

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 632/2008

Processo n.º 977/2008

Acordam, em plenário, no Tribunal Constitucional:

I — Relatório

1 — O Presidente da República requereu, nos termos do n.º 1 do artigo 278.º da Constituição da República Portuguesa e dos artigos 51.º, n.º 1, e 57.º, n.º 1, da lei de organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional, que o Tribunal Constitucional aprecie a conformidade com a Constituição da norma constante da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 112.º do Código do Trabalho, na revisão aprovada pelo Decreto n.º 255/X da Assembleia da República, recebido na Presidência da República no dia 5 de Dezembro de 2008 para ser promulgado como lei.

O pedido de fiscalização de constitucionalidade apresenta, em síntese, a seguinte fundamentação:

A norma prevista na alínea *a*) do n.º 1 do referido artigo 112.º dispõe sobre a duração do período experimental nos contratos de trabalho por tempo indeterminado e procede a um significativo alargamento da duração do período experimental quanto aos trabalhadores indiferenciados;

Esta norma é uma norma restritiva de direitos, liberdades e garantias, pois quanto mais dilatado for o período experimental maior a precariedade da relação jurídico-laboral e mais frágil a garantia na segurança do emprego;

E a regra constante do n.º 1 do artigo 53.º da Constituição, sistematicamente inserida no domínio dos «Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores», reconhece aos trabalhadores o direito à «segurança no emprego», dela resultando a garantia da «proibição dos despedimentos sem justa causa»;

Atendendo à natureza do direito à segurança no emprego e à natureza restritiva da norma em apreço, deve verificar-se se a restrição operada respeita, nos termos do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, o princípio da proporcionalidade, no contexto dos seus subprincípios da *adequação*, *necessidade* e, complementarmente, da *razoabilidade*;

À luz do corolário da adequação, o aumento da duração do período experimental para os trabalhadores indiferenciados (de 90 para 180 dias) suscita dúvidas quanto à sua idoneidade para atingir o fim atribuído ao período experimental (avaliação pelas partes do seu interesse na prossecução do vínculo laboral). As dúvidas emergem, desde logo, do contexto histórico-jurídico do período experimental (onde se enquadra a evolução do instituto entre nós e elementos de direito comparado);

Assim, e por um lado, um trabalhador não carecerá do dobro do prazo em vigor estipulado para o período experimental para aferir sobre a conveniência das condições oferecidas pela empresa, tanto mais que pode rescindir o contrato a todo o tempo, sem necessidade de justa causa, desde que observe o aviso prévio exigido; por outro lado, no que respeita às profissões indiferenciadas, carentes de qualquer especialização relevante, não parece líquido que o empregador necessite, objectivamente, de meio ano para avaliar as qualidades profissionais dos seus trabalhadores tendo em vista a celebração de um contrato de trabalho por tempo indeterminado;

A regra constante do n.º 4 do artigo 112.º não compensa o alargamento operado pela norma em análise;

O alargamento do período experimental para trabalhadores indiferenciados parece não se harmonizar também com a medida de valor da necessidade, a qual, nos termos textuais do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, impõe que a restrição legal a um direito, liberdade ou garantia se afigure exigível ou mesmo indispensável para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos;

O alargamento do período experimental para os trabalhadores indiferenciados não serve na mesma medida o trabalhador (que pode sempre rescindir o contrato mediante aviso prévio) e a entidade empregadora (que só naquele período pode rescindir o contrato sem justa causa e evitar vincular-se a um contrato indesejável);

O aumento do período experimental para trabalhadores indiferenciados parece não ser um meio necessário para permitir à entidade empregadora avaliar as qualidades dos seus trabalhadores do regime geral, pelo que, a constituir uma medida inidónea ou desnecessária, muito dificilmente poderá ter-se como exigível ou indispensável para salvar a sua autonomia contratual;

Da ponderação entre o bem jurídico afectado pela restrição (o direito à segurança no emprego e à garantia da proibição do despedimento sem justa causa — artigo 53.º da Constituição) e a autonomia privada das partes e direito de iniciativa privada (n.º 1 do artigo 26.º e n.º 1 do artigo 61.º, ambos da Constituição) não resulta que o alargamento do período experimental para os trabalhadores indiferenciados seja uma medida exigível;

No contexto global do sistema, constata-se que a revisão do Código do Trabalho — aprovada pelo Decreto n.º 255/X — implica um maior rigor e onerosidade na celebração de contratos a termo, tornando mais limitada a utilização desta forma de trabalho precário que tem sido convocada por vezes, excessivamente, como modo de atenuar a alegada rigidez do sistema de cessação do contrato do trabalho por tempo indeterminado;

O alargamento do período experimental nos termos discutidos pode operar como factor compensatório da maior dificuldade ou onerosidade de celebração de contratos a termo certo;

No entanto, a concordância prática entre dois direitos em tensão, como efeito de restrições que o legislador possa determinar ao seu modo de exercício, tem como limite a necessidade de as mesmas restrições não subverterem o finalismo dos institutos jurídicos que lhes subjazem, nomeadamente a teleologia dos contratos a termo e do período experimental. No caso, não parece ser possível operar uma concordância prática entre a salvaguarda do direito de iniciativa privada e o sacrifício do direito à segurança no emprego;

Independentemente do uso que tenha sido feito em relação à contratação a termo certo, uma maior limitação do seu uso (como forma de recondução do seu regime aos respectivos pressupostos legais e constitucionais) não pode ser legitimamente compensada, por via indirecta, com o aumento de outra forma de precariedade laboral, através de um expressivo alargamento do período experimental, em violação do princípio da segurança no emprego constante do n.º 1 do artigo 53.º da Constituição;

Assim, o período experimental dos contratos por termo indeterminado seria convolado em nova forma de contratação a prazo pelo período de seis meses, com a agravante de se tratar de um regime laboral cuja rescisão se encontra

desprovida de forma específica, direito a indemnização e justa causa para a sua resolução, constituindo, ainda, um factor de agravamento da precariedade laboral, na medida em que, contrariamente à contratação a prazo, não seria susceptível de renovação;

O direito à iniciativa privada exerce-se em conformidade com o interesse público ao qual não será estranho o acréscimo da precariedade laboral;

A consagração de um período experimental sem atender à distinção entre trabalhadores indiferenciados e trabalhadores especializados suscita dúvidas quanto a uma eventual violação do princípio da igualdade.

O Presidente da República conclui da seguinte forma:

«33.º

Existem, em conclusão, dúvidas sobre se, à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 54/91), a liberdade de conformação do legislador para a fixação do período experimental na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 112.º do decreto não terá excedido, para o trabalho indiferenciado incluído no regime geral, os limites constitucionais impostos pelo princípio da proporcionalidade, *ao fixar um 'período de tal forma prolongado que resulte desvirtuado o princípio da segurança no emprego'* mediante uma duração estendida por um tempo demasiado longo que possa constituir uma 'forma [...] de permitir o despedimento sem justa causa'.

