

PRESSUPOSTOS, LIMITES E CONSEQUÊNCIAS DA DENÚNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO PELO EMPREGADOR DURANTE O PERÍODO EXPERIMENTAL

*José Manuel Gonçalves Machado**

1. Introdução.
2. A denúncia do contrato pelo empregador durante o período experimental.
 - 2.1. Pressupostos:
 - 2.1.1. Vínculo laboral.
 - 2.1.2. Execução efetiva do contrato de trabalho.
 - 2.1.3. Cumprimento do dever de experiência.
 - 2.2. Limites.
 - 2.2.1. Acordo escrito em contrário.
 - 2.2.2. Aviso prévio.
 - 2.2.3. Denúncia abusiva?
 - 2.2.4. Sucessão de contratos.
 - 2.3. Consequências da desvinculação laboral.
3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Num momento em que se atravessa uma crise de emprego sem precedentes e quando se procura implementar novas políticas de crescimento económico¹, o período de experiência, ou seja, aquele primeiro tempo de trabalho, assume grande relevância, não só porque se traduz numa oportunidade de emprego para muitos, como se traduz numa facilidade de despedimento para outros.

* Advogado Estagiário, Mestrando em Direito dos Contratos e da Empresa na Universidade do Minho.

¹ Por um lado, deparamo-nos com uma forte necessidade promover políticas de emprego (simplificação da contratação e dos despedimentos, assim como abaixamento dos custos do trabalho e da produção) para fazer face aos desafios económicos; por outro, constatamos que o trabalhador se encontra numa situação cada vez mais vulnerável e instável, daí a necessidade de proteger o trabalhador ou, pelo menos, o conformar às novas realidades.

A opção pela temática *supra* enunciada prende-se com a questão de saber a quem aproveita a primeira fase de execução do contrato. Haverá uma verdadeira *bilateralidade*² dos interesses que a lei visa tutelar³? A resposta a esta questão passa necessariamente por analisar o regime do período experimental.

Durante esse período, o trabalhador terá a oportunidade comprovar, em concreto⁴, as condições de trabalho, as funções a desempenhar, bem como

² O carácter bilateral resulta da própria definição legal de período experimental, cabendo às partes, durante esse período, ponderar o seu interesse na manutenção do contrato (cfr. art. 111.º do Código de Trabalho). Contudo, essa bilateralidade é, de certo modo aparente uma vez que, na prática, o trabalhador, em qualquer momento, pode denunciar livremente o contrato, cumprindo o período de pré-aviso. Diferentemente, para o empregador, esta é a única oportunidade em que este pode denunciar livremente o contrato. Após este período de experiência, tal hipótese está vedada ao empregador. Neste sentido ver TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, *Período Experimental breves notas para o estudo comparativo dos regimes jurídicos português e espanhol*, «*Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea*», Almedina, 2004, p. 592; e JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 184, nota 245.

³ Como refere JÚLIO GOMES (*Do uso e abuso do período experimental*, «*Revista de Direito e Estudos Sociais*», Janeiro-Julho de 2000, pp. 49 a 57), a história do período experimental é uma história de «sucesso». Recorde-se que, inicialmente, o período experimental tinha um carácter unilateral, presumindo-se que os despedimentos eram feitos por inaptidão do trabalhador (art. 12.º, § único, da Lei n.º 1952 de 10 de Março de 1937); mais tarde, a lei passou a consagrar a bilateralidade de interesses, presumindo que o despedimento do trabalhador, por sua iniciativa, ou por iniciativa do empregador, se ficava a dever às condições desfavoráveis oferecidas pelo empregador ou à inaptidão do trabalhador, respectivamente – presunção essa ilidível (art. 44.º do Decreto-Lei n.º 47032 de 27 de Maio de 1966); posteriormente, com o art. 112.º do Decreto-Lei n.º 49408, desapareceu a dita presunção, podendo qualquer das partes “pôr termo ao contrato, sem necessidade de aviso prévio ou de alegação de justa causa, não havendo direito a nenhuma compensação ou indemnização; atualmente, também qualquer das partes pode denunciar o contrato sem necessidade de aviso prévio, invocação de justa causa, nem direito a indemnização. Mas esse sucesso repercutiu-se também na tendência para alargamento do período de experiência atendendo ao tipo de contrato (sem termo, a termo) e ao grau de complexidade. Assim, à luz da legislação vigente, o período de experiência, consoante o caso, poderá ser de 15, 30, 90, 180 ou 240 dias (cfr. art. 112.º do Código de Trabalho).

⁴ Como observa TATIANA GUERRA DE ALMEIDA (*Período Experimental, opus cit.*, p. 589) a razão de ser do período experimental prende-se com a “necessidade de comprovação concreta das capacidades e aptidões do trabalhador às suas tarefas. Pelo lado do empregador, não basta a análise do *curriculum vitae* ou uma fase exaustiva de selecção dos candidatos, é necessário constatar se aquele trabalhador está apto a assumir aquelas funções em concreto, pois o trabalhador pode mencionar aptidões que não possui; no que toca ao trabalhador, cabe a este avaliar circunstâncias concretas e formular um juízo sobre a sua manutenção ou não. Nessa conformidade, alguma doutrina, com base no art. 111.º, n.º 2 do Código de Trabalho, tem dado destaque ao dever de experiência (cfr. CLÁUDIA VAZ POVOA, *A boa fé na formação do contrato de trabalho e o regime do período experimental*, in «*Estudos de Direito do Trabalho*», António Monteiro Fernandes (COORD.), 1ª Edição, Coimbra Editora, 2011, pp. 37 e ss; TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, *Período Experi-*

a pessoa ou características pessoais do empregador⁵. Ao empregador caberá atestar as qualidades técnicas, a adaptação, e o rendimento demonstrados, em concreto, pelo trabalhador⁶.

Daqui resulta que o período de experiência se destina a “averiguar se, quer para o trabalhador, quer para o empregador, o contrato de trabalho é visto como benéfico aos seus interesses.”⁷⁻⁸

Contudo, para a maioria da doutrina, a *bilateralidade* de interesses que resulta da letra da lei [113.º, n.º 2]⁹, é apenas formal, pois se entende que, na prática, o período de experiência aproveita sobretudo ao empregador já que este não pode denunciar livremente após esse período, e o trabalhador pode, desde que dê pré-aviso (cfr. art. 400.º)¹⁰⁻¹¹. Mas não se pode dizer que aproveita em exclusivo ao empregador¹². Pois que, como bem observa JÚLIO GOMES, “o período

mental, opus cit., p. 591; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Relações Individuais de Trabalho*, II Parte, 13.º Edição, Almedina, 2006, p. 232.

⁵ MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 2ª Edição, Almedina, 2010, p. 276.

⁶ A respeito das qualidades do trabalhador que podem ser objeto de avaliação pelo empregador (a sua competência técnica, a sua adaptação em concreto) e aquelas qualidades pessoais ou pessoaisíssimas que se devem considerar excluídos do *intuitus personae* do contrato de trabalho, ver JÚLIO GOMES, *Do uso e abuso, opus cit.*, pp. 42-45. Sobre a conduta e orientação sexuais na fase de acesso e formação do contrato veja-se TERESA COELHO MOREIRA, *A conduta e a orientação sexuais do trabalhador*, «Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea», Almedina, 2004, pp. 615 e ss.

⁷ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho, opus cit.*, p. 276.

⁸ JÚLIO GOMES (*Do uso e abuso...*, *opus cit.*, pp. 36 e ss) refere-se ao período experimental como uma situação necessária “para as partes se estudarem e adaptarem uma à outra. Mas esta forma “tradicional de encarar o período de experiência está ultrapassada e será mesmo uma “pura ilusão. Ou seja, tudo leva a crer que o período experimental consubstancia-se, por força da fragilidade subjacente ao trabalhador, num instrumento ao serviço do empregador. E a ideia de bilateralidade de interesses, apesar de existente, parece não passar de uma manobra de distração.

⁹ Salvo consideração em contrário, todas as normas sem referência dizem respeito ao Código do Trabalho.

¹⁰ Neste sentido, ver também JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho, opus cit.*, p. 184; JÚLIO GOMES, *Do uso e abuso...*, *opus cit.*, pp. 39 e ss; MARIA ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte II, Almedina, 2010, p. 189; MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho, opus cit.*, p. 276; e FRANCISCO J.T. GONZÁLEZ, *Extincio del Contrato en Periodo de Prueba*, «Estudios sobre el despido em Homenagem ao Professor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo», Universidad de Madrid, Facultad de Derecho – Sección de Publicaciones, 1996, pp. 326-327.

¹¹ Note-se, contudo, que existem regimes diferentes. Por exemplo, no contrato de trabalho desportivo está excluída a livre denúncia do trabalhador, como resulta do art. 26.º, 1, da Lei 28/98, de 26 de Junho. Dessa forma, a doutrina tem entendido que o período experimental assume aqui um carácter realmente bilateral.

¹² RAUL VENTURA (*O período de experiência no Contrato de Trabalho*, Revista «O Direito», p. 252) afirma

experimental serve tanto os interesses do empregador, como do trabalhador, mas não os serve na mesma medida¹³.

Na verdade, o empresário tem aqui a oportunidade flagrante para provocar unilateralmente a extinção do contrato de trabalho, sem quaisquer restrições (sem obrigatoriedade de invocação de justa causa, sem necessidade de aviso prévio, e sem que daí resulte uma obrigação de indemnização).

Ora, não havendo à partida “qualquer restrição”, facilmente podem ser disfarçadas várias situações de despedimento que tenham por base uma discriminação de orientação sexual, crença religiosa, ideologia política, entre outras¹⁴.

