

A PROIBIÇÃO DE RECURSO À TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E O *DESPEDIMENTO-PARA-TERCEIRIZAR*: SOBRE O NOVO ARTIGO 338.º-A DO CÓDIGO DO TRABALHO DE PORTUGAL

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

João Leal Amado*

Como diria Vinicius de Moraes, o contrato de trabalho é como o amor: eterno enquanto dura! A verdade é que, como tantas outras, cedo ou tarde a relação jurídico-laboral acaba por se extinguir, produzindo-se então a ruptura definitiva do vínculo contratual. E o tema é, como se sabe, de enorme importância, tanto do ponto de vista teórico como prático, até porque muitas das questões relacionadas com a situação jurídico-laboral apenas são discutidas no momento da sua extinção (ou após a sua extinção), pois, não raro, só então o trabalhador se sente em condições de questionar judicialmente o comportamento do empregador.

Acontece que o tema da cessação do contrato de trabalho é também um tema particularmente sensível, nele se entrecruzando aspetos sociais, humanos e económicos da maior relevância. A extinção do contrato significa, para o trabalhador, perder o emprego. E é sabido que, quando a perda do emprego ocorre sem ou contra a vontade do trabalhador, as consequências dessa perda, a nível social e humano, podem ser devastadoras, sobretudo quando se trate de trabalhadores pouco qualificados e já não muito jovens. É que, seja ou não um meio de realização pessoal, o emprego representa, tipicamente, a fonte de sustento do trabalhador. A perda daquele implica, portanto, a privação desta.

É certo que, no atual contexto de *flexigurança*, se procura desdramatizar essa perda do emprego. A tônica é colocada na ideia de transição, o trabalhador que é despedido não fica propriamente desempregado, fica como que num “intervalo entre empregos”... Vistas as coisas sob este prisma, tanto o emprego como o desemprego são, por definição, situações transitórias, devendo a aposta residir no empoderamento (*empowerment*) das pessoas, no reforço da sua posição no mercado de trabalho, na promoção da sua empregabilidade, em ordem a que elas possam dar resposta aos desafios emergentes, sem ansiedades existenciais. Nesta linha, escreve, exemplarmente, ROBERT REICH: «Na geração anterior, ser despedido correspondia a um insucesso moral, uma falha pessoal, uma ferida profunda. O despedimento significava que a pessoa não conseguira fazer o que se esperava dela, ou que já não era

Recebido: 02/08/2023
Aprovado: 10/08/2023

capaz de o fazer. Assim, um despedimento arrastava uma perda profunda de auto-estima»¹.

Resta saber se correspondia ou se corresponde. Se arrastava ou se ainda arrasta². Não parece que se deva remeter a estabilidade no emprego para a arca das velharias inúteis, optando por consagrar o princípio do despedimento livre ou *ad nutum*, segundo o qual, *free to hire, free to fire*, permitindo-se que o empregador despeça o trabalhador por qualquer razão, ou mesmo sem razão. A doutrina do *employment-at-will* representa, sem dúvida, o grau máximo de flexibilidade laboral (flexibilidade contratual “de saída”). Tem, porém, o sério inconveniente de abrir as portas ao arbítrio patronal, instituindo a precariedade como traço indelével de toda e qualquer relação de trabalho – e assim legitimando o chamado “precariado”. Com efeito, admitir o despedimento por livre decisão do empregador, sem um qualquer motivo ponderoso e comprovável a justificá-lo, seria, em retas contas, sujeitar os trabalhadores à arbitrariedade ou à perseguição individual. Acresce que aquela doutrina do *employment-at-will* é claramente violadora da Convenção nº 158 da OIT, ratificada por Portugal nos anos noventa do século passado³, bem como da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cujo art. 30.º estabelece que todos os trabalhadores têm direito a proteção contra os despedimentos sem justa causa.

Seguro parece, em qualquer caso, que o clássico dito de DUPEYROUX não perdeu validade: toda a legislação do trabalho – como um grande pião bojudo – gira à volta do bico fino e aguçado que são as normas sobre os despedimentos. A lei portuguesa rejeita o despedimento *ad nutum*, não reconhece ao empregador o direito de despedir arbitrariamente, sem explicações, sem justificação, sem indicação de motivo. Entre nós, o despedimento é uma *declaração vinculada*, porque a validade do ato extintivo está condicionada à verificação de determinados motivos que a lei considera justificativos da cessação da relação de trabalho. Quando esses motivos existirem – e só quando existirem – o empregador terá então o direito de proceder ao despedimento do trabalhador, direito este que consiste, estruturalmente, num *direito potestativo extintivo da relação jurídico-laboral* (e não num qualquer direito subjetivo em sentido estrito)⁴.

1 *O Futuro do Sucesso (Trabalhar e Viver na Nova Economia)*, Terramar, Lisboa, 2004, p. 133.

2 «A perda do emprego implica para o trabalhador a perda da sua principal ou exclusiva fonte de rendimentos e transporta consigo consequências de natureza psíquica, familiar e social que a política de assistência material no desemprego dificilmente compensa e seguramente não apaga, por mais generosa que seja. Estudos de vária ordem, designadamente sociológica, permitem estabelecer, com um mínimo de rigor, uma tipologia das consequências do desemprego, consequências naturalmente variáveis, quantitativa e qualitativamente, em função de fatores vários, nomeadamente de natureza psicológica, familiar e social e da própria causa da perda do emprego. O trauma provocado pela perda do emprego afeta profundamente a própria personalidade do trabalhador, implicando, com frequência, perturbações fisiológicas e psíquicas: sente-se humilhado, inútil, atingido no seu brio profissional, vítima de uma medida injusta, objeto da piedade pública ou particular. Altera-se o seu quotidiano, o tempo e o ritmo da sua vida, restringe-se, ou modifica-se, o círculo da sua convivialidade. Ele sente-se, frequentemente, culpado perante os membros do seu agregado familiar, deteriorando-se, nalguns casos, as respetivas relações. Em situações de desemprego, sobretudo quando prolongado, acentua-se a tendência para a marginalidade e mesmo para o suicídio». Estas palavras são de JORGE LEITE e datam já de há quase quatro décadas (*Coletânea de Leis do Trabalho*, Coimbra Editora, 1985, p. 239). Mas alguém ousará dizer que elas perderam atualidade?