Requer o pedido de fiscalização de constitucionalidade nos seguintes termos:

«34.º

Atenta a fundamentação das dúvidas de constitucionalidade expostas no presente pedido, venho requerer ao Tribunal Constitucional que aprecie a conformidade da norma da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 112.º do Decreto n.º 255/X da Assembleia da República, quando aplicada aos trabalhadores do regime geral que exercem trabalho indiferenciado, com a norma do artigo 53.º da CRP, conjugada com o n.º 2 do artigo 18.º da CRP e com os n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º da CRP.

35.º

Nos termos do n.º 8 do artigo 278.º da CRP, fixo o encurtamento do prazo de pronúncia do Tribunal Constitucional para 15 dias.»

2 — O requerimento deu entrada neste Tribunal no dia 12 de Dezembro de 2008 e o pedido foi admitido na mesma data.

3 — Notificado para o efeito previsto no artigo 54.º da Lei do Tribunal Constitucional, o Presidente da Assembleia da República veio apresentar resposta na qual oferece o merecimento dos autos.

4 — Apresentado e discutido o memorando a que alude o artigo 58.º, n.º 2, da Lei do Tribunal Constitucional, cumpre decidir de acordo com a orientação que então se fixou.

II — Fundamentos

A) A questão de constitucionalidade

5 — O pedido apresentado ao Tribunal vem circunscrito — como se depreende do *relato* atrás feito — à apreciação de uma única norma.

Pretende, com efeito, o requerente que o Tribunal se pronuncie, a título preventivo, sobre o disposto na alínea *a*) do artigo 112.º do Código do Trabalho, na revisão aprovada pelo Decreto n.º 255/X da Assembleia da República.

Sob a epígrafe «Duração do período experimental», dispõe do seguinte modo o referido n.º 1 do artigo 112.º:

«1 — No contrato de trabalho por tempo indeterminado, o período experimental tem a seguinte duração:

- a*) 180 dias para a generalidade dos trabalhadores;
- b*) 240 dias para trabalhador que exerça cargo de direcção ou quadro superior.»

A redacção do preceito visa alterar o disposto no artigo 107.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, e que vigora hoje com o seguinte teor:

«Artigo 107.º

Contratos por tempo indeterminado

Nos contratos por tempo indeterminado, o período experimental tem a seguinte duração:

- a*) 90 dias para a generalidade dos trabalhadores;
- b*) 180 dias para os trabalhadores que exerçam cargos de complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou que pressuponham uma especial qualificação, bem como os que desempenhem funções de confiança;
- c*) 240 dias para pessoal de direcção e quadros superiores.»

Do confronto entre as duas disposições resulta claro que o Decreto n.º 255/X da Assembleia pretende vir alterar, *em certo sentido*, o regime vigente de duração do período experimental nos contratos de trabalho por tempo indeterminado. O período de 180 dias, que, de acordo com a versão actual do Código, vale apenas para aqueles contratos que forem celebrados com trabalhadores *especialmente qualificados* (ou que exerçam cargos tecnicamente complexos, com elevado grau de responsabilidade ou que pressuponham especiais funções de confiança), *passaria* — de acordo com a nova redacção aprovada pelo decreto — a *valer também para os contratos celebrados com trabalhadores indiferenciados*, ou sem especiais qualificações.

É que aí onde antes se previa a existência de *três* períodos de duração do período experimental (nos contratos de trabalho por tempo indeterminado), a saber, 90 dias para a generalidade dos trabalhadores, 180 para os trabalhadores especialmente qualificados e 240 para aqueles que exercessem cargos de direcção, passaria doravante a prever-se, apenas, *dois períodos*, «consumindo-se» o regime previsto para o trabalho qualificado no regime geral. Daqui resultaria — e nisto se cifra o *essencial* da mudança legislativa que o decreto se propõe alcançar — um alargamento, para o dobro, da duração do período experimental nos contratos de trabalho de duração indeterminada celebrados com trabalhadores não qualificados, ou, conforme também se diz, integrantes do *regime geral*.

Ora, é justamente este alargamento — o seu sentido e a sua medida — que concita as dúvidas de constitucionalidade que o requerente suscita perante o Tribunal.

Na verdade, o que se invoca (com frequente apoio na jurisprudência constitucional) pode ser, fundamentalmente, sintetizado como segue. Qualquer alargamento do período de duração da «prova», ou da «fase de experiência» nos contratos de trabalho — sobretudo nos contratos de duração indeterminada — redundaria, diz-se, numa *restrição* a um direito, liberdade ou garantia, a saber, o *direito à segurança no emprego*, consagrado no artigo 53.º da Constituição. Assim sendo, diz-se ainda, a restrição só será lícita se se conformar com as exigências contidas no artigo 18.º da Constituição, mormente com o cumprimento do princípio da proporcionalidade, inscrito na parte final do n.º 2 do referido preceito. Desdobrando-se tal princípio em exigências de *adequação, necessidade e razoabilidade* — de acordo com a terminologia utilizada no pedido — não se vê, finalmente, como é que um período de «experiência» de 180 dias pode ser tido, quanto aos contratos do regime geral, como um período *adequado, necessário ou razoável*.

Contesta-se, antes do mais, a *adequação* do tempo da experiência: entende-se, com efeito, que nem um trabalhador indiferenciado carecerá «do dobro do prazo em vigor para aferir sobre a conveniência das condições oferecidas pela empresa» nem o empregador que com ele contrate precisará de «meio ano para avaliar das [suas] qualidades profissionais» (n.ºs 13 a 24 do pedido). Contesta-se, de seguida, a *necessidade* de um tal tempo, por se considerar que o seu *quantum* não é exigível, nem indispensável, para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, nomeadamente para a salvaguarda do direito de iniciativa económica privada, consagrado no artigo 61.º da Constituição (n.ºs 25 a 29 do pedido). Finalmente, parece contestar-se também a *razoabilidade* do novo período de «experiência» por se concluir que, «no contexto global do sistema» — e ainda de acordo com desideratos de concordância prática entre a necessária protecção da segurança no emprego e a observância do direito à livre iniciativa privada —, devem as restrições [à segurança no emprego] observar como limites a *não subversão* do «finalismo dos institutos que lhes subjazem, nomeadamente a teleologia dos contratos a termo e do período experimental» (n.º 32 do pedido).

A certo passo (e como se afirmou já no *relato* inicial), sustenta-se ainda que o novo regime aprovado pelo decreto lesará, também, o princípio da igualdade, fixado no artigo 13.º da Constituição, «quando conjugado» com a exigência da proporcionalidade (n.º 24 do pedido).

6 — Sendo esta a *questão de constitucionalidade* que o pedido coloca ao Tribunal, importa, para a sua resolução, esclarecer se tem ou não razão o requerente quando alega os motivos que atrás ficaram sintetizados.

Como tais motivos se fundam, antes do mais, na afirmação segundo a qual o alargamento do tempo de duração do período experimental se cifra, pela sua própria «natureza», numa restrição ao direito de segurança no emprego, importa desde logo determinar se assim é. Tal depende da averiguação do conteúdo que, de acordo com um acervo já firme de jurisprudência, se pode e deve conferir a tal direito: por aqui, pois, se começará.

