validamente com base numa determinada situação que alegadamente justificaria a extinção dos vínculos de trabalho, o empregador tinha sempre que demonstrar a impossibilidade prática da subsistência daqueles, ou seja, tinha que se assegurar (e posteriormente fazer a respectiva demonstração) de que na Empresa não existia para o(s) trabalhador(es) atingidos uma ocupação alternativa e compatível com as suas qualificações.

Ora, com estas alterações ao Código decorrentes da Lei nº 23/2012, há desde logo uma sumária eliminação do chamado “ónus de ocupação substitutiva”, tal como o impunha o artº 368º, nº 4 do Código do Trabalho, para passar agora a referir, no referente ao despedimento por extinção do posto de trabalho, que

António Garcia Pereira

Advogado

Professor do Instituto Superior de Economia e Gestão

“cabe ao empregador definir, por critérios relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho, sendo que “cabe ao empregador definir, por referência aos respectivos titulares, critérios relevantes e não discriminatórios subjacentes à extinção do posto de trabalho”, o que constitui um conceito de tal modo fluído e indeterminado que, com justeza, se pode considerar incompatível com o “quantum” mínimo de objectividade e de certeza que a Lei Fundamental exige para a admissibilidade do despedimento individual por causas não disciplinares, ou ditas “objectivas”, sendo, por outro lado, que a comprovação da prática impossibilidade da subsistência da relação de trabalho passa a resumir-se à demonstração pelo empregador de ter observado os ditos “critérios relevantes e não discriminatórios”.

Por outro lado, e agora no que respeita ao chamado despedimento por inadaptação também se verifica, com a revogação da actual al. d) do nº 1 do artº 375º do Código do Trabalho, a mesma eliminação sumária do ónus de ocupação efectiva, ficando assim o empregador com as mãos livres para despedir invocando uma situação de inadaptação do trabalhador mesmo quando existe na empresa um outro posto de trabalho disponível e compatível com a sua qualificação profissional !

Significa tudo isto que, para o Código do Trabalho, o despedimento deixa de ser uma última “ratio”, apenas utilizável pelo empregador naquelas situações em que não existe para aquele qualquer outra alternativa que não seja a de promover a extinção do vínculo e que o conceito de justa causa objectiva é, por esta via, subrepticamente alterado. Assim, em vez de, como até aqui, tal conceito se identificar necessariamente com situações em que, por ausência de um outro

António Garcia Pereira

Advogado

Professor do Instituto Superior de Economia e Gestão

posto de trabalho onde, em alternativa, o trabalhador possa ser colocado, é praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho, agora pretende-se justificar o despedimento mesmo nos casos em que, porque existindo e estando disponível a dita “ocupação substitutiva”, a referida subsistência do contrato de trabalho até era perfeita e praticamente possível.

Sendo assim manifesta a contradição desta solução legal com o conceito constitucional de justa causa, uma vez mais se revela evidente a inconstitucionalidade material de tais normas, pois que, como sempre têm entendido a melhor doutrina e Jurisprudência, o legislador ordinário está condicionado pelos referidos conceito constitucional de justa causa e respectivas consequências em termos de conteúdo das soluções legais, não sendo por isso tal legislador ordinário livre de estabelecer o que bem entender por impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho.

Mas há mais ainda no que respeita ao regime dos despedimentos por inadaptação do trabalhador, alargando-se agora o respectivo conceito – até aqui apenas aplicável às situações em que tivessem ocorrido modificações do posto de trabalho – também para os casos em que situações, por exemplo, de redução continuada de produtividade ou de qualidade ocorram sem modificação do posto de trabalho, mas apenas com modificação do desempenho do trabalhador. Ou seja, consagra-se, enfim e ainda que de forma também relativamente camuflada, a tão desejada pelos patrões causa de cessação do contrato de trabalho por ineptidão do trabalhador, uma vez que se passa a permitir o despedimento em todos os casos em que se, alegadamente, se verifique uma redução as aptidões ou do grau de atenção ou de diligência do

António Garcia Pereira

Advogado

Professor do Instituto Superior de Economia e Gestão

trabalhador mas de que este não tem culpa em termos que sejam disciplinarmente relevantes.

