

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva



Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Isabel Albuquerque

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito das Empresas

Orientador:

Professor Dr. António Lemos Monteiro Fernandes, Professor Catedrático

ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa

Outubro 2016

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva



Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Isabel Albuquerque

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito das Empresas

Orientador:

Professor Dr. António Lemos Monteiro Fernandes, Professor Catedrático

ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa

Outubro 2016

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Agradecimentos:

O meu mais profundo e sincero agradecimento ao meu orientador, o Exmo. Senhor Professor António Monteiro Fernandes, por toda a paciência e compreensão que teve comigo.

A toda a minha família e amigos que estiveram sempre comigo, e me encorajaram sempre que necessário.

A todo o pessoal do Instituto Português de Oncologia de Coimbra Francisco Gentil.

A todos o meu muito muito sincero obrigado.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Resumo:

Em regra quando a expressão “despedimento com justa causa” é proferida existe sempre a tendência para associar a uma conduta culposa da entidade empregadora ou do trabalhador. O nosso Código do Trabalho, regula também os despedimentos individuais com justa causa objectiva, ligados à impossibilidade de o empregador continuar a receber a prestação laboral e cumprir os deveres remuneratórios, constando deste leque de motivações objectivas o despedimento por extinção do posto de trabalho e o despedimento por inadaptação.

Com a Lei 23/2012 o Código do Trabalho sofreu mais uma alteração tendo também sido alterados os regimes dos despedimentos por extinção de posto de trabalho e por inadaptação. Ainda que o legislador não o tenha autonomizado defendemos que o legislador criou também uma nova forma de despedimento: o despedimento por inaptidão.

A alteração legislativa, foi alvo de fiscalização sucessiva por parte do Tribunal Constitucional, resultando daí o Acórdão 602/2013.

Com este estudo pretendemos analisar não só o Acórdão 602/2013 bem como os respectivos regimes das formas de despedimento mencionadas.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

ABSTRAC

Usually when the expression “fair dismissal” is uttered, there is always a tendency to associate it to a culpable conduct of the employer or the employee.

Our Labour and Employment Code also regulates the individual dismissal, with an objective fair reason, related to the inability of the employer to continue to receive the labour provision and to comply with the remuneration duties, therein of the range of objective motivations for the dismissal for the extinction of the job and the dismissal for inability.

With the law 23/2012 the Labour and Employment Code has been amended, and it has also amended the schemes of dismissal for extinction of the job and dismissal for inability.

Although the legislator did not have ring-fenced, we advocate that the legislator also created a new form of dismissal: the dismissal for ineptitude.

The legislative amendment has been supervised by the Constitutional Court after its publication, resulting in the Constitutional Court's Judgment 602/2013.

With this study we intend to analyse not only the Constitutional Court's Judgment as well as the schemes and forms of dismissal mentioned.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Índice

Introdução	1
-------------------------	----------

Capítulo I- A Evolução Histórica

1.1-A Lei 1952 de 10 de Março de 1937	4
--	----------

1.2- A regulamentação após o 25 de abril de 1974	5
---	----------

1.3- O Decreto-lei 64-A/89	8
---	----------

1.4- O Código do Trabalho de 2003	9
--	----------

1.5 – A Celebração do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica	9
---	----------

Capítulo II- A Proibição dos despedimentos livres

2.1- A relação entre o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho	11
--	-----------

2.2- O Acórdão 107/88 do Tribunal Constitucional	13
---	-----------

2.3- O Acórdão 64/91 do Tribunal Constitucional	16
--	-----------

2.4- O Código do Trabalho de 2003	17
--	-----------

2.5- Qual a interpretação para a proibição constante no art.53 da CRP?	18
---	-----------

2.6- As Alterações efectuadas pela Lei 23/2012 no despedimento por extinção do posto de trabalho	19
---	-----------

2.7- As Alterações efectuadas pela Lei 23/2012 no despedimento por inadaptação	30
---	-----------

Capítulo III- O despedimento por extinção do posto de trabalho

3.1- O despedimento por extinção do posto de trabalho	37
--	-----------

3.2- Requisitos para a cessação do contrato de trabalho	39
--	-----------

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

3.3- O procedimento para a extinção do posto de trabalho -----	53
3.4-O Despedimento Ilícito -----	58
Capítulo IV – O despedimento por inadaptação	
4.1- O despedimento por inadaptação -----	59
4.2-O novo regime de despedimento por inaptidão -----	62
4.3- A impossibilidade da manutenção da relação de trabalho -----	63
4.4- A modificação substancial da prestação de trabalho -----	64
4.5- Outros requisitos -----	69
4.6- O procedimento para o despedimento por inadaptação -----	71
4.7-O Despedimento Ilícito -----	74
Capítulo V- A compensação do Trabalhador	
5.1- A compensação do trabalhador -----	76
5.2- Elementos comuns a todas as bases de cálculo -----	76
5.3-A compensação nos contratos celebrados antes de 1 de Novembro de 2011 -----	78
5.4- A compensação nos contratos celebrados a partir de 1 de Outubro de 2013 -----	79
5.5- Crédito de Horas -----	80
5.6- Pagamento e aceitação -----	81
Conclusão -----	83
Bibliografia -----	85

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Glossário de Abreviaturas

Ac.- Acórdão;

ACT- Autoridade para as Condições do Trabalho;

CITE- Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego;

CRP- Constituição da Republica Portuguesa;

CSC- Código das Sociedades Comerciais;

CT- Código do Trabalho;

IRCT- Instrumento de Regulação Colectiva de Trabalho

LCT- Lei do Contrato de Trabalho;

LCCT- Lei Cessação do Contrato de Trabalho;

MeMo- Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica, celebrado entre o Estado Português e a Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional;

STJ- Supremo Tribunal de Justiça;

TC- Tribunal Constitucional

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

I-Introdução

- Porquê o Direito do Trabalho?

O direito do trabalho é um ramo de direito relativamente jovem, porém nos dias de hoje, é um ramo que cada vez mais concentra as atenções, pois interfere com o dia-a-dia dos cidadãos.

O direito da família é chamado à colação quando o cidadão contrai, ou dissolve o casamento, têm filhos, etc., os direitos reais são chamados quando decide comprar ou vender um imóvel, ou seja em situações muito específicas.

O direito do trabalho está presente todos os dias na vida de um cidadão, que tenha trabalho: na hora a que entra no local de trabalho, na hora a que sai, nos atrasos, nas faltas para assistência à família, no rendimento mensal ou na falta dele.

Sem que se calhar, o cidadão se aperceba, é o ramo de direito que mais interfere com a sua vida pessoal e familiar, com todas as implicações que daí advêm.

Em virtude de todas estas implicações é o ramo de direito mais politizado.

Juntamente com as normas fiscais, as normas de direito do trabalho, são aquelas que mais facilmente espelham as tendências, à esquerda ou à direita, das sucessivas legislaturas.

O legislador, nos últimos anos tem procedido a diversas alterações neste capítulo, insistindo na ideia de que a economia portuguesa seria desalavancada se os despedimentos se tornassem mais fáceis.

Ideia no nosso entender errada uma vez que um trabalhador que tem constantemente a pender sobre si a ameaça do desemprego, não será um trabalhador tão motivado ou produtivo pois estará constantemente preocupado com a possibilidade de ficar sem trabalho, numa sociedade onde os índices de desemprego e emigração são elevadíssimos.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Infelizmente, em virtude da situação económica que o nosso país atravessa, o poder executivo insiste em constantes alterações legislativas, sem que nos consigamos aperceber dos verdadeiros resultados de cada uma delas, tal a velocidade a que se sucedem.

- A relação laboral tem início num negócio jurídico, o contrato de trabalho. O Código Civil remete para legislação especial a regulação do mesmo (vide art. 1153º CCiv), o que faz todo o sentido, dada a pessoalidade da relação laboral, da envolvimento do trabalhador em tal negócio jurídico. Nas palavras de Leal Amado " ao alienar a disponibilidade da força de trabalho, o trabalhador aliena-se, de algum modo, a si próprio"¹ .

Se a execução de um contrato está presente diariamente na vida de um cidadão, a sua resolução é também de igual importância.

Pretende-se com a presente tese, a análise da resolução com justa causa objectiva, isto é com justa causa não disciplinar, do contrato de trabalho.

Por norma, quando se utiliza a expressão, despedimento com justa causa, automaticamente somos remetidos para um despedimento com o fundamento num comportamento culposos do trabalhador, ou da entidade empregadora.

Porém a lei permite à entidade patronal, proceder ao despedimento de um trabalhador, com justa causa, sem fundamento disciplinar. Nomeadamente, o despedimento colectivo, a extinção do posto de trabalho, ou o despedimento por inadaptação.

Estamos perante formas de despedimento com justa causa, sem fundamento disciplinar, sem o fundamento de um comportamento culposos de qualquer das partes.

Assim, com excepção do despedimento colectivo, estas são as formas de despedimento que me proponho analisar, assim como as alterações introduzidas na última reforma laboral, bem como o Acórdão 602/2013 do Tribunal Constitucional.

1 Amado, João Leal, 2014, *Contrato de Trabalho*, 4ª Edição, Coimbra Editora, pag.21;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

O Acórdão 602/2013 veio contudo considerar algumas dessas alterações inconstitucionais.

I- Capítulo

1– Evolução Histórica

1.1 A lei 1952 de 10 de Março de 1937

A lei 1952 de 10 de Março de 1937 é considerada a primeira lei que procedeu à regulamentação do contrato individual de trabalho.

Tal diploma consagrava que o contrato de trabalho podia cessar por caducidade, acordo mútuo, denúncia unilateral de qualquer das partes e denúncia com aviso prévio (art.10º)²ou por decisão com justa causa a apreciar pelo juiz.

Para efeitos de justa causa, consideravam-se os factos que dissessem respeito a motivos pessoais da esfera do trabalhador, com ou sem natureza disciplinar e as causas objectivas alheias à pessoa do trabalhador.

O artigo 11º, reportando-se a esta última categoria, contemplava como tais a "falência ou insolvência civil, judicialmente verificadas, da entidade patronal ou a sua manifesta falta de recursos para promover a exploração comercial ou industrial".

A lei de 1937 manteve-se em vigor até 1966. Em 1966 é publicado o Decreto -Lei \

O Decreto-Lei 47032³, no seu art. 132º, impunha a sua revisão obrigatória a efectuar até dia 31 de Dezembro de 1968. Por este motivo, veio então a ser publicado o Decreto-Lei 49.408⁴ de 24 de Novembro. Este diploma instituía uma disciplina extremamente próxima do diploma anterior e passou a ser designada genericamente pela Lei do Contrato de Trabalho.

2 Disponível em www.dre.pt

3 Disponível em www.dre.pt

4 Disponível em www.dre.pt

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

No que concerne à cessação do contrato do trabalho por iniciativa da entidade empregadora, a lei do Contrato de Trabalho previa as seguintes formas:

Com fundamento em justa causa (arts. 98º alínea c), 101º, 102º, 104º, 105º e 106º);

- Denúncia com aviso prévio (arts. 98 alínea a), 107º e 108);
- Decisão unilateral sem justa causa nem pré-aviso (arts. 92º n.º2 e 109º)

Na definição do n.º2 do art. 101º, constituía justa causa "qualquer facto ou circunstância grave que torne praticamente impossível a subsistência das relações que o contrato de trabalho supõe, nomeadamente a falta de cumprimento de deveres (...), podendo qualquer das partes, quando aquela se verificava pôr imediatamente termo ao contrato". (art. 101º n.1).

Contudo, e apesar de a noção de justa causa da Lei 1952 haver sido mantida, o que é certo, é que se excluíram do seu âmbito, as justas causas objectivas, assim, reduziu-se a justa causa, a factos ou circunstâncias graves da esfera do trabalhador, restando apenas uma como susceptível de se considerar de natureza não disciplinar (a manifesta inaptidão do trabalhador para as funções ajustadas, referida na alínea a) do art. 102º).

1.2 A regulamentação após o 25 de abril de 1974

Em 1976, com a Revolução de Abril, o direito do trabalho, sofreu alterações significativas.

No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 372-A/75⁵ de 16 de Julho pode ler-se: "considerando a necessidade de rever o regime legal dos despedimentos, pondo-os de acordo com os mais legítimos anseios das organizações sindicais e da generalidade do povo trabalhador e

5 Disponível em www.dre.pt

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

considerando que esse regime deve ter em atenção o direito ao trabalho e ao emprego, rodeando o despedimento das cautelas necessárias para que ele não seja possível, senão em condições muito especiais." O excerto transcrito, é suficientemente claro, no sentido de indicar que a matriz da nossa legislação iria ser a protecção da estabilidade do e no emprego, fazendo assim desaparecer do nosso ordenamento jurídico, os despedimentos livres.

Tal concretização espelha-se no art. 4º do diploma, onde constam como forma de cessação dos contratos de trabalho os seguintes fundamentos:

- a) Mútuo acordo das partes;
- b) Caducidade;
- c) Despedimento promovido pela entidade patronal ou gestor público com justa causa;
- d) Despedimento promovido pela entidade patronal ou gestor público com base em motivo atendível;
- e) Rescisão do trabalhador;

A definição de justa causa é plasmada no n.º1 do art. 10º: " comportamento culposos do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, constitua infracção disciplinar que não comporte outra sanção disciplinar admitida por lei ou instrumento de regulamentação colectiva."

Por sua vez, definia como motivo atendível: "o facto, situação ou circunstância objectiva, ligada à pessoa do trabalhador ou à empresa, que, dentro dos condicionalismos da economia da empresa, torne contrária aos interesses desta e aos interesses globais da economia, a manutenção da relação de trabalho." (n.º 1 do art.14º)

Esta norma estatuiu também, que na apreciação de motivo atendível deveria ser tomada em conta a gravidade das consequências, que para o trabalhador representava a

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

perda do emprego, nomeadamente face às condições do mercado e às características pessoais do trabalhador.

As alíneas a) e b) do n.3 do art. 14º, elencavam como motivos atendíveis, a necessidade de extinção do posto de trabalho e a manifesta inaptidão e impossibilidade do trabalhador de preparação para as modificações tecnológicas que afectem o posto de trabalho.

Este decreto-lei dedicava um capítulo inteiro (cap. V) à cessação do contrato de trabalho fundada em motivo atendível, no qual estabelecia a disciplina material e objectiva dos respectivos procedimentos.

De salientar que este diploma estabeleceu pela primeira vez, no nosso ordenamento jurídico a reintegração do trabalhador cujo procedimento disciplinar fosse considerado nulo por justa causa, inadequação da sanção ao comportamento do trabalhador ou a nulidade ou inexistência de processo disciplinar.

Todavia, em 1976, este diploma é alterado pelo DL 84/76⁶ de 28 de Janeiro. Podemos, por sua vez ler no preâmbulo deste diploma "considerando a necessidade de rever em certos aspectos o regime legal dos despedimentos previstos pelo DL nº 372-A/75, designadamente a supressão da matéria respeitante ao despedimento por motivo atendível, compreendida no capítulo V do citado diploma, em virtude de a prática ter demonstrado que o referido tipo se revelou inadequado à defesa da estabilidade do emprego, motivando a contestação generalizada dos trabalhadores".

Assim, o diploma 84/76 revogou todas as normas respeitantes aos despedimentos baseados em motivos atendíveis. Consequentemente a resolução contratual por iniciativa da entidade empregadora, apenas poderia ser fundada em justa causa apreciada judicialmente.

6 Disponível em www.dre.pt

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

A partir do momento que este diploma entrou em vigor a justa causa subjectiva, isto é, baseada em comportamento culposos do trabalhador impeditivo da continuidade da relação laboral, passou a assumir a condição de licitude do despedimento.

1.3 O Decreto-lei 64-A/89

A 27 de Fevereiro de 1989 é publicado o DL 64-A/89⁷, o qual vem aprovar o regime jurídico da celebração da cessação do contrato de trabalho e da celebração e caducidade do contrato de trabalho a termo.

Ao ler-mos o extenso preâmbulo de tal diploma verificamos que as preocupações apontadas, são substancialmente diferentes, estando essencialmente voltadas para o funcionamento do mercado único europeu e por conseguinte a tónica passa a ser a modernização das empresas, estratégias de internacionalização, avanços tecnológicos, competitividade, etc..

Podemos ler no preâmbulo deste diploma: "Assim, na revisão do regime jurídico da cessação do contrato de trabalho houve a preocupação de não fomentar o desenvolvimento de estruturas rigidificantes, que na prática, acabam por impossibilitar as empresas de se adaptarem às exigências externas, ou em alternativa, acabam por lhes impor obrigações, que frequentes vezes, podem pôr em causa a própria subsistência."

De atentar, que a publicação deste diploma foi precedida de fiscalização preventiva, tendo daí resultado o AC. 107/88⁸ do TC.

A mudança mais significativa deste diploma foi a de criar uma outra forma de despedimento, que basicamente constitui uma aplicação das normas do despedimento colectivo a situações análogas às individuais. Nas palavras de Bernardo Lobo Xavier "vê-se que o legislador pretendeu utilizar uma porta entreaberta do Acórdão do Tribunal

7 Disponível em www.dre.pt;

8 Disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Constitucional, que já referimos e reduziu as situações de "justa causa objectiva" previstas em decreto da Assembleia da Republica considerando inconstitucional a extinção de postos de trabalho."⁹

Assim, o DL n.º64-A/89 estabelece no seu art. 26º que " A extinção do posto de trabalho justificada por motivos económicos ou de mercado, tecnológicos ou estruturais, relativos à empresa, determina a cessação do contrato de trabalho (...)".

Mas, para que esta cessação pudesse ocorrer um dos primeiros critérios apontados era que " os motivos invocados não sejam imputáveis à culpa do trabalhador."

1.4 O Código do Trabalho de 2003

Até ao ano de 2003, a regulamentação do Direito do Trabalho no nosso país, era constituída por um sem número de diplomas avulsos. É então publicada a Lei 99/2003¹⁰ de 27 Agosto, que aprovou e publicou o Código do Trabalho de 2003.

No que concerne à justa causa objectiva, o CT de 2003 consagra o despedimento por extinção do posto de trabalho e o despedimento por inadaptação.

O diploma preambular ao CT de 2003 previa a sua revisão no prazo de 4 anos.

Porém, com a ressalva de uma ou outra alteração a mesma só ocorreu com a publicação da Lei 7/2009¹¹.

Da matéria aqui em análise as alterações não foram de grande monta, tendo no entanto sido um novo CT do ponto de vista sistemático.

9 Xavier, Bernardo da Gama Lobo, 1989, *Curso de Direito do Trabalho*, Verbo, pag. 514;

10 Disponível em www.dre.pt

11 Disponível em www.dre.pt

1.5 A Celebração do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica.

A 3 de Maio de 2011 o nosso país celebrou o Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica, com a Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional, conhecido vulgarmente como Memorando da Troika.¹²

Este memorando previa a introdução de um conjunto de alterações na área laboral, do emprego e da Segurança Social.

Alegadamente tal Memorando comprometia o Estado Português a adoptar entre outras medidas em matéria de cessação do contrato de trabalho, a redução do valor de indemnização por cessação do contrato de trabalho, primeiro para novos contratos em execução e depois para os contratos em execução e a flexibilização por extinção do posto de trabalho e por inadaptação.

Nesta senda a lei 23/2012 alterou o CT nas matérias relativas ao despedimento por extinção de posto de trabalho e por inadaptação.