Está visto que as grandes questões se colocam quando o empregador, durante esse período, põe fim à relação laboral¹⁵. Daí a opção de analisarmos a denúncia durante o período experimental sob a perspectiva do empregador¹⁶, a quem é confiado em especial uma posição de poder¹⁷ (decidir pelo despedimento) mas também o dever de o exercer de forma não abusiva¹⁸.

E, sob este ponto de vista, vale a pena examinar detalhadamente os pressupostos e os limites que a lei impõe à denúncia do contrato de trabalho pelo empregador no decurso do período experimental. Não concluiremos, contudo, o nosso estudo sem antes analisarmos as consequências de tal denúncia.

que o período experimental favorece exclusivamente o empregador, tendo como objectivo limitar o “risco empresarial”. A este propósito ver ainda JÚLIO GOMES, *Do uso e abuso, opus cit.*, p. 39.

¹³ JÚLIO GOMES, *Do uso e abuso...*, *opus cit.*, p. 40.

¹⁴ Ao nível da igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional veja-se a Directiva 2000/78/CE, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral a fim de assegurar o respeito da igualdade de tratamento entre as pessoas da União Europeia, independentemente da raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência eventual, idade ou orientação sexual, tanto em matéria de acesso a um emprego ou atividade profissional como em matéria de promoção, formação profissional, condições de emprego e de trabalho e inscrição em determinados organismos. Disponível em <<<http://europa.eu/>>>, acesso em 24.10.2011.

¹⁵ Cfr. CLÁUDIA VAZ PÓVOA, *A boa fé na formação do contrato de trabalho*, *opus cit.*, p. 29.

¹⁶ No entanto, não podemos escamotear o interesse do trabalhador em denunciar livremente o contrato, se dessa experiência resultar o “não interesse na manutenção do vínculo. Pois que, também é reservado ao trabalhador a oportunidade de “comprovar qual a pessoa ou características do empregador, mas também as circunstâncias em que o trabalho é prestado (cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho, opus cit.*, p. 276).

¹⁷ Cfr. JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, Relações Individuais de Trabalho, Volume I*, Coimbra Editora, 2007, pp. 215 e ss.

¹⁸ Cfr. JÚLIO GOMES, *Do uso e abuso...*, *opus cit.*, pp. 37 e ss.

2. A DENÚNCIA DO CONTRATO PELO EMPREGADOR DURANTE O PERÍODO EXPERIMENTAL.

Ao analisarmos o disposto no art. 114.º, deparamo-nos com várias dificuldades. Desde logo, a epígrafe do artigo (“denúncia do contrato durante o período experimental”) sugere que se trata de uma modalidade de cessação do contrato, a par das enunciadas no artigo 340.º. Até faria algum sentido que assim fosse, pelo menos do ponto de vista do empregador, já que a lei confere semelhante possibilidade ao trabalhador, embora exija a este o cumprimento do pré-aviso (cfr. art. 400.º).

Contudo, a opção do legislador é clara. Ao enquadrar o art. 114.º logo a seguir às disposições da formação do contrato e antes das disposições relativas à atividade do trabalhador, quer afastar-se dos restantes mecanismos de cessação do contrato de trabalho. Trata-se, portanto, de um mecanismo alternativo, capaz de fazer cessar a relação laboral e que se enquadra numa fase ainda embrionária, “como se de um aborto se tratasse”¹⁹.

Na verdade, quando comparamos este regime com os demais em matéria de cessação, e quando o confrontamos com os princípios constitucionais subjacentes (princípio da proibição de despedimentos sem justa causa e princípio da segurança no emprego²⁰), percebemos, claramente, que se trata de uma matéria excepcional, que tutela interesses específicos.

Neste quadro, confere-se ao empregador a faculdade de fazer cessar a relação laboral, durante o período experimental, sem necessidade de aviso prévio, invocação de justa causa e sem direito à indemnização.

Assim, esta faculdade excepcional de cessação existe de “modo autónomo”²¹, não se justificando os condicionalismos que operam nos res-

¹⁹ A expressão é nossa. Com ela queremos apenas elucidar o facto de se pôr termo à “vida laboral numa fase ainda precoce. E, como atenta TATIANA GUERRA DE ALMEIDA (*Período Experimental, opus cit.*, p. 605), frustrada a experiência (sendo indesejada a manutenção da relação laboral), mal se compreenderia que a lei não facultasse um meio célere e eficaz de fazer cessar tal relação laboral. Outros autores comparam este período ao noivado (cfr. JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, opus cit.*, p. 487, nota 1242). Embora as diferenças sejam sempre mais do que as semelhanças, estas metáforas sempre nos vão dando luzes acerca da importância de um período de experiência.

²⁰ Para mais desenvolvimentos ver CLÁUDIA VAZ PÓVOA, *A boa fé na formação do contrato de trabalho*, opus cit., pp. 10-16; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 710 e ss; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra Editora, 2010, pp. 509 e ss;

²¹ Cfr. TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, *Período Experimental, opus cit.*, p. 606.

tantes meios de cessação ao dispor do empregador²². Talvez por isso, alguma doutrina tenha apontado o período experimental como uma “válvula de segurança”²³, uma “válvula de escape”²⁴, ou um “meio de atenuar os riscos da atividade econômica”²⁵.

Contudo, o legislador exige a verificação de certos requisitos e impõe alguns limites à cessação. Repare-se que, afinal, há situações em que terá que haver aviso prévio (n.º 2), sob pena de haver lugar a indenizações (n.º 4). E ainda, se subentende que haja um vínculo laboral e que as partes se conheçam mutuamente.

Além disso, é evidente que a cessação do vínculo não pode “apadrinhar”²⁶ situações abusivas. Desta forma, apesar de não ser necessária a invocação de justa causa, esta não será totalmente insindicação como veremos adiante.

Estas e outras questões exigem, certamente, respostas esclarecedoras. É com esse intuito que passaremos a analisar os pressupostos, limites e consequências da denúncia durante o período experimental.

2.1. PRESSUPOSTOS:

2.1.1. Vínculo laboral.

Para que o período de experiência e todo o seu regime funcione é necessário, em primeiro lugar, que haja um vínculo laboral²⁷, ou seja, um contrato de trabalho. Naturalmente, não havendo vínculo não poderá haver período expe-

²² Seria correcto afirmar que o despedimento por inadaptación absorve a denúncia no período experimental? Certamente que não. Como observa ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES [*Relações Individuais de Trabalho, opus cit.*, p. 232] o despedimento por inadaptación pressupõe uma alteração superveniente das condições objectivas em que o contrato foi celebrado. Alterações essas que se prendem com a inadaptación do trabalhador às mudanças dos “moldes e requisitos técnicos”, derivados da alteração dos processos de fabrico, da utilização de nova tecnologia ou equipamentos diferentes dos então utilizados. Portanto, o artigo 114.º não poderá redundar no mesmo.

²³ MARIA ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, opus cit.*, p. 196.

²⁴ O período experimental traduz-se, pois, numa espécie de “válvula de escape” de um sistema que tutela a estabilidade no emprego e restringe os despedimentos, servindo basicamente para que o empregador aprecie o desempenho profissional e avalie as capacidades laborais do trabalhador recém-contratado { JÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho, opus cit.*, p. 186}.

²⁵ Cfr. FRANCISCO J.T. GONZALEZ, *Extincio del Contrato en Periodo de Prueba, opus cit.*, p. 327.

²⁶ A expressão por nós utilizada alude aos despedimentos fraudulentos que muitas vezes acontecem durante o período de experiência.

²⁷ Para outros desenvolvimentos sobre as características do vínculo laboral (consensual, sinalagmático, *intuitus personae* e oneroso) veja-se JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, opus cit.*, pp. 83-94.

rimental, nem tampouco possibilidade de denúncia. Decorre, por conseguinte, da própria natureza do período experimental que haja um contrato.

A formação desse vínculo resulta muitas vezes de um acordo verbal²⁸, não havendo qualquer documento que comprove tal relação laboral²⁹. Outras vezes, o trabalhador limita-se a aderir a uma proposta de trabalho previamente formatada, não havendo qualquer negociação entre as partes³⁰. Em muitas outras situações, o vínculo é alcançado com a assinatura de um contrato individual de trabalho, quer seja por imposição legal³¹, quer por acordo das partes.

Além disso, é comum afirmar-se que o contrato de trabalho se firma como “um negócio celebrado *intuitus personae*”³², sendo relevantes determinadas qualidades específicas³³ daquela pessoa, sem as quais o contrato não teria sido celebrado³⁴.

Assim sendo, o empregador começará por se informar acerca do candidato que se propôs a trabalhar, quer seja através do processo de seleção, analisando o *curriculum vitae*, quer recolhendo informação quanto ao seu perfil psicológico, através de entrevistas. E, sendo favorável à sua admissão e integração, confiará nas informações por ele prestadas³⁵.

²⁸ É comum concluir-se o contrato de trabalho verbalmente ou de forma tácita, sendo esta, aliás, uma forma célere e não menos segura. Pois que, joga a favor do trabalhador a presunção de contrato de trabalho quando se verificarem pelo menos duas das situações do art. 12.º.

²⁹ A regra que resulta do artigo 112.º é que o contrato de trabalho não depende de forma escrita, valendo aqui o princípio da liberdade de forma. A não ser que a lei diga o contrário, o que sucede com os contratos a termo, contrato de trabalho temporário, contrato de trabalho a tempo parcial, etc.). Para mais desenvolvimentos veja-se JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, opus cit., pp. 83-84.

