

Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

O impacto da reforma laboral no despedimento por extinção do posto
de trabalho

Filipa Peixeiro da Fonseca Passos

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

Orientadora:

Doutora Maria Paula Ferreira Freitas Martins Sanchez Jorge,

Professora Auxiliar Convidada ISCTE - Instituto Universitário de Lisboa

Outubro, 2017

AGRADECIMENTOS

Palavras não chegam para agradecer à Professora Paula Martins, minha orientadora, que me fez sempre acreditar que seria possível e que sabiamente me conduziu neste percurso.

Não posso deixar de prestar os meus sinceros agradecimentos ao ISCTE e aos Professores do Mestrado de Direito das Empresas que da melhor forma me despertaram para novas questões e “aguçaram” o meu interesse pelo direito do trabalho. Este Mestrado foi, sem dúvida, decisivo para encaminhar a minha vida profissional rumo a este “mundo”.

Às minhas irmãs, Inês e Mariana, que sempre me disseram que me tinham como uma referência e que agora me deram a força para concluir mais esta etapa e não permitiram, ainda que sem o expressar, que as desapontasse.

Aos meus pais que sempre me transmitiram valores e a certeza de que só com dedicação e trabalho é que realizaria os meus sonhos.

À Rita, minha amiga e colega, que esteve sempre presente e ao Bernardo, meu porto seguro, que tudo fez pela minha estabilidade de forma a nunca vergar e perder a garra.

Pelo inestimável contributo, à Ritinha, à Patrícia, mãe do Bernardo, à Matilde, ao José e à Daniela, os meus sentidos agradecimentos.

A todos os meus amigos e pessoas que comigo se cruzaram no decurso desta missão pelo contributo, cada um à sua maneira, para a superação do desafio e a concretização deste objetivo.

RESUMO: Esta dissertação centra-se na análise de uma das modalidades de cessação do contrato de trabalho previstas na legislação laboral portuguesa, a extinção do posto de trabalho, com especial ênfase aos critérios de seleção do posto de trabalho a extinguir que se impõem atualmente ao empregador.

No Título I, dedicado à cessação do contrato de trabalho, é estudado o regime legal e os aspetos gerais da cessação do contrato de trabalho, revelando-se as várias modalidades presentes no nosso ordenamento jus-laboral e analisando-se o princípio da garantia da segurança no emprego e a justa causa, determinantes para a configuração do despedimento, não se descurando a evolução legislativa desta última. Visa-se clarificar concretamente a definição de justa causa objetiva por se afigurar relevante para a análise do despedimento por extinção do posto do trabalho. Para uma perceção em termos globais faz-se referência ao panorama europeu no que concerne à proteção contra o despedimento.

O Título II é dedicado à extinção do posto de trabalho, e após uma abordagem detalhada relativa a esta figura - noção, fundamentos, requisitos e procedimento e passando pela análise da evolução histórica desta modalidade de cessação do contrato de trabalho -, passa-se à análise aprofundada dos critérios de seleção do posto a extinguir quando exista uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico. Até 2012, o empregador estava vinculado a critérios que se prendiam com a antiguidade. Posteriormente, com a Reforma Laboral, este critério deu lugar a uma cláusula aberta que visava aproximar este tipo de despedimento ao despedimento coletivo, contudo esta solução foi declarada inconstitucional, ripristinando-se os critérios anteriormente em vigor. Volvidos oito meses, já em 2014, surgiu uma nova ordem de critérios prevista no art. 368.º, n.º 2 do CT. Procurámos fazer uma apreciação destes critérios (atualmente em vigor), uma análise crítica ao atual quadro normativo e uma reflexão exaustiva sobre as condições práticas para a aplicação plena e efetiva destes critérios, com enfoque na problemática de se encontrar uma definição clara e objetiva dos mesmos que coadune a garantia da segurança no emprego com as necessidades sentidas por parte do empregador de extinguir postos de trabalho que se tornam, por diversos motivos, fulcrais. Neste II título também se traça em termos gerais o panorama europeu no que toca à consagração da extinção do posto de trabalho. Antes de se chegar às conclusões finais, afigurou-se conveniente dedicar um capítulo aos pontos de convergência entre o despedimento coletivo e o despedimento de extinção do posto de trabalho, na medida em que os pontos em comum a assinalar são bastantes e consubstanciam ambas situações de despedimento por eliminação de emprego.

Palavras-chave: cessação do contrato de trabalho; princípio da garantia da segurança no emprego; extinção do posto de trabalho; critérios de seleção do posto a extinguir.

ABSTRACT: This dissertation focuses on the analysis of one of the arrangements laid down in the Portuguese labour legislation for the termination of the employment contract, i.e., post dissolution, placing a particular emphasis on the criteria which the employer must currently comply with when selecting the post to be dissolved.

Title I, which is devoted to the termination of the employment contract, examines the statutory scheme and the general aspects of the termination of the employment contract, while presenting the manifold arrangements provided for under the national labour law framework and analysing the principle of employment security guarantee and just cause as the determinants for dismissal, along with the legislative evolution of the latter. The aim is to specifically clarify the definition of objective just cause, as it seems relevant for the analysis of dismissal via post dissolution. In order to obtain a global view, reference is made to the European setting as regards protection against dismissal.

Title II deals with post dissolution and, following a detailed overview of this legal construct - notion, grounds, requirements and procedure, but also an analysis of the historic evolution of this employment contract termination arrangement - it carries out an in-depth analysis of the criteria for the selection of the post to be dissolved, in case there are multiple posts with a similar functional nature. Up to 2012, the employer was bound by the seniority criterion. Subsequently, with the Labour Reform, this criterion was replaced with an open clause, which attempted to bring this form of dismissal closer to that of collective dismissal. This was, however, declared unconstitutional, reverting to the previous used criteria. In 2014, a new order of criteria emerged under article 368(2) of the Labour Code. We carried out the evaluation on these criteria (currently in force), as well as to perform a critical analysis of the current legal framework and a comprehensive reflection on the practical conditions for the full and effective implementation of said criteria, with a focus on the issue of reaching their clear and objective definition consistent with both employment security guarantee and with the need to dissolve posts, which becomes essential for several reasons. Still in Title II, a general European overview is presented as regards the enshrinement of post dissolution. Before drawing any final conclusions, it seemed adequate to devote a chapter to the existing convergence points of collective dismissal and dismissal via post dissolution, given their numerous shared aspects and the fact that they both equate to dismissal by means of job suppression.

Keywords: termination of the employment contract; principle of employment security guarantee; post dissolution; criteria for the selection of the post to be dissolved.

ÍNDICE	
INTRODUÇÃO	1
TÍTULO I - A Cessação Do Contrato De Trabalho	5
CAPÍTULO I	6
1.1 Noção, aspetos gerais e modalidades do regime da cessação do contrato de trabalho	6
1.2 O Princípio da garantia da segurança no emprego e a justa causa	8
1.3 Evolução legislativa da justa causa e a situação atual	9
1.4 O despedimento individual por justa causa objetiva	14
1.5 A proteção contra o despedimento no plano internacional	15
TÍTULO II - A Extinção do Posto de Trabalho	19
CAPÍTULO II	20
2.1 Noção, fundamentos, requisitos e procedimento	20
2.2 Resenha histórica: evolução do regime e as principais alterações ao n.º 2 do art. 368.º do CT	28
2.2.1 O período anterior à publicação do DL n.º 64-A/89 e a vigência da LCCT	28
2.2.2 Os Códigos de Trabalho de 2003 e de 2009	30
2.2.3 O Memorando de Entendimento e a alteração introduzida pela Lei n.º 23/2012	31
2.2.4 Acórdão n.º 602/2013 do Tribunal Constitucional	34
2.2.5 A Lei n.º 27/2014	37
CAPÍTULO III	39
3.1 Os critérios de seleção dos trabalhadores no despedimento por extinção de posto de trabalho introduzidos pela Lei 27/2014 - Notas Introdutórias	39
3.2 Apreciação dos critérios de seleção dos trabalhadores a despedir no âmbito de uma extinção do posto de trabalho atualmente em vigor	42
3.2.1 Pior avaliação de desempenho, com parâmetros previamente conhecidos pelo trabalhador 43	
3.2.2 “Menores habilitações académicas e profissionais”	47
3.2.3 “Maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa” 51	
3.2.4 “Menor experiência na função”	53
3.2.5 “Menor antiguidade na empresa”	55
CAPÍTULO IV	56
4.1 Os critérios de Seleção dos trabalhadores a observar pelo empregador em termos de direito comparado	56
CAPÍTULO V	62
5.1 Os pontos de convergência entre o despedimento coletivo e o despedimento por extinção do posto de trabalho	62
5.2 Do acordo de revogação fundamentado em motivos que permitam o recurso ao despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho	68
CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
BIBLIOGRAFIA	82
ANEXOS	87

INTRODUÇÃO

Com a presente dissertação de Mestrado pretende-se analisar e refletir sobre as fragilidades que se denotam na legislação laboral portuguesa no que concerne aos critérios de seleção plasmados atualmente no Código do Trabalho, quando urge a necessidade de o empregador extinguir um posto de trabalho. Esta ponderação assume-se fulcral para se possa concluir pela adequação ou não do regime atual e, sempre que se afigure possível e se justifique, pretende-se apontar soluções capazes de contornar as debilidades detetadas.