Daqui por diante parece-nos desnecessário referir as alterações aprovadas e o Acórdão 602/2013 do TC, uma vez que as mesmas serão objecto de análise em capítulo próprio.

12 Disponível em www.portugal.gov.pt

II- Capítulo

2. A proibição dos despedimentos livres

2.1. A Relação entre o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho

Como pudemos verificar no capítulo anterior a legislação laboral foi sofrendo diversas alterações ao longo dos tempos e das correntes ideológicas que presidiram às respectivas mudanças.

Todavia em qualquer das alterações uma questão incontornável foi e é sempre, a relação entre os despedimentos e o Direito Constitucional.

Não nos é possível alhear do momento constitucional de 1976, uma constituição elaborada após e durante um momento revolucionário, momento esse, em que o legislador pretendia cortar amarras com os anos ditatoriais.

O texto inicial da Constituição, no Título III da Parte I, sobre os *direitos e deveres económicos, sociais e culturais* estabelecia, que incumbia “ao Estado, através da aplicação de planos de política económica e social, garantir o direito ao trabalho”, assegurando, nomeadamente, “a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.”

Não obstante a referência do primitivo artigo 17º à aplicabilidade do regime de direitos, liberdades e garantias “aos direitos fundamentais dos trabalhadores”, isso não impediu que se discutisse, se a segurança no emprego se configurava como um direito fundamental de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias.

Ainda assim, verificamos que o legislador constitucional de 1976, não dedicou um capítulo especial a uma constituição do trabalho.

Para esta inexistência podem encontrar-se dois motivos fundamentais:

- Dados os preceitos constitucionais do trabalho se referirem a normas de garantia do direito ao trabalho, do direito de trabalho e dos direitos dos trabalhadores, a Constituição

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

vincou o seu carácter de direitos fundamentais, deslocando esses preceitos para o capítulo referente a direitos fundamentais.

- A constituição erigiu o trabalho, o emprego, os direitos dos trabalhadores e a intervenção democrática dos trabalhadores em elemento constitutivo da própria ordem constitucional e em instrumento privilegiado da realização do princípio da democracia económica e social.

A situação alterou-se com a revisão constitucional de 1982. Com efeito na primeira revisão constitucional, autonomizou-se, no título II, sobre direitos, liberdades e garantias, um capítulo específico respeitante aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, tendo assim, a garantia da segurança no emprego passado a ser consagrada expressamente como direito liberdade e garantia dos trabalhadores, ganhando assim o primeiro motivo uma dimensão inequívoca.

O art. 53.º, mantém-se inalterado desde a primeira revisão constitucional, beneficiando consequentemente do regime aplicável ao regime dos direitos, liberdades e garantias, sendo assim vinculativo não só para entidades públicas, como também para as entidades privadas.

O legislador constitucional consagrou a segurança no emprego, como uma garantia constitucional, exigindo assim ao legislador um determinado comportamento, a protecção do trabalhador, considerando assim o trabalho como um pressuposto essencial do direito fundamental do desenvolvimento e da dignidade da pessoa.

A Constituição não desconsidera a racionalidade económica, todavia coloca acima desse valor o respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, uma vez que os locais de trabalho são espaços de relações humanas entre pessoas portadoras dos seus direitos e interesses autónomos, que não podem ser totalmente sacrificados aos interesses empresariais, colocando a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, no caso do direito do Trabalho, a pessoa do trabalhador.

Pelo exposto, a CRP é bastas vezes chamada à colação, sempre que o legislador ordinário introduz medidas para a flexibilização dos despedimentos, uma vez que será sempre

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

através do respeito pelo texto constitucional que se poderá encontrar o difícil equilíbrio entre a racionalidade económica e o respeito pelos direitos do trabalhador.

Nos termos do art. 53.º da CRP.” É garantido aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.”

A presente reflexão prende-se com a proibição de despedimento sem justa causa, parecendo-nos que o legislador constitucional pretendeu reforçar a protecção dos trabalhadores que pudessem ser despedidos por motivos políticos ou ideológicos, deixando assim esta proibição de fora da presente análise.

Porém a simples proibição de despedimentos sem justa causa, tem alimentado inúmeras discussões ao longo dos anos, até porque a CRP é chamada sempre que o legislador ordinário pretende alterar a legislação laboral, sendo que nos últimos anos o legislador tem adoptado uma perspectiva de racionalidade económica, descurando por vezes o plasmado no art. 53 da CRP, com o intuito de flexibilizar os despedimentos.

2.2 O Acórdão 107/88 do Tribunal Constitucional

O AC. 107/88¹³ pode ser apontado como o paradigma das questões suscitadas pela proibição da Constituição dos despedimentos sem justa causa.

Este Acórdão pronunciou-se sobre uma norma de autorização ao Governo para alargar o “conceito de justa causa para despedimento individual, a factos situações ou circunstâncias objectivas que inviabilizam a relação de trabalho e estejam ligados à aptidão do trabalhador ou sejam fundados em motivos económicos, tecnológicos, estruturais ou de mercado relativos à empresa, estabelecimento ou serviço”.

O Tribunal Constitucional acolheu a orientação de que o conceito de justa causa apenas se referia exclusivamente à justa causa disciplinar, (conceito restrito de justa causa).

13 Disponível em www.tribunalconstitucional.pt

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Para o TC, a justa causa traduzia-se numa conduta culposa do trabalhador, cuja gravidade e consequências constituíssem infracção disciplinar que não comportasse outra sanção que não o despedimento. O seu alargamento a facto, situação ou circunstância objectiva, alheia a qualquer comportamento culposo do trabalhador importava a metamorfose do conceito de justa causa. Ainda assim, o TC deixou em aberto a admissibilidade de despedimentos por causas objectivas, não imputáveis à culpa do empregador que tornassem praticamente impossível a manutenção da relação de trabalho. O TC sustentou que tais hipóteses não seriam configuráveis como “verdadeiros despedimentos com justa causa”. Desta forma o seu regime substantivo e processual “sempre exigiria um tratamento distintivo; a causa de despedimentos não seria justa, por se fundar em razões objectivas relacionadas com a diminuição da aptidão profissional adequada do trabalhador, ou com motivos económicos, tecnológicos, estruturais ou de mercado.

Várias foram as declarações de voto sustentando que o conceito de justa causa, não poderia ser interpretado de forma estrita.

Como, e bem, fazia notar o Conselheiro Messias Bento na sua declaração de voto:

“ O conceito constitucional de justa causa como, de resto, muitos outros conceitos utilizados pela Constituição (v.g. Justa indemnização) é um conceito indeterminado, cujo conteúdo normativo há-de o legislador especificar, com respeito, naturalmente, pelas exigências feitas pela própria ideia de justiça na sua particular aplicação à relação de emprego.

Tratando-se, como se trata, de defender o emprego, o que a Constituição proíbe são os despedimentos sem qualquer motivo (*ad nutum*) ou sem motivo justo (razoável), ou seja os despedimentos arbitrários.”

Por sua vez o Conselheiro R. Mateus afirmou na sua declaração de voto:

“(…) há que salientar, em suma, que no acórdão o pensamento raciocinante se perdeu no labirinto da história jurídica e chegou a uma conclusão errada sobre o conceito constitucional de justa causa.”

2.2.1 A tomada de posição do TC foi no mínimo tortuosa. De atentar que no Acórdão pode ler-se:

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

“O conceito de justa causa já era, à data da aprovação do texto constitucional um conceito suficientemente densificado sob o ponto de vista jurídico-dogmático. Na última fase da sua evolução, (...), aquele conceito era informado por dois elementos principais: (1) uma conduta culposa do trabalhador; (2) cuja gravidade e consequências constituam infracção disciplinar que não comporte a aplicação de outra sanção.

Representam estes dois elementos, o seu núcleo essencial, independentemente das precipitações legislativas concretas que o mesmo pode assumir quanto aos contornos e elencos das factuais ideias susceptíveis de se candidatarem à sua subsunção (cfr. As diferentes versões do art. 10 n.º2 do Decreto-Lei 372-A/75, conhecem por força da sucessiva redacção que lhe foi concedida pelos decretos-Leis n.ºs 84/76, 841-C/76 e Lei 48/77.”

Isto é, o TC quando se referiu ao conceito suficientemente densificado referia-se a nada mais, do que a uma densificação operada por um diploma publicado meses antes da Constituição e que como muito bem indica o Ac. havia sido alterado três vezes no espaço temporal de dois anos.

Mais uma vez tal caminho causa alguma estranheza uma vez que a lei 1952 de 1973 definia o conceito de justa causa “como a situação de impossibilidade prática do prosseguimento da relação de trabalho.”

Salvo melhor opinião, faria mais sentido considerar o conceito da lei 1952 densificado, por razões óbvias, em vez de o conceito apontado pelo diploma aprovado meses antes da própria Constituição.

2.3 O Acórdão 64/91 do Tribunal Constitucional

Todavia, ainda que este fosse o entendimento do TC em 1988, o mesmo acabou por admitir em 1991 (AC 64/91)¹⁴ que:

“deve entender-se que, ao lado da “ justa causa” disciplinar, a Constituição não vedou em absoluto ao legislador ordinário a consagração de certas causas de rescisão unilateral do contrato de trabalho pela entidade patronal com base em motivos objectivos, desde que as

14 Disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

mesmas não derivem da culpa do empregador ou do trabalhador e que tornem praticamente impossível a subsistência do vínculo laboral.”

Nas palavras de Monteiro Fernandes:

“Por outras palavras, o despedimento seria constitucionalmente admissível no sentido de não violar a proibição do art. 53º “C sempre que ocorresse a situação de impossibilidade prática da subsistência do vínculo laboral, mesmo que tal situação não pudesse encaixar na noção de justa causa (por não haver comportamento culposos do trabalhador.”¹⁵

Para o efeito haveria que cumprir os seguintes requisitos: - a regulação processual e substantiva distinta; - os conceitos utilizados não deveriam ser vagos ou demasiados imprecisos;- devendo ser asseguradas as garantias aos trabalhadores no que respeita ao controlo externo da existência de uma situação de impossibilidade objectiva e uma indemnização.

Em 1995, o TC continua na mesma linha, no Ac. 581/95¹⁶ considerou que o regime de extinção de posto de trabalho na LCCT não afrontava a garantia constitucional da segurança no emprego, encontrando-se determinadas as causas objectivas e a sua ligação à impossibilidade prática de subsistência do vínculo laboral, com garantias procedimentais adequadas. Assim podemos ler no respectivo AC.: “ Manifestamente, a Constituição não quis afastar as hipóteses de desvinculação do trabalhador naquelas situações em que a relação de trabalho não tem viabilidade de subsistência e que não são imputáveis à livre vontade do empregador.”

Assim, a jurisprudência constitucional aceitou o conceito de justa causa, como despedimento sem alternativa viável de manutenção de emprego, reconhecendo assim que não é exigível a uma entidade empregadora manter um trabalhador, quando não pode aproveitar a sua força de trabalho.

15 Fernandes, António Monteiro, 2012, *Questões Laborais*, Coimbra Editora, pag. 22;

16 Disponível em www.tribunalconstitucional.pt

2.4 O Código de Trabalho de 2003

Em 2003, aquando da publicação do CT, verificamos que o despedimento com justa causa objectiva é tratado de forma autónoma. Isto é, o legislador ordinário consagrou como justa causa: “o comportamento culposo do trabalhador, que pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho (nº1, do art. 396.º do CT 2003).

O Legislador dividiu assim os regimes de despedimento, em despedimentos disciplinares e despedimentos por outra ordem de razão, despedimento por extinção de posto de trabalho e despedimento por inadaptação.

Esta opção sistemática parece sugerir que para o legislador só preenchem o conceito de justa causa as situações de ordem disciplinar em que o comportamento do trabalhador seja tão gravoso, que mereça uma censura ético jurídica tão forte que conduza ao despedimento. Sendo assim o despedimento uma reacção adequada a tal comportamento censurável.

Por sua vez, para que possa ocorrer a extinção do posto de trabalho ou o despedimento por inadaptação, o legislador exige circunstâncias que ainda, que não possam ser imputadas as partes, tenham um fundamento tão forte que produza o mesmo efeito que a justa causa disciplinar.

Monteiro Fernandes avança como uma explicação para que o legislador mantenha obstinadamente esta opção sistemática e terminológica, de cingir a justa causa a motivos disciplinares:

“ A explicação que parece plausível é a de que o legislador ordinário procurou, desse modo, proteger-se, contra o risco de eventual declaração de inconstitucionalidade, acomodando-se ao discurso “C evolutivo, mas sempre ambíguo, como se tem visto- produzido pelo Tribunal Constitucional a esse respeito.”¹⁷

17 Ob. cit, pag. 28;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Assim o Tribunal Constitucional entende que o âmbito da sua proibição de despedimentos sem justa causa do art. 53º, reporta-se a duas situações: ou o despedimento como sanção disciplinar abusiva, ou o despedimento arbitrário, excluindo as situações em que o despedimento é fundamentado em causa objectivas. Por isso, os despedimentos por causas objectivas pertencem a outra ordem de fundamentos que poderia ser legitimado à margem de inconstitucionalidades.

Verificamos que na Codificação de 2009, a noção de justa causa é facultada pelo art. 351º e as outras modalidades de despedimento individual são sistematizadas, como pertencendo a uma lógica diferente, não sendo assim abrangidas pela proibição constitucional de despedimentos sem justa causa.

2.5 Qual a interpretação do art. 53º da Constituição da República Portuguesa?

Portanto após esta análise chegamos à questão fulcral, afinal:-qual a interpretação correcta para a proibição do art.53º da CRP?

Salvo melhor opinião, parece-nos que o legislador constitucional pretendeu sem dúvida limitar os despedimentos, de modo a proteger a segurança no emprego, considerando o despedimento individual como algo de extrema gravidade (mantendo a pessoa, neste caso do trabalhador, no centro do ordenamento jurídico) e proibindo ao empregador despedimentos abusivos, ou de utilizar os despedimentos como “ arma” de coacção sobre os trabalhadores, mantendo assim a tentativa de equilibrar as relações de forças entres as partes.

Por outro lado, e ao mesmo tempo, o mesmo art. 53º não descarta a racionalidade económica, subjacente à actividade da entidade empregadora, permitindo, em casos excepcionais os despedimentos individuais, com base em pressupostos que não podem ser imputados às partes, mas que não seria razoável exigir ao empregador a manutenção do posto de trabalho. Ou seja, o artigo 53º deverá ser interpretado como a ideia central de o despedimento ser a *ultima ratio*, como consequência de não ser exigível a manutenção da relação de trabalho. Isto é, será sempre uma violação da proibição constitucional o

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

despedimento em que exista alguma possibilidade de manutenção do posto de trabalho, e essa possibilidade não seja levada em linha de conta pelo empregador.

O art.53º não identifica as situações taxativamente à qual a proibição é aplicável, nem define as situações objectivas e concretas a que se refere a proibição. Antes consubstancia critérios de decisão que serão, estes sim, aplicáveis consoante a realidade, que está em constante mutação.

Esta impossibilidade prática de manutenção do posto de trabalho encontra-se presente, como elemento fundamental em todos os despedimentos individuais, presente no nosso CT.

Se atentarmos, as condições objectivas e concretas variam, mas o elemento da impossibilidade de manutenção do posto de trabalho, encontra-se em todas as formas de despedimento individual.

2.6 As alterações efectuadas pela Lei 23/2012 no despedimento por extinção do posto de trabalho e a decisão do Tribunal Constitucional

2.6.1 Em 2012, mais uma vez, o art. 53º é chamado em virtude da alteração do CT. Esta alterações são marcada pelo Memorando de Entendimento, assinado com a o .

A versão do Memorando¹⁸ de 17 de Maio de 2011, estabelecia na sua medida 4.5, no que dizia respeito à extinção do posto de trabalho duas directrizes: (i) a eliminação da regra da antiguidade, atribuindo no entanto ao empregador a escolha de outro “*critério alternativo relevante e não discriminatório*” e (ii) supressão do dever de realocação do trabalhador.

Estas recomendações vieram a ser acolhidas no “Compromisso de Crescimento, Competitividade e Emprego”¹⁹, de 18 de Janeiro de 2012, celebrado entre o Governo e

18 Os documentos relativos ao programa de assistência económica e financeira estão disponíveis em www.portugal.gov.pt

19 O Compromisso de Crescimento Competitividade e Emprego encontra-se disponível em www.ces.pt

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

maioria dos parceiros sociais. Aqui estabelecia-se, por um lado, dever “ser atribuída ao empregador a possibilidade de fixar critério relevante não discriminatório face aos objectivos subjacentes à extinção, que permita seleccionar o posto de trabalho a extinguir mediante o procedimento e as consultas previstos nos artigos 369.º e 370.º do Código do Trabalho”, determinando-se, por outro lado, a eliminação da “obrigação de colocação do trabalhador em posto compatível.”

A Lei n.º23/2012²⁰, veio a concretizar as ditas directrizes, alterando o CT e passando a prever o dever de o empregador observar critérios de selecção “relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho” e eliminando o dever de oferecer ao trabalhador um posto de trabalho alternativo, ou de demonstrar a inexistência de tal posto alternativo) como condição prévia ao despedimento. (art. 368.º n.º2 e 4 do CT). Entre outras alterações o TC foi chamado a pronunciar-se sobre tais alterações.

O TC considerou que ambas as alterações violam o princípio constitucional da proibição dos despedimentos sem justa causa (art.53º da CRP), pelos motivos seguintes:

No que concerne à substituição do critério de escolha do posto de trabalho, pode ler-se no AC. 602/2013²¹:

”Tratam-se de conceitos vagos e indeterminados, desprovidos de um mínimo de precisão e de eficácia denotativas do tipo e conteúdo dos critérios aplicáveis, pelo que deles não se pode esperar que balizem suficientemente a margem de disponibilidade do empregador, retirando-lhe a possibilidade de selecção arbitrária do trabalhador a despedir. “

O Tribunal Constitucional considerou que os critérios apresentados eram demasiado vagos, tendo em conta que o requisito da impossibilidade de manutenção do posto de trabalho, exigiriam sempre uma maior concretização, de modo a poder evitar os despedimentos arbitrários. Ainda que o critério da antiguidade possa ser um argumento

20 Disponível em www.dre.pt

21 Disponível em www.tribunalconstitucional.pt

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

críticável, como noutra capítulo se demonstrará, a solução encontrada pela Lei 23/2012 foi demasiado vaga e pouco específica.

Ora, foi em virtude desse carácter impreciso e vago que levou à declaração de inconstitucionalidade.

De assinalar, neste ponto a opinião de Maria do Rosário Palma Ramalho, que nesta questão vai no sentido oposto do TC “ Ainda assim, não sufragamos, quanto a este ponto, o juízo do Tribunal Constitucional. É que, apesar da infelicidade da redacção do preceito legal, é possível dele retirar um sentido para o requisito da impossibilidade prática da subsistência do vínculo, que permite a respectiva concretização em moldes compatíveis com a Lei Fundamental: assim e em primeiro lugar, cabe reportar este requisito aos motivos de gestão que estão na base do despedimento e que não podem deixar de ser os que, no caso, decorrem do motivo estrutural, conjuntural ou de mercado que levou à extinção do posto de trabalho em concreto, nos termos do art. 367.º do CT; e por outro lado, cabe delimitar negativamente este requisito, através da verificação de que a extinção do posto de trabalho não corresponde a um acto discriminatório, nos termos exigidos pelo próprio artigo 368.º, n.º2 (...)”.²²

Para nos podermos pronunciar sobre esta tomada de posição do TC, relativa ao n.º2 do art. 368.º, optaremos por contextualizar então o respectivo preceito.

