

**As recentes alterações ao Decreto-Lei 220/2006, de 3 de Novembro
O alargamento do conceito de “desemprego involuntário”**

Alexandra Marques Sequeira

Janeiro, 2014

“Vinte Anos de Questões Laborais n.º 42- Especial”, Coimbra Editora

O Decreto-Lei 220/2006, de 3 de novembro, introduziu significativas alterações no regime jurídico da proteção do desemprego. Uma das modificações de maior relevo foi a da consagração, inexistente até àquele momento, de uma limitação para acesso às prestações de subsídio de desemprego nos casos de cessação do contrato de trabalho por revogação.

O acesso às prestações de desemprego em virtude do desemprego involuntário, que tivesse como origem um acordo de revogação do contrato de trabalho fundamentado em motivos que permitissem o recurso ao despedimento colectivo ou por extinção do posto de trabalho, passou a estar dependente, desde então, de uma espécie de *numerus clausus* por empresa, variável consoante a dimensão da mesma¹.

Esta limitação quantitativa, introduzida ao requisito qualitativo exigido até à data para obtenção do subsídio de desemprego, veio colocar um travão à desenfreada e fácil alegação de motivos estruturais, de mercado e económicos que proliferavam pelas declarações de desemprego emitidas pelas entidades empregadoras aos seus trabalhadores, com os inerentes custos decorrentes de tal situação a reflectirem-se directamente no sistema da Segurança Social.

O objetivo foi claro e evidente como resultou manifesto no preâmbulo do Decreto-Lei 220/2006 quando refere, a dado passo, que o regime vigente se mostrava “*pouco eficaz na prevenção de situações de fraude*” e distorcia a concorrência entre as empresas. Impunha-se, destarte, que o sistema de protecção social deixasse de “*suportar os custos decorrentes de todas as situações de acordo entre trabalhadores e empresas*”, e interviesse, apenas, em situações particulares de “*verdadeira reestruturação das empresas, com vista a garantir a sua viabilidade económica*”.

Volvidos mais de seis anos, o legislador veio, pela primeira vez, alargar o âmbito do conceito de desemprego involuntário introduzindo alterações, precisamente, ao nível da revogação do contrato de trabalho por acordo das partes. Este alargamento – de alguma forma já esperado desde janeiro de 2012, quando entre o Governo e os parceiros sociais ficou estabelecido, no Acordo sobre o Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego², a adopção de medidas que visassem o reforço da capacidade técnica das empresas, através da renovação dos seus quadros técnicos – cumpriu-se apenas em janeiro de 2013, por via da publicação do Decreto-Lei 13/2013, de 25 de janeiro³. Aditou-se, então, um novo artigo ao Decreto-Lei 220/2006 – o artigo 10º-A –, nos termos do qual a cessação de contratos de trabalho por acordo das partes poderá ter lugar sem

¹ Nas empresas que empreguem até 250 trabalhadores, são consideradas as cessações de contrato de trabalho até três trabalhadores inclusive ou até 25% do quadro de pessoal em cada triénio; nas empresas que empreguem mais de 250 trabalhadores, são consideradas as cessações de contratos de trabalho até 62 trabalhadores inclusive ou até 20% do quadro de pessoal, com um limite máximo de 80 trabalhadores em cada triénio. Estes limites são aferidos por referência aos três últimos anos, cuja contagem se inicia na data da cessação do contrato, inclusive, e pelo número de trabalhadores na empresa no mês anterior ao da data do início do triénio, com observância do critério mais favorável.

² Podia ler-se naquele Compromisso celebrado com os parceiros sociais: “*O Governo aprovará, até ao final do segundo semestre de 2012, medidas concretas, incluindo ao nível da gestão de recursos humanos e mantendo o volume de emprego das empresas, que permitam reforçar a qualificação e a capacidade técnica das empresas, nomeadamente através do alargamento nestes casos do acesso ao subsídio de desemprego por parte dos trabalhadores substituídos por trabalhadores permanentes*”.

³ Nos termos do artigo 11º do Decreto-Lei 13/2013, a norma que prevê a alteração, por via do aditamento de um artigo – o 10º-A – ao Decreto-Lei 220/2006, entrou em vigor no dia 1.02.2013.

que tal cessação esteja condicionada aos limites estabelecidos nas als. a) e b) do nº 4 do artigo 9º daquele diploma legal.