A conjuntura atravessada pelo nosso país - crise económica, financeira e política -, gerou, nos últimos anos, muita controvérsia quanto à questão da cessação do contrato de trabalho, nomeadamente, no que respeita ao fenómeno da flexibilização dos despedimentos dos trabalhadores.

A controvérsia recente tem incidido com especial enfoque na problemática modalidade da extinção do posto de trabalho, tendo dado origem a diversas e significativas alterações legislativas ao seu regime, o qual tem vindo a sofrer “avanços e recuos”, ao invés da paralisia legislativa que perdurou desde a sua consagração na legislação laboral portuguesa.

A análise do regime da extinção do posto de trabalho afigura-se de especial interesse quando se tenta avaliar sobre quem incidirá o maior impacto aquando da rutura de uma relação jurídico-laboral. Será na esfera jurídica do trabalhador ou do empregador?

Ao contrário do despedimento coletivo, o único critério de seleção dos trabalhadores a despedir no caso do despedimento por extinção do posto de trabalho que vigorou e vinculou o empregador até 2012 foi o critério da antiguidade.

Só com a Reforma Laboral, na redação conferida pela Lei 23/2012, de 25/06, é que o critério da antiguidade foi preterido por uma cláusula aberta que veio consagrar a possibilidade de eleger critérios relevantes e não discriminatórios na seleção do trabalhador a despedir.

Contudo, a solução apontada foi declarada inconstitucional em sede de Ac. do TC n.º 602/13, de 20 de setembro, tendo, posteriormente, dado lugar, em 2014 (Lei 27/2014, de 8 de maio, que aprova a 6ª alteração ao Código de Trabalho (CT), a um “rol” de critérios de preferência hierarquizados que devem ser observados pelo empregador para determinação do posto de

trabalho a extinguir, quando exista, na secção ou estrutura equivalente, uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico.

É precisamente sobre a modalidade da extinção do posto de trabalho que a presente dissertação versará.

Uma dissertação aprofundada sobre o despedimento por extinção do trabalho impõe que se faça uma (breve) referência ao regime da cessação da relação jurídico-laboral no ordenamento jurídico português, designadamente, ao Princípio da garantia da segurança no emprego, à proibição de despedir sem justa causa e ao despedimento individual por justa causa objetiva.

Para além do enquadramento jurídico da forma de cessação do contrato de trabalho prevista nos artigos 367.º e seguintes do Código de Trabalho e da identificação dos traços distintivos deste regime, pretende-se essencialmente contribuir para a concretização da ordem de critérios prevista no artigo 367.º, n.º 2, do Código do Trabalho: 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; e) menor antiguidade na empresa.

Numa fase posterior, iremos procurar desmistificar e perceber se os critérios ora previstos são, de facto, justos e razoáveis. Sabendo à partida que só o tempo o dirá...

Por fim, iremos aferir se terá cabimento a separação legal das figuras do despedimento coletivo e do despedimento por extinção do posto de trabalho perante a convergência das suas motivações (motivações de mercado, estruturais e tecnológicas).

Chegados aqui, em face de dados que atestam o recente aumento (em termos percentuais) do recurso à cessação do contrato por acordo fundamentada em motivos que permitam o recurso ao despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho, fará sentido apreciar o respetivo regime e perceber se no fundo não estaremos perante uma “válvula de escape” à rigidez substancial e processual que a legislação laboral consubstancia e, no caso da extinção do posto de trabalho em concreto, equacionar se os critérios estabelecidos e a seguir na aplicação desta modalidade terão tido impacto no referido aumento.

Afigurando-se um tema atual e controvertido e que tem suscitado, constantes dúvidas e inúmeros problemas na sua aplicação prática, é nosso objetivo, analisar esta temática, tendo em consideração por um lado, os mecanismos legais de proteção do trabalhador e, por outro lado,

os interesses do empregador, a fim de se assinalar os aspetos positivos do regime, bem como os vícios e incompletudes de que eventualmente padeça.

Atendendo-se aos aspetos práticos da temática, tentar-se-á, sempre que possível, equacionar hipóteses e encontrar a solução a adotar, com referência ao que se pratica noutros ordenamentos jus-laborais, para uma maior adequação da legislação laboral nesta matéria à necessidade de conciliação da garantia da segurança no emprego e dos princípios estruturantes da liberdade de empresa e da iniciativa económica privada.

GLOSSÁRIO DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
ACT	Autoridade para as Condições do Trabalho
Al.	Alínea
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
Cfr.	Confrontar
CITE	Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho
DGERT	Direção-Geral do Emprego e das Relações de Trabalho
DL	Decreto-Lei
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
Et al.	E outros
Ob. cit.	Obra citada
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OIT	Organização Internacional do Trabalho
LCT	Lei do contrato de trabalho
LCCT	Lei da cessação do contrato de trabalho
MoU	Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica
P.	Página
Pp.	Páginas
Proc.	Processo
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
EU	União Europeia

TÍTULO I - A Cessação Do Contrato De Trabalho

CAPÍTULO I

1.1 Noção, aspetos gerais e modalidades do regime da cessação do contrato de trabalho

A cabal análise do regime da extinção do posto de trabalho impõe que se faça uma (breve) referência ao regime da cessação da relação jurídico-laboral no ordenamento jurídico português. A cessação do contrato de trabalho enquanto mecanismo de desvinculação das partes trata-se de uma temática juridicamente extensa, complexa e socialmente sensível. (Monteiro Fernandes, 2014a: 482)

Nas palavras de PALMA RAMALHO (2014: 897), no que toca a esta matéria, a tutela do trabalhador assume-se como, muito provavelmente, o aspeto mais importante, apontando razões económicas, razões de paz social e razões jurídicas para que o sistema jurídico esteja configurado nos moldes em que está atualmente.

Desde logo, porque o sistema jurídico que regula esta matéria é de índole garantística e protecionista, encontrando-se fortemente balizado por um princípio orientador geral, a garantia da segurança no emprego previsto no artigo 53.º da CRP e em moldes idênticos no artigo 338.º do CT e, paralelamente, denota um certo afastamento das regras civis gerais de cessação dos contratos obrigacionais, visando a tutela da posição do trabalhador (Palma Ramalho, 2014: 888).

De facto, a posição dos trabalhadores está tutelada pelo princípio da proibição dos despedimentos sem justa causa, com assento constitucional, o que implica a imposição ao empregador de duras condicionantes para que possa cessar um contrato de trabalho, ao contrário do que sucede relativamente ao trabalhador.

Como tal, cumpre assinalar, em primeiro lugar, as implicações da relação laboral na esfera pessoal e familiar do trabalhador e a sua débil capacidade de negociação perante o empregador e, por outro lado, os interesses do empregador e a sustentabilidade das próprias empresas e, ainda, na posição dominante que ocupa na relação, enquanto titular dos poderes laborais (Palma Ramalho, 2014: 897).

Como refere Monteiro Fernandes (2014a: 482), para o trabalhador o vínculo laboral “é o suporte de um estatuto económico, social e profissional” e, como tal, ver o seu contrato de trabalho cessar pode ter implicações devastadoras a nível global. Já para o empregador, a rutura de uma relação laboral representará, em princípio, apenas um abalo económico-organizacional, na

medida em que o empregador sentirá eventualmente a necessidade de ter que recrutar para “aquela” vaga, e pode, talvez, implicar a perda de um trabalhador muito qualificado.

Desde logo se torna notória a assimetria dos efeitos de uma cessação do contrato de trabalho para as duas partes envolvidas. E é esta diferença que justifica que o regime jurídico da cessação do contrato de trabalho, reflexo da incompatibilidade dos interesses das partes em causa, preveja uma série de requisitos substanciais e processuais muito exigentes para que o empregador possa promover uma desvinculação do contrato de trabalho e, por sua vez, não imponha grandes condicionantes ao trabalhador para que possa pôr fim ao contrato (Palma Ramalho, 2014: 889; Monteiro Fernandes, 2014a: 482).