3 A exigência de motivação do despedimento patronal encontra guarida no art. 4.º da Convenção n.º 158 da OIT, de 1982 (cessação da relação de trabalho por iniciativa do empregador), aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 55/94, de 27 de agosto.

4 A este propósito, há que não confundir o *direito potestativo de despedir* com o *direito de despedir arbitrariamente*, visto que mesmo em ordenamentos jurídico-laborais como o português, que rejeitam o despedimento imotivado ou *ad nutum*, o direito de despedir, quando existe e nos moldes em que existe, traduz-se sempre num direito potestativo do empregador. Para maiores desenvolvimentos sobre o ponto, em diálogo com a doutrina brasileira, JOÃO LEAL AMADO, «O despedimento entre o direito potestativo e o ato *contra legem*: um olhar português», in *Trabalho, Castigo e Escravidão: Passado ou Futuro?*, Benizete Ramos de Medeiros e Ellen Hazan (org.), JUTRA, Ltr, São Paulo, 2017, pp. 99-108.

Como estabelece o art. 53.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), «é garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos». «É proibido o despedimento sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos», lê-se também no art. 338º do Código do Trabalho (CT). E o que é a justa causa? Em termos simples, dir-se-á que o despedimento com justa causa se traduz na sanção disciplinar máxima suscetível de ser aplicada ao trabalhador. «Constitui justa causa de despedimento o comportamento culposos do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho», estabelece o art. 351.º, n.º 1, do CT. A justa causa de despedimento assume, portanto, um caráter de infração disciplinar, de incumprimento contratual particularmente grave, de tal modo grave que determine uma perturbação relacional insuperável, isto é, insuscetível de ser sanada com recurso a medidas disciplinares não extintivas.

Aqui chegados, importa sublinhar: a proibição – legal e constitucional – do despedimento sem justa causa não significa que o ordenamento jurídico-laboral português apenas considere lícito o despedimento com justa causa. Com efeito, a par do despedimento com justa causa (causa subjetiva, baseada em factos imputáveis ao trabalhador), a lei admite e regula várias modalidades de *despedimento por causas objetivas*, isto é, por motivos da esfera da empresa, por razões económicas, de índole gestonária. Essas modalidades de despedimento por causas objetivas são três: o *despedimento coletivo*, o *despedimento por extinção do posto de trabalho* e o *despedimento por inadaptação* (este último já com alguns ingredientes de ordem subjetiva). A lógica subjacente a esta trilogia de despedimentos é marcadamente distinta da lógica disciplinar da justa causa, pelo que o respetivo regime jurídico também se diferencia nitidamente deste (ao nível dos procedimentos a observar antes do despedimento, dos efeitos produzidos pela decisão de despedimento, etc.).

O despedimento coletivo, em especial, baseia-se, segundo a lei, em *motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos*. Ora, nesta matéria a discussão foi reacendida, em Portugal, pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, diploma que aprovou a chamada “Agenda do Trabalho Digno” e que veio rever numerosas disposições do CT e demais legislação laboral. Aprovada depois de um longo e tormentoso processo legislativo, a nova lei contém, como seria de esperar, várias novidades de monta, muitas delas bastante polémicas e cuja interpretação vai dar lugar a um mar de dúvidas e dificuldades.

Uma das novidades que tem sido alvo de maior contestação, designadamente por parte das confederações patronais e por uma considerável legião de advogados, em grande parte oriundos de grandes escritórios de advocacia, decerto versados em *outsourcings*, *downsizings* e quejandos, consiste, sem dúvida, no art. 338.º-A do CT, norma aditada pela Lei n.º 13/2023, na qual, sob a epígrafe “Proibição do recurso à terceirização de serviços”, se estabelece: «Não é permitido recorrer à aquisição de serviços externos a entidade terceira para satisfação de necessidades que foram asseguradas por trabalhador cujo contrato tenha cessado nos 12 meses anteriores por despedimento coletivo ou despedimento por extinção de posto de trabalho» (n.º 1). A violação desta proibição constituirá contraordenação muito grave, imputável ao beneficiário da aquisição de serviços, segundo dispõe o n.º 2 do mesmo preceito.

A nova norma tem estado debaixo de fogo intenso⁵. Alega-se que a mesma constitui um

5 A nível doutrinal, merece destaque o texto de PEDRO ROMANO MARTINEZ e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, «Constituição e Agenda do Trabalho Digno», *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, n.º 4, 2023, pp. 279 e ss., em especial pp. 292-311 (parecer jurídico elaborado pelos Autores a pedido do Conselho Nacional das Confederações Patronais), bem como as referências, curtas mas incisivas, de MARIA REGINA REDINHA, «Agenda do trabalho digno: *what's in a name?*», *APODIT, Newsletter Primavera'23*, pp. 6-8, e de ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2023, pp. 1082-1084.

atentado inadmissível à liberdade de organização empresarial, ao direito de propriedade privada e à liberdade de iniciativa económica privada, consagrada no art. 61.º da CRP. A empresa, diz-se, deixará de poder externalizar serviços, deixará de poder terceirizar, deixará de poder recorrer ao *outsourcing*, deixará de ter a liberdade de se reinventar e reorganizar, o empresário deixará de poder modelar a sua atividade como bem lhe aprouver, máxime concentrando-se no *core business* e externalizando as demais atividades, despedindo os trabalhadores que as exerciam e recorrendo, para aquele efeito, à terceirização de serviços.