Refere o artigo 10º-A, no seu n.º 1, que *"Para além das situações referidas no artigo anterior, considera-se, ainda, desemprego involuntário, para efeitos da alínea d) do nº 1 do artigo 9º, as situações de cessação de contrato de trabalho por acordo que visem o reforço da qualificação e da capacidade técnica das empresas e não determinem a diminuição do nível de emprego"*. E o n.º 4 do mesmo preceito estipula que *"Às cessações de contrato de trabalho efectuadas ao abrigo do presente artigo, não são aplicáveis os limites estabelecidos no nº 4 do artigo anterior"*.

Importa, então, perceber o alcance do preceito e delimitar o seu âmbito de aplicação.

São, essencialmente, dois os pressupostos operacionais desta cessação de contrato de trabalho por acordo que o legislador entendeu não sujeitar aos limites máximos previstos para as tradicionais revogações de contrato fundamentadas em motivos que permitem o recurso ao despedimento colectivo ou por extinção do posto de trabalho: por um lado, exige-se a manutenção do nível de emprego, devendo o empregador contratar um outro trabalhador até ao final do mês seguinte ao da cessação; por outro lado, restringe-se esta possibilidade aos postos de trabalho a que corresponda o exercício de actividade de complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou que pressuponha uma especial qualificação.

Vejam, pois, separadamente, cada um destes pressupostos.

1. A manutenção do nível de emprego.

Importa, desde logo, reter que o objetivo do legislador, ao prever esta nova hipótese, não é a diminuição do quadro de pessoal das empresas, o que limita, à partida, significativamente, o recurso a este expediente. Neste ponto, esta cessação do contrato por acordo assemelha-se ao despedimento por inadaptação do trabalhador ao posto de trabalho (já que, também nesta modalidade de cessação de contrato de trabalho se exige que, posteriormente, se verifique a manutenção do nível de emprego) distanciando-se abertamente da cessação por mútuo acordo das partes justificada por razões que permitem o recurso ao despedimento colectivo ou por extinção do posto de trabalho.

Operada, então, uma cessação do contrato de trabalho por acordo ao abrigo do novo artigo 10º-A do Decreto-Lei 220/2006, o empregador terá até ao final do mês seguinte ao da cessação para admitir novo trabalhador. Este novo vínculo laboral deverá observar duas características: a) ser um vínculo por tempo indeterminado; b) ser celebrado a tempo completo. E estas exigências impõem-se, segundo a letra da lei, independentemente do tipo de vínculo que cessou. Significa isto que, ainda que o contrato cujo acordo de revogação foi celebrado fosse um contrato a termo, o trabalhador admitido para a "substituição" desse outro trabalhador deverá sê-lo por tempo indeterminado. Do mesmo modo, ainda que a relação laboral extinta fosse a tempo parcial, a relação constituenda terá de ser a tempo completo.

Estas exigências da lei parecem-nos, salvo melhor opinião, excessivas, ainda que se compreenda a intenção do legislador. Percebemos que não seja admissível cessar um contrato por tempo indeterminado e, em substituição, admitir-se um trabalhador a termo. Ou que a extinção de um contrato celebrado a tempo integral seja sucedida da celebração de um contrato a tempo parcial. No entanto, impor-se uma necessidade de emprego que, por vezes, poderá não se justificar, como seja obrigar-se a que um empregador admita sem termo ou a tempo completo quando os trabalhadores substituídos se encontravam em regime de termo ou tempo parcial, parece-nos oneroso e injustificável.

Outra questão que urge perceber prende-se com o tempo durante o qual o empregador é obrigado a manter o nível de emprego, uma vez que o artigo 10º-A não esclarece esse ponto. Bastará a mera admissão de trabalhador por tempo indeterminado ou esse trabalhador terá de manter-se por um período de tempo mínimo para que se mostre satisfeita a exigência legal prevista na norma?

As hipóteses são, como é bom de ver, diversas. Poderá suceder uma admissão por tempo indeterminado que, volvidos 90 dias ou quiçá um período ainda mais alargado⁴, redunde numa cessação de contrato no decurso do período experimental? Não poderá o trabalhador admitido por tempo indeterminado ser incluído num despedimento colectivo ou por extinção do posto de trabalho cujo critério de escolha seja o da menor antiguidade?