Podemos ler no artigo 367.º:

“1-Considera-se despedimento por extinção de posto de trabalho a cessação de contrato de trabalho promovida pelo empregador e fundamentada nessa extinção, quando esta seja devida a motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, relativos à empresa.

2-Entende-se por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos os como tal referidos no n.º 2 do artigo 359.º

22 Ramalho, Maria do Rosário Palma, 2014,*Para Jorge Leite Escritos Jurídico-Laborais, O Olhar do Tribunal Constitucional sobre a reforma laboral- algumas reflexões*, Coimbra Editora, pag. 767

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Por sua vez o n.º2 do art. 369:

- a) -Para efeitos do disposto no número anterior consideram-se, nomeadamente: **Motivos de mercado** a redução da actividade da empresa provocada pela diminuição previsível da procura de bens ou serviços ou impossibilidade superveniente, prática ou legal, de colocar esses bens ou serviços no mercado;”
- b) **Motivos estruturais** o desequilíbrio económico-financeiro, mudança de actividade, reestruturação da organização produtiva ou substituição de produtos dominantes;”
- c) **Motivos tecnológicos** as alterações nas técnicas ou processos de fabrico, automatização de instrumentos de produção, de controlo ou de movimentação de cargas, bem como informatização de serviços ou automatização de meios de comunicação.”

Por sua vez o n.º2 do art. 368.º ditava:

“2- Havendo, na secção ou estrutura equivalente, uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, para determinação do posto de trabalho a extinguir, cabe ao empregador definir, por referência aos respectivos titulares, critérios relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho.”

Assim, os objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho seria a definida no art.367.e com base nos motivos indicados no n.º2 do art. 369º.

Aqui chegados cumpre analisar então da constitucionalidade, ou falta dela, do respectivo preceito.

Salvo melhor opinião, o respectivo preceito era claramente inconstitucional. Senão vejamos:

Como foi exposto supra, o nosso legislador constitucional proibiu os despedimentos discricionários e centra-se na pessoa do trabalhador, ainda que sem descurar a racionalidade económica. O legislador constitucional tentou encontrar um equilíbrio entre os direitos fundamentais do trabalhador e a livre iniciativa económica. Ao permitir que a escolha do critério, seja colocada nas mãos da entidade empregadora, permitiria o legislador que sob a capa da extinção do posto de trabalho, se pudesse proceder a inúmeros despedimentos

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

“porque sim”, sem atender à gravidade que tal medida representa para a pessoa do trabalhador.

O legislador ao apontar critérios tão vagos, “critérios relevantes face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”, estaria a abrir uma porta aos despedimentos discricionários, disfarçados de extinções de postos de trabalho, uma vez que a relevância de tais critérios seria altamente subjectiva.

A título de exemplo prático: imaginemos que a entidade empregadora A, decide despedir a trabalhadora B, que por sinal se encontra de baixa médica por mais de 30 dias. Nada impediria a entidade patronal de ao abrigo dos motivos de mercado, alegando questões de competitividade e produtividade escolher como critério o absentismo, escolhendo assim o critério à medida do trabalhador que queria despedir. Claro que estamos perante um exemplo extremo, mas *in extremis* poderíamos assistir a situações como estas.

Se o legislador constitucional pretendeu proteger o trabalhador de despedimentos discricionários, ou com fundamentos pouco claros, não pode o legislador ordinário apresentar um preceito de tal forma vago e opaco do qual não se conseguia subtrair um único critério preciso.

Inevitavelmente surge a comparação com o despedimento colectivo. Isto é, verificamos que os motivos pelo qual se pode extinguir um posto de trabalho são os mesmos de um despedimento colectivo. Aliás, os regimes são extremamente semelhantes. Surge então a questão, porque motivo seria o preceito avançado pela lei 23/2012 inconstitucional, quando nunca se questionou a constitucionalidade do despedimento colectivo?

Várias são as vozes que se erguem com este argumento.

“ Ora, se tal não constituiu óbice à admissibilidade e plena operacionalidade do regime do despedimento colectivo, não vemos porque razão diversa deve prevalecer em caso de

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

pretensão idêntica (tal qual proposto na Lei 23/2012), no despedimento por extinção de posto de trabalho.”²³

Também seguindo esta linha de raciocínio:

“Por esta via, a norma pode, pois, ter uma leitura com o princípio constitucional da segurança no emprego, tanto mais que, nesta matéria, é impossível prescindir por completo de conceitos constitucionais indeterminados para a verificação da licitude do despedimento.

Aliás, são estes mesmos motivos estruturais, conjunturais e de mercado que constituem o fundamento do despedimento colectivo, cuja constitucionalidade não foi questionada.”²⁴

Após a análise do texto verificamos que no AC. 602/2013, o que foi declarado inconstitucional não foram os fundamentos do despedimento, caindo assim por terra o argumento de que os motivos são os mesmos do despedimento colectivo e que nunca foi questionada a constitucionalidade dos mesmos. O que foi sim, declarado inconstitucional, foi o facto de ser o empregador a escolher os critérios que irá aplicar ao despedimento.

Verdade é, que se analisarmos o texto do art.359º podemos ler:

“Considera-se despedimento colectivo a cessação de contratos de trabalho promovida pelo empregador e operada simultaneamente ou sucessivamente no período de três meses, abrangendo, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respectivamente de microempresa ou pequena empresa, por um lado, ou de média ou grande empresa, por outro, sempre que aquela ocorrência se fundamente em encerramento de uma ou várias secções ou estruturas equivalente ou redução de número de trabalhadores determinada por motivo de mercado, estruturais e tecnológicos.”

23 Martins, David Carvalho/ Silva, Rita Canas da, 2014, *Para Jorge Leite Escritos Jurídico-Laborais, Despedimento por extinção de posto de trabalho- a revisão de 2012 e o Acórdão do Tribunal Constitucional de 2013*, Coimbra Editora, pag. 536;

24 Ramalho, Maria do Rosário Palma, ob. Cit., pag. 767;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Após uma leitura atenta verificamos que o momento fulcral do despedimento colectivo, aquele que leva ao despedimento, é a tomada de decisão empresarial de encerrar uma secção ou estrutura equivalente, isto é, são as razões do foro da gestão empresarial.

Existirá a decisão (ainda sem reflexos externos) de encerrar uma unidade e posteriormente, como consequência dessa decisão, serão então extintos os respectivos postos de trabalho que compõem tal secção ou unidade.

Na redacção, proposta pela lei 23/2012, para a extinção do posto de trabalho, a motivação empresarial não transparece no texto apresentado. Existe sim a intenção de extinguir *aquela* posto de trabalho e o empregador irá “escolher” os critérios, dentro dos fundamentos disponibilizados pela lei, para proceder a cessação *daquela* contrato em particular. Tal redacção permitiria inúmeros despedimentos encobertos com a capa da extinção do posto de trabalho, despedimentos que não seriam mais do que despedimentos livres e arbitrários.

Como salienta Monteiro Fernandes: “ o “momento” decisivo, sob o ponto de vista do regime do despedimento “isto é, da sua motivação relevante ” parece localizar-se, não no feixe de ponderação técnico-económicas ou gestacionárias a que alude o art.359º/2 (e que são cobertas pela liberdade de iniciativa da empresa), mas, a jusante daquele, no facto da extinção do posto de trabalho, produto ou decisão do empregador, e nesse outro “facto” que é a demonstração da observância na escolha do trabalhador a despedir, de “critérios relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho.”²⁵

Também, foi este o entendimento do Tribunal Constitucional no citado acórdão:

“ A “relevância”- expressão, já de si, algo diluída e incharacterística, porque vazia de qualquer indicação substantivamente delimitadora- é estabelecida em função dos “ objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho.” Ora, esta é uma indicação igualmente imprecisa e de escassa utilidade quanto à predeterminação dos possíveis critérios a eleger, pois esses objectivos, para além de muito variados, são facilmente manipuláveis pelo empregador, tanto mais quanto é

25 Fernandes, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 2012, 16ª Edição, Almedina, pag. 510;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

certo que eles respeitam, não há decisão agora em causa (a de decidir qual o concreto posto de trabalho a extinguir, ou seja, decidir qual o despedimento de um certo trabalhador), mas sim à decisão (prévia) de extinção de posto de trabalho.”

Assim, podemos dizer que concordamos com a decisão do Tribunal Constitucional de declarar a inconstitucionalidade do n.º2 do art. 368º na redacção proposta pela lei 23/2012.

2.6.2 A redacção da lei 23/2012 também alterou o n.º4 do art. 368º

Mais uma vez, e para que seja possível, uma melhor contextualização atentemos à actual redacção, que por sinal se mantém tal como na lei 7/2009.

Assim dita o n.4 do art. 368º:

“**4-** Para efeito da alínea b) do n.º 1, uma vez extinto o posto de trabalho, considera-se que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador não disponha de outro compatível com a categoria profissional do trabalhador.”

Por sua vez, a Lei 23/2012, apresentou o n.º4 do respectivo artigo, com a seguinte redacção:

“**4-** Para efeitos da alínea b) do n.º1, uma vez extinto o posto de trabalho, considera-se que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador demonstre ter observado critérios relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho.”

Como dissemos atrás, tais alterações resultaram do Memorando de Entendimento, assinado em 2011 pelo Governo Português e pela Troika.

Ainda assim, vejamos a exposição de motivos relativa à proposta de Lei 46/XII, que deu origem à Lei 23/2012:

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

“A actual obrigatoriedade de aplicação de um critério legal rígido para a selecção do posto de trabalho a extinguir, em caso de pluralidade de postos de trabalho com conteúdo funcional idêntico, mostra-se inadequado à prossecução dos objectivos visados por este tipo de despedimento, impondo à empresa uma solução que poderá não ser a mais ajustada às suas necessidades e às dos trabalhadores.

A presente alteração transfere para o empregador a responsabilidade pela definição impondo à empresa uma solução que poderá não ser a mais ajustada às suas necessidades e às dos trabalhadores.

A presente alteração transfere para o empregador a responsabilidade pela definição de um critério para a determinação de que trabalhador atingido pela extinção do posto de trabalho, sempre que haja uma pluralidade de postos de trabalho com conteúdos idênticos, impondo-lhe, contudo, a obrigação de adoptar um critério relevante e não discriminatório, sob pena de ilicitude do despedimento.

Além disso, é eliminada a obrigação que actualmente existe de colocação do trabalhador em posto compatível com a sua categoria profissional. Salienta-se que o despedimento por extinção do posto de trabalho assenta em estritos fundamentos de mercado, estruturais ou tecnológicos, assegurando o integral respeito pela exigência de justa causa para a cessação do contrato por iniciativa do empregador.”

Não será preciso avançar muito mais para notar a claríssima e flagrante inconstitucionalidade desta proposta, e consequentemente daquele que viria a ser o n.º4 do art. 368º.

Tal como foi dito acima, o art. 53º da CRP, deverá ser interpretado como a ideia central de o despedimento ser a *ultima ratio*, como consequência de não ser exigível a manutenção da relação de trabalho.

Ora a versão do n.º4 do art. 368º era claramente contrária a tal interpretação, sendo que nem se poderia duvidar de uma redacção infeliz do legislador, que pudesse dar aso a diferente interpretação. A própria exposição dos motivos, (“ A actual obrigatoriedade de aplicação de um critério legal rígido para a selecção do posto de trabalho a extinguir, em caso de pluralidade de postos de trabalho com conteúdo funcional idêntico, mostra-se inadequada à prossecução dos objectos visados por este tipo de despedimento, impondo à empresa uma solução que poderá não ser a mais

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

ajustada às suas necessidades e às dos trabalhadores”), admite a hipótese de existirem postos de trabalho compatíveis, mas que não conviria ao empregador ocupá-los.

Ainda assim, Pedro Furtado Martins refere que:

“muito embora a lei não o exija expressamente, como fazia no despedimento por extinção do posto de trabalho, quer nessa modalidade quer no despedimento colectivo, será necessário ponderar a existência de postos de trabalho alternativos, sendo essa a exigência que decorre da ideia de *ultima ratio* (...). No fundo, trata-se de afirmar algo que já resulta de princípios e regras gerais, impondo que o empregador procure na medida das possibilidades consentidas por uma gestão racional da organização, reafectar os trabalhadores excedentários a outros postos de trabalho de que eventualmente disponha.”²⁶

De certa forma, não deixa o autor de ter razão, uma vez que os princípios constitucionais deveriam presidir a qualquer formulação legislativa. Porém se atendermos *a ratio* da norma, bem demonstrada nos motivos explicativos para tal alteração legislativa, verificamos que não era de todo, essa, a intenção do legislador.

Assim, estávamos perante uma norma que simplesmente pretendia admitir despedimentos sem que os mesmos constituíssem a última alternativa, isto é, estaríamos perante despedimentos que seriam efectuados quando ainda existia a possibilidade de manter o trabalhador noutro posto de trabalho.

O legislador ordinário pretendeu efectivamente permitir e admitir que se pudesse despedir um trabalhador quando o mesmo ainda poderia ser mantido e efectuar a sua prestação de trabalho, abrindo assim portas, mais uma vez, e no seguimento das restantes alterações aqui mencionadas, aos despedimentos livres, lesando de forma insensata e por demais óbvia o princípio do direito à segurança no emprego.

O Tribunal Constitucional considerou e bem, salvo melhor opinião, a inconstitucionalidade da norma, e pegando nas palavras do Acórdão:

26 Martins, Pedro Furtado, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 2012, 3ª edição, revista e actualizada segundo o Código do Trabalho de 2012, Principia, pag. 299;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

“ Na verdade, o regime impugnado gera a possibilidade de despedimento num quadro circunstancial em que existe um outro posto de trabalho disponível na empresa e em que o trabalhador anteriormente ocupado no posto extinto esteja disponível para aceitar a mudança de funções. Nessas circunstâncias, a extinção do posto de trabalho, só por si, não põe em causa a subsistência da relação de trabalho, o mesmo é dizer, a preservação de emprego. Ao desobrigar o empregador da proposta de um posto de trabalho alternativo disponível, o novo regime lesa desnecessariamente e excessivamente o direito à segurança no emprego, sendo por isso, inconstitucional.”

Esta questão não levantou muitas questões doutrinárias, sendo que maioritariamente as tomadas de posição foram todas no sentido da inconstitucionalidade da norma. (vide Martins, David Carvalho/ Silva, Rita Canas da, *Para Jorge Leite Escritos Jurídico- Laborais, Despedimentos por extinção de posto de trabalho- a revisão de 2012 e o acórdão do Tribunal Constitucional de 2013*, Coimbra Editora,2014, pag. 563; Fernandes, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 16ª Edição,2012, Almedina, pag. 510; Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Para Jorge Leite Escritos Jurídico- Laborais, O Olhar do tribunal Constitucional sobre a reforma laboral- algumas reflexões*, Coimbra Editora, 2014, pag. 767;)

2.7 As alterações efectuadas pela Lei 23/2012 no despedimento por inadaptação e decisão do Tribunal Constitucional

O despedimento por inadaptação foi uma inovação legislativa do DL n.400/91, no seguimento da celebração do Acordo Económico e Social, subscrito no âmbito do Conselho Permanente de Concertação Social, pelo Governo, pela União Geral dos Trabalhadores (UGT), pela Confederação do Comércio Português (CCP) e pela Confederação da Indústria Portuguesa (CIP) a 19 de Outubro de 1990.²⁷ De atentar que a Lei n.º 1952, de 10 de Março de 1937, previa o despedimento com justa causa baseado na inadaptação do trabalhador.

²⁷ O Acordo Económico e Social de 1990, encontra-se disponível em www.ces.pt

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Consagrava assim, o n.º 1 da alínea b) do n.º2 do art. 12º, que a manifesta inaptidão do empregado para o serviço ajustado, como justa causa para a denúncia do contrato de trabalho, independentemente de aviso prévio.

Porém, tal inadaptação prender-se-ia à fase inicial da execução do contrato. Isto é, o legislador de 1937, pretendeu salvaguardar o empregador, perante o desajuste do trabalhador, para as funções contratadas.

Efectivamente apenas em 1991, é que a figura do despedimento por inadaptação surge como uma inadaptação superveniente, durante a execução do contrato de trabalho.

O Dl. 400/91 consagrava da seguinte forma a inadaptação:

“ Art. 1º- Cessação do contrato de trabalho por inadaptação

A entidade empregadora pode fazer cessar o contrato de trabalho com fundamento em inadaptação do trabalhador ao posto de trabalho, nos termos dos artigos seguintes.

Art.2º- Situações de inadaptação

1. Para efeitos do presente diploma, a inadaptação verifica-se em qualquer das situações previstas nas alíneas seguintes, quando, sendo determinadas pelo modo de exercício das funções do trabalhador, tornem praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho:

- a) Redução reiterada de produtividade ou de qualidade;
- b) Avarias reiteradas nos meios afectos aos postos de trabalho;
- c) Riscos para a segurança e saúde do próprio ou dos restantes trabalhadores ou de terceiros;

2. Verifica-se, ainda, inadaptação do trabalhador, quando, tratando-se de cargos de complexidade técnica ou de direcção, não tenham sido cumpridos objectivos previamente fixados e formalmente aceites, sendo tal determinado pelo modo de exercício de funções e desde que torne praticamente a subsistência da relação de trabalho.”

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Os códigos do trabalho de 2003 e 2009 apenas introduziram modificações pontuais que em nada alteraram o regime até então vigente, apesar de existirem, em ambos os casos alterações de sistematização.

2.7.1 A lei 23/2012, aprovou também alterações ao despedimento por inadaptação. Também estas alterações suscitaram questões de constitucionalidade, ou melhor da falta dela.

Mais uma vez, transcrevemos os respectivos artigos para efeitos de contextualização.

Assim, na versão da Lei 7/2009, e que actualmente permanece o art. 375º considera requisitos para o despedimento por inadaptação:

1 º O despedimento por inadaptação em situação referida no n.º 1 do artigo anterior só pode ter lugar desde que, cumulativamente, se verifiquem os seguintes requisitos:

- a) Tenham sido introduzidas modificações no posto de trabalho resultantes de alterações nos processos de fabrico ou de comercialização, de novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia, nos seis meses anteriores ao início do procedimento;
- b) Tenha sido ministrada formação profissional adequada às modificações do posto de trabalho, sob controlo pedagógico da autoridade competente ou de entidade formadora certificada;
- c) Tenha sido facultado ao trabalhador, após a formação, um período de adaptação de, pelo menos, 30 dias, no posto de trabalho ou fora dele sempre que o exercício de funções naquele posto seja susceptível de causar prejuízos ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros;

d) Não exista na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador;

e) A situação de inadaptação não decorra de falta de condições de segurança e saúde no trabalho imputável ao empregador.”

Por sua vez, a Lei 23/2012, alterou o artigo da seguinte forma:

“1).

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

a)

b) Tenha sido ministrada formação profissional adequada às modificações do posto de trabalho, por autoridade competente ou entidade formadora certificada;

c)

d) (Revogada.)

e) (Revogada.)