Em suma, razões de eficiência e de competitividade empresarial imporiam, nesta perspetiva, que a faculdade de recurso ao *outsourcing* fosse ilimitada e sem freios, no seio de uma economia de mercado, baseada no direito de propriedade, na iniciativa económica privada e na busca do lucro, do máximo lucro, pelos investidores. Logo, a proibição estabelecida pelo novo art. 338.º-A do CT seria inconstitucional. Flagrantemente!

Será assim? Cremos que a norma em apreço suscita, de facto, grandes problemas, desde logo de ordem interpretativa. Qual é, afinal, o sentido e o alcance da nova norma legal? A este propósito, não podemos deixar de chamar a atenção para que, em rigor, esta nova norma, a despeito da sua epígrafe algo hiperbólica, não proíbe o recurso à terceirização de serviços, não veda o recurso ao *outsourcing*. O alcance do preceito é mais limitado: *o que se proíbe é que algo, em si mesmo lícito (a terceirização), seja efetuado por meio do recurso ao despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho, nos 12 meses anteriores; o que se veda é que o empregador recorra ao despedimento, eliminando emprego, em ordem a externalizar serviços; o que se pretende evitar, afinal, é que esse meio (o despedimento) seja utilizado para alcançar tal fim (a terceirização) – não porque o fim seja alvo de um juízo de desvalor, mas porque o meio utilizado, esse sim, é tido como desvalioso pela lei.*

Ora, este é, a nosso ver, o ponto. O despedimento consiste, decerto, numa das formas de cessação do contrato de trabalho, numa rutura do vínculo jurídico-laboral por iniciativa unilateral da entidade empregadora. O despedimento é isso, mas é, note-se, muito mais do que isso. O despedimento, como bem assinalam BAYLOS GRAU e PÉREZ REY, é também um *ato de violência do poder privado*. Com o despedimento, «a empresa, através da privação do trabalho a uma pessoa, procede à expulsão dessa pessoa de uma esfera social e culturalmente decisiva, vale dizer, de uma situação complexa em que, através do trabalho, esta obtém direitos de integração e de participação na sociedade, na cultura, na educação e na família. Cria uma pessoa sem qualidade social, porque a qualidade da mesma e os referentes que lhe dão segurança na sua vida social dependem do trabalho»⁶. E, como sublinham os autores, a violência do despedimento constitui um facto que não deixou de ser submetido a um processo de “civilização democrática” por parte do Direito do Trabalho – esse poder foi racionalizado, foi condicionado, foi procedimentalizado, foi formalizado, foi limitado.

A lei rejeita o despedimento *ad nutum*, a ordem jurídica não reconhece ao empregador o direito de despedir arbitrariamente, sem explicações, sem justificação, sem indicação de motivo bastante. A CRP consagra, não por acaso, a garantia da segurança no emprego como um dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, no seu art. 53.º. É certo que a era da nova economia globalizada, dinâmica, inovadora e ferozmente competitiva obedece à lógica do efémero, do volátil e do imprevisível, sendo incompatível com o ideal do *job for life* que, de algum modo, imperou no século passado. Daí, porém, não se segue inexoravelmente que o ordenamento jurídico tenha de contemporizar com despedimentos arbitrários, dispensando o empregador de justificar — e de justificar de forma bastante, com base em

6 *El Despido o la Violencia del Poder Privado*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 44.

fundamentos ponderosos — a sua decisão extintiva e isentando esta última do escrutínio judicial.

É isso que, cremos, importa sublinhar, para recentrar a discussão em torno da bondade ou maldade (e, o que é diferente, da constitucionalidade ou não) do novo art. 338.º-A do CT. O despedimento não é coisa de somenos ou banal, não é um mero detalhe sem importância, resultante de decisões gestionárias insindicáveis do empregador. *O despedimento é um ato expulsivo que lesa uma garantia constitucional.* A CRP salvaguarda o bem jurídico representado pelo emprego, tentando evitar que o mesmo seja sacrificado sem que para tanto existam motivos ponderosos e comprováveis. E isso vale, decerto, tanto para os motivos disciplinares, que podem originar um despedimento com justa causa, como para os motivos económicos, *lato sensu*, que podem fundar uma decisão de despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho.

O “despedimento por eliminação de emprego”⁷, que se baseia em motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, não pode ser perspetivado como um ato de gestão virtualmente insindicável pelo tribunal, a coberto da liberdade de iniciativa económica do empresário. A liberdade económica e a propriedade privada, sendo valores constitucionalmente consagrados, têm de se concatenar com outros valores e direitos fundamentais, entre os quais a garantia da segurança no emprego. Não faz qualquer sentido, com efeito, afirmar o valor primacial da segurança no emprego, proibir o despedimento livre por parte da entidade empregadora e, do mesmo passo, sustentar que a entidade empregadora pode despedir com base em quaisquer motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, ao abrigo de uma liberdade de gestão que escaparia ao controlo judicial (descontados, claro está, os casos patológicos, de fraude, de simulação, de “abuso de direito”, por parte do empregador). Ou seja, a garantia da segurança no emprego e a proibição constitucional do despedimento sem justa causa significariam que o nosso sistema rejeitaria o *employment-at-will*, mas depois, bem vistas as coisas, haveria motivo para despedimento sempre que o empregador quisesse, desde que este invocasse um qualquer motivo de mercado, estrutural ou tecnológico. O empregador diria: não sou livre para despedir os trabalhadores, mas, desde que eu decida promover uma qualquer “reestruturação da organização produtiva” e a invoque, passo a poder despedir os trabalhadores, sem que o tribunal deva ou possa imiscuir-se nesta minha decisão de gestão.