Dito de outra forma ainda, o que está aqui em causa é, em boa verdade, criar uma (nova) forma de cessação do contrato que está como que a meio caminho entre o despedimento por causas objectivas e o despedimento por causas subjectivas ou disciplinares, funcionando como uma espécie de sucedâneo destes últimos – o trabalhador não rende tanto como o patrão quer, se tal sucede porque aquele é “preguiçoso”, então há lugar ao despedimento com justa causa, se é simplesmente porque está mais velho e/ou cansado ou desmotivado, então aplica-se-lhe o despedimento por inadaptação. Mas em qualquer caso é sempre despedido !... E de forma singularmente barata como atrás se viu.

É aliás exactamente por aquela razão que todo o procedimento, regulado agora nos artºs 375º a 379º do Código, constitui, também ele, um sucedâneo do procedimento do despedimento disciplinar.

E assim temos que o empregador toma conhecimento da situação (por exemplo, a já referida “redução continuada da produtividade”), informa o trabalhador da apreciação que fez (e o trabalhador pode sobre ela pronunciar-se), de seguida dá-lhe ordens ou instruções para corrigir a execução do trabalho, e depois, se entender que não houve correcção do comportamento, há lugar à comunicação da intenção de proceder ao despedimento, o trabalhador tem então o prazo de 10 dias úteis para juntar documentos e solicitar as diligências que entender adequadas, e no fim há uma comunicação fundamentada e por escrito da

António Garcia Pereira

Advogado

Professor do Instituto Superior de Economia e Gestão

decisão final considerando verificados os requisitos do artº 375º, dos quais desapareceu, como se salientou já, o ónus da inexistência da ocupação substitutiva.

Mas, face a todo este numeroso conjunto de desconformidades de normas desta Lei nº 23/2012 com a Constituição da República Portuguesa, é de supor e de prever que elas sejam rápida e eficazmente jogadas no “caixote do lixo” do vício das inconstitucionalidades ?

Não ! E não porque as inconstitucionalidades não existam, mas sim porque a verificação efectiva, em particular na vertente da fiscalização sucessiva e, mais ainda, da fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade (a única que está ao alcance dos cidadãos comuns) se encontra hoje praticamente inviabilizada e inutilizada por um Tribunal Constitucional mais interessado em aumentar as suas próprias receitas (já que este Tribunal é o único do País em que as custas e as multas que aplica aos cidadãos recorrentes cujos recursos julgue improcedentes constituem a sua própria receita corrente, aliás já antecipadamente prevista no orçamento elaborado no ano anterior !?) e em facilitar a vida aos Governos e viabilizar as escolhas e decisões políticas destes, por mais afrontosamente violadoras da Constituição que elas se mostrem, sempre sob a invocação do “interesse público” (de que a limitação para o futuro, abrangendo o subsídio de Natal de 2012 e dando assim cobertura ao seu desconto apesar da declaração da sua patente inconstitucionalidade, dos efeitos dessa mesma declaração de inconstitucionalidade, constante do Acórdão nº 353/2012 acabado de proferir pelo mesmo Tribunal Constitucional sobre a

António Garcia Pereira

Advogado

Professor do Instituto Superior de Economia e Gestão

problemática do corte dos subsídios de férias e de Natal dos trabalhadores do sector público, constitui um tão lastimável quanto significativo exemplo).

Ou seja, doravante a resistência à aplicação destas medidas decerto que não se pode nem decerto se irá reduzir à dimensão da mera apreciação jurídico-formal destas novas e violentamente anti-trabalhadores, soluções legais...

Lisboa, 6 de Julho de 2012

(António Garcia Pereira)