2- O despedimento por inadaptação na situação referida no n.º 1 do artigo anterior, caso não tenha havido modificações no posto de trabalho, pode ter lugar desde que, cumulativamente, se verifiquem os seguintes requisitos:

a) Modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador, de que resultem, nomeadamente, a redução continuada de produtividade ou de qualidade, avarias repetidas nos meios afetos ao posto de trabalho ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros, determinados pelo modo do exercício das funções e que, em face das circunstâncias, seja razoável prever que tenham carácter definitivo;

b) (...)

c) (...)

d) Tenha sido aplicado o disposto nas alíneas b) e c) do número anterior, com as devidas adaptações.

3- O despedimento por inadaptação em situação referida no n.º 2 do artigo anterior pode ter lugar:

a) Caso tenha havido introdução de novos processos de fabrico, de novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia, a qual implique modificação das funções relativas ao posto de trabalho;

b) Caso não tenha havido modificações no posto de trabalho, desde que seja cumprido o disposto na alínea b) do número anterior, com as devidas adaptações. “

O Tribunal Constitucional, foi chamado a pronunciar-se sobre a revogação das alíneas d) e e) do n.1, e do n.º2 do art. 375º.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

No que concerne à alínea d), acrescentamos apenas que a lógica que presidiu à declaração de inconstitucionalidade da omissão de tal obrigação para a extinção do posto de trabalho é exactamente a mesma.

Tal como foi referido relativamente à extinção do posto de trabalho, o despedimento deve ser encarado, como a *ultima ratio*, não sendo assim conforme ao direito à segurança no emprego, a dispensa de um trabalhador, quando exista um posto de trabalho alternativo que o mesmo possa ocupar.

Assim, podemos ler no Acórdão 612/2013:

“No âmbito da modalidade de despedimento por justa causa objetiva, agora em apreço, impõe-se igualmente o cumprimento destes princípios, não se permitindo que o trabalhador inadaptado a um determinado posto de trabalho que sofreu modificações, seja despedido quando haja outro posto de trabalho disponível e compatível com a sua qualificação e aptidão profissional. A revogação do preceito em análise é, em razão do exposto, inconstitucional, uma vez que viola a proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53.º da Constituição.”

Passaremos à alínea seguinte, uma vez que esta questão já foi analisada aquando das alterações propostas para a extinção do posto de trabalho.

Alínea e) pouco se tem a dizer, uma vez que a norma que constava na alínea e) do art. 375º passou a constar do n.º4 do art. 374º e onde se prescreve que a “situação de inadaptação referida nos números anteriores não deve ocorrer de falta de condições de segurança e saúde no trabalho, imputável ao empregador.”

Pelo que, e o próprio Acórdão o admite, a análise da inconstitucionalidade, deverá ter sido lapso dos requerentes do pedido de fiscalização constitucional.

2.7.2 Relativamente ao n.º2 do art. 375º, salvo melhor opinião o mesmo não se afigura inconstitucional. Também foi este o entendimento do TC. Poder-se-à criticar sem dúvida, a confusão que o legislador comete entre inadaptação e inaptidão, mas tal questão será alvo de análise em capítulo próprio.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

A grande alteração que a legislação de 2012 traz, para este capítulo é que para se considerar a possibilidade de despedimento por inadaptação do trabalhador, deixam de ser necessárias que tenham existido alterações no posto de trabalho.

Parece-nos assim, que o legislador quis acautelar as situações em que, mesmo sem alterações substantivas ao posto de trabalho, o trabalhador por qualquer motivo, sem conduta culposa do mesmo, apresenta contínuas quebras de produtividade e qualidade.

Como refere Maria do Rosário Palma Ramalho: “embora a causa próxima do despedimento fosse atinente ao trabalhador (cifrando-se na inadaptação superveniente à função), a causa última era sempre externa ao trabalhador, porque directamente reportada ao posto de trabalho.”²⁸

Ainda que, neste caso, a causa do despedimento se reporte ao modo como o trabalhador exercer as suas funções, e ao resultado desse exercício, ou melhor, aos maus resultados desse exercício, o que se exige é que tal não advenha de conduta culposa do mesmo e que tal inadaptação tenha um carácter definitivo, ou melhor que seja possível prever que, tal inadaptação tenha um carácter definitivo.

Neste caso temos assim o balanço entre dois direitos fundamentais. Por um lado a segurança no emprego e por outro a liberdade de iniciativa económica, atentando, contudo, que tal despedimento seja proporcional à dita inadaptação.

Salvo melhor opinião, não poderia ser exigível a um empregador, mesmo sem que tenha ocorrido qualquer mudança substancial no posto de trabalho, manter um trabalhador que, ainda que sem culpa, não consiga ser produtivos, provoque de forma não intencional contínuas avarias no posto de trabalho, ou coloque em causa a sua segurança ou a de terceiros. Porém tal preceito não nos parece totalmente isento de críticas.

28 Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Tratado do Direito do Trabalho. Parte II- Situações Laborais Individuais*, 2012, 4ª Edição, Revista e Actualizada ao Código de Trabalho de 2009, com as alterações introduzidas em 2011 e 2012, Almedina, pag. 918;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Os requisitos substanciais e procedimentais para tal despedimento, são complexos e permitem ao trabalhador não só defender-se como também corrigir a sua falta. Existe também a necessidade de a entidade empregadora apurar e justificar de que forma a prestação do trabalho foi substancialmente alterada.

Todavia não podemos deixar de atentar numa questão que nos parece pertinente, que se prende não em particular com a inconstitucionalidade total do n.º 2 do 375º, mas com o facto de esta forma de despedimento pressupor que o empregador faça avaliações regulares para poder ter como comparar os níveis de desempenho e produtividade.

Essas avaliações terão que critérios? Imaginemos que um trabalhador em virtude da sua idade já não tem o mesmo desempenho que tinha anteriormente, é mais lento e por isso a sua produtividade já não é a mesma. Será que não estará o legislador a permitir despedimentos com base em discriminação na idade? Ou os critérios de avaliação terão que ter em conta esta questão?

Se por um lado estamos em crer que presidirá sempre o bom senso na escolha de critérios, também é verdade que objectivamente o trabalhador pode apresentar quedas de produtividade.

Não se entende como é que os grupos parlamentares não suscitarem a questão de estarmos perante uma norma que ao não esclarecer esta questão pode permitir que sejam efectuados despedimentos com base na discriminação de idade.

Por fim foi também suscitada a questão do n.º2 do art. 374º, uma vez que o mesmo não refere a possibilidade de manutenção do posto de trabalho.

Neste caso o acórdão foi bem explícito e claro, explanando uma visão que partilhamos totalmente:

“ O problema, em termos de impossibilidade prática de subsistência da relação de trabalho ”C e é esse o critério da inexigibilidade em causa ”C é exatamente o mesmo nas duas situações. E aquilo que é específico da inadaptação do trabalhador revelada exclusivamente pela redução da qualidade da respetiva prestação de trabalho ”C e que fundamenta aquela inexigibilidade - é a

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

presunção do carácter definitivo de tal redução. Em tudo o mais, não são justificadas diferenças de tratamento face à inadaptação do trabalhador subsequente à introdução de modificações no respetivo posto de trabalho.

Nesse mesmo sentido, depõe, além do regime comum consagrado no artigo 374.º do Código do Trabalho, a remissão contida na alínea d) do artigo 375.º, n.º 2, para as alíneas b) e c) do n.º 1 “C alíneas que têm por objeto cautelas comuns a todas as situações de inadaptação, independentemente da respetiva causa próxima. Aquela remissão não abrange as alíneas d) e e) do n.º 1 apenas porque a primeira foi revogada e a segunda integrada numa disposição comum a todas as situações de inadaptação.”

Assim, com excepção da omissão de obrigatoriedade de ocupação de posto compatível com o exercício da função, quando ele exista, não vislumbramos outras inconstitucionalidades nas alterações efectuadas pela lei 23/2012

Capítulo III

3. O despedimento por extinção de posto de trabalho

3.1 O despedimento por extinção de posto de trabalho

Como foi dito anteriormente a extinção de posto de trabalho, constituiu uma das formas de despedimento com justa causa objectiva.

Também já foi aqui explicada a evolução legislativa desta figura, as alterações a que a mesma esteve sujeita e as questões constitucionais suscitadas por estas alterações.

Aqui chegados, cumpre-nos agora analisar a extinção do posto de trabalho e o procedimento que culmina no despedimento.

No dia-a-dia das empresas existe por vezes a necessidade de adequar os quadros de pessoas a esse mesmo quotidiano. Para responder a estas situações o legislador criou então a figura do despedimento por extinção de posto de trabalho, que trata a seguir ao despedimento colectivo, sendo que grande parte do seu regime ocorre por remissão para o regime do despedimento colectivo.

O n.º1 do art.367º define o despedimento por extinção de posto de trabalho como: “a cessação de contrato de trabalho promovida pelo empregador e fundamentada nessa extinção, quando esta seja devida a motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, relativos à empresa.”

Os motivos que fundamentam o despedimento por extinção de posto de trabalho são, por remissão da lei, iguais aos motivos que fundamentam o despedimento colectivo. Tal remissão, leva a que alguma doutrina reconduza o despedimento colectivo e o despedimento

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

por extinção de posto de trabalho, a uma só figura, o “despedimento por eliminação de emprego.”²⁹

O primeiro “momento” no despedimento por extinção do posto de trabalho, é um momento decisório interno. Prende-se com a tomada de consciência da necessidade e posterior decisão, por parte da entidade empregadora, de extinguir postos de trabalho.

A extinção do posto de trabalho, tal como o despedimento colectivo pode ser fundamentada em motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, relativos à empresa.

O legislador adianta as seguintes definições, a título exemplificativo:

- a) **Motivos de mercado** – redução da actividade da empresa provocada pela diminuição previsível da procura de bens ou serviços ou impossibilidade superveniente, prática ou legal, de colocar esses bens ou serviços no mercado;
- b) **Motivos estruturais** – desequilíbrio económico-financeiro, mudança de actividade, reestruturação da organização produtiva ou substituição de produtos dominantes;
- c) **Motivos tecnológicos** – alterações nas técnicas ou processos de fabrico, automatização de instrumentos de produção, de controlo ou de movimentação de cargas, bem como informatização de serviços ou automatização de meios de comunicação.

A primeira observação a fazer prende-se com a distinção entre motivos de mercado e os motivos estruturais. Esta distinção é, salvo melhor opinião, desnecessária. Um desequilíbrio financeiro, a reestruturação da organização produtiva, a alteração de produtos dominantes, são sempre motivadas por questões de mercado, que reconduzem a determinadas decisões de gestão. São sempre motivos de mercado, aqueles que levam a que um determinado produto tenha quebra na procura ou no encarecimento dos custos associados à produção, são sempre fundamentados em motivos de mercado. Por tal, não se alcança porque motivo é que, o legislador optou por fazer esta distinção entre motivos de mercado e motivos estruturais, uma vez que os segundos acabam também por se subsumirem aos primeiros.

29 Martins, Pedro Furtado, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 2012, 3ª Edição revista e actualizada segundo o Código de Trabalho de 2012, Principia, pag. 245;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Maria do Rosário Palma Ramalho, oferece apenas duas distinções:

“ i) *Uma situação de crise empresarial*: assim, quanto aos motivos de mercado, a redução da actividade da empresa, pela diminuição da procura dos bens que produz ou pela dificuldade de os colocar (al. a); e quanto aos motivos estruturais, a situação de desequilíbrio financeiro (al. b)

ii) *Um objectivo de reorientação estratégica da empresa*: assim, nos motivos estruturais, a mudança de actividade da empresa, a sua reestruturação produtiva ou a mudança de produtos dominantes (al. b)); e nos motivos tecnológicos, as alterações nas técnicas de fabrico ou na informatização dos serviços (al c)”.³⁰

3.2 Requisitos para a cessação do contrato de trabalho

Para além dos fundamentos acima mencionados, a lei estabelece vários critérios cumulativos, que apenas se aplicam ao regime da extinção do posto de trabalho.

Nos termos do art. 368º:

“ 1 - O despedimento por extinção de posto de trabalho só pode ter lugar desde que se verifiquem os seguintes requisitos:

- a) Os motivos indicados não sejam devidos a conduta culposa do empregador ou do trabalhador;
- b) Seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho;
- c) Não existam, na empresa, contratos de trabalho a termo para tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto;
- d) Não seja aplicável o despedimento colectivo”

A imposição destes requisitos tem origem no AC.107/88 do TC, mais concretamente na passagem em que se pode ler:

30 Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II- Situações Laborais Individuais*, 4ª Edição, Revista e Actualizada ao Código do Trabalho de 2009, com as alterações introduzidas em 2011 e 2012, Almedina, pag. 882;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

“se a proibição constitucional do despedimento sem justa causa corresponde necessariamente, à exclusiva legitimidade constitucional do despedimento com justa causa, ou se pelo contrário, ainda seria igualmente lícita a previsão de despedimentos fundadas em causa objectivas não imputáveis à culpa do empregador que em cada caso concreto tornem praticamente impossível a subsistência da relação do trabalho.”

Na LCCT a ausência de culpa e a impossibilidade de subsistência da relação de trabalho foram traduzidas nas alíneas a) e b) do n.º1 do art. 27.º, adicionando-se a referência à não aplicação do despedimento colectivo, à inexistência de contratos a termo para as mesmas tarefas e da colocação à disposição do trabalhador da compensação devida.

A redacção do CT em 2003 (art.403.º) manteve os mesmos requisitos e daí transitou para a versão original do art. 368.º que todavia autonomizou no seu n.5.º a exigência relativa à colocação e à disposição do trabalhador a compensação devida.

De atentar que a colocação à disposição das quantias em dívida tem de se efectuar até ao termo do prazo de aviso prévio e que a obrigação abrange a compensação e os créditos vencidos e exigíveis por efeito da cessação do contrato de trabalho.

Por fim a lei 23/2012 alterou a redacção do art. 368 n.2 e 4, no que concerne ao conteúdo do requisito da alínea b) do n.º1 relativo à impossibilidade de subsistência da relação de trabalho.

Na versão original a impossibilidade era entendida como a indisponibilidade de um posto de trabalho vago compatível com a categoria profissional do trabalhador despedido.

Na nova redacção (da lei 23/2012) do n.4 que se considerava impossível a subsistência da relação de trabalho,” quando o empregador demonstre ter observado critérios relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho.”

A opção por esta redacção prendeu-se com a eliminação dos critérios legais de selecção do trabalhador a despedir (que figurava na redacção original do n.º2 do art. 368.º) passando essa selecção a ser feita com base nos critérios definidos pelo próprio empregador e exigindo-se que estes sejam critérios relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Como foi referido e analisado esta formulação foi declarada inconstitucional pelo Ac. 68/2013 do TC, regressando-se assim à formulação anterior.

A imposição destes requisitos foi entendida como tradução da ideia de que o “legislador é mais exigente nos despedimentos por extinção de posto de trabalho do que despedimento colectivo”³¹

Contudo entendemos que não é pelo facto de o legislador não consagrar de forma expressa as mesmas exigências para o despedimento colectivo, que as mesmas não devam ser observadas.

Neste sentido Pedro Furtado Martins afirma:

“A questão coloca-se quanto aos três requisitos ligados à fundamentação do despedimento, já que as duas modalidades de despedimento assentam em motivos idênticos e aplicam-se ao mesmo tipo de situações, dependendo a aplicação de uma ou de outra apenas num elemento exterior à fundamentação do despedimento, ou seja, do número de trabalhadores abrangidos e do número de trabalhadores da empresa. Assim sendo, faz sentido verificar se não serão comuns a ambas as modalidades, os requisitos que a lei impõe para o despedimento por extinção de posto de trabalho que têm conexão com a fundamentação do despedimento.”³²

3.2.1 O primeiro requisito da extinção do posto de trabalho, conforme a alínea a) do n.1 do art. 368º é o de, os motivos indicados não serem devidos a uma actuação culposa do trabalhador ou do empregador. Desta forma visa excluir-se os motivos que conduzem à extinção do posto de trabalho e consequente despedimento “ não sejam devidos a conduta culposa do empregador ou do trabalhador (alínea a) do n.º1 do art. 368º).

31 Martinez, Pedro Romano; Monteiro, Luís Miguel; Vasconelos, Joana; Brito, Pedro Madeira de; Dray, Guilherme; Silva, Luís Gonçalves da, *Código do Trabalho Anotado*, 2013, 9ª Edição, Almedina, pag. 780;

32 Martins, Pedro Furtado, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3 Edição revista e actualizada segundo o Código de Trabalho de 2012, 2012, Principia, pag. 289;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Quanto ao trabalhador o objectivo é excluir as situações em que a forma adequada de despedimento seria o despedimento por factos imputáveis ao trabalhador, uma vez que em caso de culpa do trabalhador o procedimento adequado será o despedimento com justa causa subjectiva.

Mais difícil é o entendimento a dar a este requisito quando refere a culpa do empregador. Exige-se uma imputação a título de culpa envolvendo assim um juízo de reprovação, de censura da actuação da entidade empregadora. A natureza dos argumentos invocados para a extinção do posto de trabalho está maioritariamente ligada à vontade do empregador. As alterações técnicas ou processos de fabrico, autonomização dos instrumentos de produção, de controlo ou movimentação de cargas, informatização de serviços, autonomização de meios de comunicação ou mudança de actividade, reestruturação da organização produtiva ou a substituição de produto dominante resultam da decisão do empregador. É claro, que as alterações enumeradas apenas podem resultar da vontade do empregador.

Não serão os tribunais a ter legitimidade para decidir a forma como deve ou não uma empresa organizar-se.

Se o empregador decide alterar os processos de fabrico e daí resultar a extinção de postos de trabalho, o facto da decisão ser, da entidade empregadora, em nada inquina os fundamentos do despedimento.

Se o nexa causal for suficientemente forte para concluir que o requisito se encontra preenchido, então o despedimento será válido.

No caso da culpa do empregador, este requisito é de difícil aplicação prática uma vez que assenta numa decisão de gestão do empregador, cujos motivos não são sindicáveis em tribunal excepto se a conduta da entidade empregadora for altamente leviana e inaceitável.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

“Parece-nos, por isso, que esta situação só poderá verificar-se em casos de extrema gestão incompreensível ou manifestamente errónea.”³³

A análise dos fundamentos para o despedimento por extinção de posto de trabalho, não versam sobre a bondade ou não dos mesmos, mas sim sobre a sua veracidade e sobre o nexos causal entre os fundamentos e o despedimento.

Como afirmamos supra, não se encontram motivos para que (uma vez que a fundamentação desta forma de despedimento é exactamente a mesma do despedimento colectivo) este requisito também se encontre presente no despedimento colectivo.

Devemos atentar que a afirmação da necessidade de ausência de culpa do trabalhador ou do empregador, não traz nada de novo à forma de despedimento. Ao verificar-se o preenchimento de algum dos fundamentos e o respectivo nexos causal entre o mesmo e o do despedimento apenas poderá resultar da natureza dos fundamentos invocados.

Na prática a questão da culpa resolve-se tendo presente a natureza dos motivos invocados e a sua ligação com os postos concretos de trabalho que serão extintos.

A única diferença é que no despedimento por extinção do posto de trabalho a lei estabelece que a decisão final deve conter esta confirmação expressa, art. 371º n.º2 alínea b).