Não cremos que isto seja defensável. Diga-se, aliás, que, em certo sentido, o Direito do Trabalho não é outra coisa senão um vasto sistema de controlo das decisões gestionárias do empregador, não se percebendo por que razão deveria deixar de sê-lo em face de uma decisão tão importante (tão destruidora de emprego e tão criadora de desespero) como é a de proceder a um despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho⁸. E bom será não ter ilusões a este respeito. O objetivo magno da empresa privada capitalista não consiste em criar emprego para os trabalhadores, nem sequer em assegurar a manutenção daquele para estes, mas sim em gerar lucros para os respetivos sócios/acionistas. Ao Direito

7 Utilizamos a expressão cunhada por PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 4.ª ed., Principia Editora, Cascais, 2017, p. 247.

8 A este propósito, remetemos para as valiosas reflexões desenvolvidas, há bem mais de uma década, por JÚLIO GOMES, Autor que manifestava a sua preocupação por se vir impondo, na nossa doutrina e na nossa jurisprudência, um entendimento que praticamente esvazia a necessidade de fundamentação do despedimento coletivo. Como observa o Autor, não se vê como é que esta linha argumentativa se concilia com a exigência constitucional de justa causa para que haja despedimento: «Se a justa causa puder consistir numa decisão de gestão insindicável — por exemplo, na afirmação do empregador de que o despedimento coletivo é o meio necessário simplesmente para aumentar o lucro que a empresa já vem obtendo — não vislumbramos qualquer utilidade na exigência constitucional» (*Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 993). O Autor alertava, a nosso ver com inteira razão, para a necessidade de atender «a que a liberdade de iniciativa e a propriedade privada têm que concorrer com outros direitos fundamentais (como o direito ao emprego) e que o juízo de proporcionalidade necessário para conciliar em concreto a colisão entre este tipo de direitos fundamentais dificilmente se pode bastar com alegações de mera eficiência» (ob. cit., p. 992).

do Trabalho compete, justamente, evitar que a prossecução deste desígnio lucrativo sacrifique em demasia os interesses dos trabalhadores.

Parece-nos, por isso, excessivo sustentar a legitimidade do recurso ao despedimento por parte de empresas prósperas e lucrativas, com uma situação económico-financeira plenamente equilibrada, apenas em ordem a maximizar a eficiência e/ou ao incremento dos lucros. *Julga-se que a tutela constitucional da segurança no emprego impõe – tem de impor – um outro tipo de ponderação, que não menospreze o valor da manutenção do emprego, quer ao empregador quando toma a decisão, quer ao julgador quando chamado a sindicat os motivos da decisão daquele, quer ao próprio legislador, quando, como agora sucedeu no âmbito da “agenda do trabalho digno”, se propõe traçar um quadro jurídico-laboral para a terceirização de serviços.*

A importância do bem protegido — o emprego — impõe o respeito por critérios de racionalidade e de proporcionalidade aquando da decisão de despedimento, tomando em consideração o sacrifício que esta decisão comporta para os trabalhadores que dela são alvo. Admitir que um qualquer motivo de mercado, que uma qualquer opção gestonária — máxime, a de terceirizar serviços — possa, sem mais, legitimar o despedimento seria, afinal, hipostasiar a liberdade de iniciativa económica privada e fazer tábua-rasa da segurança no emprego. Seria ver no trabalhador um elemento descartável, seria tratá-lo como uma mercadoria, ignorando a pessoa, o ser humano que existe em cada trabalhador. Vivemos, decerto, numa economia de mercado, mas também vivemos num Estado social e democrático de direito, em que a CRP constitui a lei fundamental. E note-se, a este propósito, que a segurança no emprego não tem menos dignidade constitucional do que a livre iniciativa económica. Aliás, como se lê no n.º 1 do art. 61.º da CRP, «a iniciativa económica privada exerce-se livremente *nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral*» (itálico nosso). Vale dizer, se a segurança no emprego não é, decerto, um direito absoluto, muito menos o é, convenhamos, a liberdade de iniciativa económica privada.

Reiteramos que o que vem de ser dito não significa que estejamos a tomar posição no debate sobre a bondade ou maldade substantiva do novo art. 338.º-A do CT. A norma é complexa, tem de ser devidamente interpretada e irá dar lugar, seguramente, a dificuldades aplicativas de monta. A este propósito, diríamos apenas que, salvo melhor opinião, se o legislador veio agora proibir, *expressis verbis*, o recurso à terceirização de serviços para satisfação de necessidades que foram asseguradas por trabalhador que tenha sido alvo de um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho nos 12 meses anteriores, então isso significa que, no juízo do legislador, um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho que se fundamente na decisão gestonária de proceder a essa terceirização (visando, quiçá, reduzir custos, obter ganhos de eficiência, aumentar lucros) deve ser tido como ilícito, justamente com base na improcedência do respetivo motivo justificativo (art. 381.º, al. b), do CT). Trata-se, cremos, do verso e reverso da mesma medalha: *se a lei proíbe o empregador de terceirizar, para substituir trabalhadores que acabou de despedir, é porque a lei consagra a regra, ainda que de forma implícita, de que não é lícito despedir-para-terceirizar*. Talvez o atual n.º 1 do art. 338.º-A devesse passar para n.º 2. E o legislador, se fosse mais cuidadoso, deveria ter redigido um outro n.º 1 para esta norma, em termos próximos dos seguintes: «O despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho é ilícito caso vise a terceirização de serviços, nos termos do número seguinte».