³⁰ Refira-se, no entanto, que nestes casos em que não houve negociação prévia se aplica o regime das cláusulas contratuais gerais, conforme dispõe o art. 105.º.

³¹ Como refere JÚLIO GOMES (*Direito do Trabalho*, opus cit., pp. 83-84), o paradigma é o contrato por tempo indeterminado e a tempo completo. Todos os contratos com regimes diversos estão sujeitos a forma escrita.

³² Ibidem, p. 86.

³³ Ibidem, pp. 88-89.

³⁴ Como atenta JÚLIO GOMES (Ibidem p. 87), “é muito duvidoso que seja sempre esse o caso no contrato de trabalho: em certas actividades pouco qualificadas [por exemplo, quando o empregador contrata um trabalhador para distribuir prospectos pelos carros estacionados] hesitamos em afirmá-lo”.

³⁵ Como refere CLÁUDIA VAZ PÓVOA (*A boa fé na formação do contrato de trabalho*, opus cit., p. 19), “[o]s deveres de informação adstringem as partes à prestação de todos os esclarecimentos necessário à conclusão honesta de um contrato, podendo por isso ser violados tantos por acção como por omissão. Na verdade, em muitos casos em que existe violação dos deveres de informação pelas partes, é aplicável o regime dos vícios da vontade, quer na modalidade de dolo negocial, quer em outras modalidades de erro .

Portanto, em todo este processo, há um dever de boa fé que é devido às partes e que conduz a uma relação de confiança, subjacente ao vínculo laboral que se estabelece³⁶.

Finalmente, para que se saiba qual o momento a partir do qual se considera que há vínculo, cumpre esclarecer qual é o evento que determina a existência do contrato. Havendo contrato escrito, em princípio a questão fica resolvida, sendo a data do contrato o evento determinante³⁷. Não sendo observada qualquer formalidade, a questão já não é tão linear e não será fácil de comprovar. Por isso, a solução passaria por atender ao momento em que se começou a prestar o trabalho.

Contudo, em nosso modesto entender, o vínculo resultará sempre do momento em que as partes chegaram a acordo e não do momento em que começou a ser prestado o trabalho, sendo esse é o evento que determina a conclusão do vínculo, quer seja obtido pela forma escrita, quer seja verbalmente. Portanto, não vislumbramos nenhum outro evento válido para determinar a conclusão do vínculo que não seja o acordo das partes.

2.1.2. Execução efetiva do contrato de trabalho

Por definição, o período experimental corresponde ao “tempo inicial de execução do contrato e só se conta “a partir da execução da prestação do trabalhador [cfr. arts. 111.º, n.º 1 e 113.º, n.º 1]. Daqui resulta a seguinte premissa: a execução efetiva do contrato de trabalho assume-se como pressuposto e critério de verificação do período experimental.

Enquanto pressuposto, a execução efetiva do contrato de trabalho determina a existência ou não do período experimental e, em função disso, a aplicação do seu regime. Quanto a nós, ter-se-á de conjugar a razão de ser do período de experiência [conhecimento mútuo] com a sua própria natureza [período inicial de execução]. Nessa conformidade, cumpre saber o que é e quando se inicia a execução efetiva do trabalho.

A execução corresponde ao cumprimento efetivo das obrigações emergentes do contrato de trabalho. Como tal, se o trabalhador já assinou o contrato mas ainda não se apresentou ao trabalho, não temos execução efetiva. Por outro lado, a lei refere que período de experiência pode ainda compreender a

³⁶ A propósito da responsabilidade pré-contratual veja-se CLÁUDIA VAZ PÓVOA, *A boa fé na formação do contrato de trabalho*, opus cit., pp. 19-28.

³⁷ Não é relevante que o início da execução efetiva do contrato de trabalho coincida com a conclusão do vínculo, uma vez que a mesma pode ser diferida no tempo.

“ação de formação determinada pelo empregador³⁸, na parte em que não exceda metade da duração daquele período” [cfr. art. 113.º, n.º 1]. Se o período de formação ultrapassar o limite imposto pela lei, suspende-se a contagem do mesmo durante o tempo de formação excedente “de forma a permitir que o tempo de trabalho continue a corresponder a metade do período de trabalho³⁹. Por outro lado, ficam de fora desse período, os dias de falta, de licença ou de suspensão do contrato⁴⁰.

Desta forma, a execução efetiva do contrato de trabalho poderá ter início com a prestação de trabalho, a qual coincidirá, em muitos casos, com o primeiro dia de trabalho⁴¹; como também pode suceder que a execução se inicie com um pequeno período de formação⁴², que não deve exceder metade da duração daquele período experimental⁴³. A outra parcela desse período, fica reservado às partes, para que estas possam comprovar, em concreto, as funções a desempenhar e as condições em que são prestadas.

Enquanto critério, permite-nos determinar as situações em que há um diferimento temporal entre a celebração do contrato e o momento em que o mesmo começa a ser executado.

Na verdade, o contrato pode ser celebrado imediatamente antes de um período de férias e o seu início ser posterior. Pode ainda suceder que as partes

³⁸ Se o trabalhador não frequentar as ações de formação poderá incorrer numa situação de incumprimento contratual. Neste sentido ver o Acórdão do STJ de 04 de Maio de 2011 onde o Réu, por ter deixado de frequentar, por sua iniciativa, as ações de formação sem justificação, incorreu em incumprimento contratual (...) constituindo-se, por isso, na obrigação de indemnizar a Autora.

³⁹ MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho, opus cit.*, 2010, p. 278.

40 Neste sentido MENEZES LEITÃO (*Direito do Trabalho, opus cit.*, p. 277, nota 364) sublinha que “é ilícito o despedimento efetuado pelo empregador durante o decurso do termo suspensivo de um contrato de trabalho, antes do trabalhador iniciar a sua actividade, uma vez que tal não se pode configurar como uma denúncia ao abrigo do período experimental.

⁴¹ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho, opus cit.*, 2010, p. 494; MARIA ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, opus cit.*, p. 193; M. ALONSO OLEA Y M.º E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 14ª Edición, 1995, p. 203, cit. apud FRANCISCO J.T. GONZALEZ, *Extincio del Contrato en Periodo de Prueba, opus cit.*, p. 331.

⁴² De sublinhar que “as ações de formação contempladas no preceito são apenas aquelas que ocorrem na pendência do contrato de trabalho e não também as que se desenvolvem antes da celebração desse contrato, sendo certo que, antes da aludida celebração não existe empregador e o futuro empregador não dispõe do poder de direcção que lhe permita determinar a frequência de ações de formação. Cfr. Sumário do Acórdão do STJ de 16 de Novembro de 2010.

⁴³ Note-se que “o período de tempo correspondente às ações de formação profissional do trabalhador desenvolvidas antes da celebração do contrato de trabalho não releva para efeitos de contagem do período experimental. Cfr. Acórdão do STJ de 16 de Novembro de 2010.

fixem um termo suspensivo inicial, estipulando que o contrato só começará a ser executado uma vez atingido esse termo. Nestes casos, a experiência não só não teve início, como se revela de todo impraticável⁴⁴. E, em consequência, não será aplicável o regime do período experimental e todo e qualquer despedimento, nessa fase, efetuado ao abrigo de tal regime, será ilícito⁴⁵.

2.1.3. Cumprimento do dever de experiência.

Tratando-se de uma “fase em que o vínculo jurídico-laboral revela ainda uma grande fragilidade”⁴⁶, a lei impõe às partes um dever de experiência “de modo a que possam apreciar o interesse na manutenção do contrato de trabalho (cfr. artigo. 111.º, n.º 2, parte final).

Muito se tem discutido sobre a autonomia deste dever e se o mesmo comporta um vínculo distinto do contrato de trabalho propriamente dito⁴⁷. Cremos que estas querelas estão já ultrapassadas e resolvidas pela legislação em vigor⁴⁸. Não há dúvidas de que o período experimental é um período inicial de execução do contrato e, como tal, existe apenas um vínculo⁴⁹.

Uma vez estabelecido o vínculo e iniciada a execução do contrato, parece evidente que é necessário ainda que as partes ponham em prática durante

⁴⁴ O Acórdão do STJ de 25 de Junho de 1986 considerou existir abuso de direito de despedimento no período experimental, na situação, em que o trabalhador não tenha tido oportunidade de demonstrar a sua aptidão para o trabalho ou de efectuar a prestação.

⁴⁵ Cfr. CLÁUDIA VAZ PÓVOA, *A boa fé na formação do contrato de trabalho*, opus cit., pp. 64-65.

⁴⁶ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, opus cit., 2011, p. 183.

⁴⁷ A este respeito ver CLÁUDIA VAZ PÓVOA, *A boa fé na formação do contrato de trabalho*, opus cit., pp. 37 e ss, e também TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, *Período Experimental*, opus cit., pp. 597-600.

⁴⁸ Não se trata de um contrato preliminar, um contrato de prova, ou qualquer outra subespécie contrato autónomo; nem tampouco estamos perante uma condição suspensiva, pois que a relação laboral encontra-se plenamente estabelecida com o início da execução do contrato, ou seja, com o período experimental; também não é uma condição resolutiva pois a sua verificação não destrói automaticamente o contrato com eficácia retroativa, mas antes limita-se a conferir o direito de denúncia e indemnização; está fora de hipótese igualmente ser um termo resolutivo, uma vez que não visa estabelecer uma relação laboral temporária mas permitir às partes um período de experiência (cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, opus cit., p. 280).