A Jurisprudência do STJ, tem se orientado no sentido de que na apreciação dos fundamentos do despedimento colectivo, (que por remissão se aplica a extinção do posto de trabalho) importa ter em conta, para além da verificação objectiva da existência dos motivos tecnológicos, económicos ou conjunturais, a existência de um nexos entre tais motivos e os despedimentos efectuados, de forma a que aqueles sejam suficientemente fortes para que, determinando uma diminuição de pessoal, conduzam, sem mais, ao despedimento colectivo de certos e determinados trabalhadores. (*Ac. STJ de 1-02-2001 processo n.º 124/00, da 4.ª Secção, Relator Dinis Nunes; Ac. STJ de 20-04-2014, processo n.º 339/03.3TBSTC.E1.S1, da 4ª Secção, relator Mario Melo Morgado; Ac. STJ de 19-12-2012, processo 1222/10.1TTVNG-*

33 Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, 2012, 3ª Edição, Almedina, pag. 398;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

*A.P1.S1, da 4º Secção, relator Pinto Hespanhol; Ac. STJ de 21-03-2013, processo n.º 391/07.02TTSTRE.E1.S1., 4 Secção, relator Antonio Leones Dantas;)*³⁴

Ao nível da jurisprudência, tem-se entendido que, no controlo jurisdicional da motivação do despedimento coletivo, o tribunal deve respeitar os critérios de gestão da empresa, apreciar se são verdadeiros os motivos invocados, mas também deve apreciar

“a verificação da existência de umnexo de causalidade entre os motivos invocados pelo empregador e o despedimento, por forma a que, segundo juízos de razoabilidade, se possa concluir que tais motivos eram adequados a justificar a decisão de redução de pessoal por via do despedimento coletivo”³⁵

3.2.2 O segundo requisito é que “seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho, alínea b) do n.º1 do art. 368º.

Esta formulação é infeliz por parte do legislador, salvo melhor opinião.

O que nos parece mais razoável é que este requisito, seja integrado como n.4 do art. 358º, de modo a que a impossibilidade da subsistência da relação de trabalho, só se verifique, porque, perante o caso concreto, não ser possível integrar o trabalhador noutro posto de trabalho, ou não ser exigível fazê-lo.

Na redacção original o requisito remonta ao n.º3 do art. 27º da LCT que plasmava que a relação de trabalho era impossível quando o empregador não dispusesse de outro posto de trabalho compatível com a categoria do trabalhador e caso o mesmo existisse, o trabalhador não aceitasse a “alteração do objecto do contrato”.

34 Todos disponíveis em www.dgsi.pt;

35 Intervenção do Procurador Dr. João Monteiro, sob o tema “o Controlo Jurisdicional do Despedimento Coletivo. Breves Considerações”, no âmbito do Colóquio anual sobre Direito do Trabalho (2009), disponível em <http://www.stj.pt/coloquios>;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

A referência conjunta à compatibilidade com a categoria do posto de trabalho e alteração do objecto do contrato levantava dúvidas quanto à interpretação e quanto à noção de categoria aí utilizada.

Em virtude da redacção do preceito, parecia dar a entender que a noção de categoria aí utilizada seria a de categoria “normativa” e não de categoria funcional. Senão que sentido faria obter o consentimento do trabalhador para o mesmo manter as mesmas funções que integravam o objecto do contrato?

O Código de Trabalho de 2003 veio eliminar a referência à aceitação do trabalhador por considerar o mesmo redundante, estabelecendo que a recusa do trabalhador em aceitar as alternativas à proposta equivalente, equivalia à verificação do requisito da impossibilidade da continuação da relação de trabalho, alínea b) do n.º1 do art. 425º do CT 2003.

A redacção manteve-se no essencial no CT de 2009.

Assim, no CT de 2003 o legislador eliminou a dúvida quanto à categoria a que se devia atender. No CT 2003, e na versão original do art. 368º o que releva é saber se o empregador dispõe de um posto de trabalho com um conteúdo funcional que seja compatível quer com o género de actividade contratada, quer com a categoria normativa e se este existir, foi oferecida ao trabalhador a oportunidade de preencher aquele posto de trabalho. Se tal aconteceu e o trabalhador não aceitou, então encontra-se verificado o requisito da alínea b) do n.º1 do art. 368º.

Desta forma assegurar-se-ia a racionalidade económica subjacente a este regime de despedimento, bem como a necessidade de assegurar a conformidade com as imposições constitucionais, obrigando sempre à necessidade de ponderação da existência de postos de trabalho alternativos.

De atentar que não estamos perante a obrigatoriedade da criação de um novo posto de trabalho, nem estamos perante uma obrigação de requalificação de trabalhadores uma vez que o empregador não está obrigado a oferecer postos de trabalho de categorias diferentes. Imagine-se que existia uma vaga no departamento de recursos humanos e iria extinguir-se um posto de trabalho de electricista, o empregador não seria obrigado a oferecer tal vaga, nem

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

requalificar o trabalhador para preencher essa vaga. Porém se existisse uma vaga como secretária num departamento, se se extinguísse um posto de trabalho de um administrativo, a entidade patronal, já não poderia fazer cessar o contrato, com base na extinção do posto de trabalho, sem oferecer o posto de trabalho disponível ao trabalhador e este aceitasse. Trata-se sim do aproveitamento de trabalhadores excedentários, evitando-se colocar os trabalhadores em situação de desemprego.

3.2.3 O terceiro requisito é a inexistência de contratos de trabalho a termo para as tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto.

Aqui é sem dúvida intenção do legislador privilegiar os contratos sem termo certo, isto é relações laborais duradouras.

“Este requisito pretende privilegiar os vínculos laborais por tempo indeterminado sobre os contratos de trabalho a termo e evitar a extinção de um posto de trabalho permanente e necessário, o que a lei presume acontecer quando a função correspondente aquele posto de trabalho seja desempenhada por outro trabalhador, ainda que sob a moldura de um contrato de trabalho a termo.”³⁶

De atentar que o que a lei exige é que não existam contratos a termos com conteúdos funcionais idênticos, e não contratos de trabalho a termo com a mesma categoria profissional. Isto é, ainda que (pegando no exemplo acima facultado) a função de secretária, ou de administrativa, tenham categorias profissionais distintas, o que é facto é que, o seu conteúdo funcional é idêntico e as suas funções semelhantes (atendimento telefónico, elaboração de documentos, agendamentos, envio de emails, etc. etc.) Se o preceito normativo for analisado de forma meramente formal, verificamos que não existia outra vaga para administrativa, uma vez que secretária teria outra categoria profissional e aí o empregador poderia manter a pessoa contratada a termo para as funções de secretária e extinguir o posto de trabalho de administrativa.

36 Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II- Situações Laborais Individuais*, 2012, 4ª Edição, Revista e Actualizada ao Código do Trabalho de 2009, com as alterações introduzidas em 2011 e 2012, Almedina, pag. 902;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Em sentido contrário Bernardo Lobo Xavier afirma:” Aqui se releva preferência pela conservação dos contratos por tempo indeterminado, mas em latitude dificilmente justificável (p. ex., se o posto de trabalho estiver preenchido por um contrato a longo prazo). Aliás, parece-nos ser mais, do que um requisito, um critério de selecção.”³⁷

Coloca-se também a questão, se a existência de um contrato de prestação de serviços para o desempenho das funções do posto de trabalho extinto, corresponde ou não a uma violação deste requisito. No nosso entender não configura. Das duas uma ou estamos perante um “falso recibo verde”, mas existiria então primeiramente que fazer prova de um contrato de trabalho e que a ser seria sempre sem termo, ou então já se estaria na esfera de liberdade de gestão da empresa, uma vez que a entidade patronal terá sempre o poder de decidir a forma contratual que mais se adequa ao seu propósito.

3.2.4 Outro dos requisitos é o da não aplicação do despedimento colectivo. A determinação de se aplicar um regime ou outro, é feita através de um critério quantitativo.

Na definição legal do art.º 359 considera-se despedimento colectivo:

“a cessação de contratos de trabalho promovida pelo empregador e operada simultânea ou sucessivamente no período de três meses, abrangendo, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respectivamente, de microempresa ou de pequena empresa, por um lado, ou de média ou grande empresa, por outro, sempre que aquela ocorrência se fundamente em encerramento de uma ou várias secções ou estrutura equivalente ou redução do número de trabalhadores determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos.” (sublinhado nosso).

37 Xavier, Bernardo da Gama Lobo/ Martins, Pedro Furtado/Carvalho, A. Nunes/ Vasconcelos, Joana/ Almeida, Tatiana Guerra de, *Manuel de Direito do Trabalho*, 2ª Edição Revista e actualizada, Verbo, pag.832;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Assim verificamos que o critério quantitativo traduz-se na fixação do número de postos de trabalhos a extinguir e consequentemente do número de trabalhadores a despedir.

A dimensão da empresa é facultada pelo art. 100º. Conjugando os números dos dois artigos, conclui-se que a extinção de dois postos de trabalho no espaço de três meses, numa empresa com 49 trabalhadores, consubstancia um despedimento colectivo ou cinco postos de trabalho, numa empresa com 50 ou mais trabalhadores.

A determinação do regime a aplicar no momento do despedimento, é no entanto feito a partir da qualificação da empresa. Para aferir qual a dimensão da empresa atende-se a média do ano civil anterior (n.º2 do art.100º). No ano de início de actividade releva o número de trabalhadores existentes no dia da ocorrência do facto, que determina o despedimento colectivo.

Como salienta Pedro Furtado Martins, a lei não nos faculta o modo de cálculo da média de trabalhadores, quando o número de trabalhadores varia ao longo do ano. O autor sugere assim, que uma das fórmulas possíveis seria verificar o número de trabalhadores no final de cada mês do calendário e dividir por doze.³⁸

Para apuramento do número de trabalhadores abrangidos, apenas se consideram os trabalhadores directamente vinculados ao empregador não se contabilizando os trabalhadores contratados ao abrigo de empresas de trabalho temporário. Todavia incluem-se os trabalhadores da empresa que promove o despedimento que se encontrem cedidos a outra entidade.

A fixação do número de trabalhadores a abranger pelo despedimento colectivo é feita no início do procedimento, ou seja no momento em que é feita a comunicação inicial. A importância desta questão é relevante, uma vez que no decurso do procedimento podem terminar muitos contratos em virtude de outros motivos e no final o despedimento colectivo só se aplicar a um número inferior de trabalhadores do que a lei exige. Como exemplo

38 Martins, Pedro Furtado, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3 Edição revista e actualizada segundo o Código de Trabalho de 2012, 2012, Principia, pag. 261;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

máximo desta questão, pode-se eleger o exemplo constante no Ac. STJ, de 6 de Novembro de 1996, em que a final, o despedimento colectivo aplicou-se apenas a um trabalhador.

“No caso dos autos, neste aspecto só foi atacado o despedimento como sendo colectivo por abranger apenas o autor.

Porém, já vimos que ele abrangeu setenta e seis trabalhadores e que não perde a característica de ser considerado como colectivo por só dois trabalhadores não terem chegado a acordo com a entidade patronal, na medida em que interessa o número de trabalhadores abrangidos no despedimento, não interessando se a extinção do contrato de trabalho é obtida amigavelmente ou judicialmente. Neste aspecto, o que interessa é o despedimento e não saber se ele é amigável ou litigioso.”³⁹

Esta questão releva pois, a lei considera que o não cumprimento dos requisitos constantes no n.º1 do art. 368º, determinam a invalidade da extinção do posto de trabalho (alínea a) do art. 384º).

Antes de abandonarmos este critério, cumpre fazer uma referência a duas questões. A primeira analisada por Bernardo Xavier⁴⁰ que distingue duas situações, aquela em que a mesma pessoa jurídica possui várias empresas, com unidades de produção e quadros de pessoal autónomos e actividades diferentes; e a segunda em que a mesma pessoa jurídica tem unidades de produção descentralizadas, diversos estabelecimentos, mas que os mesmos não mantêm contabilidade própria, nem autonomia de gestão.

No primeiro caso, a contabilização do número de trabalhadores a abranger, far-se-à empresa a empresa e no segundo caso, atender-se-à ao número total dos trabalhadores de todas as unidades;

39 AC. STJ, processo 004427, Relator Matos Canas de 6 de Novembro de 1996, disponível em www.dgsi.pt

40 Xavier, Bernardo da Gama Lobo, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, Verbo, 2000, pag.368 e ss;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

A segunda questão prende-se com as sucursais de sociedades comerciais, ou seja à representação permanente de empresas que não tenham sede efectiva em Portugal, mas que nos termos CSC, são obrigadas a instituir em território nacional, sociedades comerciais. Estas sucursais, ainda que tenham personalidade judiciária, não dispõem de personalidade jurídica e os trabalhadores por norma estão vinculadas à “empresa mãe” e não às sucursais. Ora esta questão levanta dúvidas sobre se se deverá atender aos trabalhadores da sucursal ou por sua vez o número de trabalhadores se reporta à casa mãe. Pedro Furtado Martins, avança com a solução de que se deverá atender ao número de trabalhadores da sucursal, solução com a qual concordamos inteiramente.

3.2.5 Selecção dos trabalhadores

A questão da selecção dos trabalhador a despedir, é uma questão deveras relevante, quando existam, entre os possíveis trabalhadores a despedir, alguns que se possam conservar o seu posto de trabalho, ou ocupar outro posto de trabalho na empresa.

Como já foi referido na sequência da assinatura do Memorando de Entendimento, a lei 23/2012 deu nova redacção ao n.º do art. 368º. Tal alteração veio a ser declarada inconstitucional pelo TC, no AC. 602/2013 e uma vez que essa questão já foi analisada em capítulo próprio não a voltaremos a analisar.

Assim, a redacção do art. 368º, manteve-se inalterada até 2014, data em que entra em vigor a lei 27/2014.

Todavia não significa que a mesma não seja analisada, até porque ainda haverá litígios relativos a extinções de postos de trabalho anteriores a Abril de 2014.

Vejamos, os critérios de selecção até à entrada em vigor da lei 27/2014 de 8 Março eram:

- a) Menor antiguidade no posto de trabalho;
- b) Menor antiguidade na categoria profissional;
- c) Categoria profissional de classe inferior;
- d) Menor antiguidade na empresa;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Se é verdade que o legislador fixou critérios bastante objectivos, com a intenção de proteger o trabalhador de despedimentos livres, camuflados de extinções de posto de trabalho, também é um facto que, e em consonância com os fundamentos para tal despedimento, não foi muito feliz.

Ora verificamos que os motivos se prendem ou com reestruturação da empresa, ou com desequilíbrios financeiros, ou mudanças de actividade. Todos eles, são fundamentos baseados numa questão de racionalidade económica. Contudo, não verificamos que nenhum dos critérios indicados atente à questão da racionalidade económica, uma vez que não existia uma referência, à produtividade, à experiência profissional, ao custo que o trabalhador representa para a empresa, entre outros. Ora, salvo melhor opinião, fundamentar um despedimento com base em critérios económicos e depois a selecção dos trabalhadores ser de carácter meramente formal, também não fazia muito sentido.

Imaginemos a seguinte situação: O empregador tem quatro postos de trabalho de empregado de mesa. Desses quatro postos de trabalho, vai ter que eliminar um. Pelos critérios de selecção seria o de menor antiguidade no posto de trabalho a despedir. Porém esse é o trabalhador mais expedito que tem de todos até é o que tem mais habilitações para desempenhar tal função. Ora neste caso o empregador pode ficar sem o seu funcionário mais habilitado e mais expedito pela aplicação de critérios meramente formais.

Todavia com a entrada em vigor da lei 27/2014 que procedeu à alteração do CT de 2009 o n.º 2 do art. 368º passou a ter a seguinte redacção:

“2 - Havendo na secção ou estrutura equivalente uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, para determinação do posto de trabalho a extinguir, a decisão do empregador deve observar, por referência aos respetivos titulares, a seguinte ordem de critérios relevantes e não discriminatórios:

- a)Pior avaliação de desempenho, com parâmetros previamente conhecidos pelo trabalhador;
- b)Menores habilitações académicas e profissionais;
- c)Maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa;
- d)Menor experiência na função;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

e)Menor antiguidade na empresa.”

Agora vejamos outra situação diferente: o empregador tem quatro carpinteiros e mais uma vez tem que extinguir um posto de trabalho. O seu carpinteiro com menor antiguidade naquele posto é um trabalhador que tem mais de 15 anos de experiência, ainda que adquirida noutra entidade patronal. O empregador tem carpinteiros que já lá têm uma antiguidade maior naquele posto de trabalho mas com menos experiência. Ora neste caso, o empregador, com o CT de 2009, ver-se-ia forçado a prescindir do seu trabalhador com mais experiência na função pela aplicação daqueles critérios, ficando assim, com três carpinteiros que podiam não ser tão perfeccionistas, ou mais inexperientes.

Com a alteração dos critérios de selecção dos trabalhadores, estas situações deixaram de existir uma vez que seria aplicado em segundo lugar o critério da experiência profissional.

Bernardo Xavier ainda vais mais longe, chamando a atenção para o facto de não existir qualquer referência à situação económica e familiar dos trabalhadores atingidos⁴¹. Este critério porém deixa-nos algumas dúvidas, uma vez que não nos parece que o empregador tenha que atender às situações pessoais do trabalhador, como critério de selecção, uma vez que as mesmas, ainda que obviamente interfiram no desempenho do trabalhador, são critérios externos. Por exemplo, não nos pareceria minimamente razoável olhar a critérios como situação de desemprego do cônjuge, uma vez que tal facto é alheio à dinâmica da empresa e em nada estão relacionados com as opções da entidade empregadora.

Ainda que se saude a alteração legislativa, parece-nos que no que concerne a avaliação algumas questões ficam por responder.

Grande parte do tecido empresarial português é constituído por pequenas e médias empresas que não têm sistemas de avaliação de desempenho. Motivo pelo qual se questiona, o sistema de avaliação de desempenho, será dado a conhecer ao trabalhador quando?

41 Obr. Cit., pag.835

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Isto é imaginemos: O trabalhador A trabalha há 10 anos para a entidade empregadora, mas está a viver um período difícil na sua vida pessoal, tendo sido sempre um trabalhador exemplar. O empregador decide implementar o sistema de avaliação de desempenho nos últimos três meses antes de decidir extinguir um posto de trabalho. O sistema de avaliação de desempenho será o que passará a ser utilizado na empresa e o empregado decide aplica-lo já como critério de selecção de trabalhadores para extinguir o posto de trabalho. Poderá o trabalhador ser despedido com base numa avaliação de desempenho que apenas contempla os últimos três meses de trabalho?

Claro que este será um exemplo “ in extremis”, sendo certo que nos parece que aqui o empregador terá que aplicar critérios de razoabilidade, não sendo justificável um despedimento com base na avaliação feita nos últimos três meses.

Parece-nos certo que a razoabilidade terá de ser aplicada não só ao tempo em que esse desempenho será avaliado, bem como à forma como tal desempenho será avaliado.

3.3 Procedimento para o despedimento para a extinção do posto de trabalho

3.3.1 O procedimento de despedimento por extinção de posto de trabalho começa inicialmente por uma tomada de decisão de gestão, em que são ponderadas as necessidades e a subsunção das mesmas ao quadro normativo. Seguidamente, inicia-se a externalização das decisões tomadas. A mesma começa com as comunicações iniciais ao trabalhador.