Isto porque, ao contrário do que alguns supõem, nem todos os motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, genericamente referidos nas alíneas do n.º 2 do art. 359.º do CT, bastam para justificar um despedimento. Há sempre aqui, forçosamente, um juízo de proporcionalidade a fazer, juízo em que não se poderá perder de vista, para o dizermos com JÚLIO GOMES, «que a liberdade económica e a

propriedade privada (que para muitos tem, aliás, também uma função social) não são os únicos valores constitucionalmente consagrados e têm que se conciliar com outros valores e direitos, entre os quais o direito ao trabalho e o reconhecimento da necessidade de tutela da personalidade do trabalhador»⁹ — e também, acrescentaríamos nós, com a garantia da segurança no emprego. Vale dizer, só se aqueles motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos possuírem, no caso concreto, um peso considerável, se forem realmente motivos ponderosos, só então o despedimento será lícito, só então a ordem jurídica aceita o desvalor traduzido no sacrifício do emprego dos trabalhadores atingidos por tal decisão — só então, na terminologia da CT, o motivo justificativo do despedimento será considerado procedente, nos termos da al. *b*) do seu art. 381.º

Não se acompanha, pelo exposto, a ideia segundo a qual esta nova norma teria vindo introduzir uma incongruência no sistema, registando-se aqui, segundo alguns autores, uma “incompatibilidade teleológica” entre o art. 338.º-A e o n.º 2 do art. 359.º do CT. Assim pensam, desde logo, PEDRO ROMANO MARTINEZ e LUÍS GONÇALVES DA SILVA: «Deste modo, consideramos evidente que existe uma incompatibilidade teleológica entre a credencial de cessação e consequente proibição de contratação, com recurso a vínculos de diferente natureza. O que significa, dito de outro modo: o empregador pode recorrer — com habilitação constitucional e legal — ao despedimento coletivo (ou extinção de postos de trabalho) por razões empresariais — na terminologia legal, “motivos económicos”, reconhecidos como motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos —, mas fica impedido, durante 12 meses, de adequar a gestão empresarial à estratégia delineada, se esta consistir na externalização de serviços. Em termos práticos, o legislador impõe uma “sanção” por ter despedido, não obstante, reitera-se, a base constitucional e legal de tais despedimentos»¹⁰.

A nosso ver, não há aqui qualquer incompatibilidade teleológica, porque cremos que o raciocínio deve ser, justamente, o inverso. O que a nova norma quis dizer, ainda que de forma pouco clara e manifestamente inábil (e até incompetente), foi que a mera vontade patronal de terceirizar não constitui credencial bastante para despedir, licitamente, um ou vários trabalhadores. Ou seja, que essa terceirização de serviços, a ocorrer, deve ser realizada sem despedir, mas sim, porventura, integrando esses trabalhadores noutras atividades, em outros setores da empresa, celebrando acordos de pré-reforma ou, no limite, obtendo o acordo desses trabalhadores para a cessação dos respetivos contratos, mediante uma revogação bilateral, nos termos legais. Mas não, repete-se, através de uma decisão unilateral expulsiva e que priva o trabalhador do seu “ganha-pão”, como é o despedimento. Se esse despedimento-para-terceirizar ocorrer, ele deverá ser considerado ilícito, por improcedência do respetivo motivo justificativo. E, se essa terceirização se vier a verificar nos 12 meses subsequentes, tal constituirá uma contraordenação muito grave.

Reitere-se: haveria aqui, realmente, uma contradição valorativa insanável, uma quebra da unidade do ordenamento jurídico, se, por um lado, o CT considerasse lícito o despedimento baseado em motivos estruturais, com vista à terceirização de serviços, e, por outro lado, proibisse depois que essa terceirização de serviços fosse consumada. Se assim fosse, não se vê como escapar à conclusão de que a lei conteria uma inadmissível incongruência, como assinalam os autores acima referidos. Mas isto seria

9 *Direito do Trabalho*, cit., p. 994.

10 «Constituição e Agenda do Trabalho Digno», cit., p. 296. Em sentido próximo, cremos, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., p. 1083. Referindo-se ao novo art. 338.º-A do CT, a Autora observa: «A lei tutela esta regra com muito vigor, ao qualificar a sua violação como uma contraordenação muito grave, *embora sem lhe associar qualquer consequência do ponto de vista da licitude do despedimento*» (itálico nosso). A nosso ver, tal consequência está no reverso da norma, qual cara e coroa da mesma moeda.

próprio de um legislador bipolar, que autorizaria o despedimento para terceirizar, numa norma, para logo depois, numa outra norma, proibir que, uma vez realizado o despedimento, a terceirização fosse por diante!!! Seria manifestamente absurdo. Mesmo que não se subscreva a nota de incorrigível otimismo contida, a este propósito, no art. 9.º, n.º 3, do Código Civil (CC), segundo o qual, «na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados», sempre haverá de se presumir que o legislador não sofre de bipolaridade, autorizando a montante o que proíbe a jusante. O empregador perguntaria: posso despedir para terceirizar? A ordem jurídica responderia: sim, pode! E depois o mesmo empregador perguntaria: posso terceirizar, agora que já despedi? E a ordem jurídica responderia: não, não pode (ou só poderá após terem decorrido 12 meses)! *Nonsense...*