É impossível saber se a norma questionada contém efectivamente, como se sustenta, uma *restrição* ao direito consagrado no artigo 53.º da Constituição se se não

proceder à caracterização dos elementos essenciais do *regime do período experimental*, tal como ele tem sido consagrado — sobretudo nos hoje assim chamados «contratos de trabalho por tempo indeterminado» — pelo ordenamento infraconstitucional. Como só assim se poderá vir a determinar se existem (e que natureza têm) os pontos de atinência de tal regime face ao conteúdo do direito fundamental, por este tema se continuará. Finalmente, se se chegar à conclusão que tais pontos de atinência existem, e que configuram, como alega o requerente, uma *restrição* ao direito susceptível de convocar a necessária aplicação dos *limites das normas restritivas* contidos no artigo 18.º da Constituição, importará então averiguar se, *in casu*, foram ou não cumpridos tais limites. A averiguação incidirá especialmente sobre o cumprimento das exigências da proporcionalidade, que assume, aqui, particular relevo.

B) Sobre a garantia da segurança no emprego

7 — No elenco dos direitos, liberdades e garantias contam-se, desde a revisão de 1982, os *direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores*. A consagração, feita no artigo 53.º, da garantia dos trabalhadores à *segurança no emprego*, com a proibição dos despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos, «abre» o catálogo constitucional deste «tipo» particular de direitos fundamentais, que por se incluírem ainda no título II da parte I são tidos, sistemicamente, como *direitos de defesa ou direitos negativos*.

A jurisprudência do Tribunal já se pronunciou suficientemente sobre o alcance que tem, para a compreensão da unidade de sentido da categoria dos *direitos, liberdades e garantias*, a inclusão nela dos *direitos dos trabalhadores*. Por diversas vezes (e vejam-se a este propósito, por exemplo, os Acórdãos n.ºs 372/91, 581/95 e 683/99, todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt) disse o Tribunal que, ao prever a condição existencial da *pessoa*, do *cidadão* e do *trabalhador* como critério para a modulação da titularidade dos direitos, liberdades e garantias, a Constituição deixou claro que os direitos de defesa que ela própria consagra não podem ser vistos apenas como *direitos a abstenções do Estado* ou *direitos referidos apenas ao Estado*, pois que entre eles se incluem ainda — particularmente no capítulo referente aos direitos dos trabalhadores — direitos que, *incidindo nas relações entre cidadãos*, terão uma especial capacidade para «vincular entidades privadas», conforme diz a parte final do n.º 1 do artigo 18.º

O «facto» não pode deixar de estar relacionado com o princípio que vai inscrito na parte final do artigo 2.º e na alínea *d*) do artigo 9.º da Constituição. Se se partir da asserção segundo a qual o termo «trabalhadores», usado pelo texto constitucional, inclui seguramente todos aqueles que prestam a outrem *trabalho subordinado* — e se se entender também que «as relações de trabalho subordinado se não configuram como verdadeiras relações entre iguais, ao jeito das que se estabelecem no sistema civilístico dos contratos» (Acórdão n.º 581/95) —, então, a intenção constitucional de proteger especialmente a condição existencial do trabalhador enquanto titular de direitos, liberdades e garantias só pode relevar de uma outra intenção mais funda, que é a que vai incluída no *princípio da realização da democracia económica, social e cultural* e nas especiais tarefas do Estado que dele decorrem [artigo 9.º, alínea *d*)]. Como se disse, ainda, no já referido Acórdão n.º 681/95, a Constituição, ao proteger como protege o bem jurídico «trabalho subordinado», pretende afinal garantir que «a

validade dos contratos [de trabalho dependa] não apenas do consentimento das partes no caso particular, mas também do facto de que esse consentimento ‘se haja dado dentro de um marco jurídico-normativo que assegure que a autonomia de um dos indivíduos não está subordinada à do outro’ (C. S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1984, p. 178)».

É neste contexto que se deve determinar o sentido a atribuir ao direito consagrado no artigo 53.º

Como decorre de um acervo jurisprudencial já firmado — e vejam-se, para além dos Acórdãos n.ºs 372/91, 581/95 e 683/99, já citados, ainda (e sempre a título de exemplo), o n.º 148/87 (*Diário da República*, 2.ª série, n.º 178, 5 de Agosto de 1987, a p. 9674) e n.ºs 64/91, 373/91 e 306/2003, todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt — a *garantia da segurança no emprego*, entendida como direito, liberdade e garantia ou como *direito de defesa*, tem um conteúdo que não pode ser dissociado do direito ao trabalho, consagrado no artigo 58.º da Constituição. Enquanto *direito social*, *direito a prestações estaduais* ou *direito ao desenho e adopção de políticas públicas tendentes a promover o emprego*, o direito ao trabalho incluirá seguramente no seu âmbito estruturas subjectivas várias, complexas e multifacetadas, que não cabe agora analisar. Certo parece ser, porém, que entre elas se contará o *direito a procurar emprego*, como forma de realização condigna de projectos pessoais de vida. Nessa medida, o bem jurídico protegido por *esta específica dimensão* do direito consagrado no artigo 58.º não deixará de ser *contíguo* daquele outro que é protegido pela liberdade de escolha de profissão, consagrada no artigo 47.º

Ora, o direito à procura de emprego tem, na Constituição Portuguesa, uma face ou dimensão negativa, que é aquela que decorre *do direito à não privação arbitrária do emprego que se procurou e obteve*. E é precisamente esta a primeira dimensão da «*garantia*» que o artigo 53.º consagra. Quando aí se fixa, textualmente, a proibição dos «despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos», o que se procura impedir é, em última instância, que as relações de trabalho subordinado cessem por acção arbitrária, discriminatória ou injustificada do empregador. O *direito a não se ser privado arbitrariamente do emprego* que se obteve é assim, certamente, a primeira estrutura subjectiva que se inclui no âmbito de protecção da norma contida do artigo 53.º da Constituição. A primeira, que não a única.

Com efeito — e como ficou dito no Acórdão n.º 372/91 — «nada permite concluir que o conteúdo normativo do artigo 53.º da Constituição se esgota na proibição de despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos e ideológicos». A formulação literal do preceito inclui a expressão *segurança no emprego*, que é aquela que é *garantida*. Se a garantia se exaurisse na imposição constitucional — endereçada desde logo ao legislador ordinário — de proibição dos despedimentos acima mencionados, ter-se-ia que concluir que o constituinte se tinha expresso, aqui, de forma ostensivamente redundante. Assim sendo, no âmbito de protecção da norma contida no artigo 53.º está ainda incluída — e *não pode deixar de estar* — uma outra «*estrutura subjectiva*», que pode ser genericamente tida *como um direito à possível estabilidade do emprego que se procurou e obteve*. Tal implica a necessária evitação, por parte do Estado em geral e do legislador em particular, de *situações injustificadas de precariedade de emprego*.

8 — A determinação rigorosa do que seja uma «*situação injustificada de precariedade de emprego*», ou do que seja o *direito* à sua *possível* estabilidade, não pode ser feita se se não tiver em conta o direito à livre iniciativa económica privada, consagrada no artigo 61.º da Constituição. É que — e sobre a ideia não parece haver dúvidas — «o necessário contraponto aos direitos relativos ao trabalho, sem o qual não há emprego nem trabalhadores, é a liberdade de empresa e a iniciativa privada» (assim mesmo, Bernardo Xavier, «A Constituição Portuguesa como fonte do direito do trabalho», em *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem a Manuel Afonso Olea*, Coimbra, 2004, p. 165). A ideia, acrescente-se, é aliás reversível, já que a iniciativa privada se não poderá também exercer sem trabalhadores e procura de emprego.