⁴⁹ Por isso, como refere MENEZES LEITÃO (*Direito do Trabalho*, opus cit., p. 280), “não parece possível sustentar, apesar da previsão do art. 112.º, 2, que durante o período experimental exista uma situação jurídica autónoma, relativa à prova, antes se devendo considerar a relação contratual como unitária desde o início”. No mesmo sentido se pronunciam GIUSEPPE SUPPIEJ, MARCELLO DE CRISTOFARO e CARLO CARLO CESTER (*Diritto del lavoro: il rapporto individuale*, 4ª Edição, CEDAM, 2008, p. 193) considerando que o período experimental resulta de uma especial cláusula inserida no contrato de trabalho.

um certo período o cumprimento das suas obrigações laborais, como sugere a expressão legal “durante o período experimental (cfr. art. 114.º, n.º 1). No decorrer desse período, caberá empregador orientar e integrar o novo trabalhador e inteirar-se, em concreto, das suas capacidades. Este, por sua vez, tomará conhecimento das condições de trabalho e das funções a desempenhar. Decorrido certo período, as partes poderão formular um juízo sobre a continuidade ou não do vínculo⁵⁰.

Assim, para os contratos sem termo, a lei prevê diferentes prazos consoante o grau de complexidade técnica, do grau de responsabilidade das funções assumidas, e ainda da natureza ou tipo de contrato⁵¹. Será de “90 dias para a generalidade dos trabalhadores ; “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”; e, finalmente, “240 dias para trabalhador que exerça cargo de direção ou quadro superior” (cfr. artigo. 112.º, n.º 1)⁵². Em relação aos contratos a termo, o período experimental será de 15 ou 30 dias, consoante seja inferior ou superior a seis meses (cfr. art. 112.º, n.º 2)⁵³.

Poderemos agora questionar se os prazos que o legislador reservou para a realização desse dever de experiência são razoáveis ou, porventura, exagerados. Sendo o período curto, tenderemos a afirmar que necessariamente o trabalhador sai beneficiado, na medida em que se diminui o poder do empregador despedir livremente.

Tal brevidade, no entanto, não é necessariamente mais favorável aos interesses do trabalhador, pois este pode ver-se impossibilitado de num curto

⁵⁰ Tal como observa TATIANA GUERRA DE ALMEIDA (*Período Experimental, opus cit.*, p. 590), “[o] período de experiência visa, em primeira linha, a formulação de um juízo – resultado final de uma verificação concreta das circunstâncias que as partes tomam como pressuposto da decisão de se vincularem e que se constitui como uma resposta à necessidade de dar a conhecer vividamente às partes, através do funcionamento das relações contratuais, as aptidões do trabalhador e as condições de trabalho.

⁵¹ Cfr. MARIA ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, opus cit.*, pp. 190 e ss.

⁵² LEAL AMADO (*Contrato de Trabalho, opus cit.*, p. 183 e ss) levanta, e com razão, algumas dúvidas sobre extensão do período de experiência, que poderá por em causa segurança face à instabilidade criada.

⁵³ Note-se que no caso da comissão de serviço período experimental depende de estipulação prévia. A razão de ser tem que ver com o modo como se opera a comissão serviço, entendendo-se que o trabalhador está “sempre à prova (cfr. MARIA ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, opus cit.*, p. 191).

espaço de tempo demonstrar as suas capacidades profissionais⁵⁴. Um período demasiado largo, embora permita uma melhor avaliação das qualidades do trabalhador e contribua para diminuir os riscos empresariais, traduz precariedade e incerteza⁵⁵.

Pelo exposto se compreende que o pressuposto seja a experiência concreta e não o simples decurso do tempo, embora este funcione como limite, como veremos adiante. Tanto assim é que o “facto de o contrato se manter durante este período não significa que se cumpra [em concreto] qualquer experiência”⁵⁶. Por isso, não é lícito que, durante esse período inicial, o empregador ocupe o trabalhador com quaisquer outras funções, que não as contratadas, ou que ocupe todo o tempo com formação.

Nessa conformidade, esse dever de experiência cumpre-se no tempo (pelo período estritamente necessário⁵⁷) mas não se esgota pelo simples decurso do tempo. É necessário que o tempo seja justificado pela experiência e esta seja comprovada com aquele. Da conjugação destes dois elementos (tempo e experiência) surgirá, naturalmente, um juízo sobre o interesse na manutenção do contrato, ou não.

Por isso, o despedimento de um trabalhador nos primeiros dias de execução do contrato, não poderá configurar, por si só, um despedimento ilícito. Assim, se o trabalhador logo no primeiro dia constatar que não se adapta às condições concretas de trabalho, poderá desde logo denunciar o contrato. Na situação inversa (sendo o empregador a despedir o trabalhador), cremos que é exigido ao empregador um dever de proporcionar um tempo de experiência razoável, sob pena de cair num caso de abuso de direito – a menos que o trabalhador tenha ocultado ou fingido qualidades essenciais⁵⁸. Dependerá também da efetiva prestação do trabalho. É esta que determina o cumprimento concreto do dever de experiência nos prazos estabelecidos⁵⁹.

⁵⁴ FRANCISCO J.T. GONZALEZ, *Extincio del Contrato en Periodo de Prueba*, *opus cit.*, p. 332

⁵⁵ Segundo CLÁUDIA VAZ PÓVOA (*A boa fé na formação do contrato de trabalho*, *opus cit.*, p. 43), “o período experimental serve um propósito de flexibilização contratual e de protecção das partes face aos riscos do regime da cessação do contrato de trabalho. Ver também JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, *opus cit.*, p. 187.

⁵⁶ Cfr. CLÁUDIA VAZ PÓVOA, *A boa fé na formação do contrato de trabalho*, *opus cit.*, p. 40.

⁵⁷ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, *opus cit.*, p. 188.

⁵⁸ Neste sentido JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, *opus cit.*, pp. 42 e ss

⁵⁹ Naturalmente que o dever de experiência deverá ser analisado caso a caso, pois certamente não será o mesmo para hipótese de denúncia por parte do trabalhador. Estando este numa situação manifestamente mais frágil não se lhe exigirá uma posição ainda mais desfavorável. É, por isso, que JÚLIO GOMES (*Direito do Trabalho*, *opus cit.*, p. 40), no seguimento de MIGUEL C. RODRI-

2.2. LIMITES

2.2.1. Acordo escrito em contrário

Apesar das considerações feitas anteriormente, a lei permite que o período experimental possa ser excluído ou apenas reduzido por acordo das partes [cfr. arts. 111.º, n.º 3, 112.º, n.º 5 e 114.º, n.º 1]⁶⁰.

Daqui resulta, por um lado, que o regime do período experimental, embora sendo o regime regra, não é em si absoluto. Poderão as partes entender que não se justifica um período de experiência tão prolongado [por exemplo, quando o trabalhador tenha já demonstrado ter capacidades para aquelas funções] e outros em que as partes dispensem tal período [por exemplo, quando se trate de tarefas relativamente simples, sem complexidade técnica]⁶¹⁻⁶².

Notamos, contudo, que a lei trata diferentemente os contratos a termo dos contratos por tempo indeterminado. Em relação aos primeiros, a lei apenas admite períodos mais alargados (30 dias) para os contratos de duração igual ou superior a 6 meses, e um período de 15 dias quando for inferior a 6 meses. Quanto aos contratos por tempo indeterminado, como vimos acima, a lei prevê períodos de experiência alargados quando estejam em causa “cargos de complexidade”, “de elevado grau de responsabilidade”, que pressuponham uma “especial qualificação”, ou quando se exerça “cargo de direção” [cfr. artigo 11.º, n.º 1, als. a) e b)].

Dessa forma, nos contratos a termo o grau de complexidade ou responsabilidade não são tidos como critérios. Mas pergunta-se: faria sentido incluir

GUES-PIÑERO ROYO, afirma que “o período experimental corresponde a uma necessidade artificial de comprovar a adequação do trabalhador ao seu posto de trabalho”.

⁶⁰ Note-se que nas hipóteses apresentadas no art. 112.º, n.º 4 [a saber: contrato a termo para a mesma atividade, contrato de trabalho temporário executado no mesmo posto de trabalho ou contrato de prestação de serviços para o mesmo objeto] a própria lei impõe a redução ou exclusão do período experimental consoante tenha sido inferior (hipótese em que é será reduzido) ou igual ou superior (hipóteses em que será excluído).

⁶¹ Como observa PEDRO ROMANO MARTINEZ (*Direito do Trabalho, opus cit.*, p. 496), e apesar das restrições, trata-se de uma manifestação do princípio da liberdade contratual.

⁶² Diferentemente, na vizinha Espanha, se entende que o regime assume um caráter supletivo valendo como regra a ausência de período experimental. O nosso legislador, por seu lado, optou por impor o período de experiência pelos motivos *supra* expostos e, em particular, pela necessidade de oferecer ao empregador um mecanismo alternativo de despedimento numa fase ainda precoce do contrato, de forma a atenuar o risco empresarial. Cfr. TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, *Período Experimental, opus cit.*, p. 595-596.

tais critérios igualmente nos contratos a termo, admitindo-se, por isso, períodos mais alargados?

Embora reconheçamos que os graus de complexidade, de responsabilidade, de qualificação técnica são determinantes na determinação do período de experiência, não podemos deixar de concordar que o alargamento de tal período nos contratos a termo potenciaria a fraude à lei⁶³. E, em última análise, poria em causa o próprio regime, pois poderia suceder a hipótese bizarra do período experimental coincidir com a duração do contrato se, por exemplo, fosse celebrado um contrato a termo por seis meses e fosse estipulado um período de 6 meses para um trabalhador que exerça cargo de complexidade técnica.