A nosso ver, a nova norma proibitiva — concorde-se ou não com ela — impõe ao intérprete uma releitura do sistema e a questão deve ser analisada a partir de um outro prisma. Se subentendermos, acompanhando KARL ENGISH, «que as regras de um ordenamento contêm um complexo homogêneo e harmonicamente solidário de pensamentos jurídicos»¹¹, então, *justamente porque a nova lei proíbe a terceirização de serviços para satisfazer necessidades que eram asseguradas por trabalhadores despedidos nos últimos 12 meses, isso significa, implícita mas logicamente, que a lei considera que esse motivo (a decisão gestionária de terceirizar serviços) não constitui credencial bastante para legitimar o despedimento desses trabalhadores.*

Não somos, longe disso, acérrimos defensores da bondade substantiva da norma em causa ou do seu acerto técnico-jurídico. Vislumbramos, de resto, enormes — quiçá invencíveis — dificuldades aplicativas nesta sede, havendo aqui, desde logo, óbvias dificuldades de ordem temporal, (dir-se-ia: de sincronização jurídica), visto que a norma proíbe o recurso à terceirização de serviços para satisfação de necessidades que foram asseguradas por trabalhador que tenha sido alvo de um despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho nos 12 meses anteriores, sendo certo que o prazo de impugnação judicial de tais despedimentos é bem mais curto do que isso: seis meses, em caso de despedimento coletivo (art. 388.º do CT), sessenta dias, em caso de despedimento por extinção de posto de trabalho (art. 387.º do CT). Tudo, pois, a fazer pensar que o legislador não andou bem, nesta matéria. É claro que, mesmo na ausência de impugnação judicial de tais despedimentos, a ACT deverá atuar, em sede contraordenacional, se verificar que a norma é violada, isto é, que, após ter procedido a um despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho, a empresa recorreu à aquisição de serviços externos a entidade terceira para satisfação de necessidades que eram asseguradas pelos trabalhadores despedidos. O que, logicamente, significa que, para a ordem jurídica, esses trabalhadores foram despedidos sem razão bastante — daí a punição do infrator, o autor do despedimento e beneficiário da aquisição desses serviços externos.

Tudo isto para além de as dúvidas, no plano interpretativo, também serem consideráveis, quer no que diz respeito à previsão da norma, quer no que diz respeito à sua estatuição. Por exemplo, a lei proíbe, de forma assumidamente imperativa, que a entidade empregadora, depois de despedir trabalhadores (por via do despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho), recorra à aquisição de serviços externos a entidade terceira, para satisfazer necessidades que eram asseguradas pelos trabalhadores despedidos. A violação desta proibição constitui contraordenação, nos termos do n.º 2 do art. 338.º-A. Mas os contratos celebrados em violação desta proibição, com a tal “entidade terceira”, serão válidos? Como é sabido, os negócios celebrados contra disposição legal de caráter imperativo são nulos, salvo

11 *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, p. 118.

nos casos em que outra solução resulte da lei, como estabelece o art. 294.º do CC. Neste caso, como a lei sanciona a violação da proibição com uma sanção contraordenacional, talvez isso signifique que esta é uma norma *minus quam perfecta*, isto é, uma norma cuja violação importa uma pena, mas não a nulidade dos contratos celebrados contra essa proibição legal. Talvez. Mas há espaço para dúvidas¹².

Por outro lado, importa levar em conta que a chamada “terceirização” é um fenómeno muito complexo, polimórfico, multiforme¹³. A matéria presta-se a desenvolvimentos que em muito transcendem o limitado escopo do presente texto, mas cabe distinguir, dentro do conceito lato de terceirização, entre a *terceirização interna*, aquela em que a empresa se serve de trabalhadores alheios, como se inserisse uma outra dentro de si (a empresa que utiliza trabalhadores disponibilizados por uma empresa de trabalho temporário, por exemplo, ou a empresa que recorre a empresas prestadoras de serviços especializados, para executar serviços de limpeza ou de vigilância, para dar outro exemplo), e a *terceirização externa*, em que a empresa como que faz o movimento inverso, jogando para fora de si algumas das etapas do seu ciclo produtivo, como se se lançasse dentro de outra (por exemplo, quando uma fábrica “externaliza”, passando para outra a fabricação de parte do produto)¹⁴. Será que a proibição de terceirização de serviços, estabelecida pelo art. 338.º-A do CT, se refere a todas aquelas modalidades de terceirização? Ou apenas a alguma ou algumas das suas variantes? É ponto discutível, que carece de reflexão mais detida. De resto, em certas hipóteses de “terceirização”, poderemos deparar com casos que consubstanciem uma autêntica transmissão de unidade económica, sem que possa haver aqui qualquer despedimento, por força da aplicação das normas do CT que garantem aos trabalhadores em causa a manutenção do emprego, apenas se registando mudança no plano subjetivo, de entidade empregadora, nos termos do art. 285.º do CT: o transmissário substitui o transmitente na posição de empregador nos contratos de trabalho dos trabalhadores da unidade económica em causa¹⁵.