Como o Tribunal tem afirmado de forma reiterada (v., a este propósito, a síntese feita pelo Acórdão n.º 187/2001, disponível em www.tribunalconstitucional.pt), a inserção sistemática do artigo 61.º no título respeitante aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais não exclui que o direito que o seu n.º 1 consagra tenha uma certa dimensão de *liberdade*, dimensão essa enfatizada, depois da revisão constitucional de 1997, com a redacção actual da alínea c) do artigo 80.º Com efeito, a observância do bem jurídico que a *liberdade de empresa* visa proteger obriga a que, no contexto de uma sociedade aberta e de uma economia de mercado, a produção e distribuição de bens e serviços não sejam coisas vedadas à acção dos privados. Tal implica que no âmbito de protecção da norma contida no n.º 1 do artigo 61.º se conte, não apenas a liberdade de iniciativa de uma certa actividade económica, mas também — e depois dela — a liberdade de organização e de ordenação dos meios institucionais necessários para levar a cabo a actividade que se iniciou. No entanto — e di-lo textualmente o preceito constitucional — estas duas liberdades são exercidas «nos quadros definidos pela Constituição e pela lei, e tendo em conta o interesse geral».

Significa isto que, na conformação do exercício da liberdade de empresa — sobretudo na sua segunda dimensão, atrás identificada, de liberdade de organização dos meios institucionais necessários para levar a cabo uma certa actividade económica —, não pode deixar o legislador ordinário de ter em conta os vínculos *que lhe são impostos pela garantia da segurança no emprego*, tal como ela vem definida no artigo 53.º Tal vale essencialmente por dizer que, entre nós, «[a] titularidade da empresa não envolve a propriedade e senhorio desta, com o seu carácter absolutizante e excludente, mas está desde logo limitada: gravam sobre a empresa outras posições jurídicas, direitos e expectativas dos trabalhadores que o empregador/titular da mesma empresa deve juridicamente respeitar» (Bernardo Xavier, *ob. cit.*, p. 177). Entre estas posições jurídicas que «gravam sobre a empresa» contar-se-ão, desde logo, aquelas que a lei *deve* definir, em função das duas injunções que lhe são endereçadas pela garantia constitucional da segurança no emprego: a proibição da existência de despedimentos arbitrários, primeira, e a necessária evitação de situações injustificadas de precariedade de emprego, segunda.

Da necessária evitação de situações injustificadas de precariedade de emprego decorre uma conclusão clara, salientada constantemente pela jurisprudência do Tribunal. Como se disse, entre muitos outros, no Acórdão n.º 372/91, «o contrato de trabalho sem prazo [é] o tipo de contrato

que melhor assegura os interesses do trabalhador e os fins sociais que a actividade laboral visa realizar».

Assim, e entre nós, o estabelecimento, entre trabalhadores e empregadores, de relações de trabalho constituídas por contratos de duração indeterminada deve ser a *regra* e a contratação a termo a *excepção*. Por isso prevê o direito vigente que seja limitada a possibilidade de celebração de «contratos a termo», através do recurso a elementos de constrictão que não estão presentes no regime do contrato de duração indeterminada. Como se sabe, a contratação a termo tem desde logo exigências de motivação, que assentam no pressuposto de que se tratará aqui de corresponder a necessidades não permanentes de trabalho (artigo 129.º do Código do Trabalho, artigo 140.º na redacção aprovada pelo decreto); a relação dela emergente deve perdurar durante um período mínimo (artigo 142.º do Código, artigo 148.º na nova redacção); o contrato deve observar uma certa forma (artigo 131.º, n.º 4, do Código e artigo 141.º, n.º 1, da nova redacção); em caso de cessação do vínculo «por declaração do empregador» deve este último *compensar* o trabalhador (artigo 388.º, n.º 2, do Código, artigo 344.º, n.º 2, da nova redacção). A tudo isto acresce, ainda, a limitação decorrente do n.º 1 do artigo 132.º do Código (mantida, quanto ao essencial, no artigo 143.º da nova redacção), segundo a qual, em regra, «[a] cessação, por motivo não imputável ao trabalhador, de contrato de trabalho a termo impede nova admissão a termo para o mesmo posto de trabalho, antes de decorrido um período de tempo equivalente a um terço da duração do contrato, incluindo as suas renovações».

Não sendo este regime, seguramente, o *único constitucionalmente possível*, a verdade é que a sua existência — e a distinção essencial que dele emerge quanto à modelação dos contratos de trabalho por tempo indeterminado e a modelação dos contratos a termo — concretiza a injunção decorrente do artigo 53.º da CRP. O recurso ao vínculo precário da chamada «contratação a termo» não pode deixar de ser, na ordem infraconstitucional, marcada pelo cunho da *excepcionalidade*: a isso induz o dever, que impende sobre o legislador ordinário, de evitar situações *injustificadas* de precariedade de emprego.

C) O período experimental no contrato de trabalho por tempo indeterminado

9 — De acordo com o n.º 1 do artigo 105.º do Código do Trabalho, actualmente em vigor, «[d]urante o período experimental, qualquer das partes pode denunciar o contrato sem aviso prévio nem necessidade de invocação de justa causa, não havendo direito a indemnização, salvo acordo escrito em contrário». Esta formulação é, no essencial, mantida pelo n.º 1 do artigo 114.º do Código, na versão aprovada pelo Decreto n.º 255/X da Assembleia.

A previsão legal de um período de «prova» ou de «experiência» — com as consequências atrás identificadas —, coincidente com a fase inicial de execução do contrato, corresponde a uma tradição de certo modo já sedimentada entre nós.

Com efeito, o termo «período experimental» foi pela primeira vez usado pelo Decreto-Lei n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966, onde se determinava (artigo 44.º) que «[n]os contratos sem prazo haverá sempre um período experimental de dois meses, salvo se outra coisa for convencionada por escrito». Da determinação decorriam já consequências quanto ao regime de cessação do contrato. É que se *presumia* que o despedimento — por «iniciativa do trabalhador»

ou «por iniciativa da entidade patronal» — fora «feito, respectivamente, por causa das condições desfavoráveis de trabalho ou por inaptidão para o serviço», caso ele ocorresse durante o período experimental (artigo 109.º). A solução, assente evidentemente em pressupostos constitucionais muito diversos dos nossos, correspondia remotamente a um regime pela primeira vez ensaiado em 1937 (com a Lei n.º 1952), em que, durante os primeiros dois meses de duração do contrato, podia o trabalhador ser despedido com fundamento em *presunção da sua ineptidão para o serviço*.