A resposta ao primeiro caso levantará, em nosso entendimento, maiores dúvidas. Não obstante, parece-nos que não se poderá considerar cumprida a obrigação de manutenção do nível de emprego na situação referida, sendo de exigir que a relação laboral estabelecida se mantenha para além do período experimental, sob pena de se considerar existir uma manifesta tentativa de defraudar o sistema legal.

Na segunda hipótese, cremos ser defensável que o empregador cumpre a obrigação de manutenção do nível de emprego quando admite um trabalhador que, posteriormente, é licitamente abrangido num despedimento colectivo ou por extinção do posto de trabalho.

Todavia, à míngua de uma resposta clara da lei, parece-nos que valerá, em primeira linha, a interpretação casuística dos serviços de segurança social que oficiarão à Autoridade para as Condições de Trabalho sempre que suspeitem ou detectem que não foi observada a manutenção do nível de emprego.

Neste ponto, talvez tivesse sido útil o legislador ter sido mais explícito e, quiçá, adoptado ou recorrido a critérios mais ou menos semelhantes aos que se encontram estabelecidos no âmbito dos diplomas de estímulo e apoio à contratação⁵, estabelecendo um período razoável para a apreciação da manutenção do nível de emprego.

Note-se que o incumprimento desta obrigação de manutenção do nível de emprego redunde numa dupla sanção: para além de constituir contra-ordenação grave, obriga, ainda, o empregador, perante a segurança social, no pagamento do montante correspondente à totalidade do período de concessão da prestação inicial de desemprego.

2. Atividade de complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou que pressuponha uma especial qualificação.

O segundo pressuposto exigido pela lei para que a revogação por acordo se integre no conceito de desemprego involuntário e, conseqüentemente, permita o acesso às prestações de desemprego pelo trabalhador, é que a admissão efectuada após a cessação de contrato por mútuo acordo seja para posto de trabalho a que corresponda o exercício de actividade de complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou que pressuponha uma especial qualificação.

A leitura da lei levanta-nos, neste ponto, duas interrogações.

Desde logo, resulta a dúvida se a “substituição” a operar pelo empregador deverá ser, forçosamente, uma substituição directa. Ou seja, exigirá a lei que quer o substituído, quer o substituto, sejam trabalhadores cujo posto de trabalho corresponda a actividade de complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou que pressuponha uma especial qualificação ou, pelo contrário, bastará, apenas, que o posto de trabalho a ocupar pelo substituto revista as referidas características?

Ora, embora da letra da lei pareça poder resultar que apenas a admissão de trabalhador para um posto de trabalho integrado por um conjunto de funções que importem complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou que pressuponha uma especial qualificação se revela essencial para o preenchimento do pressuposto legal, mas não necessariamente que o posto de trabalho cujo contrato cessa por acordo revista tais características, tal interpretação não se coadunará, cremos, com o espírito que presidiu à consagração desta norma. Parece-nos, assim, que a substituição a

⁴ Nos contratos por tempo indeterminado, os cargos de complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou que pressuponham uma especial qualificação podem estar sujeitos a um período experimental de 180 dias.

⁵ Veja-se, a este respeito, a Portaria 229/2012, de 3.08, alterada pela Portaria nº 65-A/2013, de 13.02, ou a Portaria nº 106/2013, de 14.3, apenas para citar dois dos mais recentes diplomas sobre esta matéria.

operar deverá ser directa, devendo verificar-se, pois, uma conexão entre o contrato de trabalho extinto e o contrato de trabalho a celebrar, sob pena de, caso contrário, podermos estar diante de uma mera extinção de postos de trabalho por motivos objectivos.

A segunda dúvida prende-se com o âmbito das noções de “*actividade de complexidade técnica*”, “*elevado grau de responsabilidade*” e “*especial qualificação*”.

Socorrendo-se a lei de conceitos indeterminados, a principal dificuldade prende-se, naturalmente, com a interpretação dos mesmos. Numa breve incursão pelas normas constantes no Código do Trabalho verificamos a alusão àquelas locuções a respeito, por exemplo, do período experimental e do despedimento por inadaptação. E, nessas situações, como não poderia deixar de ser, a interpretação que tem vindo a ser feita é essencialmente casuística. Semelhante operação, cremos, terá de ser levada a cabo para efeitos de aplicação do artigo 10º-A do Decreto-Lei 220/2006.