De facto, por parte do empregador existem decisivas restrições às faculdades de desvinculação unilateral. Em síntese, tais faculdades ficam reduzidas às hipóteses de despedimento por justa causa disciplinar (requerendo a verificação desta um procedimento formal) e despedimentos por causa objetiva: o despedimento coletivo, previsto no art. 359.º do CT, o despedimento por extinção do posto de trabalho, consagrado no art. 367.º do mesmo código e o despedimento por inadaptação, previsto nos artigos 373.º e ss..

Note-se que, com o propósito de combater a crise económica e financeira e por força dos compromissos assumidos pelo Estado português perante a “Troika”, no Memorando de Entendimento, desde 2011/2012 que se tem vindo a sentir a necessidade de “suavizar as restrições ao despedimento individual”, isto é, flexibilizar o regime de cessação, tornando o despedimento menos complexo e dispendioso (Monteiro Fernandes, 2014a: 484). Com efeito, presenciou-se uma diminuição da compensação por cessação do contrato de trabalho e uma reconfiguração (ainda que de forma controversa e considerada até inconstitucional pelo Tribunal Constitucional e que, inclusivamente, já obrigou a que fossem reequacionados) dos requisitos de validade dos despedimentos por causa objetiva (designadamente, da extinção do posto de trabalho e da inadaptação do trabalhador), de forma a permitir que se recorra mais vezes e de forma mais cómoda aos mesmos.¹

A cessação do contrato de trabalho encontra-se, à exceção das indemnizações e prazos de procedimento e de aviso prévio, configurada no artigo 339.º do CT de forma imperativa, não

¹ Especificamente sobre a reforma do atual Código do Trabalho imposta pelo Memorando de Entendimento veja-se Palma Ramalho (2014: 907 e ss).

sendo admissíveis alterações por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou por contrato de trabalho². (Monteiro Fernandes, 2014a: 484)

As modalidades de cessação, após sucessivas alterações de sistematização³, enunciadas no referido preceito, são as seguintes: a) Caducidade; b) Revogação; c) Despedimento por facto imputável ao trabalhador; d) Despedimento coletivo; e) Despedimento por extinção de posto de trabalho; f) Despedimento por inadaptação; g) Resolução pelo trabalhador; h) Denúncia pelo trabalhador. Os respetivos regimes estão plasmados nos artigos seguintes do referido diploma. Das modalidades de cessação do contrato de trabalho legalmente previstas será sobre a extinção do posto de trabalho que versará a presente dissertação.

1.2 O Princípio da garantia da segurança no emprego e a justa causa

Como se viu *supra*, o regime jurídico da cessação do contrato de trabalho é norteado por um princípio constitucional: o princípio da segurança no emprego, enunciado no artigo 53.º da CRP, e que integra a categoria de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, o que implica que as limitações previstas respeitem os princípios do artigo 18.º da CRP. O citado corolário encontra-se configurado na CRP com a seguinte redação: “É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.”.

Assim, o princípio da segurança no emprego assume um grande alcance em virtude de assegurar uma ampla tutela aos trabalhadores em matéria de estabilidade do vínculo laboral e perante a sua inserção sistemática.

Como refere PALMA RAMALHO (2014: 894), por um lado este princípio constitucional garante aos trabalhadores a segurança no emprego, o que lhe confere um conteúdo positivo; e, por outro lado, em termos negativos, o princípio consagra uma proibição dos despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.

Perante este princípio é compreensível que o sistema normativo infraconstitucional se tenha desenvolvido nos moldes garantísticos que o caracterizam. Razão pela qual, todas as alterações legislativas nesta matéria se tenham sempre revestido de grande cautela, na medida em que têm suscitado permanentemente a constitucionalidade (Palma Ramalho, 2014: 895).

² Cfr. imposição legal prevista no artigo 339.º do CT, com a epígrafe “Imperatividade do regime de cessação do contrato de trabalho”.

³ Sobre este ponto, com desenvolvimentos, Palma Ramalho (2014: 902-911).

No sistema normativo infraconstitucional, a proibição de despedimento sem justa causa surge, assim, nos mesmos moldes em que está prevista na CRP, consagrada no artigo 338.º do CT estabelecendo que “É proibido o despedimento sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.” E surge ainda, no âmbito da modalidade do despedimento por facto imputável ao trabalhador, consagrada no artigo 351.º do CT sob a epígrafe “Noção de justa causa de despedimento”, mas aqui a justa causa aparece na sua vertente subjetiva, isto é, dependente de um “comportamento culposos do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho”. Para ROMANO MARTINEZ (2013: 839-840), a justa causa estabelecida no art. 53.º da CRP, ao contrário do que se determina no art. 351.º do CT, não depende de um comportamento culposos do trabalhador, “relacionando-se, antes, com o conceito de direito civil de justa causa como motivo atendível, que legitima a não prossecução de uma relação jurídica duradoura.”⁴

De facto, o conceito de justa causa é um conceito indeterminado e muito utilizado no âmbito da cessação dos contratos obrigacionais, nomeadamente, como condicionante da resolução ou denúncia por uma das partes.

Conforme prevista na CRP, a justa causa de despedimento surge, assim, consagrada em sentido amplo, podendo reconduzir-se a um motivo atendível para fazer cessar determinado vínculo (Palma Ramalho, 2014: 951), isto é, a uma generalidade de situações, imputáveis ao trabalhador ou não, que determinam uma justificação para que a cessação da relação laboral seja possível. Neste ponto, no mesmo sentido, GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA (2014: 707) referem que o direito à segurança no emprego reflete-se no seu esplendor na proibição dos despedimentos sem justa causa, ou por outras palavras, na rejeição de despedimentos livres e discricionários.

Contudo, sempre será de realçar que não existe na CRP, nem em nenhum outro diploma do nosso ordenamento jurídico, uma definição legal de justa causa.

Desta forma, tratando-se de um conceito indeterminado, impõe-se interpretar a norma, recorrendo-se, para o efeito, às posições adotadas, mormente pelo próprio Tribunal Constitucional e, como tal, deverá ser traçada a evolução histórica deste conceito.

1.3 Evolução legislativa da justa causa e a situação atual

⁴ Ainda que com alguns desvios das regras civis gerais de cessação dos contratos obrigacionais, por visar a tutela da posição do trabalhador, (Palma Ramalho, 2014: 888).

Recuando à Lei n.º 1952, de 10 de março de 1937⁵, a primeira LCT, constata-se que este diploma não mostrava, como refere LOBO XAVIER (2000: 46) “qualquer recetividade às ideias de proteção ao trabalhador em situação de crise generalizada ou ligada ao próprio nível de emprego oferecido pela empresa”, isto porque era regida por um princípio de cessação livre do contrato de trabalho e por princípios civilísticas. Nesta Lei, a justa causa era definida como qualquer facto ou circunstância grave que tornasse prática e imediatamente impossível a subsistência das relações pressupostas no contrato de trabalho (artigo 11.º, § único) (Carvalho Martins e Canas da Silva, 2014: 515)

No que diz respeito à figura da justa causa na LCT de 1966 (Decreto-Lei n.º 47032, de 27 de maio de 1966) e na LCT de 1969 (Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de novembro de 1969), dir-se-á que esta figura continuou a permitir a cessação imediata do contrato de trabalho (artigo 98.º n.º 1 da primeira e artigo 101.º, n.º 1 da segunda). Segundo o entendimento de GOMES CANOTILHO E LEITE (1991: 526 e ss.), o legislador eliminara do conceito de justa causa as motivações não pessoais, reduzindo esta figura “aos factos e circunstâncias graves da esfera do trabalhador”⁶. Na verdade, a justa causa era definida nos artigos 99.º, alínea j) e 100.º, alínea i) da LCT de 1966 e artigo 101.º, n.º 2 da LCT de 1969, como sendo “qualquer facto ou circunstância grave que torne praticamente impossível a subsistência das relações que o contrato de trabalho supõe”.

Em 1975, a Lei dos Despedimentos (Decreto-Lei n.º 372-A/75, de 16 de julho), veio restringir o conceito de justa causa à vertente subjetiva fazendo referência ao comportamento culposos do trabalhador passível de constituir infração disciplinar, mas, por outro lado, introduziu o conceito de motivo atendível com aviso prévio como sendo o “facto, situação ou circunstância objetiva, ligado 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” (artigo 13.º e 14.º, n.º 1) (Gomes Canotilho e Leite, 1991: 526 e segs.). Para verificar se existia motivo atendível, o artigo 14.º, n.º 2 deste DL dispunha que se devia atender à “gravidade das consequências que para o trabalhador representa perda do emprego, nomeadamente face às condições do mercado de trabalho e às características pessoais do trabalhador, ponderando tais fatores com o motivo invocado e com as possibilidades de a empresa resolver a situação de modo não prejudicial ao trabalhador, nomeadamente, através da sua reclassificação ou aproveitamento”. Para além do mais, do n.º 3 do referido preceito, retira-

⁵ Disponível em <https://dre.pt/application/file/418107>.

se que o motivo atendível comporta tanto a necessidade de extinção de posto de trabalho, como, ainda, a manifesta inaptidão e impossibilidade de preparação do trabalhador para as modificações tecnológicas que afetassem o posto de trabalho (Carvalho e Silva, 2014: 517). Perante o exposto e como se verá adiante, constata-se que foi o diploma ora em apreço, a Lei dos Despedimentos, que pela primeira vez, consagra a extinção do posto de trabalho.