12 Dúvidas tanto mais fundadas se nos não olvidarmos de que este art. 338.º-A, sendo inovador, se situa numa certa linha de continuidade com uma disposição, algo discreta mas constante do nosso CT há já vários anos, em matéria de trabalho temporário. Com efeito, o n.º 5 do art. 175.º do CT, relativo ao contrato de utilização de trabalho temporário (contrato de prestação de serviço celebrado entre a empresa utilizadora e a empresa de trabalho temporário, conforme esclarece o art. 172.º, al. c), do CT), estabelece: «Não é permitido celebrar contrato de utilização de trabalho temporário para satisfação de necessidades que foram asseguradas por trabalhador cujo contrato tenha cessado nos 12 meses anteriores por despedimento coletivo ou despedimento por extinção de posto de trabalho». A violação desta proibição não constitui contraordenação, afigurando-se que a sanção, *in casu*, consiste na nulidade daquele contrato de utilização e considerando-se que o trabalho é prestado pelo trabalhador ao utilizador, em regime de contrato de trabalho *standard*, sem termo (art. 176.º do CT). Na doutrina, considerando que o n.º 5 do art. 175.º do CT estabelece uma condição negativa para a validade da celebração do contrato de utilização, *vd.*, por todos, MARIA REGINA REDINHA, *Relações Atípicas de Emprego (A Cautionary Tale)*, CIJE, Universidade do Porto, p. 103.

13 O nosso legislador usa agora esse termo, de cunho brasileiro (alguns preferem, em jeito de vera lusitanidade, o termo *outsourcing*). Mas, justamente no Brasil, a doutrina sublinha que terceirização é um neologismo oriundo da palavra *terceiro*, compreendido como *intermediário*, *interveniente*. Nas palavras de MAURÍCIO GODINHO DELGADO, «o neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa» (*Curso de Direito do Trabalho*, 17.ª ed., LTR, São Paulo, 2018, p. 534).

14 Sobre a distinção entre estas duas formas de terceirização, interna (a empresa internaliza trabalhadores alheios) e externa (a empresa externaliza etapas do seu ciclo produtivo), *vide* MÁRCIO TÚLIO VIANA, *Para Entender a Terceirização*, LTR, São Paulo, 2015, *passim*. O Autor conclui que as diferentes formas de terceirizar têm efeitos comuns: em ambas a empresa externaliza custos e internaliza a lógica da precarização (ob. cit., p. 58).

15 Como é sabido, o conceito de transmissão, para estes efeitos, é muito abrangente, desde logo à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, não pressupondo, necessariamente, a existência de uma relação contratual direta entre transmitente e transmissário. Para desenvolvimentos sobre o ponto, MILENA SILVA ROUXINOL, AA.VV, *Direito do*

Em suma, se tivéssemos voto na matéria, aconselharíamos o legislador a ponderar, a reformular esta norma, a pensar melhor numa forma congruente e tecnicamente sólida de traduzir, em letra de lei, a preocupação social que o anima, a preocupação com a salvaguarda de emprego estável e com o combate à precarização laboral que amiúde está no bojo da terceirização. No mais, sobre a conformidade ou desconformidade constitucional do novo art. 338.º-A, trata-se de matéria discutível e o princípio da proporcionalidade terá, decerto, de ser judiciosamente aplicado. *O que nos impressiona e até nos revolta é, todavia, o “argumentário mercadológico” que por vezes tem sido mobilizado para contestar esta norma, sem qualquer atenção para com o valor constitucional da segurança no emprego, sem qualquer sensibilidade para com as consequências destrutivas tantas vezes resultantes de uma decisão de despedimento, sem qualquer respeito pela pessoa que há em cada trabalhador atingido pelo despedimento. Tudo secundarizado, tudo olvidado, tudo facilmente sacrificado em nome de alegados ganhos de eficiência e, quiçá, de maiores margens de lucro*¹⁶.

Não é essa, cremos, a ponderação de valores que a CRP obriga a efetuar. Portugal é uma República baseada na dignidade da pessoa humana, em que o trabalhador é titular de direitos fundamentais de primeira grandeza. Portugal não é uma República em que vigorem, sem mais e acima de tudo, as leis do mercado e em que o trabalhador seja livremente descartável, por mera conveniência da entidade empregadora. Como J. J. GOMES CANOTILHO e JORGE LEITE lapidarmente afirmaram, «a proteção da salvaguarda, conservação e estabilidade no emprego é reconhecida, no plano jurídico-constitucional, como um “bem”, “direito” ou valor constitucional eminente, o que não pode deixar de o fazer prevalecer nos casos de *colisão ou conflito* desse bem ou direito com outros bens, mesmo se constitucionalmente protegidos (exemplos: rentabilidade da empresa, racionalidade económica, direitos e interesses da entidade patronal, etc.)»¹⁷.

Assim era no séc. XX, assim continua a ser, cremos, no séc. XXI. ROSÁRIO PALMA RAMALHO fornece um exemplo que ilustra perfeitamente a questão. Escreve a Autora: «Imagine-se que, no âmbito de um processo de reestruturação financeira, a empresa promove o despedimento coletivo dos trabalhadores não essenciais para a sua operação económica e extingue o serviço da cantina, o serviço médico e a secção da segurança, contratando para o mesmo efeito, uma empresa de *catering*, uma clínica médica, cujos profissionais se deslocam à empresa, e uma empresa de segurança, que prestam esses serviços de modo mais especializado mas a um preço mais baixo; ou ainda que a mesma empresa, depois de encerrar uma qualquer secção, recorre a uma ETT para assegurar essa atividade através de trabalhadores temporários, dentro dos requisitos de admissibilidade do trabalho temporário». A Autora conclui: «À luz da norma do art. 338.º-A, estes contratos de prestação de serviço correspondem a situações de *outsourcing* proibido, o que não faz sentido do ponto de vista dos objetivos do despedimento»¹⁸.