Foi, porém, a Lei da Cessação do Contrato de Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 64-A/89, que — depois de alterações sobrevindas em 1975 e 1976, agora de recordação inútil — veio a fixar a regulação pós-constitucional do período da «experiência». Aí se determinava já que, *salvo acordo escrito em contrário*, qualquer das *partes* podia rescindir o contrato durante a sua fase inicial, sem aviso prévio e sem necessidade de invocação de justa causa, não havendo lugar a qualquer indemnização.

O período da «prova» ou da «experiência» era então, para os contratos de tempo indeterminado, de 60 dias e, para os contratos a termo, de 30 dias. Mais se previa que, no primeiro tipo de contratos e relativamente a postos de trabalho com especial complexidade técnica ou grau de responsabilidade, o «período experimental» pudesse ser alargado até seis meses.

Esta «tradição», assim sedimentada, foi sendo sempre acompanhada por uma certa justificação quanto à necessidade da existência de um período de «prova» ou de «experiência» (coincidente com a fase inicial de execução do contrato) *sobretudo nos contratos de trabalho de duração indeterminada*. Retomando uma formulação doutrinal corrente, já repetida pelo Tribunal no Acórdão n.º 64/91: «[o] contrato de trabalho implica a constituição de uma relação jurídica duradoura e que, tendencialmente, vai acompanhar o trabalhador durante toda a sua vida profissional activa. Uma vez consubstanciada, vários esquemas tornam difícil a sua cessação. Por isso, vários ordenamentos impõem ou admitem que, celebrado um contrato de trabalho, decorra primeiro um *período experimental* que possibilite às partes ponderar a viabilidade da situação laboral criada e a sua própria vontade, agora já esclarecida por uma experiência real de trabalho.» (António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, 1991, p. 577). Assim, o período experimental — sobretudo a partir de 1989, altura em que se fixa o seu regime em harmonia com o quadro constitucional — passa a ser identificado como um instituto que reúne quatro elementos essenciais:

- i) Integra *naturalmente* o contrato, dado que, salvo convenção escrita em contrário, corresponderá à fase inicial da sua execução;
- ii) É *temporalmente limitado*;
- iii) Durante a sua vigência, qualquer das partes pode fazer cessar o vínculo sem invocar motivo, sem aviso prévio (como regra geral), e sem compensação ou indemnização;
- iv) O seu *escopo* é, apenas, a *experimentação*.

O tempo de «prova» existe para que as partes possam determinar — no quadro de uma relação jus-laboral já *vivida* — se a projecção que fizeram quanto à conveniência da contratação se adequa às condições efectivas em que se processa a prestação de trabalho.

É este instituto, com estas características e finalidades, que *continua* a ser regulado pelo Código do Trabalho — tanto na formulação actualmente vigente quanto na que é, agora, objecto de apreciação. No entanto, e apesar do seu constante figurino, o que se tem substancialmente alterado — e alterado no sentido «de um movimento constante de expansão» (assim, Júlio Gomes, «Do uso e abuso do período experimental», em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano xxxxi, n.º 1/2, 2000, p. 49) — é o elemento *tempo de duração da experiência*. Na verdade, de um período inicial de 60 dias para a generalidade dos trabalhadores (com a possibilidade do seu alargamento até seis meses, para os cargos de especial complexidade técnica ou grau de responsabilidade), previsto pela Lei de 1989, passou-se — com uma alteração intermédia introduzida em 1991 — para a solução actualmente vigente. Como já se disse, e nos termos do artigo 107.º do Código do Trabalho, de 2003, o período experimental é hoje, para a generalidade dos trabalhadores, de 90 dias; de 180 dias para os trabalhadores com especial qualificação (que exerçam cargos de complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou cujas funções pressuponham especiais relações de confiança) e de 240 dias para pessoal de direcção ou quadros superiores. É ainda este *movimento geral de expansão* que está agora em juízo. A nova redacção aprovada pelo decreto propõe-se, como já se sabe, *aumentar* para 180 dias o período de «prova» dos trabalhadores não qualificados, ou integrantes do chamado «regime geral».

10 — Como o Tribunal já disse (Acórdão n.º 64/91), a existência de um período experimental, assim configurado com os seus elementos essenciais, não merece qualquer censura constitucional. A necessidade da «prova» — com todas as consequências decorrentes, sobretudo para o trabalhador — inscreve-se na própria teleologia do *contrato de trabalho por tempo indeterminado*, esse mesmo que, como já se sabe, corresponde ao «paradigma» das relações jus-laborais que se conformam plenamente com o valor constitucional da segurança no emprego. É legítimo que se entenda que relações como estas, longas e duradouras, necessitem — e em princípio para benefício de ambas as partes — de uma *via de respiração*, conferida pela previsão legal de um tempo durante o qual tanto trabalhador quanto empregador se possam livremente desvincular de um compromisso que, no seu entendimento, se não antevê viável. Há, no entanto, neste contexto, um problema que não pode deixar de ser considerado.

Na verdade, uma das questões que mais se discute a propósito da figura do período experimental é a de saber se, no seu escopo, se inscreve verdadeiramente uma ideia *simétrica* de «bilateralidade». Disse-se atrás que o *interesse* na existência da «prova», ou da *experiência*, é de ambas as partes no contrato: o trabalhador tem *interesse* em conhecer o ambiente em que trabalha e em prognosticar a viabilidade de continuação de uma relação prolongada no tempo; o empregador, por seu turno, tem *interesse* em conhecer as aptidões e características pessoais e técnicas do trabalhador, a fim de antever, também ele, as virtualidades de uma vinculação que se prolongará no tempo. Mas é evidente que não tendo, no nosso direito, ambas as partes faculdades idênticas quanto à possibilidade de, por vontade sua, fazer cessar o vínculo uma vez passado o período da experiência — o trabalhador pode fazê-lo a qualquer momento mediante aviso prévio e independentemente de justa causa (artigo 447.º do Código do Trabalho; artigo 400.º na versão aprovada pelo decreto), enquanto

o empregador só pode fazê-lo nos termos regulados pelos artigos 396.º a 439.º do Código (artigos 338.º a 392.º na nova redacção) —, a existência do período experimental tornar-se-á, em si mesma, especialmente *interessante* para este último. Nesta medida, é sustentável que se alegue que qualquer aumento de duração desse mesmo período se traduzirá em *benefício* para a entidade patronal e em correspondente «compressão» dos *interesses* do trabalhador.

Assim sendo, parece claro (e assim o diz, também, o Acórdão n.º 64/91) que tal período não pode deixar de ser limitado por lei. Por razões de defesa dos interesses do trabalhador — e por razões decorrentes do princípio constitucional da não precariedade injustificada do emprego — a duração da «experiência» tem de ter, evidentemente, um limite máximo fixado pelo legislador. Este terá, assim e em princípio, a liberdade de conformar o *quantum* da «prova», mas não a liberdade de deixar de o conformar.

Tal conclusão não resolve, porém, um outro problema, que é o de saber se semelhante liberdade de conformação legislativa — referente apenas à escolha do tempo *concreto* de duração do período experimental — não deve, também ela, ser limitada. E a resposta, já dada pelo Acórdão n.º 64/91, parece ser inquestionavelmente positiva. Conforme então se disse, a duração do período experimental «não pode ser fixada em período de tal forma prolongado que resulte desvirtuado o princípio da segurança no emprego, como sucederá, indiscutivelmente, nos casos em que a duração se estendesse por tempo tão longo (dois ou três anos, por exemplo) que se teria de considerar estar-se perante uma fixação *fraudulenta*, forma *encapotada* de permitir o despedimento sem justa causa».