Acontece que, imediatamente no ano seguinte, o Decreto-Lei n.º 84/76, de 28 de janeiro, eliminou o despedimento por motivo atendível, referindo-se no respetivo preâmbulo que, na prática, o motivo atendível, se tinha revelado “inadequado à defesa da estabilidade do emprego, motivando a contestação generalizada dos trabalhadores”.

É com a aprovação da CRP, em 1976, que se veio consagrar, no artigo 53.º, o já mencionado princípio da segurança no emprego, tendo-se, então, optado por não fazer qualquer referência ao despedimento por motivos atendíveis, ficando apenas patente a proibição dos “despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos”, o que permitiu a alguma doutrina considerar que o conceito de justa causa acolhido pela CRP contemplava somente a vertente subjetiva da justa causa, sem prejuízo da admissão do despedimento coletivo (Gomes Canotilho e Leite, 1991: 529 e ss.).

Contudo, como se referiu *supra*, o conceito de justa causa surge, assim, vago e indeterminado, o que implicou uma ampla densificação pelo TC (Carvalho Martins e Canas da Silva, 2014: 517). Na realidade, a delimitação deste conceito no que à jurisprudência Constitucional diz respeito não se afigurou pacífica, bem como, se revelou controversa na doutrina.

Desde logo, em sede de Acórdão n.º 148/87, o TC entendeu que o princípio da segurança no emprego conforme previsto na CRP ditava uma “negação clara do direito ao despedimento por parte das entidades patronais (e empregadores em geral), os quais não gozam de liberdade de disposição sobre as relações de trabalho”, cingindo, desta forma, a justa causa estabelecida na CRP à justa causa subjetiva.

No Acórdão 107/88, pronunciando-se sobre uma norma⁷ de autorização do governo submetida a apreciação constitucional que visava alargar o conceito de justa causa para despedimento individual a factos, situações ou circunstâncias objetivas que inviabilizassem a relação de trabalho e estivessem ligados à aptidão do trabalhador ou fossem fundados em motivos

⁷ Entre outras normas, mas a que releva para a presente dissertação é a norma constante no artigo 2º, alínea a) do Decreto da Assembleia da República (AR) nº 81/V, decreto de autorização legislativa que procedia à revisão do regime jurídico da cessação do contrato individual de trabalho, do contrato a termo e do regime processual da suspensão e redução da prestação de trabalho.

económicos relativos à empresa, estabelecimento ou serviço, o TC considerou que a justa causa dependeria sempre de um comportamento culposo por parte do trabalhador, cuja gravidade e consequências constituíssem infração disciplinar que só pudesse culminar em despedimento. No referido Acórdão, ainda que não vedando a existência de despedimentos fundados em causas objetivas quando resultantes de situações em que o empregador não tivesse culpa e que tornassem a subsistência do contrato de trabalho praticamente impossível, o TC refere que estas situações não podiam ser configuradas como “verdadeiros despedimentos com justa causa”. O que demonstra que este Tribunal não admitia a expansão do conceito de justa causa a situações objetivas, aproximando-a do “motivo atendível”, porquanto se seguisse esse entendimento estaríamos perante uma violação da Constituição que tinha afastado essa vertente do conceito de justa causa. (Miranda e Medeiros, 2010: 1055).

Note-se, porém, que a decisão proferida pelo TC não foi unânime, tendo inclusive suscitado quatro votos vencidos⁸, que consideravam, por sua vez, que a CRP admitia um conceito amplo de justa causa e, por consequência, o despedimento fundado em causas objetivas razão pela qual, nesta parte, o diploma não seria, portanto, inconstitucional.

A propósito deste Acórdão, MONTEIRO FERNANDES (2014: 589) refere que o conceito de justa causa previsto na CRP devia abranger “toda e qualquer situação (de natureza disciplinar ou outra) capaz de, em concreto, suscitar a impossibilidade prática da subsistência das relações que o contrato de trabalho supõe”.

No mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO (1991: 815 e ss.) afirma que não é por ter sido eliminado o motivo atendível da legislação laboral que a justa causa se pode cingir à vertente subjetiva. Salaria, ainda, que a conceção restrita não impedia os despedimentos coletivos, o que se traduz numa contradição (Menezes Cordeiro, 1991: 815 e ss.).

Nas palavras de LOBO XAVIER (1990: 423) a conceção restrita constituiria uma “incongruência” e um “absurdo lógico” por coexistir com o despedimento coletivo

Em 1989, surge “novamente” consagrada na LCCT (Decreto-Lei n.º 64-A/ 89, de 27/02) a extinção do posto de trabalho como modalidade de despedimento com justa causa objetiva, com uma fundamentação semelhante à prevista para o despedimento coletivo, como veremos mais detalhadamente *infra*. Na realidade, ambas as modalidades visam permitir às empresas acompanhar a evolução do mercado e da tecnologia, racionalizando os postos de trabalho às respetivas necessidades (Furtado Martins, 2012a: 278 e ss.).

⁸ Contou com declarações de voto de vencido dos Conselheiros Raúl Mateus, Messias Bento, José Manuel Cardoso da Costa e Armando Manuel Marques Guedes.

Nesta altura, perante a realidade legislativa plasmada na LCCT, o TC tende a admitir uma conceção ampla de justa causa, aceitando que o despedimento por justa causa possa fundar-se em motivos objetivos, vedando-se, no entanto, a discricionariedade do empregador, isto é, despedimentos arbitrários ou imotivados. Passa, assim, a admitir-se que a justa causa acolha situações “(...) não imputáveis nem ao empregador nem ao trabalhador, designadamente motivos económicos (de mercado, estruturais e tecnológicos), tais como a redução da atividade da empresa(...)”(Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2014: 709).

Esta posição surge de forma explícita no Acórdão n.º 64/91⁹, na medida em que o TC considerou que a CRP não restringia o conceito de justa causa a motivos subjetivos, admitindo a desvinculação unilateral do contrato de trabalho em situações que nada tivessem a ver com comportamentos culposos do trabalhador e desde que também não derivassem da culpa do empregador.¹⁰ O TC referia que para que se pudesse fazer uso da justa causa objetiva, por um lado, a desvinculação tinha que ter por base motivos objetivos, que tornassem praticamente impossível a subsistência do contrato de trabalho e a justificação da extinção não podia tratar-se de mera conveniência da empresa, e, por outro lado, “importava” por analogia do despedimento coletivo o conceito de impossibilidade objetiva de manutenção do contrato de trabalho que legitima aquela modalidade de cessação. O referido Acórdão determinava que se cumprissem alguns requisitos tais como: “a regulamentação substantiva e processual seja distinta da prevista para os despedimentos com justa causa, que os conceitos utilizados não sejam vagos ou demasiado imprecisos (como se entendeu no Acórdão n.º 107/88 que sucedia com o diploma então em apreço) e que as garantias concedidas ao trabalhador, quer no plano da fiscalização (por entidade estranha ao vínculo) da existência de uma situação de impossibilidade objetiva, quer no que toca à indemnização a conceder-lhe, estejam asseguradas.” O Acórdão em apreço referia ainda que a CRP não estabelecia causas típicas de cessação, mas impunha que o legislador indicasse ao juiz “critérios seguros de decisão”.

O TC, adotando a conceção ampla de justa causa, pronunciou-se no Acórdão n.º 581/95¹¹ no sentido de considerar que o regime da extinção do posto de trabalho conforme previsto na LCCT não colidia com o princípio da segurança no emprego prevista no artigo 53.º da CRP, na medida em que se encontravam estatuídas as causas objetivas e a imprescindibilidade de existir uma

⁹Disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/414071/details/maximized?emissor=Tribunal+Constitucional&perPage=50&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>

¹⁰ Cfr. também foi admitida nos Acórdãos n.º 252/92, n.º 353/94, n.º 280/00, e n.º 104/04.

¹¹ Os Acórdãos do TC n.º 632/08 e n.º 338/10 acolhem os mesmos fundamentos presentes neste Acórdão.

impossibilidade prática de subsistência do vínculo laboral, com garantias procedimentais apropriadas.