Ora, a nosso ver, é aqui que, justamente, bate o ponto. Mal ou bem, com justificação bastante

.....
Trabalho – Relação Individual, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 855-861.

16 Há muito que a nossa melhor doutrina denuncia a tendência, de matriz neoliberal, para colocar a empresa, e não o trabalhador, no centro das preocupações do direito laboral (a empresa como novo “maître à penser”) e para que o social se degrade em mero subproduto do económico — por todos, J. J. GOMES CANOTILHO e JORGE LEITE, «A inconstitucionalidade da lei dos despedimentos», *separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1988, p. 9.

17 Loc. cit., p. 25.

18 *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., pp. 1084-1085, n. 1810.

ou insuficiente, quiçá até de forma contraproducente, estamos convictos de que *aquilo que o legislador pretendeu, com o novo art. 338.º-A, foi precisamente instituir a regra segundo a qual despedir-para-terceirizar, ainda que possa ser uma medida racional, de ponto de vista da eficiência empresarial, não é uma medida proporcional, pela violência inerente ao sacrifício do emprego dos trabalhadores despedidos*. O desejo empresarial de terceirizar tem de ser temperado, pois, pela necessidade de respeitar os contratos de trabalho em vigor, não legitimando decisões unilaterais extintivas dos mesmos por banda do empregador. A livre iniciativa económica e a liberdade de organização empresarial, sendo valores constitucionais, têm de se concatenar com a garantia fundamental da segurança no emprego. E, na visão da “agenda do trabalho digno” — discutível, claro, mas não aberrante, nem constitucionalmente absurda —, despedir alguns trabalhadores (porventura mais antigos e com vínculos por tempo indeterminado) para, ato contínuo, os substituir por outros (porventura mais jovens e com vínculos precários), por exemplo através de uma ETT, é uma operação que pode ser economicamente racional, mas que é tida como juridicamente desvaliosa¹⁹.

Vale dizer, a racionalidade económico-financeira da decisão de gestão não implica, inexoravelmente, a licitude do despedimento realizado para pôr em prática aquela decisão. O direito não se confunde com a economia, o direito possui uma axiologia própria, distinta, que concede importância, isto é, que valoriza o emprego e a pessoa humana que está a ser privada do emprego em virtude daquela decisão gestonária. Certo, o direito não pode ignorar a lei do mercado, mas também, convenhamos, o direito não se pode limitar a vergar-se perante o mercado²⁰. O direito regula, permite, prescreve, proíbe. E, na ponderação de valores a efetuar, a eficiência pode ter de ceder, em homenagem à salvaguarda do emprego daquelas pessoas. É uma ponderação complexa, delicada. Mas, se bem o lemos, o que o art. 338.º-A pretende sinalizar é, precisamente, que meras considerações de eficiência, ligadas à terceirização de serviços, não bastam para justificar despedimentos, não servem de credencial para legitimar o ato de violência expulsiva (e, por vezes, destrutiva) em que o despedimento se analisa. Por outras palavras: aquilo que o legislador quis dizer com esta nova norma (de forma conscienciosa, de forma audaciosa ou, quiçá, de forma demasiado audaciosa) foi que, se o preço a pagar pela terceirização de serviços consistir em despedimentos, então esse preço é demasiado elevado.

O que vem de ser escrito, concedemos, não reabilita o disposto no art. 338.º-A, no plano técnico-jurídico, nem resolve as dúvidas sobre a (des)conformidade constitucional desta nova norma do CT. Estamos mesmo em crer que esta norma vai constituir um ato falhado do legislador. As dúvidas e dificuldades que a dita norma suscita, no plano interpretativo e aplicativo, irão, provavelmente, fazê-la sucumbir. Ainda assim, as notícias sobre uma nítida, flagrante e insofismável inconstitucionalidade deste

19 No caso do trabalho temporário, o desvalor jurídico desta operação é duplo, pois tal operação parece violar, não só o novo art. 338.º-A do CT, mas também o velho n.º 5 do art. 175.º do CT, implicando, por isso, a mobilização articulada de ambos os preceitos legais.

20 De certa forma, esta norma constitui uma magnífica ilustração daquilo que JORGE LEITE qualificava como uma das mais angustiantes e dramáticas questões da modernidade: como articular o mercado com o trabalho? Sujeitando este último às exigências daquele? Regulando aquele tendo em conta as necessidades deste? O Autor manifestava a sua apreensão perante a crescente tendência para o Direito do Trabalho desempenhar uma função de «frio instrumento de gestão empresarial» («A reforma laboral em Portugal», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 34, 2013). No caso do art. 338.º-A do CT, é notório que o legislador não concebe esta norma como mais um “frio instrumento de gestão empresarial”, bem pelo contrário. A norma pode é relevar de algum voluntarismo excessivo, a norma parece é ter sido mal desenhada e estar deficientemente calibrada — sem que se conteste a nobreza dos seus propósitos.

art. 338.º-A parecem-nos algo exageradas. E temos de reconhecer um mérito ao legislador. O legislador revela, com esta tosca norma, que tem plena consciência de que *terceirização rima com precarização*. Daí a proibição constante do art. 338.º-A. Mesmo que com falhas técnicas assinaláveis, é bom sinal que o legislador se preocupe com este fenómeno, é positivo que revele inconformismo em relação a este fenómeno. Submeter os processos de terceirização a um “controle civilizatório”²¹ por parte do Direito do Trabalho parece-nos uma ideia de louvar, se queremos, realmente, levar a sério o princípio segundo o qual o trabalho não é uma mercadoria.

.....
21 As palavras são de MAURÍCIO GODINHO DELGADO, **Curso de Direito do Trabalho**, cit., p. 581.