O empregador deve comunicar por escrito art. 369º, aos trabalhadores envolvidos e à comissão de trabalhadores (ou na falta desta à estrutura sindical da empresa):

“a) A necessidade de extinguir o posto de trabalho, indicando os motivos justificativos e a secção ou unidade equivalente a que respeita;

b) A necessidade de despedir o trabalhador afecto ao posto de trabalho a extinguir e a sua categoria profissional. “

Se o trabalhador for representante sindical, deverá a entidade patronal fazer chegar também igual comunicação ao sindicato ao qual o trabalhador pertence.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Aqui acompanhamos Pedro Furtado Martins, que questiona a utilidade da distinção desta figura, uma vez que “ a extinção do posto de trabalho só releva para estes efeitos na medida em que tenha associada a cessação do contrato do trabalhador que ocupava esse posto”⁴²

Porém o que o legislador não clarificou foram os elementos que o empregador tem de mencionar. A dúvida resulta da alteração da redacção efectuada em 2009. O n.º1 do art.423º do CT de 2003 estabelecia que o empregador comunicava “ a necessidade de extinguir o posto de trabalho e consequente despedimento do trabalhador que o ocupe”, clarificando em seguida (na alínea a) e b) n.º3 do citado art.) essa comunicação teria de ser acompanhada da indicação dos motivos da extinção do posto de trabalho com a identificação da respectiva secção ou unidade, alínea a) e na alínea b), e das categorias profissionais e dos trabalhadores abrangidos.

Na actual alínea b) do art.369º o legislador apenas exige “A necessidade de despedir o trabalhador afecto ao posto de trabalho a extinguir e a sua categoria profissional” ficando assim a dúvida sobre os elementos que nela devem constar. Parece-nos que será essencial que o empregador explique as razões que ligam a extinção do posto de trabalho em causa ao posto de trabalho daquele trabalhador em concreto. Assim, se existirem vários postos de trabalho de conteúdo funcional semelhante será sempre necessário indicar na comunicação inicial os motivos que justificam que o despedimento incida sobre aquele trabalhador em concreto, obedecendo como é claro aos critérios enunciados pela lei.

3.3.2 Após a recepção da comunicação inicial, no prazo de 10 dias, poderá o trabalhador envolvido e a comissão de trabalhadores (ou na falta desta a estrutura sindical da empresa), ou no caso de o trabalhador ser representante sindical, o sindicato respectivo, emitir parecer fundamentado, na eventualidade de se quererem opor ao despedimento ou propor alternativas que permitam atenuar o despedimento (art. 370º).

42 Martins, Pedro Furtado, Ob. Cit., pag. 342;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

De atentar que neste ponto não se exemplificam medidas como no despedimento colectivo, todavia o mesmo não impede que o trabalhador ou os respectivos representantes não as proponham se assim o entenderem, no sentido de tentar evitar o despedimento.

O prazo para este parecer é fixado em dez dias consecutivos e não em dias úteis, sempre que o legislador em processos de extinção de postos de trabalho pretende referir-se a dias úteis, refere expressamente que o prazo se conta em dias úteis. Temos como exemplo o n.º2 do art. 370º em que o legislador refere expressamente que para requerer a intervenção do serviço inspectivo (“Qualquer trabalhador envolvido ou entidade referida no número anterior pode, nos três dias úteis posteriores à comunicação do empregador, solicitar ao serviço com competência inspectiva do ministério responsável pela área do emprego...”).

Nesta fase pode também ser solicitada, pelos trabalhadores ou pelos seus representantes, a intervenção dos serviços competentes do ministério responsável pela área laboral, neste caso a Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT), tendo no entanto obrigatoriamente que comunicar este facto à entidade empregadora.

Esta intervenção da ACT, deve ser requerida, três dias úteis depois da recepção da comunicação inicial e tem como objectivo a fiscalização da verificação do preenchimento dos requisitos constantes no artigo 368º n.º2 (ou seja a observância dos critérios de preferência dos trabalhadores a atingir) e no art.368º n.º1 alínea c) e d), isto é, a inexistência de contratos a termo para a mesma função e a inaplicabilidade do regime do despedimento colectivo. Caso tal intervenção tenha sido solicitada, a ACT elabora um relatório, no prazo de sete dias após o requerimento do requerente, sobre as matérias referidas (art. 370º n.º3).

De atentar que no caso da medida de extinção do posto de trabalho, incidir sobre trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou sobre trabalhador (a) que se encontre no gozo de licença parental, o processo deve ser remetido à Comissão para Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE), conforme o artigo 63º do CT.

O processo só deve ser remetido à CITE, após esta fase de consultas, art. 63º n.º 3 c). Após a recepção do processo a CITE deverá nos 30 dias subsequentes, enviar parecer à entidade empregadora e ao trabalhador no prazo de trinta dias. Caso tal parecer não seja

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

emitido dentro do prazo referido, considera-se que o parecer é favorável. Se o parecer for desfavorável ao despedimento, o empregador só o pode efectuar após decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo, devendo a acção ser intentada nos 30 dias subsequentes à notificação do parecer (art. 63º n.º4 e 5)

3.3.3 Nos cinco dias, após o fim da fase de consultas (isto é, cinco dias após o termo do prazo de acima referido, art. 370º, ou caso tenha sido requerida a intervenção da ACT, cinco dias após a recepção do respectivo relatório elaborado ou do termo do prazo para a emissão do mesmo), à entidade empregadora pode proceder ao despedimento.

A decisão deverá ser enviada por escrito ao trabalhador envolvido, á comissão de trabalhadores (ou na falta desta a estrutura sindical da empresa), ou no caso de o trabalhador ser representante sindical, o sindicato respectivo e por fim à ACT (mesmo que esta não tenha tido intervenção no processo), neste caso em formulário próprio.

A decisão deverá ser fundamentada e da mesma deveram constar os motivos que levaram à extinção do posto de trabalho, a saber:

a) Motivo da extinção do posto de trabalho;

b) Confirmação dos requisitos previstos no n.º 1 do artigo 368.º;

c) Prova da aplicação dos critérios de determinação do posto de trabalho a extinguir, caso se tenha verificado oposição a esta;

d) Montante, forma, momento e lugar do pagamento da compensação e dos créditos vencidos e dos exigíveis por efeito da cessação do contrato de trabalho;

e) Data da cessação do contrato.

De referir que nos casos em que o relatório da ACT tenha sido contrário à realização do despedimento, por haver entendido não estarem preenchidos os requisitos, que esse relatório se destina a verificar (a não aplicação do despedimento colectivo e não aplicação dos

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

critérios, ou aplicação errónea dos critérios de pessoal a despedir), não concordando o empregador com tal relatório deverá fazer constar da decisão final os motivos da sua discordância. A lei é omissa quanto a este aspecto, mas parece-nos que será um elemento a integrar a comunicação.

3.3.4 O tempo de pré-aviso é variável consoante a antiguidade do trabalhador na empresa (art. 371 n.º3), podendo ser de 15 dias (para os trabalhadores com menos de um ano de antiguidade), 30 dias (no caso de trabalhador com antiguidade igual ou superior a um ano e inferior a cinco anos), 60 dias (no caso de trabalhador com antiguidade igual ou superior a cinco e inferior a 10 anos) ou 75 dias, (no caso de trabalhador com antiguidade superior a dez anos).

Ainda que estes prazos sejam semelhantes aos prazos estabelecidos para o despedimento colectivo, não se entende o motivo pelo qual o legislador não previu também para a extinção do posto de trabalho regra equivalente á constante no n.º 2 do art. 363 (“No caso de o despedimento abranger ambos os cônjuges ou pessoas que vivam em união de facto, a comunicação prevista no número anterior deverá ser feita com a antecedência mínima prevista no escalão imediatamente superior ao que seria aplicável se apenas um deles integrasse o despedimento.”) que visa os casos em que o despedimento abrange trabalhadores casados ou em união de facto, uma vez que o despedimento por extinção por posto de trabalho pode ser aplicado, no limite até 4 trabalhadores, existindo assim a hipótese de atingir trabalhadores casados ou em união de facto.

Se a entidade empregadora não respeitar o tempo de pré aviso, desde a comunicação da decisão final e a data da cessação do contrato, este fica obrigado a pagar a remuneração correspondente ao lapso temporal em falta e a data da cessação do contrato não sofre qualquer alteração, nos termos do n.º 4 do art. 363º.

Durante o prazo de aviso prévio, o trabalhador tem direito a um crédito de horas correspondente a dois dias de trabalho por semana, sem prejuízo da retribuição. O crédito de horas pode ser dividido por alguns ou todos os dias da semana, por iniciativa do trabalhador.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

O trabalhador deve comunicar ao empregador a utilização do crédito de horas, com três dias de antecedência, excepto por motivo atendível, art. 364º.

Durante o prazo de aviso prévio, o trabalhador pode denunciar o contrato de trabalho, mediante declaração com a antecedência mínima de três dias úteis, mantendo o direito a compensação, art.365º.

Estas normas são aplicáveis tanto ao despedimento colectivo, como por remissão do art. 372º ao procedimento por extinção de posto de trabalho.

3.4 O Despedimento ilícito

A ilicitude do despedimento por extinção do posto de trabalho rege-se pelo disposto nos arts. 381º e 384º do CT. Constituem causas de ilicitude dos despedimentos por extinção do posto de trabalho:

- O desrespeito pelos requisitos do art. 368º n.º1
- A violação dos critérios de preferência quanto aos postos de trabalho a extinguir;
- A falta das comunicações previstas n art.369º
- A não disponibilização, até ao final do prazo de aviso prévio, da compensação legalmente devida, bem como os créditos vencidos exigíveis por ocasião da cessação do contrato (art.384º d)).

Capítulo IV

IV- Despedimento por inadaptação

4.1 Nos termos do artigo 373º do CT “Considera-se despedimento por inadaptação a cessação de contrato de trabalho promovida pelo empregador e fundamentada em inadaptação superveniente do trabalhador ao posto de trabalho.”

No seguimento do Acordo Económico e Social de 1991 o DI 400/91 de 16 de Outubro consagrou uma nova espécie de despedimento, então designada por “cessação do contrato de trabalho por inadaptação”.

A figura foi retomada no CT de 2003, que expressamente a qualificou como modalidade de despedimento. No essencial o regime manteve-se na versão original no CT de 2009, com alguma alterações de sistematização e redacção

Na sequência do MeMo de 2011, o regime desta modalidade de despedimento sofreu modificações mais profundas introduzidas pela lei 23/2012, como adiante se dá conta e também já foi abordada em capítulo próprio no que concerne às inconstitucionalidades que enfermavam a nova redacção.

A consagração do despedimento por inadaptação teve como finalidade permitir às empresas que se pudessem reestruturar tecnologicamente evitando obstáculos quanto à cessação do contrato de trabalho, que as obrigassem a manter ao serviço trabalhadores que, a elas não se adaptassem. Não poderá ser exigível que as empresas que mantenham trabalhadores que não sejam produtivos, nem possam ser “aproveitados”, onerando às empresas a manter postos de trabalho ocupados sem que correspondam ao expectável para a ocupação do posto de trabalho.

A incapacidade profissional do trabalhador para executar a actividade para a qual foi contratado, desde que não decorra de um acto da vontade do mesmo, a que corresponderia um acto culposos, não se ajusta a outras formas de despedimento. Não se poderia enquadrar na justa causa de despedimento subjectivo, pois estaria omissos o comportamento culposos e ilícito exigido no art.351º.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Também não se iria enquadrar no despedimento colectivo ou no despedimento por extinção do posto de trabalho, uma vez que os pressupostos para tais despedimentos não se enquadram na falta de adaptabilidade do trabalhador.

Porém, desde o surgimento desta figura, esta pouco foi utilizada. Reflexo da irrelevância prática desta figura é a ausência de jurisprudência sobre esta matéria.

Esta modalidade de despedimento diz respeito ao comportamento do trabalhador, porém com ausência de culpa. Isto é, o trabalhador não conseguiu manter a mesma prestação de trabalho após a introdução, pela entidade empregadora, de modificações no seu posto de trabalho.

A inadaptação pressupõe assim, que o trabalhador ainda que possua as capacidades e aptidões necessárias anteriormente, todavia não foi capaz de manter as mesmas após a introdução de alterações tecnológicas no seu posto de trabalho.

Ainda que se trate de uma modalidade de despedimento que não pressupõe a culpa do trabalhador, a classificação como forma de despedimento objectiva não é totalmente pacífica. “No caso de inadaptação parece evidente que não se trata de uma causa puramente objectiva mas, subjectiva, estando ligada ao binómio posto de trabalho/trabalhador concreto”⁴³

Nos termos do nº 1 do artigo 374º do CT, a impossibilidade da subsistência da relação contratual pode advir:

- “a) Da redução continuada de produtividade ou qualidade do trabalho exercido;
- b) De avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho;
- c) Quando o exercício das funções do trabalhador cause riscos para a própria segurança e saúde ou para a de outros trabalhadores.”

43 Xavier, Bernardo da Gama Lobo, com colaboração de Martins, Pedro Furtado/Carvalho, A. Nunes/ Vasconcelos, Joana/ Almeida, Tatiana Guerra de, *Manuel de Direito do Trabalho*, 2ª Edição Revista e actualizada, Verbo, pag.853

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

De salientar um ponto: -No que diz respeito às avarias ou redução de produtividade não podemos estar perante pequenas avarias ou avarias causadas pelo normal desgaste de equipamentos. É necessário, para que exista fundamento para o despedimento, estar perante avarias relevantes.

Da mesma forma que não pode ser uma pequena quebra de produtividade. Por exemplo no caso de um trabalhador que tenha um filho bebé que esteve um mês doente e o trabalhador nesse mês encontra-se menos produtivo, seja por falta de horas de sono ou por preocupação. Tem que existir uma quebra significativa na produtividade do trabalhador, durante tempo, manifestamente suficiente para que possa consistir numa facticidade relevante de modo a colocar em causa um posto de trabalho.

Contudo qualquer das situações acima mencionadas apenas podem consistir fundamento de inadaptação quando acompanhadas da introdução, nos seis meses anteriores ao despedimento de modificações no posto de trabalho, resultantes de alterações nos processos de fabrico ou de comercialização, de novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia, nos seis meses anteriores ao início do procedimento.

Para além disso, o procedimento de despedimento por inadaptação não será válido se não tiver sido ministrada formação profissional adequada às modificações do posto de trabalho, por autoridade competente ou entidade formadora certificada.

Após o período de formação o trabalhador tem ainda direito a um período de adaptação de, pelo menos, 30 dias, no posto de trabalho ou fora dele sempre que o exercício de funções naquele posto seja susceptível de causar prejuízos ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros.

Como parece evidente a necessidade de ser ministrada formação profissional adequada, bem como o período de adaptação, foi imposto pelo legislador para evitar o recurso a esta figura para efectuar despedimentos livres e arbitrários.

Nesta modalidade de despedimento o trabalhador, continua apto para desempenhar as suas funções, não tendo perdido faculdades desde a sua contratação, mas o trabalhador, ainda

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

que lhe tenha sido ministrada formação profissional, não conseguiu adaptar-se às novas realidades tecnológicas adstritas ao seu posto de trabalho.

Esta forma de despedimento permite evitar que a entidade empregadora fique obrigada a manter um trabalhador que não se adapte às inovações tecnológicas, o que constituiria um “fardo” não só económico-financeiro, como também um entrave à modernidade da mesma. O que do ponto de vista do equilíbrio entre a iniciativa económica e a preservação do posto de trabalho, seria manifestamente desequilibrado para a entidade empregadora.

4.2 O novo regime de despedimento por inaptidão

Como já foi por diversas vezes mencionado a Lei 23/2012, veio trazer alterações ao regime de despedimento por inadaptação. Todavia, as alterações ao despedimento por inadaptação trouxeram uma nova forma de despedimento. O despedimento por inaptidão. Não se alcança por que motivo o legislador não optou por autonomizar esta forma de despedimento. Ainda que a forma procedimental seja igual à do despedimento por inadaptação o que é facto é que estamos perante uma nova forma de despedimento.

Nesta nova forma de despedimento, trata-se de uma forma de resolução contratual baseada numa modificação substancial da prestação do trabalho, que torna impossível a subsistência da relação laboral, sem que, no entanto, essa modificação substancial resulte de alterações introduzidas no posto de trabalho.

Assim podemos ler no n.2 do art. 375º:

“2 - O despedimento por inadaptação na situação referida no n.º 1 do artigo anterior, caso não tenha havido modificações no posto de trabalho, pode ter lugar desde que, cumulativamente, se verifiquem os seguintes requisitos:

a) Modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador, de que resultem, nomeadamente, a redução continuada de produtividade ou de qualidade, avarias repetidas nos meios afetos ao posto de trabalho ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros, determinados pelo modo do exercício das funções e que, em face das circunstâncias, seja razoável prever que tenham carácter definitivo;”

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Esta forma de despedimento surgiu com o objectivo de ”introduzir ajustamentos aos casos de despedimentos individuais com justa causa” com o intuito de “combater a segmentação de mercado de trabalho e aumentar a utilização de contratos sem termo.”⁴⁴ Na senda desses objectivos, os despedimentos por inadaptação passariam a “ser possíveis mesmo sem a introdução de novas tecnologias ou outras alterações ao local de trabalho”⁴⁵ e poderia ser acrescentada uma nova causa justificativa nos casos em que o trabalhador tenha acordado com o empregador atingir determinados objectivos e não os cumpra por razões que seja da exclusiva responsabilidade do trabalhador.

Face á necessidade do cumprimento do MeMo, o Governo discutiu com os Parceiros Sociais estas alterações. Desta discussão saiu o “Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego.” Que por sinal foi praticamente transcrito para a proposta de Lei 46/XII.

A justificação para a introdução desta nova modalidade de despedimento prende-se com a necessidade de facultar à entidade empregadora um meio de reacção perante um trabalhador cuja prestação de trabalho se modificou substancialmente.

Assim a proposta de Lei 46/XII foi na sua generalidade aprovada na AR, alterando assim o CT de 2009.

4.3 A impossibilidade da relação de trabalho

A lei exige para que o despedimento seja válido, que a situação de inaptidão torne “praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho”. Ainda que o legislador não concretize a impossibilidade em causa, era assente, que o cumprimento de tal requisito englobava a obrigação de o empregador verificar se existia na empresa um posto de trabalho compatível com as funções do trabalhador a despedir.

Todavia, a revisão de 2012 optou por suprimir nas duas modalidades de despedimento (inadaptação e inaptidão) a obrigação do empregador, antes de proceder ao despedimento,

44 Memorando de entendimento p. 22 disponível em www.portugal.gov.pt

45 Idem

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

verificar a existência na empresa de um posto de trabalho compatível com as funções e qualificações desse trabalhador. Aquando da modificação legislativa grande parte da doutrina pronunciou-se quase toda no mesmo sentido que o TC viria posteriormente a confirmar. A impossibilidade da subsistência do vínculo laboral, tal como a reforma de 2012 o preconizava, era incompatível com o ordenamento constitucional.

Assim a eliminação do requisito da verificação da existência de um posto de trabalho compatível com as funções e qualificações do trabalhador ia contra o preceito constitucional consagrado no art. 53º da CRP.

O requisito que obrigava e obriga a entidade empregadora a verificar a existência de um outro posto de trabalho compatível com as funções e qualificações do trabalhador, fazia e continua a fazer sentido.