Em face do exposto, conclui-se que a justa causa constitucional impõe que se verifique uma situação de inexigibilidade de manutenção da relação laboral, ora por se verificar um comportamento culposo do trabalhador, ora por questões de racionalidade económica da empresa que justifiquem a redução ou a alteração do conteúdo funcional de postos de trabalho. No que toca ao despedimento por extinção do posto de trabalho em concreto, sempre se dirá que, à semelhança do que sucede em qualquer outro despedimento, só pode ocorrer perante uma causa que o justifique.

1.4 O despedimento individual por justa causa objetiva

A justa causa consiste, como já se viu, no motivo atendível para fazer cessar vínculo laboral, podendo este motivo ser subjetivo ou objetivo. De facto, não existindo uma causa que justifique a vontade do empregador em despedir o trabalhador, o trabalhador não pode ser despedido, sob pena de se incorrer em despedimentos arbitrários e discricionários.

Recorde-se que artigo 53.º da CRP admite, - apesar deste entendimento não reunir consenso - que se atenda a motivos objetivos para que seja possível despedir o trabalhador despedido, não cingindo, assim, o conceito de justa causa a motivações meramente subjetivas ou disciplinares. Por outras palavras, no ordenamento jurídico português, a justa causa apresenta uma dupla vertente: a vertente subjetiva e a vertente objetiva, e é sobretudo esta última que nos interessa, tendo em conta que o tema da presente dissertação se reporta à extinção do posto de trabalho. A justa causa subjetiva¹² provem de um incumprimento grave e culposo¹³ dos deveres legais ou contratuais pela outra parte que justifica a desvinculação¹⁴. Por sua vez, a justa causa objetiva ocorre perante a verificação de motivos alheios ao incumprimento da outra parte, que tornam admissível, por justificada, a cessação do contrato.

De facto, no domínio do contrato de trabalho, desde que se verifique a impossibilidade da subsistência da relação jurídico-laboral por motivos atendíveis é constitucionalmente legítima

¹² Nas palavras de Júlio Gomes (2007: 944), a justa causa subjetiva representa “... um comportamento imputável ao trabalhador (despedimento por facto imputável ao trabalhador) ”.

¹³ Ou seja, no caso de existir uma infração disciplinar.

¹⁴ Ou, como plasmada no artigo 351.º do CT e *supra* se referiu, a justa causa subjetiva consiste num “comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.”.

a rutura dessa mesma relação, sendo que os motivos atendíveis podem ser de natureza disciplinar ou não.

Cumprе esclarecer que por motivos atendíveis de natureza não disciplinar deverão entender-se fenômenos externos à relação laboral. Nas palavras de Furtado Martins (2012a: 157) os motivos atendíveis são “causas atinentes à empresa”, as quais podem ser de ordem econômica, estrutural e tecnológica.

A propósito do conceito de motivo atendível, torna-se interessante recordar a definição que constava da versão original do Decreto-Lei n.º 372-A/75, designadamente, “o facto, situação ou circunstância objetiva, ligado 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”. O que significa que a justa causa, conforme prevista no ordenamento jurídico-laboral português, comporta, para além das situações de indisciplina do trabalhador, os “(...) factos ou situações diferentes do comportamento pessoal do trabalhador, e, de qualquer modo, alheia a qualquer juízo de censura (ética ou outra) sobre esse comportamento” (Fernandes, 1991: 515).

Assim, um despedimento só se pode fundar em justa causa quando se estiver perante a inexistência de um comportamento culposo (por parte de nenhuma das partes) e perante a impossibilidade da subsistência da relação do contrato de trabalho (Fernandes, 1991: 515).

Na verdade, independentemente do cariz subjetivo ou objetivo da justa causa, para que um despedimento seja lícito terá que se verificar a impossibilidade da subsistência da relação laboral, pelo que não se afigura suficiente em relação à primeira que haja uma infração disciplinar do trabalhador, nem basta à segunda a demonstração de motivos de ordem econômica, estrutural ou tecnológica. Impõe-se, por esta via, que se faça prova do nexo causal entre tais acontecimentos ou necessidades e o inevitável fim do vínculo laboral¹⁵.

1.5 A proteção contra o despedimento no plano internacional

O ordenamento jurídico português não é ímpar na preocupação de garantir ao trabalhador uma maior segurança e estabilidade no emprego, nem nas consequentes limitações impostas ao

¹⁵ Como vimos supra, do conjunto de modalidades de cessação do contrato de trabalho previstas no CT, três são por causas objetivas: o despedimento coletivo, previsto no art. 359.º do CT, o despedimento por extinção do posto de trabalho consagrado no art. 367.º do mesmo código e o despedimento por inadaptação, previsto nos artigos 373.º e seguintes.

empregador, contra quem se ergue um regime inflexível de desvinculação da relação laboral (Carvalho Martins e Canas da Silva, 2014: 512).

De facto, também noutros ordenamentos jurídico-laborais europeus a cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador e com fundamento objetivo, de natureza económica ou empresarial é, no plano internacional, igualmente admissível. Donde se regista, aliás, a mesma disparidade entre os princípios que regulam a cessação contratual por iniciativa do empregador e os que se impõem ao trabalhador.

Tanto a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), consagram o princípio da segurança no emprego.

No artigo 23.º n.º 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem determina-se que “Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

Como se refere no n.º 2 artigo 16.º da CRP “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Daí que, o preceituado no artigo 23.º deste diploma se assumia como fundamental para a interpretação do citado artigo 53.º da CRP, revelando-se mesmo, decisivo para a consideração do despedimento como a derradeira opção, *ultima ratio*, de que dispõe o empregador.

Apesar da Recomendação OIT n.º 119 (1963)¹⁶, sobre a Cessação da Relação de Trabalho ter ido mais além, na Convenção OIT n.º 158 (1982), relativa ao mesmo tema, a Cessação da Relação de Trabalho por iniciativa do empregador, tendo em conta aquela e atendendo ao facto de que desde a adoção da referida Recomendação ocorreram importantes evoluções na legislação e na prática de numerosos Estados membros relativas às questões visadas pela dita Recomendação e ainda considerando os problemas que urgiam nessa altura na sequência de dificuldades económicas sentidas e nas mudanças tecnológicas que se encetavam em numerosos países, vem, no seu artigo 4.º, estabelecer que um trabalhador apenas possa ser despedido quando exista “um motivo válido relacionado com a aptidão ou com o comportamento do trabalhador ou baseado nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”¹⁷.

¹⁶ Foi posteriormente substituída pela Recomendação OIT n.º 166 (1982) sobre a Cessação da Relação de Trabalho e encontra-se disponível em <http://www.ilo.org/>;

¹⁷ Disponível em http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/conv_158.pdf

Ao contrário da Recomendação OIT n.º 119 que consagrava que deviam ser fixados critérios precisos e, se possível, determinados antecipadamente, que tivessem em conta os interesses da empresa, do estabelecimento, do serviço e dos trabalhadores a Convenção OIT n.º 158 não faz alusão aos referidos critérios constantes da mencionada Recomendação.

Verifica-se, também, que já em 1963 se havia sentido a necessidade de fixar critérios para a seleção dos trabalhadores a serem afetados no caso de ser necessário proceder a uma redução da força de trabalho. Os critérios sugeridos na Recomendação OIT n.º 119¹⁸ eram os seguintes: (a) necessidade de funcionamento eficiente da empresa, estabelecimento ou serviço; (b) capacidade, experiência, aptidões e qualificações profissionais do trabalhador; (c) antiguidade; (d) idade; (e) situação familiar; ou (f) outros critérios adequados, atendendo à situação de cada país, sendo a ordem e a relevância atribuídas aos critérios mencionados e determinados em função dos costumes e práticas nacionais.

A Recomendação OIT n.º 166 (1982)¹⁹, aprovada na mesma data da Convenção OIT n.º 158, veio substituir a Recomendação OIT n.º 119 e versa sobre a mesma temática. No ponto 1 do parágrafo 23. da referida Recomendação, relativo aos critérios de seleção dos trabalhadores do posto a extinguir, refere que “a seleção pelo empregador dos trabalhadores cujo Contrato de Trabalho deverá cessar por motivos de natureza económica, tecnológica, estrutural ou similar deve ser feita de acordo com critérios, estabelecidos sempre que possível previamente, que reflitam equilíbrio entre os interesses da empresa, estabelecimento ou serviço e dos interesses dos trabalhadores”.

Por sua vez, a proibição do despedimento sem justa causa integra a categoria de direito fundamental e encontra-se prevista, como tal, no artigo 30.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁰ e goza da proteção prevista nos artigos 51.º a 54.º do mesmo diploma.