Em qualquer dos casos (seja a termo ou sem termo), havendo uma cláusula que preveja um período de experiência superior ao legalmente previsto, aquela é tida como nula, aplicando-se os limites máximos previstos.

Face ao exposto, cremos que a exigência de forma escrita visa aqui proteger o trabalhador, na medida em que este tem a garantia de que o poder denúncia livre do contrato ficou limitado ou excluído⁶⁴. Não basta, portanto, o acordo entre as partes no sentido de exclusão ou redução, esse acordo terá que revestir a forma escrita, sob pena de invalidade e de se aplicarem uma vez mais os limites legais.

Além disso, e atendendo à natureza do período experimental (fase inicial de execução do contrato), parece indubitável que tal cláusula deverá ser incluída no contrato de trabalho, aquando da sua celebração, ou em momento posterior se não tiver sido iniciada a sua execução efetiva⁶⁵.

⁶³ Como atenta JÚLIO GOMES (*Do uso e abuso...*, *opus cit.*, p. 72), "a possibilidade de alargamento, por acordo, do período experimental, por acordo nos contratos a termo potenciaria o perigo, já existente, de utilização da faculdade de rescindir no período experimental para defraudar as regras do contrato a termo (por exemplo, em matéria de compensação pela caducidade) e nem sequer lograria um genuíno paralelismo ou simetria com o regime do período experimental nos contratos sem termo em que hoje, após a alteração introduzida em 1991, a autonomia negocial individual ou coletiva só pode reduzir, mas não ampliar a duração do período experimental."

⁶⁴ Diversamente, nos sistemas em que o regime experimental assume carácter supletivo, cabe sobretudo ao empregador convencer o trabalhador que será necessário estabelecer-se um período experimental. Assim, no sistema jurídico espanhol, por exemplo, a inobservância da forma escrita quanto à estipulação daquele período implica a não sujeição a um período de experiência, mais favorável ao trabalhador. Certamente que não será difícil convencer o trabalhador perante a oferta de um contrato de trabalho. Apesar disso, parece-nos evidente que nesses casos, a forma escrita protege o empregador na medida em faculta.

⁶⁵ JOÃO LEAL AMADO (*Contrato de Trabalho*, *opus cit.*, p. 185) considera o período experimental como "elemento natural do contrato" e não "um elemento acidental", não carecendo de ser estipulado. Por conseguinte, a sua exclusão é que tem que ser expressa para não nascer, *ex vi legis*, junta-

Finalmente, importa referir que o acordo escrito das partes poderá manifestar-se por contrato de trabalho ou por convenção coletiva⁶⁶. Mas terão aqueles tipos negociais a mesma extensão? Quando se refere à exclusão, o legislador diz apenas que o período experimental pode ser afastado mediante acordo escrito das partes (cfr. artigo 11.º, n.º 3). Assim, por invocação do elemento literal e do elemento sistemático⁶⁷, as convenções coletivas afastam-se claramente dessa possibilidade. Portanto, é forçoso concluir que “a exclusão só é permitida por contrato individual de trabalho”⁶⁸. Quanto à hipótese de redução, sabemos que esta poderá acontecer por instrumento de regulamentação coletiva ou por acordo escrito das partes (cfr. artigo 112.º, n.º 5)⁶⁹.

Portanto, quando a lei apenas permite o menos (reduzir ou excluir) não é lícito às partes quererem o mais, aumentando tal período por acordo⁷⁰. Não se vislumbrando, por isso, qualquer fundamento para permitir o aumento do período experimental, seja por contrato de trabalho ou por convenção coletiva⁷¹.

2.2.2. Aviso prévio.

Outro limite à livre denúncia do contrato, por parte do empregador, durante o período de experiência é a obrigatoriedade de aviso prévio de 7 ou 15 dias, consoante aquele período tenha durado mais de 60 dias ou mais de 120 dias (cfr. art. 114.º, n.ºs 2 e 3).

Como parece óbvio, “esta limitação só vale em relação ao empregador, pelo que em relação ao trabalhador, independentemente da duração do vínculo, não se exige aviso prévio para denunciar o contrato durante o período experimental”⁷².

Desta forma, a lei quis condicionar o empregador, impondo um prazo limite ao despedimento sem aviso prévio e, simultaneamente, quis proteger as

mente com o contrato.

⁶⁶ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, opus cit., p. 497.

⁶⁷ Critérios interpretativos bem desenvolvidos pelo saudoso Professor Doutor João Baptista Machado na sua obra *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 2007, pp. 181 e ss.

⁶⁸ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, opus cit., p. 497.

⁶⁹ Trata-se, na verdade, de um desvio à regra que confere maior possibilidade aos instrumentos de regulação coletiva de trabalho (Ibidem, p. 498).

⁷⁰ Ibidem, p. 496.

⁷¹ Neste sentido JÚLIO GOMES, *Do uso e abuso...*, opus cit., p. 69. Em sentido diverso, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER “admite que as convenções coletivas possam alargar os períodos experimentais estabelecidos por lei (Ibidem, p. 69, nota 71)

⁷² Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, opus cit., p. 494.

expetativas do trabalhador, recompensando-o pela não observância do período prévio⁷³.

A diferença de tratamento justifica-se à luz do mencionado princípio da segurança no emprego na sua vertente negativa (garante da manutenção do trabalho e do direito de não ser privado dele)⁷⁴. Dessa forma, o legislador quis proteger as legítimas expectativas do trabalhador que quer ter um emprego estável e reconhece também que “o trabalho é o sustento das suas necessidades económicas, da sua família, da sua realização”⁷⁵.

2.2.3. Denúncia abusiva?

Um dos aspetos mais controversos deste regime tem que ver com a possibilidade de despedimento sem justa causa (cfr. art. 114.º, n.º 1).

A doutrina é unânime em afirmar que tal norma é constitucional ou, pelo menos, situam-se no limite da constitucionalidade⁷⁶. Na base de tal entendimento está, por um lado, a própria razão de ser do período experimental (o dever de experiência) e, por outro, a necessidade de tutelar o risco que o empregador assume quando contrata⁷⁷. Este último fundamento assume, quanto a nós particular relevância.

Ora, o mecanismo que o legislador encontrou para aliviar esses riscos foi “liberalizar”⁷⁸ os despedimentos durante o período experimental. Não admira, por isso, que haja falsos contratos a termo. Ou seja, que se contrate por tempo indeterminado quando na verdade se queria contratar a termo.

Assim, ao cabo de 89, 179 ou 239 dias o empregador tem a possibilidade de denunciar livremente o contrato, respeitando o aviso prévio. Acresce que este mecanismo de cessação imotivada coloca seriamente em causa o carácter bilateral do período experimental e tende a ser completamente desprezado⁷⁹.

⁷³ Como veremos adiante, se for respeitado o prazo de aviso prévio, o contrato cessa, mas o trabalhador tem direito a uma indemnização.

⁷⁴ J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição Portuguesa*, opus cit., p. 707.

⁷⁵ Cfr. FRANCISCO J.T. GONZALEZ, *Extincio del Contrato en Periodo de Prueba*, opus cit., p. 327.

⁷⁶ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, opus cit., p. 188. Também J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição Portuguesa...*, opus cit., p. 707, levantam algumas dúvidas ao considerarem que o período experimental se enquadra no âmbito de protecção daquele preceito constitucional.

⁷⁷ Como refere JOÃO LEAL AMADO (*Contrato de Trabalho*, opus cit., p. 187), trata-se de um “instituto vocacionado para diminuir o risco empresarial”.

⁷⁸ A expressão é nossa.

⁷⁹ Veja-se a este propósito JÚLIO GOMES (*Do uso e abuso... opus cit.*, pp. 47 e ss). Subscrevemos as palavras do Autor quando este refere que “pode lançar-se mão do período experimental para contornar as regras sobre contrato a termo”. Além disso, pode ainda “servir como instrumento

Portanto, não há dúvidas que o período experimental aproveita em grande medida ao empregador⁸⁰. E, se pensássemos num aumento da duração do período experimental concluiríamos, indubitavelmente, que o beneficiário seria em exclusivo o empregador⁸¹. Nesse caso, certamente que os princípios da segurança no emprego e mesmo o despedimento sem justa seriam fortemente atacados. Na verdade, foram essas as razões que levaram o respetivo Tribunal a considerar inconstitucional a lei que visava alargar o período experimental supletivo para a generalidade dos trabalhadores de 90 para 180 dias⁸².

À luz da lei atual, pensamos que é legítimo invocar aquele acórdão do Tribunal Constitucional. Basta olharmos à técnica legislativa patente no artigo 112.º. É que o recurso a conceitos indeterminados (“complexidade técnica”, “elevado grau de responsabilidade ou “especial qualificação”) comporta as mais diversas situações. Pelo que, a generalidade dos trabalhadores poderá ser, afinal, uma ínfima parte, se atendermos ao facto das grandes empresas utilizarem cada vez mais mecanismos complexos e sofisticados.

JÚLIO GOMES vai mais longe, considerando que essa complexidade estende-se também às áreas das ciências sociais⁸³; aqui incluiremos os psicólogos, os professores, os educadores, os advogados, entre outros. Sendo certo que todos eles poderão desempenhar cargos de direcção (e, neste último caso, o período não será de 180 dias mas de 240 dias). Também pela via do “elevado grau de responsabilidade” chegaremos a idênticos resultados.