Assim postas as coisas, não parece que restem dúvidas quanto à potencial natureza *restritiva* (e *restritiva* face ao direito, liberdade e garantia consagrado no artigo 53.º da Constituição) de medidas legais que alarguem o tempo de duração do período experimental. Com efeito, se se entender por *restricção* a um direito toda a «acção ou omissão estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jus-fundamentalmente protegido [...] ou enfraquecendo os deveres e obrigações, em sentido lato, que dele resultem para o Estado, afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental» (Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, p. 247), pode bem sustentar-se, por tudo quanto já se disse, que as referidas medidas *dificultam o acesso ao bem jus-fundamentalmente protegido* (a segurança no emprego) e *enfraquecem os deveres que dele resultam para o Estado*.

Resta saber — porque é essa *uma outra questão* — se, *in casu*, o alargamento efectuado pela norma contida na alínea a) do n.º 1 do artigo 112.º (na redacção aprovada pelo decreto da Assembleia) configura uma *restricção constitucionalmente ilícita*, por implicar violação dos limites aos limites dos direitos que o artigo 18.º da Constituição consagra.

O problema, como já se sabe, prende-se particularmente com esse especial *limite* às restrições que decorre da necessária observância do princípio da proporcionalidade.

D) O princípio da proporcionalidade

11 — O que seja o conteúdo rigoroso da proporcionalidade, textualmente referida na parte final do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, é questão suficientemente tratada pela jurisprudência do Tribunal.

Com efeito, e como se disse, por exemplo, no Acórdão n.º 634/93 (referido também no Acórdão n.º 187/2001), a ideia de proporção ou *proibição do excesso* — que, em Estado de direito, vincula as acções de todos os poderes públicos — *refere-se fundamentalmente à necessidade de uma relação equilibrada entre meios e fins*: as acções estaduais não devem, para realizar os seus fins, empregar meios que se cifrem, pelo seu *peso*, em encargos excessivos (e, portanto, não equilibrados) para as pessoas a quem se destinem. Dizer isto é, no entanto, dizer pouco. Como se escreveu no Acórdão n.º 187/2001 (ainda em desenvolvimento do Acórdão n.º 634/93):

«O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios:

Princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos);

Princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato);

Princípio da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos).»

A esta definição geral dos três subprincípios (em que se desdobra analiticamente o princípio da proporcionalidade) devem por agora ser acrescentadas, apenas, três precisões. A primeira diz respeito ao conteúdo exacto a conferir ao terceiro teste enunciado, comumente designado pela jurisprudência e pela doutrina por *proporcionalidade em sentido estrito* ou *critério da justa medida*. O que aqui se mede, na verdade, é a relação *concretamente existente* entre a carga coactiva decorrente da medida adoptada e o peso específico do ganho de interesse público que com tal medida se visa alcançar. Ou, como se disse, ainda, no Acórdão n.º 187/2001, «[t]rata-se [...] de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação ‘calibrada’ — de justa medida — com os fins prosseguidos, o que exige uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e das medidas possíveis».

A segunda precisão a acrescentar é relativa à ordem lógica de aplicação dos três subprincípios, que se devem relacionar entre si segundo uma regra de precedência do mais abstracto perante o mais concreto, ou mais próximo (pelo seu conteúdo) da necessária avaliação das circunstâncias específicas do caso da vida que se aprecia. Quer isto dizer, exactamente, o seguinte: o teste da proporcionalidade inicia-se logicamente com o recurso ao subprincípio da adequação. Nele, apenas se afere se um certo meio é, em abstracto e enquanto meio *típico*, idóneo ou apto para a realização de um certo fim. A formulação de um juízo negativo acerca da *adequação* prejudica logicamente a necessidade de aplicação dos outros testes. No entanto, se se não concluir pela *inadequação* típica do meio ao fim, haverá em seguida que recorrer ao exame da *exigibilidade*, também conhecido por *necessidade de escolha do meio mais benigno*.

É este um exame mais «fino» ou mais próximo das especificidades do caso concreto: através dele se avalia a existência — ou inexistência —, na situação da vida, de várias possibilidades (igualmente idóneas) para a realiza-

ção do fim pretendido, de forma a que se saiba se, *in casu*, foi escolhida, como devia, a possibilidade mais benigna ou menos onerosa para os particulares. Caso se chegue à conclusão de que tal não sucedeu — o que é sempre possível, já que pode haver medidas que, embora tidas por adequadas, se não venham a revelar no entanto *necessárias* ou *exigíveis* —, fica logicamente prejudicada a inevitabilidade de recurso ao último teste de proporcionalidade.

A terceira precisão a acrescentar relaciona-se com a particular *dimensão* que não pode deixar de ter o juízo de proporcionalidade (na sua acepção ampla), quando aplicado às decisões do legislador. Afirmou-se atrás que o princípio em causa vale, em Estado de direito, para as acções de todos os poderes públicos. Quer isto dizer que ele se aplicará tanto aos actos da função administrativa quanto aos actos da função legislativa, pois que, em qualquer caso, não pode o Estado (actuando através dos seus diferentes poderes) empregar meios que se revelem inadequados, desnecessários ou não «proporcionais» face aos fins que pretende prosseguir. Certo é, porém, que o poder legislativo se distingue do poder administrativo precisamente pela *liberdade* que tem para, *no quadro da Constituição*, eleger as finalidades que hão-de orientar as suas escolhas: disto mesmo aliás se fala, quando se fala em *liberdade de conformação do legislador*. Daqui decorre que o juízo de invalidade de uma certa medida legislativa, com fundamento em inobservância de qualquer um dos testes que compõem a proporcionalidade, se há-de estribar sempre — como se disse no Acórdão n.º 187/2001 — em *manifesto incumprimento*, por parte do legislador, dos deveres que sobre ele impendem por força do princípio constitucional da *proibição do excesso*.

12 — Sustenta o requerente que o alargamento do período experimental, nos contratos de trabalho de tempo indeterminado, para os trabalhadores indiferenciados, de 90 para 180 dias é, desde logo, medida legislativa *inadequada* para a realização do fim que visa realizar, fim esse que se consubstancia no próprio *escopo* da «prova» ou da «experiência».

O período experimental existe para que as partes possam vir a saber, de forma *vivida*, se o que contrataram se adequa, ou não, ao que efectivamente existe; assim sendo — diz-se — não é uma «prova» que dure seis meses (o dobro exacto do que durava até agora) um *meio tipicamente idóneo*, ou *apto*, para que o trabalhador indiferenciado conheça o meio em que trabalha ou para que o empregador conheça quem emprega.

Note-se, no entanto, que a demonstração de que certa medida legislativa é, pelo seu conteúdo *típico* e abstractamente considerado, um *instrumento inidóneo* ou *inapto* para a realização do fim que com ela se pretende alcançar exige uma *prova*: em última instância, necessário é que se comprove que o meio usado se revela em si mesmo como algo de *inócuo*, *indiferente* ou *até negativo* por referência à obtenção aproximada dos efeitos pretendidos (neste sentido, Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, p. 168). Ora — e diga-se desde já — nenhum dos argumentos invocados pelo requerente parece sustentar semelhante prova.