A Carta Europeia dos Direitos Fundamentais consagra no Capítulo IV, reservado à “Solidariedade”, nomeadamente no artigo 30.º sob a epígrafe “Proteção em caso de despedimento sem justa causa” o seguinte: “Todos os trabalhadores têm direito a proteção contra os despedimentos sem justa causa, de acordo com a União e com as legislações e práticas nacionais”.

¹⁸ Parágrafo 15. da Recomendação OIT n.º 119.

¹⁹ Disponível em <http://www.ilo.org/>.

²⁰ Disponível em <http://www.europarl.europa.eu>

Note-se, desde logo, que conforme esclarecido no preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²¹, a Carta, - inspirando-se nas tradições constitucionais e nas obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, no Tratado da União Europeia e nos Tratados comunitários, na Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, nas Cartas Sociais aprovadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, - limitou-se a “reafirmar” os direitos que destas tradições, obrigações e diplomas decorrem, consagrando-os como direitos fundamentais.

Assim, como refere BRUNO MESTRE (2013: 201) o reconhecimento da proibição dos despedimentos sem justa causa previsto no artigo 30.º da Carta, ainda que estabelecido de forma genérica e remetendo para o direito comunitário e para as legislações e práticas nacionais (Carvalho Martins e Canas da Silva, 2014: 514), passa a fazer parte do património comum constitucional europeu e dos instrumentos jurídicos internacionais. Mais refere o citado Autor que, quando se lê no texto do artigo 30.º da Carta que a proteção de que os trabalhadores gozam contra o despedimento sem justa causa deverá esta ser entendida “de acordo com o direito da União Europeia e práticas nacionais”, como uma proibição da cessação do contrato de trabalho por parte do empregador de forma discricionária, arbitrária, sem motivos válidos. Repare-se que este preceito não compromete as “legislações e práticas nacionais”, às quais é admitida uma ampla liberdade de conformação do respetivo sistema jurídico no que concerne à temática do despedimento sem justa causa.

A este respeito, como veremos adiante²², alguns países da União Europeia têm vindo a estabelecer algumas limitações jurídico-laborais, relativamente à matéria da cessação do contrato de trabalho, ainda que com configurações muito variáveis.

²¹ A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia tornou-se juridicamente vinculativa para a UE com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em dezembro de 2009, e possui agora o mesmo valor jurídico que os Tratados da UE. Disponível em http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.6.html

²² Nomeadamente, no Capítulo IV.

TÍTULO II - A Extinção do Posto de Trabalho

CAPÍTULO II

2.1 Noção, fundamentos, requisitos e procedimento

A extinção do posto de trabalho, consagrada nos artigos 340º, alínea d) e 367.º e seguintes do CT, como já aqui se referiu, configura uma das modalidades de cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, fundada em justa causa objetiva.

A evolução legislativa desta figura, as alterações a que a mesma foi submetida e as questões constitucionais suscitadas por estas alterações serão aqui, de seguida, traçadas.

Cumpra agora analisar algumas das principais características da extinção do posto de trabalho e o procedimento que desencadeia o despedimento.

No contexto empresarial surge, por vezes, a necessidade de eliminar postos de trabalho e esta figura vem permitir que as empresas o façam. Acontece que, o recurso à extinção do posto de trabalho só pode ocorrer por motivações objetivas relativas à própria empresa, designadamente, motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos.

De facto, como explica ROMANO MARTINEZ (2013: 933), “... não será lícito proceder à extinção do posto de trabalho quando a situação se subsuma ao despedimento por justa causa em razão de um comportamento culposo do trabalhador... Do mesmo modo, a culpa do empregador inviabiliza este despedimento. Quanto a este último aspeto, cabe esclarecer que está em causa uma negligência na ponderação dos motivos, e não no seu surgimento; por isso não obsta ao despedimento por extinção do posto do trabalho a gestão desastrosa que tenha levado a uma redução da atividade da empresa.”

Vejamos, então, como é que o Código do Trabalho define a extinção do 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.” (cfr. Artigos 367.º do CT).

Na hipótese de se fragmentar a figura do despedimento por extinção do posto de trabalho²³, dir-se-ia que a primeira fase do despedimento por extinção do posto de trabalho ocorre precisamente quando um empregador toma consciência da necessidade e posteriormente decide

²³ O despedimento por extinção do posto de trabalho “culmina uma cadeia de decisões do empregador situadas em diferentes níveis mas causalmente interligadas: esquematicamente, uma decisão gestionária inicial (por ex. redução de custos), uma decisão organizativa intermédia (a da extinção de um posto de trabalho, que pode, na verdade, consistir no mero afastamento de um certo trabalhador) e uma decisão «contratual» terminal (a do despedimento)” (Monteiro Fernandes, 2017: 603).

extinguir um posto de trabalho, pelo que se pode afirmar que se trata de um momento decisório interno.

A definição da natureza de motivo invocável, isto é, de motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos surge por remissão prevista no n.º 2 do artigo 359.^{o24}, relativo ao despedimento coletivo.

Os motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos devem, segundo defende LOBO XAVIER (2014: 829-830) ser entendidos como meramente enunciativos, defendendo que: “supomos que o legislador (...), longe de estabelecer um critério taxativo (...), quis dar integral cobertura à racionalidade económica na fixação a cada momento dos postos de trabalho necessários à empresa. Queremos com isto dizer que a indicação legal dos motivos da extinção do posto de trabalho não dever ser entendida em termos absolutamente rígidos, de forma a impedir a extinção sempre que as razões invocadas pelo empregador não correspondam exatamente à descrição que lei faz desses motivos. As possibilidades de controlo jurisdicional (...) devem ser aproveitadas com cautela e centrarem-se na efetiva eliminação do posto de trabalho. (...) O tribunal não pode substituir-se às decisões de gestão, nem é por si idóneo para julgar a gestão empresarial no sentido do dimensionamento da empresa.”²⁵

No mesmo sentido, isto é, considerando que a extinção do posto de trabalho consubstancia uma decisão gestonária, PALMA RAMALHO (2014: 1052, nota 439) entende que “o tribunal, na apreciação dos motivos que levaram à extinção do posto de trabalho, deve-se limitar a verificar

²⁴ “a) Motivos de mercado - redução da atividade 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 atividade, 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.”

²⁵ No mesmo sentido, veja-se o Ac. STJ 30-09-2013 (Paula Maria Roberto) (proc. n.º 83/12.0TTBCL.P1) onde se entendeu que “É difícil formular um juízo de reprovação quanto à gestão empresarial, razão pela qual, será de concluir pela conduta culposa da empregadora a que alude o n.º 1, a), do artigo 368.º, do C.T., para além dos casos de atuação completamente leviana, apenas naqueles em que os motivos indicados para a extinção do posto de trabalho sejam um disfarce para um despedimento com outro fundamento.” Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/b3d9b4dd91f9c51b80257c06004fce91?OpenDocument>

se tal extinção não é meramente aparente, se se funda ou não em motivos económicos e, quando muito, se a decisão de gestão foi absolutamente imprudente, arbitrária ou leviana”²⁶.

Note-se, porém, que o facto de não estarmos perante critérios taxativos, não significa que não incumba ao tribunal o dever de “relativamente quer ao controlo da veracidade dos motivos invocados para o despedimento, quer à verificação quanto à existência denexo de causalidade entre os motivos invocados pelo empregador e o despedimento, de modo a que se possa concluir, segundo juízos de razoabilidade, que tais motivos são adequados a justificar a decisão de redução de pessoal.”²⁷

Nesta medida, não cumpre, assim, ao poder jurisdicional apreciar o ajuste ou não das medidas de gestão tomadas pela entidade empregadora ou por qualquer organização. Como se refere no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30/09/2013 (Processo n.º 3/12.0TTBCL.P1) “A gestão de uma organização (salvo evidentemente nos casos em que envolva responsabilidade civil ou criminal) não é sindicável judicialmente.”

Ainda sobre a remissão expressa para a definição de motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos presente no artigo 359.º, cumpre salientar que esta denota a similitude existente entre esta modalidade e o despedimento coletivo, sendo que, como se verá mais aprofundadamente adiante, ambas se reconduzem a um modelo de “despedimento por eliminação de emprego.” (Furtado Martins, 2012a: 245)

Por outro lado, do despedimento por justa causa a extinção do posto de trabalho herdou o critério de aferição da legitimidade do motivo de desvinculação da relação laboral previsto no artigo 368.º, n.º 1, alínea b) do CT, designadamente, o facto de exigir que “seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.” (Monteiro Fernandes, 2017: 599)

Assim, como refere MONTEIRO FERNANDES (2017: 599), esta modalidade apresenta uma “fisionomia híbrida” relativamente ao seu fundamento, na medida em que contém características do despedimento por justa causa e do despedimento coletivo.