A questão que agora se coloca é esta: quando a lei dispensa a invocação de justa causa terá optado por um «despedimento livre»⁸⁴ ou terá apenas prescindido da invocação expressa da causa de despedimento⁸⁵? Em termos teóricos a questão reveste grande importância porque a dispensa de justa causa não elimina a possibilidade de sindicar os motivos do despedimento,

de práticas abusivas e fraudulentas.

⁸⁰ Estamos com JOÃO LEAL AMADO (*Contrato de Trabalho, opus cit.*, p. 187 e ss) quando este sublinha que a ordem jurídica concede ao empregador algum tempo para “testar o trabalhador recém-contratado e quem vai ajuizar é “exclusivamente o empregador”.

⁸¹ Não deixamos de notar que o período experimental foi sendo alargado por razões que se prenderam com a rigidez da cessação da relação laboral. Mas quando se partiu para um sistema mais flexível, o período experimental prosseguiu na mesma direcção. Motivo é para se concluir que o período experimental serve os propósitos da flexibilização da relação laboral. Cfr. JÚLIO GOMES, *Do uso e abuso...*, *opus cit.*, p. 55.

⁸² Veja-se o acórdão 632/2008 do Tribunal Constitucional de 23 de Dezembro de 2008.

⁸³ Cfr. JÚLIO GOMES, *Do uso e abuso...*, *opus cit.*, pp. 66-67.

⁸⁴ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho, opus cit.*, p. 187.

⁸⁵ Cfr. FRANCISCO J.T. GONZALEZ, *Extincio del Contrato en Periodo de Prueba, opus cit.*, pp. 340 e ss.

sob pena de contrariar a razão de ser do período experimental, que é essencialmente um período de prova.

Contudo, em termos práticos, deparamo-nos com a dificuldade de prova, pois não é necessária a invocação expressa da causa da cessação⁸⁶. Então, é fácil para o empregador contornar esta questão. Aquele não precisa de expor por escrito o motivo que está na origem da denúncia do contrato. E, em todo caso, em sede de prova, poderá sempre alegar qualquer causa (distante dos verdadeiros motivos), por mais insignificante que seja, desde que não seja abusiva ou discriminatória.

Na verdade, uma “ampla liberdade patronal de denúncia poderá redundar em práticas discriminatórias⁸⁷ de índole diversa: orientação sexual, convicções ideológicas, religiosas, estado de gravidez, filiação, etc.⁸⁸. Esta constatação coloca-nos numa situação ainda mais difícil quando é o próprio legislador que se esquece de definir a forma de controlo dos motivos [se é que existe!].

Apenas sabemos que em certos casos a denúncia poderá ser ilícita ou abusiva, como seria se o empregador denunciasse pelo simples facto de uma trabalhadora se encontrar grávida. Mas não sabemos como fazer o controlo de tais motivos.

Estamos perante uma “dificuldade insuperável”⁸⁹!

Assim sendo, a solução para o problema *supra* enunciado mostra-se comprometida, quer se vá pela desnecessidade de invocação de justa causa ou pela liberdade de forma no despedimento.

Ou seja, mesmo que se pugnasse pela necessidade de uma denúncia motivada, esta sempre seria desprovida de utilidade prática perante a ausência de forma. Não havendo qualquer exigência dessa natureza, o empregador limita-se a comunicar, oralmente ou por escrito, que denuncia o contrato. Para tal poderá apenas mencionar que decorre o período experimental. Assim, é concedido ao empregador um poder discricionário apenas “virtualmente sindicável pelo tribunal⁹⁰.

Resta-nos ainda averiguar se a liberdade de denúncia pode ser exercida em termos abusivos. Não será essa denúncia apenas “virtualmente livre⁹¹? Ou seja, o artigo 114.º, n.º 1 deve ser visto isoladamente ou não será condicio-

⁸⁶ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho, opus cit.*, p. 493.

⁸⁷ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho, opus cit.*, p. 186.

⁸⁸ Neste sentido MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho, opus cit.*, p. 279.

⁸⁹ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho, opus cit.*, p. 186

⁹⁰ *Ibidem*, p. 188.

⁹¹ Queremos com isto dizer, em tom provocatório, que a denúncia não será completamente livre.

nado também pelas restantes normas (elemento sistemático) e pela razão de ser do instituto (elemento racional ou teleológico)?

Se a letra do referido artigo aponta para uma denúncia incondicionada, o certo é que os números seguintes desse artigo apontam para uma restrição desse poder de denúncia. A favor deste argumento posiciona-se também o artigo 111.º, n.º 2 onde se impõe um dever de experiência comprovado. Na verdade, ao impor que “as partes devem agir de modo a que possam apreciar o interesse na manutenção do contrato de trabalho”, o legislador parece introduzir um elemento de objectividade do período de experiência, no sentido de pretender que o empregador manifeste objectivamente a sua decisão em relação à superação ou não de tal período⁹².

Acresce também que a denúncia totalmente livre viola claramente o dever de boa fé, o qual se manifesta nos deveres de informação impostos às partes durante a formação e execução do contrato⁹³. Isso mesmo parece sustentado pelos princípios constitucionais já mencionados que exigem segurança no emprego e, em virtude disso, que o despedimento seja efetuado de forma justa e motivada.

Neste sentido, e a título de exemplo, podemos considerar que a denúncia do contrato, durante o período de prova, de uma trabalhadora grávida, poderá constituir um despedimento proibido, atendendo à ausência de prova que justifique a extinção⁹⁴. Assim será se os indícios respeitantes ao caso concreto forem devidamente valorados pelo Tribunal.

Além disso, somos ainda a considerar que a ocultação de tal facto (referimo-nos à gravidez) ao empregador não atribui a este o poder para denunciar o

⁹² De referir que este entendimento é contraditório com faculdade de extinguir o contrato sem justa causa, uma vez que de nada serve impor-se objectivamente um período de prova se o empregador pode denunciar o contrato sem invocação de causa alguma.

⁹³ A este respeito veja-se CLÁUDIA VAZ PÓVOA, *A boa fé na formação do contrato de trabalho*, opus cit., pp. 8 e ss.

⁹⁴ A respeito da temática ver também RICARDO OSCAR GONZÁLEZ, *Despido De La Trabajadora Embarazada, Durante El Período De Prueba*, Revista de Derecho Laboral, Ano 2000, n.º 2, Extinción del contrato de trabajo - II, pág. 341 e ss.

⁹⁴ A respeito da temática ver também RICARDO OSCAR GONZÁLEZ, *Despido De la Trabajadora Embarazada, Durante El Período de Prueba*, Revista de Derecho Laboral, Ano 2000, n.º 2, Extinción del contrato de trabajo - II, pág. 341 e ss.

⁹⁵ Neste sentido se pronunciou o Supremo Tribunal Espanhol, numa Sentença de 18 de Abril de 2011. Disponível em “www.abogae.com”, acesso em 12 de Janeiro de 2012.

⁹⁶ Em relação a outras causas discriminatórias, como por exemplo, a raça, a religião e a orientação sexual, deve aplicar-se o mesmo raciocínio lógico, embora, na prática, possa ser menos evidente em termos de prova.

contrato durante o período experimental⁹⁵. Embora a lei dispense a invocação de justa causa, durante o período experimental, valem os demais direitos dos trabalhadores, entre eles, o direito de não ser despedido por razões discriminatórias. Ou seja, a situação de abuso subjacente ao despedimento de uma trabalhadora grávida, por ser clara e inequívoca, deve prevalecer perante a ausência de justa causa⁹⁶.

Por tudo isto, é nosso entendimento, e salvo melhor opinião, que o legislador se expressou mal, dizendo mais do que pretendia⁹⁷. Como tal, a solução legal parece forçar aqui uma interpretação restritiva, no sentido de se exigir ao empregador uma motivação, quer a denúncia aconteça antes dos 60 dias ou depois, aquando comunicação prévia. Em causa estariam também razões de ordem técnica, de adaptação ao ambiente de trabalho, razão de ser, aliás, do período experimental. De forma sintética diríamos que aquilo que motiva o período de experiência também deve estar presente no seu conteúdo. Assim, é nosso entendimento que a desnecessidade de invocação de qualquer motivo vai para além da razão do ser do período experimental.

Em todo caso, se a denúncia for imotivada (porque a lei não o exige que o seja) não significa, no entanto, que não venha a ser exigida a sua motivação em sede de julgamento. Isto quer dizer que o período experimental é, na verdade, sindicável e não pode ser exercido abusivamente, sob pena de contrariar “a função para que foi instituído o próprio período experimental”^{98,99}.

Como tal, o período de experiência não pode ser oferecido arbitrariamente ao empregador, antes merecendo uma fundamentação baseada na relação laboral e nunca em motivos discriminatórios ou fraudulentos¹⁰⁰.

⁹⁵ Neste sentido se pronunciou o Supremo Tribunal Espanhol, numa Sentença de 18 de Abril de 2011. Disponível em «www.abogae.com», acesso em 12 de Janeiro de 2012.

⁹⁶ Em relação a outras causas discriminatórias, como por exemplo, a raça, a religião e a orientação sexual, deve aplicar-se o mesmo raciocínio lógico, embora, na prática, possa ser menos evidente em termos de prova.

⁹⁷ Como refere BAPTISTA MACHADO (*Introdução ao Direito*, *opus cit.*, p. 186) “[o] interprete não deve deixar arrastar-se pelo alcance aparente do texto, mas deve restringir este em termos de o tornar compatível com o pensamento legislativo, isto é, com aquela *ratio*”.

⁹⁸ Cfr. MARIA ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, *opus cit.*, p. 193. No mesmo sentido ver JÚLIO GOMES, *Do uso e abuso...*, *opus cit.*, pp. 268 e ss.