Não a sustenta, desde logo, o argumento relativo ao direito comparado.

Com efeito, analisando o «contexto histórico-jurídico do período experimental à luz do direito nacional e europeu», vem o pedido dizer que a duração do período experimental em Portugal se situa «ao nível das mais alargadas entre os

ordenamentos que nos são tradicionalmente próximos», enunciando-se, a este respeito, a duração da figura em Espanha, França e Itália.

O argumento comparativo deve no entanto ser utilizado com cautela.

A comparação, para ser frutuosa, não se pode cingir à análise de um instituto, isoladamente tomado, sem que se tenha em conta o sistema mais vasto da regulação em que se insere. Só se compara o que é comparável; e a verdade é que as *figuras* do período experimental em outros ordenamentos — nomeadamente nos acima mencionados —, por se inserirem em contextos de regime diversos dos nossos, podem adquirir um sentido e uma relevância que não legitimam *transponibilidades automáticas* para a «leitura» do sistema português.

É o que parece suceder, por exemplo, em França e Itália. Aí — onde, aliás, e ao contrário do que sucede entre nós, a existência de período experimental depende de convenção escrita das partes, não sendo, portanto, um elemento natural do contrato —, a possibilidade da contratação a termo (se bem que mantendo a sua natureza excepcional) é, nas suas causas justificativas, menos estrita do que em Portugal. Nos termos do D. Lgs. n.º 368/2001, de 6 de Setembro, os contratos a termo em Itália podem ser celebrados «*a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*» (assim, F. del Giudice/F. Mariani/F. Izzo, *Diritto del Lavoro*, 13.ª ed., Napoli, 2006, p. 344); e em França, a figura do *contrat nouvelles embauches* (se bem que aplicável, apenas, às empresas com menos de 20 trabalhadores), regida pela *Ordonnance* n.º 2005-893, de 2 de Agosto, situa-se (segundo a doutrina) «*[a] mi chemin entre le contrat a durée indéterminée et le contrat a durée déterminée [...] qui consiste à s'affranchir pour une durée de deux ans des règles relatives à la rupture unilatérale du contrat de travail*». (Laurence Boutitie, «*Le contrat nouvelles embauches: un contrat à durée indéterminée précaire*», em *Recueil Dalloz*, n.º 40, 2005, p. 2777).

Perante este quadro, parece lógico concluir que assumem, inevitavelmente, relevos diversos os regimes de período experimental nestes países, em comparação com o nosso. Entre nós, dada a maior exigência quanto à modulação do contrato a termo (v., *supra*, n.º 8), a previsão de um tempo de «prova» em contratos de duração indeterminada adquire um significado que, sob o ponto de vista sistémico, não tem equivalência nos ordenamentos atrás mencionados. Acresce que, nesses mesmos ordenamentos, os tempos do período experimental — nos contratos de duração indeterminada — não parecem diferir tão sensivelmente do regime vigente entre nós (em Itália a duração máxima do *patto di prova* é de seis meses, segundo o artigo 10.º da *Legge* n.º 604/1966; e em França prevêm-se *périodes d'essai* com duração diferenciada: dois meses para trabalhadores indiferenciados, renováveis até quatro meses; três meses para os trabalhadores especializados, renováveis até seis meses; e quatro meses para os «quadros», renováveis até oito meses. Em todos estes casos, a renovação depende de convenção colectiva de trabalho, de acordo com artigo L 1221-19 do *Code du Travail*).

O regime mais próximo do nosso parece ser, assim, o do direito espanhol, em que, em todo o caso, a existência do período experimental depende de acordo escrito entre as partes.

Por todos estes motivos, não parece que o recurso ao direito comparado contenha argumentos que *comprovem* a *inadequação* da medida legislativa em juízo face ao fim

por ela prosseguido. E a verdade é que, para além dele, nem se vê que outras razões haja que possam conter, de forma conclusiva, semelhante prova. Nada parece legitimar a conclusão segundo a qual a solução contida na alínea a) do n.º 1 do artigo 112.º da versão revista do Código é, em si mesma, um meio *típico* inidóneo ou inapto para a consecução do fim que com ele se pretende realizar. Afirmar que, *passada determinada altura*, um período de «prova» *deixa de servir* para que as «partes» de um contrato «se conheçam» — transformando-se por isso (e por mero decurso do tempo) num instrumento abstractamente inadequado para a realização de um tal fim — equivale a sustentar um argumento que assenta sobre premissas que permanecem indemonstráveis. Por isso, é ao Tribunal impossível dar razão, quanto a este ponto, ao requerente.

13 — Pode suceder que uma medida legislativa que não seja, em si mesma, *inadequada* face à prossecução de certo fim se venha a revelar, para tanto, como algo de *desnecessário* ou *inexigível*. Como atrás se disse, a «passagem» pelo primeiro *teste* da proporcionalidade não torna inútil, ou supérfluo, o exame que o segundo *teste* dispensa.

Ora, é precisamente o recurso a este segundo teste — ao qual se atribui a designação de «medida de valor da necessidade» — que a seguir se convoca.

A convocação surge agora acompanhada da ideia de concordância prática: a *medida de valor da necessidade* — diz-se — deve aferir-se em função do que é indispensável, ou exigível, para a salvaguarda de outros interesses ou bens constitucionalmente protegidos. No caso (diz-se ainda) o *outro* bem ou interesse que se pretende salvaguardar, e que deve concordar praticamente com o bem «segurança no emprego», é o da livre iniciativa privada, consagrada — como já se viu — no artigo 61.º da Constituição.

A bem dizer, a exigência de que uma medida restritiva de um direito satisfaça, de forma equilibrada, o imperativo da concordância prática entre bens ou interesses conflitantes (e de igual relevo constitucional) não vale, apenas, para a densificação do conteúdo do segundo *teste* de proporcionalidade. Pelo contrário. Contendo ela, afinal de contas, a corporização da própria ideia de proporcionalidade, a inevitabilidade da sua presença faz-se sentir, transversalmente, na aplicação de todos os subprincípios que integram o valor constitucional em causa: isto mesmo se extrai, aliás, da parte final do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, que determina que as restrições se devem limitar ao necessário para salvaguardar *outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*.

Certo é, porém, que o *teste* da necessidade ou da exigibilidade obriga a que se proceda a uma específica forma de ponderação, ou de avaliação, do modo pelo qual a restrição legislativa de um direito procede à necessária realização da tarefa de concordância prática entre bens ou interesses conflitantes. Já vimos em que é que se traduz a especificidade. Do que se trata, aqui, é de averiguar se existiam, no caso, meios alternativos para a realização do mesmo fim; se entre esses meios havia, ou não, diferenças quanto ao grau da sua onerosidade para os destinatários das medidas restritivas; e se, finalmente, se tinha ou não escolhido, de entre eles, o meio mais benigno ou menos oneroso.