Para além de toda a questão constitucional que já foi analisada, dever-se-á atentar que o direito do trabalho é um ramo de direito que na prática se encontra ligado a outras ciências sociais, uma vez que o elemento central do mesmo centra-se numa relação que pressupõe uma pessoalização da prestação de uma das partes. Ora do ponto de vista da gestão de recursos humanos, seria altamente prejudicial dispensar um trabalhador, porventura conhecedor há vários anos da estrutura da entidade empregadora, que noutra posto de trabalho poderia ser mais produtivo.

Acresce que ao eliminar este requisito o legislador não conseguiria alcançar outro objectivo que não a banalização (ainda maior) da situação de desemprego.

4.4 A modificação substancial da prestação de trabalho realizada pelo trabalhador

No despedimento por inadaptação, tal como o nome indica, o trabalhador não conseguiu adaptar-se às alterações introduzidas no seu posto de trabalho. Por sua vez na ineptidão o trabalhador tornou-se inapto ao posto de trabalho de forma superveniente, sem que para isso tenha existido alguma modificação no posto de trabalho.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Assim nesta modalidade de despedimento o requisito primordial é a modificação substancial da prestação do trabalhador que se pode traduzir *nomeadamente* numa redução continuada de produtividade. A utilização do advérbio “*nomeadamente*” na alínea a) do n.º2 do art.375º levantou a questão de se saber se as situações caracterizadoras da modificação substancial da prestação do trabalhador estão enumeradas a título taxativo ou exemplificativo.

Furtado Martins e Romano Martinez defendem que a modificação substancial da prestação de trabalho é um conceito indeterminado cuja impossibilidade de prossecução da relação de trabalho é preenchida pela indicação exemplificativa de situações constantes na alínea a) do n.º2 do art. 375º.

Em sentido oposto, Júlio Gomes, defende que este “nomeadamente” não pretenderá atribuir um carácter exemplificativo.

Esta é uma posição com a qual se concorda. Se a norma do art. 375º, reproduz na íntegra as situações previstas no art. 374º e nunca a norma apresentou problemas quanto à sua taxatividade, não se alcança porque é que as mesmas situações possam ser consideradas exemplificativas.

Acresce que, não se pode crer que o legislador tivesse a intenção de deixar nas mãos da entidade empregadora o preenchimento das modificações substanciais. Não se pode alegar que tal não seja possível noutras situações, mas numa matéria tão sensível constitucionalmente tal não parece minimamente aceitável.

Assim parece-nos que a modificação substancial da prestação do trabalhador advém de uma das hipóteses elencadas na lei.

Esta modalidade de despedimento levanta muitas dúvidas uma vez que se baseia numa modificação da prestação de trabalho realizada pelo trabalhador, o que pressupõe que o empregador realize avaliações para poder comparar a prestação do trabalhador.

Ora esta avaliação, esta comparação tem por base que critérios?

Júlio Gomes levanta pertinentes questões com as quais se concorda na totalidade: “ e se a produtividade apresentada pelo trabalhador for irregular, conhecendo picos e reduções, atender-se-á a uma média? Além disso parece que se compara a produtividade do trabalhador

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

com aquela que ele próprio foi capaz anteriormente, carecendo de relevância qualquer produtividade da empresa. Poderá assim, ao que parece despedir-se por inadaptação um trabalhador que por hipótese ainda é mais produtivo que a produtividade média na sua secção ou unidade”⁴⁶

Outras questões se avolumam, como por exemplo qual o lapso temporal entre cada avaliação? Uma avaliação de dois em dois anos? De três em três? Serão tidos em conta factores externos?

Imaginemos um trabalhador que tenha um familiar próximo a quem foi diagnosticado uma doença crónica grave e que por isso a sua produtividade diminuiu, poderá ser despedido? A taxa de absentismo ainda que justificada (neste caso por assistência à família) poderá ser contabilizada?

Voltando ao mesmo exemplo, será humamente aceitável que a produtividade do trabalhador diminua nesse ano, enquanto “aprende” a lidar com a doença do seu familiar.

Agora imaginemos que no ano seguinte o mesmo trabalhador retoma parte da sua produtividade, ou os seus normais níveis de produtividade. Bastará um ano para dar azo a despedimento? Houve efectivamente uma quebra acentuada de produtividade, mas será suficiente?

Questionamos também: a quebra de produtividade é considerada em que quantitativo? 30%, 50%?

Agora imaginemos outra situação, um trabalhador numa empresa de construção civil. O trabalhador ocupa o posto de pedreiro à 15 anos na mesma empresa. Nos últimos cinco anos a produtividade deste trabalhador diminui em virtude da idade. Pode-se aceitar uma quebra de produtividade porque o trabalhador já não apresenta a mesma celeridade e vigor físico exigível para a profissão?

46 Gomes, Júlio, “ *Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei 23/2012, de 25 de Junho*”, Revista da Ordem dos Advogados, ano 72, p.595

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Não estaremos perante uma norma tão vaga que se possam efectuar despedimentos fundamentados em razões discriminatórias referentes à idade, a coberto da perda de produtividade?

Ainda que o despedimento por inaptidão seja regulado de forma rigorosa do ponto de vista procedimental, parece-nos que o legislador não cuidou de objectivar de forma cuidadosa esta forma de despedimento.

Como é óbvio acreditamos *a priori* que o bom senso, a boa-fé e a razoabilidade iram presidir aos critérios de avaliação escolhidos pelas entidades empregadoras, todavia diz-nos a vida prática que nem sempre os despedimentos são presididos por critérios de razoabilidade.

Embora a lei apresente como motivação geral desta, modalidade de despedimento a “inadaptação superveniente do trabalhador ao posto de trabalho” (art. 373º) o modo como são definidas as situações que fundamentam a cessação do contrato não são inteiramente coincidentes,

No despedimento por inadaptação tem-se como pressuposto que a inadaptação seja antecedida da introdução de “ modificações no posto de trabalho, resultantes de alterações no processo de fabrico ou de comercialização, de novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferentes ou mais complexas tecnologias, nos seis meses anteriores ao início do procedimento (art.375 º n.º1 a))

Aqui a situação de inadaptação é delimitada quando da actividade do trabalhador resulte a impossibilidade da manutenção da relação de trabalho por alguma das seguintes situações:

- “a)Redução continuada de produtividade ou de qualidade;
- b)Avarias repetidas nos meios afetos ao posto de trabalho;
- c)Riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros.”

Todavia a situação de inadaptação não deve decorrer da falta de condições de segurança e saúde no trabalho imputável ao empregador. (art.371º n.º4)

No despedimento por inaptidão o traço característico resulta da ocorrência substancial da prestação do trabalhador não ser precedida de alterações introduzidas no posto de trabalho.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

A modificação da prestação terá que possuir as seguintes características:

- Redução continuada de produtividade ou de qualidade, ou em avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho ou ainda em riscos para a segurança e saúde do próprio trabalhador ou de terceiros;

- Ser determinada pelo modo como o trabalhador exerce as suas funções;

- Consistir numa modificação cujo carácter definitivo em face das circunstâncias seja fácil de prever.

A referência ao modo como o trabalhador exerce as suas funções leva ao afastamento de situações de inadaptação que não possam ser imputadas ao trabalhador. Por exemplo no caso de avarias repetidas por falta de manutenção nos equipamentos, não pode a entidade empregadora justificar o despedimento com fundamento em inadaptação ou inaptidão.

A imputação ao trabalhador dos fundamentos que consubstanciam esta forma de despedimento, não pressupõe qualquer culpa ou ilícito por parte do trabalhador.

Há requisitos que são comuns tanto ao despedimento por inadaptação como por inaptidão. A saber:

- A situação não deve decorrer da falta de condições de segurança, higiene e saúde no trabalho imputáveis ao empregador (art.374º n.3);

- A colocação há mais de três meses do trabalhador no posto de trabalho em que se verifica a situação de inadaptação ou inaptidão. Se tal não acontecer o trabalhador tem direito a ser recolocado no posto de trabalho que ocupava anteriormente, caso este não esteja definitivamente ocupado por outro trabalhador (art. 375º n.º6)

- A compensação e os demais créditos vencidos e vincendos em virtude da cessação do contrato de trabalho tem de ser colocados à disposição do trabalhador até ao termo do aviso prévio que antecede o despedimento (art.375º n.º 7)

- Não existir posto de trabalho alternativo compatível com a qualificação profissional do trabalhador ou recusa por deste da alteração do objecto do contrato necessária para a ocupação do posto de trabalho.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

4.5 Outros Requisitos

4.5.1 Quando estamos perante um despedimento por inadaptação há que verificar ainda os seguintes requisitos:

- Introdução, há mais de seis meses, de modificações no posto de trabalho resultantes de novos processos de fabrico ou de comercialização, de novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia (art. 375º n.º1 a));

- Desenvolvimento de acções de formação profissional adequada àquelas modificações por autoridade competente ou entidade formadora certificada (art.375º n.º1 b))

- Concessão ao trabalhador de um período suficiente de adaptação cuja duração não pode ser inferior a 30 horas (art., 375º n.º1 c))

No caso da inaptidão (isto é, a inadaptação não foi precedida de qualquer modificação no posto de trabalho) é exigido ao empregador que:

- Informe o trabalhador, juntando cópia dos documentos relevantes, da apreciação da actividade prestada antes, com descrição circunstanciada dos factos, demonstrativa de modificação substancial da prestação, bem como de que se pode pronunciar por escrito sobre os referidos elementos em prazo não inferior a cinco dias úteis (art.375º n.º2 b))

- Conceda ao trabalhador a possibilidade de corrigir o modo de execução da prestação, comunicando-lhe por escrito, ordens e instruções adequadas respeitantes à execução do trabalho com o intuito de a corrigir, tendo presentes os factos invocados por aquele na sua resposta (art.375º n.º2 c))

A apreciação do modo de execução da prestação e os documentos que a acompanham também devem ser enviados à comissão de trabalhadores e caso o trabalhador seja representante sindical à respectiva associação sindical (art. 375º n.º4)

Para além destes requisitos há ainda uma remissão “com as devidas adaptações para os dois últimos requisitos aplicáveis nas situações em que existiram alterações no posto de trabalho” (art. 375º n.º2 d). Assim parece-nos que o empregador terá ainda que demonstrar que:

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

- Foi ministrada ao trabalhador formação profissional adequada à prestação laboral (art. 375º n.º 2 b))

- O trabalhador dispõe de um período mínimo de trinta dias para corrigir as falhas que lhe foram apontadas na execução da prestação do trabalho, art. 375º n.º 2 c).

4.5.2 De ter em atenção que é condição da regularidade do despedimento (mas não da sua validade e da inerente eficácia extintiva do vínculo contratual) a manutenção do nível de emprego na empresa.

O empregador deve nos 90 dias subsequentes à cessação do contrato adoptar uma das seguintes medidas:

- Proceder à contratação de um novo trabalhador;
- Transferir um trabalhador cujo posto se pretenda eliminar para outro de modo a permitir a manutenção da relação laboral.

Se o empregador não proceder à admissão, a ACT deverá notificá-lo para que o faça em prazo não superior a 30 dias (art. 380 n.º2). A inobservância deste preceito é qualificada como contraordenação grave, sendo a coima elevada para o dobro se não for cumprida a ordem da ACT (art. 380º n.º3).

4.5.3 Merece ainda atenção a questão dos trabalhadores afectos a cargos de complexidade técnica ou de direcção em que continua a aplicar-se o art. 374º n.º2.(“Verifica-se ainda inadaptação de trabalhador afeto a cargo de complexidade técnica ou de direcção quando não se cumpram os objetivos previamente acordados, por escrito, em consequência do seu modo de exercício de funções e seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho”)

sendo que o novo art. 375º n.º3, esclarece que a contratualização de objetivos individuais tanto poderá levar a um despedimento por inadaptação (alinea a) como a despedimento por inaptidão (al. b) caso os mesmo não sejam alcançados. A inserção de uma cláusula de objetivos de carácter extintivo da relação laboral no âmbito de um contrato de trabalho suscita numerosos problemas práticos e dogmáticos desde logo por tender a converter uma obrigação de meios, numa obrigação de resultados. Em todo o caso, uma tal cláusula nunca

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

poderá funcionar como uma cláusula automática de despedimento uma vez que o despedimento apenas poderá ocorrer no caso do incumprimento dos objectivos acordados se dever a razões que sejam da exclusiva do trabalhador, o que pressupõe a razoabilidade dos objectivos combinados e a demonstração pelo empregador de que o incumprimento dos mesmos se deve a uma falha do trabalhador.

4.6 O Procedimento para o despedimento por inadaptação

4.6.1 Verificando-se uma situação de inadaptação o empregador toma uma decisão preliminar de despedimento comunicando por escrito ao trabalhador e à estrutura representativa dos trabalhadores.

Sublinhar que esta comunicação que marca o início formal do procedimento de despedimento não se confunde com as comunicações que, desde que a Lei 23/2012 passaram a ser exigidas nos casos em que o despedimento não é antecedido de modificações no posto de trabalho. Como vimos, nas alíneas b) e c) do novo n.º2 do art. 375º requer-se que o empregador comunique ao trabalhador a apreciação que faz do modo como a actividade está a ser prestada e indique as medidas a adoptar para corrigir a situação. Esta apreciação antecede o procedimento de despedimento por inaptidão que só será promovido se o trabalhador não corrigir o modo de execução da prestação.

Sendo o trabalhador representante sindical, a comunicação inicial é feita ao mesmo tempo à respectiva associação sindical (art. 376º, n.º1). Não o sendo, a comunicação deverá ser repetida, nos três dias úteis seguintes (art. 376º, n.º2), junto da associação sindical que o trabalhador indicar para acompanhar o procedimento ou, na ausência dessa indicação, junto da comissão de trabalhadores ou, na falta desta, da comissão intersindical ou da comissão sindical.

O conteúdo desta comunicação varia com a “subespécie” de despedimento, todavia há elementos comuns a todas elas. Assim, da comunicação inicial tem sempre que constar (art. 376º n.º1 a) e c):

- A declaração de intenção de proceder ao despedimento;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

-A indicação dos motivos invocados para a cessação do contrato de trabalho, descrevendo-se a situação de inadaptação no caso concreto;

-Os resultados da formação profissional ministrada e do período facultada ao trabalhador para que este se adaptasse às modificações do posto de trabalho ou para que corrigisse a prestação laboral.

Tratando-se de situações de despedimento por inadaptação, a comunicação inicial terá que indicar quais foram as modificações (art. 376, n.º1 b), primeira parte e alínea c).

Se for um despedimento por inaptidão a comunicação inicial terá que conter (art. 376º n.º1 b) segunda parte):

- A apreciação da actividade prestada, onde o empregador indicou os factos demonstrativos da modificação substancial da prestação em que a situação de inaptidão se traduz (art. 375 n.º2) a))

- A indicação das ordens e instruções que foram transmitidas ao trabalhador visando a correcção da prestação da actividade laboral (art. 375º nº2 b))

No regime de despedimento por *inadaptação de trabalhador afeto a cargo de complexidade técnica ou de direcção*, na comunicação inicial há que apresentar:

- A declaração de intenção de proceder ao despedimento, tal como nos demais casos;

-A indicação dos motivos indicados para cessação do concreto de trabalho, explicitando-se os factos que traduzem o incumprimento dos objectivos;

-As modificações ocorridas no posto de trabalho, caso estas modificações tenham existido;

- Não tendo o posto de trabalho sofrido modificações, a apreciação que o empregador fez sobre o incumprimento dos objectivos.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

4.6.2 Nos cinco dias posteriores à recepção da comunicação inicial, o trabalhador tem faculdade de juntar documentos e solicitar diligências probatórias que se mostrem pertinentes (art. 377º, nº 1)

A realização de uma instrução no procedimento de despedimentos por inadaptação resulta da Lei 23/2012, correspondendo a uma fase processual não prevista no regime de 91, nem no CT de 2003 nem no CT 2009. Todavia entende-se que faz todo o sentido existir uma produção de prova. Assim por exemplo se o trabalhador alegar que as avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho não resultarem no modo com ele os utiliza mas sim de deficiente manutenção, ou deficiências técnicas do mesmo e solicitar um exame técnico e audição do técnico responsável pela manutenção, o empregador deverá promover tais diligências.

Na nova redacção do art. 377º n.1 existe uma remissão para o art. 356º n.º3 e 4, com as necessárias adaptações. Estas disposições fixam a limitação do número máximo de testemunhas e a obrigação de o trabalhador assegurar a sua presença.

O empregador é obrigado a dar conta ao trabalhador e as estruturas representativas do resultado das diligências efectuadas (n.º 2 do art. 377º).

Nos cinco dias posteriores á comunicação inicial o trabalhador e a estrutura representativa dos trabalhadores podem emitir parecer fundamentado sobre o despedimento, designadamente sobre os respectivos motivos, ou seja sobre a verificação no caso concreto da situação de inadaptação invocada pelo empregador. (art. 377º n.º3)

É este o momento que o trabalhador tem para contestar o preenchimento dos pressupostos e requisitos de que depende a realização do despedimento.

Se o processo de despedimento atingir trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou trabalhador em gozo de licença parental, após a emissão do parecer dos representantes dos trabalhadores e do trabalhador, a entidade empregadora terá de remeter cópia do processo à CITE, para que esta dê o parecer prévio previsto na alínea a) do n.º2 do art. 63º.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

A decisão de despedimento é proferida após a recepção dos pareceres do trabalhador ou das estruturas representativas ou não sendo estes emitidos, depois do decurso do prazo para o efeito (art. 378,1).

Este prazo funciona assim, como um prazo dilatatório para a emissão da decisão final de despedimento. Contudo, existe também um prazo de 30 dias de caducidade para que a entidade empregadora profira a decisão final.

4.6.3 Tal como nos outros tipos de despedimentos a decisão final deve ser comunicada por escrito ao trabalhador destinatário, à estrutura representativa dos trabalhadores e aos serviços da ACT.

Nos termos do artigo 368º (n.º1) a decisão final de despedimento deve conter as seguintes indicações:

- Motivo da cessação do contrato de trabalho, explicitando a situação de inadaptação que justifica a extinção do vínculo contratual;
- Confirmação de que no caso se encontram preenchidos os requisitos do despedimento;
- Montante, forma, momento e lugar do pagamento da compensação devida ao trabalhador;
- Data da cessação do contrato de trabalho;

4.7 O Despedimento ilícito

. O incumprimento dos requisitos dos artigos 374 n.º3 ou 375º n.º1 a 3 constituem causas de ilicitude do despedimento por inadaptação se:

- A situação de inadaptação resultar da falta de condições de segurança e saúde imputável à entidade empregadora;
- Não se verificarem modificações no posto de trabalho (na inadaptação);
- A não realização de formação profissional adequada;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

- A não concessão de um período de adaptação com duração mínima de 30 dias;
- O incumprimento de formalidades relacionadas com a indicação das deficiências detectadas na prestação realizada e o modo de as corrigir;
- A inobservância dos requisitos específicos exigidos nas situações de incumprimento de objectivos acordados com o trabalhador que ocupe cargo de direcção ou de complexidade técnica;
- A omissão das comunicações referidas no art. 376º;
- A não colocação à disposição do trabalhador da compensação e demais créditos salariais exigíveis pela extinção do contrato.

Capítulo V

V- A compensação do Trabalhador

5.1 A compensação associada à cessação de contrato, tem sido alterada sucessivamente nos últimos tempos, assim daremos conta apenas das alterações mais recentes.