⁹⁹ Nesta senda, como sublinha MARIA ROSÁRIO PALMA RAMALHO (*Direito do Trabalho*, *opus cit.*, p. 194), o Supremo Tribunal de Justiça entendeu haver abuso de direito na situação de despedimento durante o período experimental quando o trabalhador não tenha tido oportunidade de demonstrar a sua “aptidão para o trabalho ou de efectuar a prestação”.

¹⁰⁰ Neste sentido se pronunciou MARTÍN VALVERDE [*El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Editorial Montecorvo, 1976, pp. 134 e ss]. O Autor defende precisamente que o despedimento

2.2.4. Sucessão de contratos.

Como vimos anteriormente, resulta do disposto no art. 112.º, n.º 4 que o período experimental pode ser reduzido ou excluído consoante tenha havido algum tipo de relação laboral anterior (contrato a termo, trabalho temporário ou prestação de serviços).

Tal significa que a sucessão de contratos não exclui *ab initio* o período de experiência¹⁰¹. Portanto, a existência de um primeiro vínculo laboral não inviabiliza o período experimental num segundo contrato. Assim, se o “trabalhador A”, que prestou serviços durante certo período de tempo para o “empregador B”, vier a ser contratado por este, poderá estar sujeito a um período de experiência. Contudo, neste caso, deveremos ter em conta a duração e o objeto do primeiro contrato. Se a duração do mesmo for inferior ao período experimental previsto para o segundo vínculo e se este incidir sobre o mesmo objeto obrigacional (a mesma prestação de trabalho ou as mesmas funções), haverá lugar a um certo período de experiência, embora reduzido¹⁰².

A lei exige, deste modo, um duplo critério em matéria de sucessão. Trata-se de analisar, primeiramente, o conteúdo da obrigação laboral prestada e a prestar (critério interno ou de ordem substancial) e, num segundo momento, verificar qual a duração do primeiro contrato (critério externo ou de ordem temporal) no sentido de se apurar qual o período de experiência já efetuado. O primeiro avalia internamente a prestação laboral, olhando à atividade, ao posto de trabalho e ao objeto do contrato (cfr. art. 112.º, n.º 4); o outro atenta aos limites temporais e ao período de experiência previsto para o primeiro e segundo vínculos.

Desta forma, a lei condiciona a sucessão de contratos, excluindo ou reduzindo tal período, de forma a evitar situações abusivas que criariam o caos no mundo laboral.

Assim, se por exemplo o “trabalhador C” que inicialmente prestava serviços à “empresa X” celebrar um contrato de trabalho para as mesmas funções, tendo já completado o período de experiência de 90 dias previsto, não poderá o empregador denunciar o segundo contrato ao abrigo do período experimental,

do trabalhador durante o período experimental (ou de prova) não pode ser efetuado de modo arbitrário, mas antes fundamentar-se em justa causa.

¹⁰¹ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho, opus cit.*, p. 495.

¹⁰² O mesmo vale para a situação do contrato a termo. Ou seja, se alguém é contratado para a mesma actividade, o período poderá ser excluído ou reduzido consoante o tempo de duração do primeiro vínculo e o período de experiência associado ao segundo. Também não esqueçamos o trabalho temporário executado no mesmo posto de trabalho. O raciocínio é paralelo.

simplesmente porque não haverá lugar a tal período.

Seria uma verdadeira situação de abuso de direito [*venire contra factum proprium*]. Aliás, o contrato só se concretizou porque tal empregador teve interesse naquele trabalhador, uma vez que durante o primeiro vínculo as partes puderam avaliar-se mutuamente. Em consequência, não poderá o empregador pôr fim ao vínculo como se de um novo trabalhador se tratasse. Embora não haja sucessão de contratos de trabalho, mas um contrato de prestação de serviços seguido de contrato de trabalho, não se pode ignorar que o primeiro vínculo permite igualmente avaliar as qualidades do trabalhador, de tal forma que se quis celebrar um contrato de trabalho. Facto que demonstra a confiança das partes na manutenção do vínculo.

Além disso, não haverá lugar a período de experiência se um trabalhador celebrar um novo contrato de trabalho para desempenhar diferentes funções das anteriormente realizadas. Se assim não fosse teríamos uma espécie de *jus variandi* disfarçado, com a diferença de que o *jus variandi* precisa de ser justificado.

A razão de ser deste mecanismo legal prende-se com a lógica subjacente ao período de experiência. Se este serve essencialmente para conhecer as qualidades do trabalhador em relação a determinada actividade, posto ou serviço laboral, então deverá funcionar como critério de redução ou exclusão desse período quando tenha já havido algum conhecimento dessas qualidades.¹⁰³

Nessa conformidade, o período experimental incide também sobre as concretas funções e não se basta com uma verificação em abstrato. Mesmo estando previamente determinadas as funções do trabalhador, há sempre uma determinação *a posteriori* com a realização concreta das funções. Se na prática as funções forem diferentes das contratualmente estabelecidas, não poderá haver período experimental ao abrigo deste mecanismo de sucessão de contratos, sendo considerado nulo o novo acordo que prevê a exclusão do período experimental¹⁰⁴.

Diferentemente, nos termos do art. 11.º, n.º 2, da Lei n.º 28/98, a existência de um contrato de formação não exclui de nenhuma forma o período experimental¹⁰⁵. Como nota PEDRO ROMANO MARTINEZ¹⁰⁶, trata-se de uma “norma excepcional justificada naquele contexto que não importa aplicação analógica

¹⁰³ Como refere, FRANCISCO J.T. GONZALEZ [*Extincio del Contrato en Periodo de Prueba, opus cit.*, pp. 335 e ss.] “a adequação do período experimental ao seu fim impede o estabelecimento de um novo pacto quando as partes já tenham conhecimento suficiente sobre as qualidades.

¹⁰⁴ FRANCISCO J.T. GONZALEZ, *Extincio del Contrato en Periodo de Prueba, opus cit.*, p. 339.

¹⁰⁵ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho, opus cit.*, p. 495.

¹⁰⁶ *Direito do Trabalho, opus cit.*, p. 495.

(art. 11.º CC) para a hipótese de sucessão de contratos de trabalho”.

Além do contrato de formação profissional, as partes poderão ainda celebrar uma promessa de contrato de trabalho a termo certo, no qual o trabalhador se obriga a exercer a atividade profissional resultante da formação ministrada, durante um período acordado. Naturalmente que a celebração deste tipo de pactos de permanência não elimina o período experimental. Funciona apenas como mecanismo de assegurar à empresa a recuperação do investimento feito com uma formação profissional do trabalhador.¹⁰⁷

Outra questão interessante que se coloca nesta temática da sucessão de contratos é a seguinte: será possível estabelecer-se um segundo período experimental ou aumenta-lo na hipótese em que as partes estabeleceram um período menor do que o permitido?

A hipótese parece legalmente possível, desde que respeitados os limites máximos estabelecidos na lei. É uma matéria do foro negocial, deixada na livre disposição das partes, desde que cumpridos os limites legais. É certo que a lei apenas proíbe o aumento do período experimental. E, tendo sido, inicialmente, estabelecido um período menor do que o legalmente previsto, nada impede que as partes prorroguem o período até ao limite legal. Essa prorrogação, a existir, constituirá um novo pacto de experiência¹⁰⁸.

No entanto, não podemos deixar de sublinhar que a prorrogação do período de experiência poderá traduzir-se numa situação de “chantagem [ou pressão] do empregador em relação ao trabalhador, manifestando ainda algumas reservas quanto à sua continuidade na empresa. Poderão aqui ser violados descaradamente os limites da boa fé e ser criada uma situação de abuso de direito quando se estabelece um período de experiência menor e, posteriormente, se quer impor ao trabalhador um período de experiência maior. Isto tudo sem qualquer motivação!

2.3. CONSEQUÊNCIAS DA DESVINCULAÇÃO LABORAL

Como vimos anteriormente, durante o período experimental, qualquer das partes pode denunciar sem aviso prévio, nem invocação de justa causa e sem

¹⁰⁷ É de notar, contudo, que o trabalhador que denuncie o contrato de trabalho antes de esgotado o período de permanência a que se vinculou poderá responder pela reparação do prejuízo causado ao empregador, nomeadamente as quantias despendidas na formação. Neste sentido se decidiu no Acórdão n.º n.º 2779/07.0TTLSB.L1.S1 do Supremo tribunal de Justiça de 30 de Junho de 2011.

¹⁰⁸ FRANCISCO J.T. GONZALEZ, *Extincio del Contrato en Periodo de Prueba*, opus cit., p. 330

pagamento de indemnização (art. 114.º, n.º 1). Verificamos, contudo, que após 60 dias a denúncia depende de aviso prévio de 7 dias (ou 15 dias quando tenha durado mais de 120 dias) por parte do empregador¹⁰⁹. O não cumprimento deste aviso ou o seu cumprimento parcial determina o pagamento de uma indemnização correspondente ao aviso prévio em falta (art. 114.º, n.º 4).

A solução legal apresentada, a nosso ver, necessita de ser clarificada e apreciada à luz dos pressupostos e limites *supra* analisados. Nessa medida, para que este sistema de denúncia funcione e seja devidamente aplicado terão, necessariamente, que ser respeitados os pressupostos: terá que haver um vínculo laboral, ter lugar a execução efetiva da prestação laboral e deverá ser cumprido o dever de experiência. Além disso, é também imprescindível que não haja acordo escrito em contrário, que seja cumprido o aviso prévio (quando aplicável) e que a denúncia não se consubstancie numa situação abusiva ou fraudulenta.