Para tanto, é necessário que, diferentemente do que ocorre a propósito do exame da adequação, se *desça* neste momento à análise das especificidades do caso concreto. É que importa agora averiguar o *modo pelo qual, numa certa situação da vida*, o legislador «pesou» diferentes bens ou interesses constitucionalmente protegidos, e entre

si conflitantes, de modo a *restringir* o direito que um deles protege em *benefício* de outro, também constitucionalmente tutelado. Por isso, é com alguma razão que se pede, *neste passo*, a verificação da forma pela qual a norma questionada opera a concordância prática entre o direito à garantia na segurança do emprego, por um lado, e o direito à iniciativa económica privada, por outro: é que, e como já se viu (*supra*, n.º 10), *qualquer alargamento do tempo de período experimental pode, em princípio, operar em benefício dos empregadores* (e, portanto, em benefício do bem jurídico protegido pelo direito consagrado no n.º 1 do artigo 61.º da CRP), *com a consequente compressão dos «interesses» dos trabalhadores*, e, portanto, do bem especificamente tutelado pelo artigo 53.º

No entanto — e este é o ponto fundamental — se assim será, em princípio, a propósito de *qualquer alargamento*, a verdade é que, *in casu*, o aumento de duração do período experimental não tem uma dimensão *qualquer*. O fim que a alteração legislativa visa atingir tem como efeito a aplicação, apenas aos trabalhadores indiferenciados, de um aumento do período experimental, aumento esse em dobro face ao regime actualmente vigente, o que implica que o tempo de experiência que lhes é destinado vem a coincidir — e a coincidir integralmente — com aquele que vale, também, para os trabalhadores especializados. Como se sabe, o prazo constante da norma questionada é o mesmo que o constante da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 107.º do Código do Trabalho hoje vigente, válido *apenas* para os trabalhadores «que exerçam cargos de complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou que pressuponham uma especial qualificação, bem como para os que desempenhem funções de confiança.» Como da redacção aprovada pelo decreto *desaparece* a menção especial de um tempo de «experiência» válido apenas para os contratos celebrados com esta última categoria de trabalhadores — e como o tempo de «prova» que antes lhes era destinado surge agora como tempo aplicável à «generalidade dos trabalhadores» — nem outra conclusão se afigura possível. Para os trabalhadores indiferenciados, a duração do período experimental é não só aumentada em dobro, como alargada a um ponto tal que acaba por coincidir com o tempo de «experiência» próprio dos trabalhadores qualificados.

Assim sendo, a questão que se coloca é a de saber se é necessário, ou exigível, para o fim que a medida legislativa visa realizar — e que não pode ser outra que não a de assegurar, para as duas partes no contrato de trabalho, um tempo cóngruo de duração da «prova» ou da «experiência» — um tal aumento [da duração da experiência]. Será para tanto necessário, ou exigível, que, nos contratos de duração indeterminada, os trabalhadores indiferenciados passem a ter um período experimental não só coincidente com o *dobro do tempo* actualmente vigente, mas ainda coincidente com o tempo de «prova» a que estão sujeitos os trabalhadores especializados? Razões empíricas, e de imediata resposta, dizem que não. Pela própria natureza das coisas, a «prova» será tanto menos exigente quanto menos exigente for também, pela sua «qualidade» ou «especialização», o teor da prestação de trabalho: prestações menos qualificadas poderão ser testadas ou «experimentadas» (tanto por empregador quanto por trabalhador) em menos tempo do que as outras, mais qualificadas.

A isto acresce que tendem precisamente a ser os trabalhadores sem especiais qualificações, ou sem especial autonomia técnica, os mais carentes da protecção do direito, por serem também eles — pela sua «fungibilidade» — os

potencialmente mais expostos a situações injustificadas de precariedade de emprego.

Assim, qualquer medida legislativa que lhes seja destinada, e que opere no sentido do aumento da precariedade da sua situação laboral, não poderá deixar de se traduzir numa *significativa* «compressão» do bem jurídico protegido pelo artigo 53.º da Constituição.

Ora, *in casu*, nenhum elemento existe, nos antecedentes legislativos, que permita, por um lado, identificar uma insuficiência manifesta dos prazos actualmente em vigor e, por outro, uma justificação para o alargamento de 90 para 180 dias do prazo de período experimental aplicável nos contratos de trabalho dos trabalhadores indiferenciados. Tanto o *Livro Verde sobre as Relações Laborais* (de Abril de 2006) quanto o *Livro Branco das Relações Laborais* (de Dezembro de 2007) são omissos quanto a este ponto, tal como o é a *justificação de motivos* da proposta de lei apresentada à Assembleia da República. Por outro lado, no decurso dos trabalhos parlamentares, a questão foi colocada com ênfase e sem resposta concludente: veja-se, quanto a este ponto, e para a discussão na generalidade, o *Diário da Assembleia da República*, 1.ª série, n.º 2, de 19 de Setembro, e, para a discussão na especialidade, o *Diário da Assembleia da República*, n.º 18, de 8 de Novembro: em ambas as ocasiões se discutiu a possibilidade de, com esta «medida legislativa», se virem a esbater as fronteiras entre as figuras do trabalho a termo, na sua duração mínima normal, e do período experimental nos contratos de trabalho de tempo indeterminado.

Assim, não sendo patente a insuficiência dos prazos em vigor, e não se encontrando nos antecedentes atrás citados qualquer justificação para a alteração que o decreto visa alcançar, tudo indica que a medida que se contém na norma questionada — no que se refere aos trabalhadores indiferenciados — se não compatibiliza com o teste da *necessidade ou da exigibilidade*, a que estão subordinadas todas as normas infraconstitucionais que restrinjam direitos fundamentais.

Com efeito, o eventual incremento marginal de eficácia que decorreria do alargamento do período experimental não tem, por si só, virtualidade para justificar que esse alargamento se faça de 90 para 180 dias para os trabalhadores não especializados, equiparando-os para esse efeito aos trabalhadores especializados. Por este motivo, há que concluir que o legislador não protegeu como devia, face ao disposto nos artigos 53.º e 18.º, n.º 2, da Constituição, os trabalhadores indiferenciados de situações injustificadas de precariedade de emprego.

III — Decisão

Pelos motivos expostos, o Tribunal pronuncia-se pela inconstitucionalidade, por violação do disposto nos artigos 53.º e 18.º, n.º 2, da Constituição, da norma contida na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 112.º do Código do Trabalho, na revisão aprovada pelo Decreto n.º 255/X da Assembleia da República, quando aplicada aos trabalhadores que exercem trabalho indiferenciado.

Lisboa, 23 de Dezembro de 2008. — *Maria Lúcia Amaral* — *Maria João Antunes* — *Carlos Pamplona de Oliveira* — *Gil Galvão* — *João Cura Mariano* — *Vitor Gomes* — *José Borges Soeiro* — *Joaquim de Sousa Ribeiro* — *Mário José de Araújo Torres* — *Benjamim Rodrigues* — *Carlos Fernandes Cadilha* — *Rui Manuel Moura Ramos* (tem voto de conformidade da conselheira Ana Guerra Martins, que não assina por não estar presente) — *Maria Lúcia Amaral*.