²⁶ Cfr. Acórdão, de 19 de maio de 2015, do STJ, onde se refere que “não deve o julgador, na apreciação dos factos, desrespeitar os critérios de gestão da empresa (na medida em que sejam razoáveis e consequentes), não lhe competindo substituir-se ao empregador e vir a concluir pela improcedência do despedimento, por entender que deveriam ter sido outras as medidas a tomar perante os motivos económicos invocados.

²⁷ Cf. Acórdão do STJ de 6 de abril de 2017, Proc. n.º 1950/14.2TTLSB.L1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cf90c8a1e05279ff8025810000322df.e?OpenDocument>.

No que concerne às distinções entre a extinção do posto de trabalho e o despedimento coletivo – as quais se apreciarão, detalhadamente, adiante, mas que ora se adiantam pois sem estas a cabal análise da noção de extinção de posto de trabalho ficaria prejudicada – podem reduzir-se essencialmente ao número de trabalhadores a despedir e ao respetivo procedimento. Outra diferença que pode ainda ser apontada é o facto de o art. 367.º do CT não considerar o “encerramento de uma ou várias secções ou estrutura equivalente” como fundamento de despedimento por extinção do posto de trabalho, exigindo-se apenas que os fundamentos da cessação do contrato de trabalho digam respeito à empresa. No entanto, a omissão não significa que o mesmo não se enquadre nos motivos estruturais suscetíveis de fundamentar as duas modalidades de cessação do contrato de trabalho (Furtado Martins, 2012a: 269 e ss).

Adicionalmente à fundamentação descrita *supra* e prevista na noção de despedimento por extinção de posto de trabalho preceituada no artigo 367.º do CT, atesta-se que esta medida de gestão adotada só pode ter lugar quando se verificarem, cumulativamente, quatro requisitos, cujo ónus da prova incumbe ao empregador, e que se mantêm praticamente inalterados desde 1989, estando atualmente consagrados no n.º 1 do artigo 368.º do CT: “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 coletivo”.

Em sentido inverso, e seguindo o preceituado nos artigos 381.º e 384.º do CT, podemos dizer que o despedimento por extinção do trabalho é ilícito se ocorrer sem justa causa, isto é, se o motivo indicado não existir ou for declarado improcedente (artigo 381.º, alínea b)), o que pode ocorrer no caso de a escolha do trabalhador despedido se ficar a dever a “motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos, ainda que com invocação de motivo diverso” (artigo 381.º, alínea a)), ou se não se observar o disposto no n.º 2 do artigo 368.º do CT, isto é, se essa escolha não atender à ordem de critérios relevantes e não discriminatórios previstos para determinação do posto de trabalho a extinguir, (artigo 384.º, alínea b)); se não for precedido do respetivo procedimento (artigo 381.º, alínea c)); existirem, “na empresa, contratos de trabalho a termo para tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto” (artigo 368.º, n.º 1, alínea c)); ter o trabalhador sido transferido até três meses antes para o posto de trabalho extinto (artigo 368.º, n.º 3); quando o empregador não demonstrar a inexistência de outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador (artigo 368.º, n.º 1, alínea b) e n.º 4); e finalmente, por não se verificar verdadeira extinção do posto de trabalho, por haver substituição do despedido (Monteiro Fernandes, 2017: 602).

Dos requisitos legais mencionados, para que se possa considerar a admissibilidade da extinção do posto de trabalho e, assim, garantir a licitude do despedimento, assume especial importância – especialmente por ter sido, também, suscitada a constitucionalidade da sua “omissão” na Lei n.º 23/2012 e ter sido determinada a repriminção da redação primitiva pelo Acórdão n.º 602/2014 do TC –, o requisito previsto no artigo 368º, n.º 1, alínea b) e objetivado no n.º 4, do mesmo preceito, que consubstancia a obrigação de ser praticamente impossível a subsistência da relação laboral, o qual corresponde a um dever que impende sobre o empregador de demonstrar a inexistência de outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador (sendo que a competente prova de inexistência e a respetiva verificação recai sobre o empregador).²⁸

Por outro lado, o n.º 2 do art. 368.º do CT estabelece, ordenadamente, cinco critérios de seleção “relevantes e não discriminatórios”, aos quais o empregador se encontra condicionado quando pretenda extinguir um posto de trabalho e se depare com uma pluralidade de postos de conteúdo funcional idêntico (e, como tal, todos elegíveis para essa extinção), dispondo como segue: 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; e) Menor antiguidade na empresa.

No que concerne ao procedimento a seguir no caso de despedimento por extinção do posto de trabalho - o qual se traduz “numa série de diligências preparatórias de uma decisão unilateral que pertence ao empregador (...) que, todavia não implica efetiva limitação da liberdade de decisão do empregador - constata-se que o mesmo está contemplado nos artigos 369º a 371º do CT. Tal procedimento é carregado de exigências formais, “trata-se de um processo de informação e consulta” que “visa assegurar o esclarecimento do trabalhador abrangido, garantir o exercício do contraditório e tutelar a segurança jurídica, bem como permitir o posterior controlo jurisdicional desses fundamentos” (Monteiro Fernandes, 2014: 511).²⁹

O primeiro “passo” deste procedimento exige uma comunicação escrita do empregador dirigida à estrutura representativa dos trabalhadores, caso esta exista na empresa, e ao trabalhador

²⁸ Neste tocante veja-se o Ac. STJ 29-05-2013 (Fernandes da Silva) proc. n.º 1270/09.4TTLSB.L1.S1, onde o STJ afirmou que o empregador tem o dever de oferecer ao trabalhador um posto de trabalho da mesma categoria, caso este exista e esteja disponível, mas não tem a obrigação de criar um novo posto para o trabalhador.

²⁹ Cfr. Ac. do STJ de 17/03/2016, Proc. 1274/12.0TTPRT.P1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/8917E5C491554D8480257F7A0037C90E>.

envolvido³⁰, transmitindo-lhe(s) “a necessidade de extinguir o posto de trabalho”, com a indicação dos motivos justificativos, e da conseqüente necessidade de despedir o trabalhador afeto ao posto de trabalho a extinguir, a sua categoria profissional e ainda a indicação dos critérios segundo os quais foi selecionado para ser despedido (art. 369º, n.º 1, alíneas a) a c)). Os destinatários dessa comunicação, nos termos do teor do n.º 1 do art. 370º do CT, dispõem de um prazo de dez dias para se oporem, sendo que qualquer um deles pode emitir parecer fundamentado, do qual constem as respectivas razões, “nomeadamente sobre os motivos invocados, os requisitos previstos no n.º 1 do art. 368º do CT ou os critérios a que se refere o n.º 2 do mesmo artigo (...)”. Este artigo assume especial relevância em termos processuais, na medida em que contém ainda, no n.º 1, uma prerrogativa, admitindo-se que sejam apresentadas “alternativas que permitam atenuar os efeitos do despedimento”.

Note-se que, nos termos do estipulado no n.º 1 do art. 63º do CT, se em causa estiver o despedimento de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou de trabalhador no gozo de licença parental, o despedimento carece de parecer prévio da entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres (CITE), sendo que, o empregador deverá remeter cópia do processo à entidade referida das consultas referidas no n.º 1 do artigo 370º do CT (Cfr. alínea c) do n.º 3 do art. 63º do CT), sob pena de ilicitude do despedimento conforme estabelecido no 381º, alínea d) do CT. A CITE deverá, atento o preceituado no n.º 4 do art. 63º comunicar o seu parecer ao empregador e ao trabalhador, nos 30 dias subsequentes à receção do processo, considerando-se em sentido favorável ao despedimento quando não for emitido dentro do referido prazo.³¹

Adicionalmente, os n.ºs 2 e 3 do artigo 368º do CT preveem a possibilidade de ser, pelos mesmos intervenientes, no prazo de três dias após a comunicação do empregador, solicitada a intervenção do serviço com competência inspetiva do Ministério responsável pela área laboral (a ACT) para que proceda à “verificação dos requisitos de admissibilidade do despedimento” (isto é, atestar a inexistência na empresa de contratos de trabalho a termo para funções da mesma natureza; a inaplicabilidade do regime do despedimento coletivo ou sobre os critérios

³⁰ Nomeadamente, à comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão intersindical ou comissão sindical. E ainda, caso o trabalhador em causa seja representante sindical, à associação sindical respetiva.

³¹ Veja-se ainda, neste tocante, que “se o parecer for desfavorável ao despedimento, o empregador só o pode efetuar após decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo, devendo a ação ser intentada nos 30 dias subsequentes à notificação do parecer”. Cfr. n.º 6 do artigo 63º CT .

de seleção observados na escolha do trabalhador), informando simultaneamente o empregador deste facto.