O que se tem verificado nos nossos Tribunais é que os empregadores, de uma forma ou de outra, se esquecem dos pressupostos e limites legais. Como tal, procuram aproveitar as benesses do art. 114.º e, sempre que podem, fundamentam a denúncia do contrato ao abrigo de tal preceito também naquelas situações em que, efetivamente, ainda não se iniciou a execução efetiva da prestação¹¹⁰ e para aquelas outras onde, definitivamente, já foi ultrapassado tal período de experiência^{111,112}.

¹⁰⁹ Como ficou referido, esta limitação aplica-se apenas ao empregador e não ao trabalhador. Este, independentemente da duração do contrato, pode denunciar o contrato durante o período experimental.

¹¹⁰ No Acórdão 269/10.2 do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Setembro de 2011 sublinha-se que o período experimental se conta a partir do primeiro dia de trabalho (inclusive), ou seja, logo que o trabalhador inicia a sua atividade.

¹¹¹ Cfr. Acórdão n.º 269/10.2 do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de Setembro de 2011, onde é referido que “a cessação do contrato de trabalho por denúncia do empregador, após decorrido o período experimental, tem de ser entendida como um despedimento sem justa causa. No mesmo sentido, veja-se ainda o Acórdão n.º 07S3420 do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Julho de 2007 e Acórdão n.º 242/10.0 do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de Novembro de 2011, onde é referido, além do mais, que “nos contratos de trabalho a termo, o trabalhador ilicitamente despedido tem direito às retribuições que deixou de auferir desde a data do despedimento até ao termo do contrato, se este ocorrer antes da sentença, englobando tais retribuições não só as retribuições salariais propriamente ditas, mas também todas outras importâncias que o trabalhador teria auferido até final do contrato, nelas se incluindo a compensação que receberia se o contrato tivesse cessado, no seu termo, por caducidade.

¹¹² Recorde-se que se for ultrapassado o período de prova, o contrato de trabalho produzirá plenamente os seus efeitos, nomeadamente quanto à obrigatoriedade de invocação de justa causa.

Nestes casos, parece ser decisiva a contagem correta do período experimental. Contudo, se a primeira hipótese (e porque não se aplica o regime do período experimental) figura como despedimento ilícito, não é menos verdade que em relação à segunda situação podemos fazer apelo aos termos gerais do despedimento ilícito por parte do empregador. Não muito distantes destas hipóteses, encontramos a denúncia operada durante o período experimental (independentemente do período decorrido) feita de forma abusiva¹¹³.

Temos aqui uma tríade de situações. Aquelas que ocorrem licitamente durante o período de experiência mas sem cumprimento do aviso prévio; as situações que ocorrem antes ou após esse período de experiência; e um último grupo de situações que se enquadram na hipótese de denúncia abusiva.

A problemática coloca-se, sobretudo, ao nível das consequências da denúncia após o período experimental, já que ao abrigo do período experimental, tais consequências são nenhuma ou quase nenhuma. Mas vale a pena colocar a seguinte questão: será que o pagamento da indemnização é a única sanção possível? A resposta a esta questão, a nosso ver, passa pela distinção das situações em que simplesmente é desrespeitado o prazo de aviso prévio daquelas em que a denúncia, independentemente do prazo, é, na verdade, abusiva.

Assim, para os casos do não cumprimento (total ou parcial) de tal aviso prévio o pagamento da indemnização é a única sanção possível. E o desrespeito de tal prazo de pré-aviso não implicará, certamente, a ilicitude da denúncia¹¹⁴.

Nas hipóteses em que haja denúncia abusiva, independentemente da situação anterior, cumpre saber se a denúncia abusiva poderá ser equiparada ao despedimento ilícito e, em consequência disso, se poderão ser ou não tomadas outras sanções além daquela.

A doutrina diverge a este respeito. Há quem considere que a denúncia abusiva não deve ser considerada como despedimento ilícito¹¹⁵ e quem, pelo contrário, considere que a mesma deve ser qualificada como um despedimento ilícito¹¹⁶. A favor da primeira tese joga o facto de a lei prescindir de justa cau-

¹¹³ O que sucede se, por exemplo, o empregador denunciar o contrato pelo facto de a trabalhador ter engravidado durante o período experimental. A este propósito PEDRO ROMANO MARTINEZ [*Direito do Trabalho, opus cit.*, p. 493] refere que poderemos estar perante uma hipótese de abuso de direito. Para mais desenvolvimentos ver JÚLIO GOMES, *Do uso e abuso...*, *opus cit.*, p. 245-276.

¹¹⁴ MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho, opus cit.*, p. 279. No mesmo sentido, MARIA ROSÁRIO PALMA RAMALHO [*Direito do Trabalho, opus cit.*, p. 195] atenta que esta solução afasta "a sanção gravosa da consolidação do contrato para estas situações.

¹¹⁵ Ver Acórdão Cfr. PEDRO FURTADO MARTINS, *A relevância dos elementos pessoais na situação jurídica de trabalho subordinado*, RMP, Ano 12.º, 47, 1991, p. 178.

¹¹⁶ Cfr. JÚLIO GOMES, *Do uso e abuso...*, *opus cit.*, p. 245-276.

sa. Em defesa da segunda está a necessidade de proteger as situações em que possa existir um abuso de direito.

Por nossa parte, mantemos a posição defendida anteriormente, ou seja, a ilicitude do despedimento durante o período experimental terá que ser avaliada caso a caso, sendo certo que o cumprimento dos pressupostos e limites legais do art. 114.º não afastam tal possibilidade. O apelo ao instituto do abuso de direito é, como tal, uma solução adequada, sendo igualmente defensável a sua equiparação ao despedimento ilícito¹¹⁷.

Isto significa que em tais situações abusivas, poderá ser exigida a reintegração do trabalhador. Esta solução não choca com a razão de ser do período experimental uma vez que o vínculo não pode ser denunciado por causas estranhas ao contrato de trabalho¹¹⁸. Além disso, “durante o período experimental valem os direitos e obrigações próprios do contrato de trabalho”.¹¹⁹

3. CONCLUSÃO.

Feita a análise, ainda que resumidamente, dos pressupostos, limites e consequências da denúncia do contrato de trabalho pelo empregador durante o período experimental, chegamos ao ponto de tecer algumas notas finais. O primeiro aspeto a trazer à colação é a característica da *bilateralidade*. Parece claro que os interesses subjacentes ao período experimental não servem na mesma medida empregador e trabalhador. Ao empregador é dado o poder de denunciar livremente, respeitados os pressupostos da lei.

A segunda nota recai, precisamente, sobre os pressupostos. Se é verdade que pode haver vínculo sem a execução efetiva do contrato, o contrário já não se mostra verdadeiro. Estabelecido o vínculo, caberá então verificar quando teve início a execução do contrato, o que sucederá assim que o trabalhador iniciar a atividade para a qual foi contratado. Nesse quadro se insere o último pressuposto, o dever de experiência, entendido não como um dever autónomo mas como um requisito que se traduz na oportunidade efetiva de levar a cabo as funções emergentes do contrato e não quaisquer outras.

Quantos aos limites resultantes do art. 114.º [acordo escrito, aviso prévio, justa causa e sucessão de contratos] sempre se concluirá que a questão da dispensa de justa causa reveste maior destaque, pois não permite o crivo de

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, opus cit., p. 493.

¹¹⁹ Ibidem.

situações desmotivadas. A solução legal não é de todo pacífica nem resolve as situações abusivas que se vão criando na prática.

Conforme deixamos expresso, somos da opinião de que há boas razões para reequacionar a constitucionalidade do artigo 112.º, a não ser que se opte por uma interpretação restritiva do artigo 114.º, n.º 1, como *supra* defendemos. Assim, à luz do direito constituído e dos deveres e princípios invocados, o empregador fica obrigado, em nossa modesta opinião, a justificar a denúncia, invocando para tal, as verdadeiras razões.

Compreende-se que assim seja.

Pois se o empregador alegar que o trabalhador foi contratado para exercer um cargo de complexidade técnica, parece de inteira justiça que comprove isso mesmo. De igual modo, se invocou o período de experiência como causa de denúncia é razoável que comprove o cumprimento do dever de experiência. Não podemos aceitar que o período experimental signifique um “direito ao silêncio”, e se traduza num mecanismo “alternativo” de um despedimento sem invocação de justa causa¹²⁰.

Se assim não for, termos muitas dificuldades em aceitar que o período experimental continue hoje a servir o desígnio para que foi instituído¹²¹.

Se a sua missão for permitir o despedimento fácil e flexibilizar o emprego então cremos que estamos a percorrer o caminho certo. Pois que, enquanto o regime jurídico da extinção do contrato de trabalho mantiver a sua índole restritiva (embora, num futuro próximo, se prevejam alterações em matéria laboral) muitos têm entendido que se justifica a figura do período experimental e, inclusive, o seu alargamento¹²².

Concluiremos, portando, como começamos, sublinhando as palavras de MARIA ROSÁRIO PALMA RAMALHO: o problema da cessação do contrato de trabalho durante o período experimental surge como aspecto central a “trave-mestra”¹²³ desde instituto do período experimental.

¹²⁰ Expressão utilizada por JÚLIO GOMES na obra *Do uso e abuso... opus cit.*, pp. 66 e 67.

¹²¹ Cfr. MARIA ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, opus cit.*, pp. 197-198.

¹²² *Ibidem*, p. 198.

¹²³ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho, opus cit.*, p. 188.