Assim sendo, torna-se difícil, desde já, delimitar que postos de trabalho podem ser susceptíveis de serem qualificados como integradores de tarefas que envolvam complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou que pressuponham uma especial qualificação. Esta dificuldade de, *ab initio*, o empregador poder determinar, com algum grau de certeza, se estará a cumprir os requisitos impostos pela lei para efeitos de revogação de contrato de trabalho não sujeita aos limites previstos nas als. a) e b) do nº 4 do artigo 9º do diploma em referência poderá, quanto a nós, inibir o mesmo do recurso à nova solução legislativa criada pelo Decreto-Lei 13/2013.

De todo o modo, e socorrendo-nos do que tem vindo a ser sustentado pela doutrina e jurisprudência a respeito dos conceitos de “*complexidade técnica*”, “*elevado grau de responsabilidade*” e “*especial qualificação*”, parece-nos relativamente seguro retirar as seguintes conclusões:

a) Cargos que pressupõem uma “*complexidade técnica*” serão não só aqueles em que se lida com maquinismos ou aparelhos complexos, mas também com aqueles que impõem conhecimentos especializados⁶, não obstante a técnica poder reportar-se a uma ciência social; a este propósito, foram já considerados como cargos de complexidade técnica, por exemplo, o de um contabilista numa empresa⁷, o de uma educadora de infância num jardim infantil⁸, o de um cozinheiro em restaurante de *haute cuisine*^{9,10}

b) A responsabilidade subjacente a determinados postos de trabalho, para que estes sejam considerados como cargos de elevado grau de responsabilidade, terá de ser bem acima da média normalmente exigida, considerando, ainda, para estes efeitos, as várias circunstâncias inerentes ao cargo;

c) A especial qualificação está, em regra, relacionada com a formação técnica ou científica do trabalhador que poderá, todavia, não corresponder, necessariamente, ao facto de se ser portador de uma licenciatura¹¹.

Importante é, porém, reiterar que não basta discutir em abstracto se determinada função reveste uma especial complexidade, responsabilidade ou qualificação. Isso há-de apurar-se mediante os factos concretos que devem ser constituintes da dita complexidade e responsabilidade.¹²

⁶ Vide, Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 14/11/1984, in Coletânea de Jurisprudência, 1984, Tomo V, p.203.

⁷ Ac. do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 24.02.1997, in Coletânea de Jurisprudência, 1997, Ano XXII, Tomo I, págs. 227 e segs.

⁸ Ac. do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 19.10.1998, nº de processo 9810745, relator Sousa Peixoto, disponível in www.dgsi.pt.

⁹ Ac. do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 14.05.1996, in Coletânea de Jurisprudência, 1996, Ano XXI, Tomo III, págs. 297 e segs.

¹⁰ Ver, por todos, Ac. do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 16.10.2006, nº de processo 0643994, Relator Ferreira da Costa, disponível in www.dgsi.pt.

¹¹ Acórdão do TRP de 4.2.2013, nº de processo 247/10.1 TTVRL. 1, Relator Eduardo Petersen Silva, disponível in www.dgsi.pt.

¹² Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 12.3.2003, processo nº 0085934, Relator Maria João Romba, em cujo sumário se pode ler: “II - *Quaisquer destas funções podem ser exercidas com um grau maior ou menor de responsabilidade, tudo dependendo das circunstâncias concretas em que as mesmas são desempenhadas, designadamente em termos da organização em que se enquadram*”. Também, neste sentido, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II- Situações laborais*

Outras questões poderiam ser, ainda, equacionadas e, certamente, irão levantar dúvidas aquando da interpretação desta norma, como seja, por exemplo, a questão da retribuição.

Será que a admissão de trabalhador para postos de trabalho que revistam “*complexidade técnica*” e/ou “*elevado grau de responsabilidade*” e/ou “*especial qualificação*” importa, necessariamente, que a retribuição a atribuir a este trabalhador seja superior àquela auferida pelo trabalhador cujo contrato de trabalho cessou?