A primeira alteração resultou da Lei n.53/2011, de 14 de Outubro, diploma que reduziu as compensações devidas nas diversas modalidades de cessação de contrato, incluindo a extinção de posto de trabalho. Para este efeito, aditou-se o artigo 366-A ao CT, estabelecendo-se uma nova base para o cálculo da compensação e limites máximos para o respectivo montante. Estas regras aplicavam-se aos contratos celebrados a partir do dia 1 de Novembro de 2011;

A segunda alteração foi introduzida pela Lei n.º23/2012, de 25 Junho, que revogou o art. 366-A, aditado nem um ano antes. Assim, voltamos a ter o artigo 366º a estabelecer as regras da compensação por despedimento colectivo e por extinção do posto de trabalho, acolhendo este as regras antes estabelecidas no art. 366-A. O diploma, estabeleceu também no seu n.º6, as regras de direito transitório destinadas a regular as compensações antes de 1 de Novembro de 2011.

Assim, e de acordo com as normas acima mencionadas, existem então diferentes montantes, consoante as datas de celebração do contrato.

5.2 Elementos comuns as todas as bases de cálculo

Porém existem factores comuns as todas as bases de cálculo das compensações:

Em qualquer das situações, para determinar o valor da compensação, atende-se ao valor da retribuição base⁴⁷ e às diuturnidades recebidas pelo trabalhador na data do despedimento e à

47 Esta limitação do valor base da retribuição, encontrava-se já plasmada na LCT, no n.º3 do art.13º, por remissão do n.º1 do art.23º da mesma.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

antiguidade. As prestações a considerar para o efeito encontram-se definidas no n.º 2 do art.262º da seguinte forma:

- a) Retribuição base, a prestação correspondente à actividade do trabalhador no período normal de trabalho;
- b) Diuturnidade, a prestação de natureza retributiva a que o trabalhador tenha direito com fundamento na antiguidade.

As diuturnidades são remunerações que neste momento são raras. Muitas vezes os trabalhadores recebem prestações retributivas complementares que não integram a retribuição base, como por exemplo o subsídio de turno, o acréscimo por isenção de horário, a remuneração por trabalho suplementar, os prémios de produtividade, assiduidade ou de desempenho, ou ainda outras prestações associadas as cargos de chefia.

O efeito prático da exclusão destas prestações retributivas, é que as compensações acabam por ter valor mais baixo do que se fossem consideradas todas estas prestações.

Nos termos do art. 7º da Lei 23/2012, o aumento da dos valores das compensações estabelecidas no art. 366º é apenas permitido em instrumentos de regulamentação colectiva celebrados após 1 de Agosto de 2012 (ou seja celebrados após a entrada em vigor daquele diploma).

Esta possibilidade é limitada aos instrumentos de regulamentação colectiva⁴⁸, não o sendo permitido em contratos individuais de trabalho.

As normas transitórias destinam-se essencialmente a salvaguardar expectativas dos trabalhadores com contratos anteriores a 1 de Novembro de 2011,já que as compensações por

48 Esta conclusão retira-se no n.1 do art.7º da Lei 23/2012, interpretando-o *a contrário*. Assim conclui-se que os IRCT poderão aumentar o valor da compensação estabelecida no art. 366º. Esta solução não nos parece incompatível com o regime estabelecido pelo n.º3 do art. 393 (que não foi abrangido pela Lei 23/2012), que consente a alteração do valor das indemnizações, dentro dos limites fixados pelo CT. Parece-nos porém, para que tal possa acontecer, os IRCT que contenham tais disposições, tenham que ter entrado em vigor depois da Lei 23/2012.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

ano de antiguidade desceram de um mês de retribuição para 20 dias, e seguidamente para 12 dias, sendo que desapareceu a garantia dos trabalhadores não receberem um montante inferior a três meses de retribuição, mesmo que tenham antiguidade inferior a três anos. Até ao ano de 2011, não existia qualquer limite máximo para os valores das compensações, e as normas de direito transitório, salvaguardam também as expectativas dos trabalhadores admitidos entre 1 de Novembro de 2011 e 1 de Outubro de 2013. Assim verificamos que existem simultaneamente vários regimes, consoante a data de admissão do trabalhador despedido.

5.3 A compensação nos contratos celebrados antes de 1 de Novembro de 2011

Quando o contrato foi celebrado antes de 1 de Novembro de 2011, o mesmo é abrangido por três regimes diferentes. O legislador, cuidou de acautelar as expectativas criadas, na vigência das regras que estabeleciam compensações de 30 dias por cada ano de antiguidade, atenuando a transição para o momento actual, em que a compensação corresponde a 12 dias por cada ano de antiguidade. Para esse efeito assegura-se um período mínimo de três anos intermédio, em que a compensação corresponde a 18 dias.

Esta solução obriga a que existam, nos contratos celebrados na vigência do antigo código, a distinção entre o regime geral e o regime especial dos contratos celebrados após 1 de Outubro de 2010.

a) Regime Geral (contratos celebrados até 1 de Outubro de 2010)

A compensação relativamente a estes contratos é composta por três parcelas:

- A primeira refere-se ao período de duração do contrato até 31 de Outubro de 2012, em que a compensação corresponde a um mês de retribuição base e diuturnidades;

- A segunda parcela abrange o tempo decorrido entre 1 de Novembro de 2012 e 30 de Setembro de 2013, sendo que a compensação é de 20 dias, contando-se o proporcional de fracção (ou seja onze meses, ou onze duodécimos);

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

- A terceira fracção corresponde ao tempo de duração do contrato posterior a 11 de Outubro de 2013, a que correspondem 12 dias de retribuição e diuturnidades por cada ano de antiguidade;

b) Contratos Celebrados após 1 de Outubro de 2010

Os contratos celebrados após 1 de Outubro de 2010, data em que ainda vigoravam os trinta dias por cada ano, e até 1 de Novembro de 2011, quando passou a vigorar o parâmetro dos 20 dias, tem a peculiaridade de só atingirem os três primeiros anos de duração, quando a actual lei se encontra em vigor. Por isso criou-se uma solução intermédia.

Assim a compensação devida pela extinção destes contratos pode incluir quatro parcelas:

- A primeira que se refere ao período entre 1 de Outubro de 2010 e 2011 aplicando-se a referência da retribuição mensal por cada ano de antiguidade;

- A segunda parcela abarca o lapso temporal entre 1 de Novembro de 2011 e 30 de Setembro de 2013, sendo a compensação de 20 dias por cada ano de antiguidade, contando se o proporcional da fracção;

- A terceira parte aplica-se ao período entre 1 de Outubro de 2013 e a data em que o contrato completar três anos, sendo que aqui a referência são os 18 dias por ano;

- A última parcela corresponde ao tempo decorrido após os primeiros três anos em que se aplicam os 12 dias por cada ano de antiguidade;

5.4 A compensação nos contratos celebrados a partir de 1 de Outubro de 2013.

A compensação actual, e aplicável aos contratos celebrados a partir de 1 de Outubro de 2013, corresponde a 12 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano de antiguidade. No caso de fracção de ano, o valor é calculado proporcionalmente. Esta compensação

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

encontra-se sujeita a limites máximos, de acordo com o art.366º (na versão da Lei 69/2013, aplicável por remissão do art. 372).

Os limites máximos são os seguintes (n.º2 do art.366º):

- A base de cálculo da retribuição (retribuição base mensal e diuturnidades) não pode ultrapassar vinte vezes a retribuição mensal mínima garantida. Neste momento, a retribuição mensal mínima garantida é de €505 (quinhentos e cinco euros)⁴⁹, assim o valor máximo a considerar de mensalidade, para o cálculo da compensação será de €10.100 (dez mil e cem euros).

- O valor total da compensação, não pode ser superior a 12 vezes a retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador ou correspondente a 240 retribuições mensais mínimas garantidas, no caso de se considerar o valor máximo da mensalidade. (Neste momento equivale a €121.200, cento e vinte e um mil e duzentos euros)

- O valor diário da retribuição base e diuturnidades é o resultante da divisão por trinta da retribuição base mensal e diuturnidades.

5.5 Crédito de Horas:

Enquanto está a decorrer o prazo de aviso prévio o trabalhador tem direito a um crédito de horas correspondente a dois dias de trabalho por semana, sem prejuízo na retribuição.

Esse direito do trabalhador traduz-se numa isenção de prestar actividade laboral, mantendo o empregador o dever de pagar a retribuição correspondente a esse período. Não há, portanto, aqui faltas ao trabalho no sentido específico atribuído pela legislação laboral, que supõe a ausência durante o período em que o trabalhador devia desempenhar a actividade.

49 DL n.º144/2014, publicado em Diário da República, I série, 30 de Setembro de 2014, disponível em www.dre.pt

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Embora a lei não o diga, é aceite que esta dispensa de execução da prestação de trabalho se destina, a possibilitar a procura de um outro emprego durante o período em que está a decorrer o aviso prévio que antecede o fim do contrato.

Para usufruir deste direito, exige-se apenas que o trabalhador comunique com três dias de antecedência que pretende utilizá-lo (art. 364º n.º3), não tendo que demonstrar que utiliza o tempo para actividades relacionadas com a procura de emprego. Existindo “motivos atendíveis” dispensa-se o cumprimento dos três dias. Será o caso de uma entrevista marcada de véspera ou com dois dias de antecedência.

Também se possibilita que o tempo correspondente a dois dias de trabalho por semana seja dividido por alguns ou por todos os dias da semana por iniciativa do trabalhador. Na comunicação relativa ao exercício do direito de crédito de horas deve o trabalhador indicar os termos em que deseja utiliza-los.

O exercício do crédito de horas pressupõe que o trabalhador permaneça obrigado a executar a prestação de trabalho. Todavia na prática muitas vezes os empregadores desobrigam os trabalhadores do dever de assiduidade e prestação de trabalho. Neste caso, já não poderá o trabalhador requer o gozo do crédito de horas.

5.6 Pagamento e aceitação

Na LCT associava-se a aceitação da compensação à aceitação do despedimento colectivo, tendo por consequência a impossibilidade legal de o trabalhador requerer a suspensão judicial do despedimento, tal como a sua impugnação. A solução foi posteriormente afastada com a eliminação do n.º3 do art. 23 da LCT, pela lei 32/99 de 18 de Maio.

O art. 401º, 4 do CT de 2003 retomou a solução, alargando-a expressamente ao despedimento por extinção do posto de trabalho e consagrando-a em moldes que deixavam claro tratar-se de uma presunção ilidível, por aplicação da regra geral do art. 350º, 2 do CC.

Todavia, ficou por esclarecer o que mais seria necessário para que o trabalhador afastasse a presunção e mais concretamente se bastaria para o efeito que declarasse

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

expressamente que não aceitava o despedimento, caso em que o recebimento da compensação não excluiria a possibilidade de impugnação judicial.

Na revisão de 2009 foi solucionado o modo como podia ser ilidida a presunção. “Exige-se que o trabalhador entregue ou ponha de qualquer forma à disposição do empregador a totalidade da compensação pecuniária recebida. A solução manteve-se figurando agora no n.º 6 do art. 366.

Mais problemático é, não se ter esclarecido quando (ou até quando) pode o trabalhador afastar a presunção, devolvendo a compensação. Uma vez que a lei estabelece que se presume que o trabalhador aceita o despedimento quando recebe a compensação dir-se-ia que a única forma de evitar a presunção seria a imediata recusa desse recebimento. Contudo uma vez que a lei permite ilidir a presunção mediante a colocação à disposição do empregador da “compensação recebida” parece admitir-se que o trabalhador receba a compensação e a devolva posteriormente, todavia a lei não especifica quando ou até quando o trabalhador deve devolver a compensação.

Assim, parece-nos que o que terá influência será o modo de pagamento utilizada pelo empregador.

Se o pagamento foi oferecido directamente ao trabalhador em cheque ou numerário parece-nos que este deve recusar imediatamente a compensação. Ao aceitá-la nascerá a presunção de aceitação.

Se por sua vez o empregador efectuou o pagamento da compensação através de transferência bancária como acontece a maior parte das vezes, o trabalhador deve proceder à devolução logo que tome conhecimento que o valor foi creditado na sua conta sob pena de não o fazendo se considerar que aceitou o despedimento.

Por fim de atentar que se requer a totalidade dos montantes em dívida, não sendo admissíveis formas parciais de cumprimento desta obrigação, como por pagamentos a prestações, excepto se tal for expressamente convencionado com o trabalhador. Assim, se tal for convencionado pressupõe-se também a aceitação do despedimento.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Conclusão

Verificamos que o despedimento individual com justa causa objectiva tem sido alterado bastas vezes. A mais recente alteração, em virtude da assinatura do Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica, celebrado entre o Estado Português e a Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional em 2011, realizada pela Lei 23/2012 não se encontrava conforme os preceitos constitucionais da nossa ordem jurídica. O Estado Português em virtude do urgente auxílio financeiro que necessitava descurou o princípio da segurança no emprego, consagrado no catálogo de Direitos Liberdades e Garantias.

Através de uma política de banalização de desemprego, o legislador acabou por permitir que na lei ordinária, fosse possível proceder a despedimentos livres encapotados de despedimentos por extinção de posto de trabalho ou de despedimentos por inadaptação.

O Acórdão 602/2013 do Tribunal Constitucional, veio repor a constitucionalidade da legislação ordinária.

A lei 27/2014 veio indicar novos critérios de selecção de trabalhadores a despedir em caso de extinção de posto de trabalho. Esta lei, veio então responder às críticas que se avolumavam da falta de critérios de racionalidade económica que padeciam os antigos critérios de selecção.

O legislador criou também uma nova figura de despedimento, o despedimento por inaptidão, ainda que não o autonomize. Não houve qualquer pedido de fiscalização constitucional relativamente aos pressupostos desta nova forma de despedimento. Ainda que seja de procedimento complexo, o despedimento por inaptidão pode dar aso a despedimentos baseados em discriminação face à idade. Para além disso, parece-nos que se encontram omissas de regulamentação quanto aos critérios de produtividade e lapsos temporais em que as mesmas devam ser observadas.

Também é possível concluir que o cálculo da compensação por qualquer forma de despedimento individual com justa causa objectiva é uma autêntica manta de retalhos. O legislador tem vindo sucessivamente a diminuir o montante correspondente a cada ano de trabalho, chegando até a um limite, que no nosso entender já ultrapassou o aceitável.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Seria de todo o agrado poder afirmar que a legislação laboral se encontra estabilizada, todavia e dado tudo o que foi aqui escrito, verificamos que o Código do Trabalho, continua a ser dos Códigos que mais alterações sofre, à mercê das políticas legislativas.

Porém as constantes alterações, nem sempre benéficas, causam instabilidade não só naqueles que celebraram um contrato de trabalho, pois, quando o terminarem a realidade jurídica já poderá ser outra, bem como em todos os operadores judiciários, que trabalham diariamente com estas matérias e que deixaram de conhecer a estabilidade um de um preceito jurídico.

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Bibliografia

a) Livros

Amado, João Leal, 2014, *Contrato de Trabalho*, 4ª Edição, Coimbra Editora;

Canotilho, J.J. Gomes, Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª Edição, Volume I, Coimbra Editora

Canotilho, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª Edição, Almedina;

Fernandes, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 2012, 16ª Edição, Almedina

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, 2012, 3ª Edição, Almedina;

Martinez, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 2015, 7ª Edição, Instituto do Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina;

Martinez, Pedro Romano; Monteiro, Luís Miguel; Vasconcelos, Joana; Brito, Pedro Madeira de; Dray,

Guilherme; Silva, Luís Gonçalves da, *Código do Trabalho Anotado*, 2013, 9ª Edição, Almedina;

Martins, Pedro Furtado, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3ª edição, revista e actualizada segundo

Código do Trabalho de 2012, Principia Martins, Pedro Furtado, *Cessação do Contrato de Trabalho*,

3ª edição, revista e actualizada segundo o Código do Trabalho de 2012, Principia;

Miranda, Jorge *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, 2006, Principia;

Miranda, Jorge, Medeiros, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora

Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Tratado do Direito do Trabalho. Parte II- Situações Laborais Individuais*, 2012, 4ª Edição, Revista e Actualizada ao Código de Trabalho de 2009, com as alterações introduzidas em 2011 e 2012, 2012, Almedina

Reis, João, Amado, Leal, Fernandes, Liberal, Redinha, Regina, *Para Jorge Leite Escritos Jurídico Laborais*, 2014, Volume I, Coimbra Editora;

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Xavier, Bernardo da Gama Lobo, 1989, *Curso de Direito do Trabalho*, Verbo;

Xavier, Bernardo da Gama Lobo/ Martins, Pedro Furtado/Carvalho, A. Nunes/ Vasconcelos, Joana/ Almeida, Tatiana Guerra de, *Manuel de Direito do Trabalho*, 2ª Edição Revista e actualizada, Verbo;

b) Artigos Em Publicações Periódicas

Fernandes, António Monteiro, 2012, “ A Justa Causa de despedimento entre a Constituição e a lei, notas de um “check-up” periódico”, *Questões Laborais*, n.º39

Gomes, Júlio, 2012, “ Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei 23/2012, de 25 de Junho”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72

Mestre, Bruno, 2013“ A “saga” do despedimento por extinção do posto de trabalho e as repercussões do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º602/2013- algumas notas”, *Questões Laborais*, nº43

Ferreira, Raquel Cabral, 2014 “ Despedimento por inadaptação e por inaptidão, Algumas considerações à luz da reforma legislativa operada pela Lei 23/2001 de 25 de Junho”, *Questões Laborais*, nº 44;

c) Legislação

Código do Trabalho

Decreto-Lei 144/2014 de 30 de Setembro

Decreto-Lei 372-A/75 de 16 de Julho

Decreto -Lei 47032 de 27 de Maio de 1966

Decreto-Lei 49.408 de 24 de Novembro de 1968

Decreto-Lei 64-A/89 de 27 de Fevereiro de 1989

Lei 1952 de 10 de Março de 1937

Lei 23/2012

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Lei 27/2014

Lei 33/99

d) Jurisprudência

Ac. STJ, processo 004427, Relator Matos Canas de 6 de Novembro de 1996

Ac. STJ de 1-02-2001 processo n.º 124/00, da 4.ª Secção, Relator Dinis Nunes;

Ac. STJ de 20-04-2014, processo n.º 339/03.3TBSTC.E1.S1, da 4ª Secção, relator Mario Melo Morgado;

Ac. STJ de 19-12-2012, processo 1222/10.1TTVNG-A.P1.S1, da 4º Secção, relator Pinto Hespanhol;

Ac STJ de 21-03-2013, processo n.º 391/07.02TTSTRE.E1.S1., 4 Secção, relator Antonio Leones Dantas

Ac. TC nº 107/88

Ac. TC nº64/91

Ac. Tc. n.º 581/95

Ac. Tc. n.º 602/2013

e) Outras publicações

Apreciação da proposta da CGTP-IN sobre a proposta de Lei 46/XII;

Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica:

O Despedimento Individual com Justa Causa Objectiva

Monteiro, João, Intervenção do Procurador, sob o tema “o Controlo Jurisdicional do Despedimento Coletivo. Breves Considerações”, no âmbito do Colóquio Anual sobre Direito do Trabalho (2009) do STJ

Parecer da UGT sobre a proposta de Lei 46/XII;