Ora, se é certo que este poderá ser um índice, porventura, a considerar para efeitos de apreciação do preenchimento dos requisitos impostos pelo artigo 10º-A do Decreto-Lei 220/2006, designadamente o do reforço da capacidade técnica das empresas, na medida em que, abstractamente, um trabalhador que vá ocupar um cargo que exija “*complexidade técnica*” e/ou “*elevado grau de responsabilidade*” e/ou “*especial qualificação*” pressupõe que seja qualificado num nível retributivo mais elevado, certo é que, este não poderá ser um critério determinante. Com efeito, podem existir circunstâncias que fundamentem o facto de a retribuição auferida pelo trabalhador cujo contrato cessou ser superior àquela que vai ser atribuída ao novo trabalhador. Um exemplo: a antiguidade do trabalhador cessante, conferindo-lhe o direito a diuturnidades, é suficiente para justificar a diferença salarial entre o trabalhador que cessa e aquele que inicia funções.

Também, neste caso, a contingência da inobservância da admissão de trabalhador para postos de trabalho a que corresponda o exercício de “*actividade de complexidade técnica*”, “*elevado grau de responsabilidade*” ou que pressuponha uma “*especial qualificação*”, é duplamente sancionada, nos mesmos termos previstos anteriormente. Significa isto que, não só o empregador incorre numa contra-ordenação grave, como ficará, ainda, obrigado, perante a segurança social, no pagamento do montante correspondente à totalidade do período de concessão da prestação inicial de desemprego.

Parece-nos, salvo melhor opinião, que esta é uma sanção que poderá ser demasiado gravosa em casos em que se revela manifesto não ter existido qualquer tentativa de fraude por parte do empregador, mas, apenas e só, uma diversa qualificação dos conceitos referidos.

Talvez fosse melhor ter o legislador previsto, para algumas situações específicas, a contra-ordenação grave, mas não a obrigação de o empregador ter de proceder ao pagamento, perante a segurança social, do montante correspondente à totalidade do período de concessão da prestação inicial de desemprego, acaso se viesse a verificar dispor, ainda, aquela entidade empregadora de “quotas” ao abrigo das als. a) e b), do nº4 do artigo 9º do Decreto-Lei 220/2006.

Da mesma forma, e de *iure constituendo*, não chocaria que fosse estabelecido um terceiro pressuposto operacional desta cessação de contrato de trabalho por acordo não condicionada quantitativamente por lei à obrigatoriedade de o empregador prestar formação profissional ao seu quadro de pessoal no sentido o requalificar, apenas lançando mão da revogação quando tal requalificação se mostrasse demasiado onerosa, inviável ou tenha resultado frustrada.

Uma última observação para o facto do Modelo RP5044 DGSS (Declaração de situação de desemprego), documento essencial para que o trabalhador possa aceder às prestações de desemprego, nos termos do artigo 73º do Decreto-Lei 220/2006, apenas ter sido adaptado à nova hipótese de desemprego involuntário criada pelo artigo 10º-A do Decreto-Lei 13/2013, largos meses após a sua entrada em vigor¹³. O empregador deverá, assim, aquando da cessação do contrato de trabalho e no prazo máximo de 5 úteis dias contados do pedido do trabalhador, preencher e entregar ao mesmo o referido modelo, assinalando a quadrícula 16 daquele formulário

individuais, 4ª edição, revista e actualizada ao Código do Trabalho de 2009 com as alterações introduzidas em 2011 e 2012, Almedina, Coimbra, 2012, p. 173, nota de rodapé 367: “A dificuldade colocada por esta disposição é a da integração do conteúdo dos conceitos de elevada responsabilidade, complexidade técnica ou que pressuponham uma qualificação especial. Esta integração terá de ser feita no caso concreto e a mesma função, considerada em abstracto, pode justificar uma qualificação diferente num determinado contexto (assim, a função de cozinheiro corresponderá a uma função de elevada complexidade técnica se estiver em causa o lugar de maitre de um restaurante, por exemplo”).

¹³ O novo modelo RP 5044 DGSS foi aprovado em 3 de Outubro de 2013 pelo Despacho 13263/2013 do Ministério da Solidariedade, Emprego e Segurança Social, publicado no Diário da Republica, 2ª série, nº 201, de 17/10/2013.

("acordo de revogação sem redução do nível de emprego, com vista ao reforço da qualificação e capacidade técnica da empresa").