No prazo de sete dias após a receção do requerimento a solicitar a análise, a inspeção do trabalho elabora e envia ao requerente e ao empregador relatório sobre a matéria sujeita a verificação (Cfr. N.º 3 do artigo 370.º do CT).

Nesta sequência, decorridos cinco dias sobre o termo do prazo (de dez dias) concedido pela lei para apresentação do parecer dos interessados, ou, sendo caso disso, a contar da receção do relatório da ACT ou do termo do prazo para o seu envio, o empregador profere, por escrito, decisão fundamentada. Desta decisão, de acordo com a lei (n.º 2 do artigo 371º do CT), deverão constar os seguintes elementos: a) Motivo da extinção do posto de trabalho; b) Confirmação dos requisitos previstos no n.º 1 do artigo 368.º do CT³²; 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 e) Data da cessação do contrato. Estamos perante uma modalidade de despedimento sujeita a pré-aviso, ou como refere Monteiro Fernandes (2017: 606), “condicionada por uma dilação (entre a decisão e a efetiva extinção de contrato)”. Nestes termos, a decisão do empregador, deverá sempre ser comunicada pelo empregador ao trabalhador “por cópia ou transcrição, e às entidades referidas no n.º 1 do artigo 369.º do CT e, bem assim, à ACT (neste caso, através de formulário disponível no site da desta autoridade inspetiva³³)³⁴”, com a antecedência referenciada na respetiva norma (art. 371º, n.º 3, alíneas a) a d) do CT³⁵), que pode ir de quinze a setenta e cinco dias, dependendo da antiguidade do trabalhador. Segundo o citado Autor, este prazo tem, essencialmente, em vista a busca de outro emprego por parte do trabalhador, mas também para efeitos de contabilização da

³² Nomeadamente, 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; e d) Não seja aplicável o despedimento coletivo.

³³ Designadamente em [http://www.act.gov.pt/\(pt-pt\)/centroinformacao/formularios/paginas/default.aspx](http://www.act.gov.pt/(pt-pt)/centroinformacao/formularios/paginas/default.aspx).

³⁴ Cf. plasmado no artigo 371.º, n.º 3 do CT.

³⁵ A antecedência mínima é de a) 15 dias, no caso de trabalhador com antiguidade inferior a um ano; b) 30 dias, no caso de trabalhador com antiguidade igual ou superior a um ano e inferior a cinco anos; c) 60 dias, no caso de trabalhador com antiguidade igual ou superior a cinco anos e inferior a 10 anos; d) 75 dias, no caso de trabalhador com antiguidade igual ou superior a 10 anos.

compensação e de outros créditos laborais, cujo pagamento tem que ser correspondente a também a este período e ocorrer até ao termo desse prazo³⁶.

No que respeita aos direitos do trabalhador cujo contrato cesse por extinção do posto de trabalho, o Código do Trabalho remete-nos para as regras do despedimento coletivo, dispondo o seu art. 372º que: “Ao trabalhador despedido por extinção do posto de trabalho aplica-se o disposto no n.º 4 e na primeira parte do n.º 5 do artigo 363.º e nos artigos 364.º a 366³⁷.”.

Note-se que, após recebimento da compensação pelo trabalho, em conformidade com o consagrado no n.º 4 do art. 366.º do CT, “presume-se que o trabalhador aceita o despedimento quando recebe do empregador a totalidade da compensação prevista neste artigo”

Na sequência da consagração legal da presunção nos termos expostos, veio o legislador permitir, nos termos do n.º 5 do citado art. 366.º do CT, em consonância com as regras gerais do direito substantivo, que tal presunção possa ser ilidida, “desde que, em simultâneo, o trabalhador entregue ou ponha, por qualquer forma, a totalidade da compensação paga pelo empregador à disposição deste último”.

Por fim, e como aliás, já se referiu *supra*, nos termos do artigo 384º, alíneas a) a d) do CT, o despedimento por extinção do posto de trabalho é ilícito se o empregador não cumprir os requisitos do n.º 1, do artigo 368º do CT; não observar o disposto no n.º 2 do artigo 368.º do CT; não tiver feito as comunicações previstas no artigo 369.º do CT; não tiver posto à disposição do trabalhador despedido, até ao termo do prazo de aviso prévio, a compensação por ele devida a que se refere o artigo 366.º, por remissão do artigo 372.º do CT, e os créditos vencidos ou exigíveis em virtude da cessação do contrato de trabalho.

³⁶ Cfr. disposto no n.º 4 e na primeira parte do n.º 5 do artigo 363.º do CT.

³⁷ Nestas disposições prevê-se que o trabalhador tem direito:

- Não sendo observado o prazo mínimo de aviso prévio, o contrato cessa decorrido o período de aviso prévio em falta a contar da comunicação de despedimento, devendo o empregador pagar a retribuição correspondente a este período;
- O pagamento da compensação, dos créditos vencidos e dos exigíveis por efeito da cessação do contrato de trabalho deve ser efetuado até ao termo do prazo de aviso prévio;
- 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;
- 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;
- Em caso de despedimento por extinção do posto de trabalho, o trabalhador tem direito a compensação correspondente a 12 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, a determinar de acordo com o n.º 2 do artigo 366.º do CT.

2.2 Resenha histórica: evolução do regime e as principais alterações ao n.º 2 do art. 368.º do CT.

Do *supra* exposto relativamente à justa causa, resulta claro que o despedimento por extinção do posto de trabalho surge, inevitavelmente, acompanhado da evolução do próprio conceito daquela figura.

2.2.1 O período anterior à publicação do DL n.º 64-A/89 e a vigência da LCCT

Como vimos³⁸, na primeira LCT (Lei n.º 1952, de 10/3/37) a justa causa estava consagrada como uma cláusula aberta, apenas ilustrativa, que impunha a respetiva articulação com as listas exemplificativas previstas nos pontos 1), 2) e 3) do § único do art. 11.º e do art. 12.º, “constituindo a matriz da legislação subsequente” (Carvalho Martins e Canas da Silva, 2014: 515). Igualmente, na LCT de 1966 e na LCT de 1969 deparamo-nos com a consagração de uma cláusula aberta de justa causa.

Na realidade, a primeira aparição de reflexos do que viria a ser o procedimento de despedimento por extinção do posto de trabalho no ordenamento jurídico português remonta à Lei dos Despedimentos (art. 13.º e 14.º do DL n.º 372-A/75, de 16 de Julho), que apesar de restringir a justa causa à sua vertente subjetiva³⁹, veio introduzir o conceito de motivo atendível com aviso prévio.⁴⁰ Aliás, dedica um capítulo, o capítulo V, precisamente à “Cessação do contrato individual de trabalho por despedimento promovido pela entidade patronal ou gestor público, com base em motivo atendível.” No entanto, como referem CARVALHO MARTINS E ABRUNHOSA E SOUSA (2016: 143) esta modalidade surge “de forma incipiente ou sob o manto do despedimento por motivo atendível”. Concretamente, os arts. 13.º e 14.º, n.º 1, introduziram o motivo atendível como um conjunto de causas objetivas ligadas ao trabalhador ou à própria empresa que tornem a manutenção da relação laboral contrária aos interesses desta ou da própria economia. Note-se aliás que a alínea a) do art. 14.º, n.º 3 prevê expressamente a necessidade de extinção de posto de trabalho como um motivo atendível.

³⁸ Recorde-se o que se referiu a este propósito *supra* no Capítulo I, ponto 1.3.

³⁹ Cfr. art. 10.º, n.º 1 do citado DL, de onde decorre que a cessação da posição contratual podia ocorrer perante um “comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, constituísse infração disciplinar”.

⁴⁰ Recorde-se o que se referiu a este propósito no *supra* Capítulo I, ponto 1.3.

O n.º 2 do referido preceito merece igualmente destaque na medida em que, de alguma forma, transparece preocupações do legislador sentidas, bem como se reconhecem no atual artigo 368.º, n.º 2 e n.º 4, designadamente por estabelecer que “Na apreciação da existência de motivo atendível deve ser sempre tida em conta a gravidade das consequências que para o trabalhador representa a perda do emprego, nomeadamente face às condições do mercado do trabalho e às características pessoais do trabalhador, ponderando tais fatores com o motivo invocado e com as possibilidades de a empresa resolver a situação de modo não prejudicial ao trabalhador, nomeadamente através da sua reclassificação ou aproveitamento.”

Como se viu em momento anterior, um ano depois da Lei dos Despedimentos ter consagrado o despedimento por motivo atendível, o DL n.º 84/76, de 28 de janeiro suprimiu-o.

Por sua vez, em 1989, com a reforma laboral, concretizada pela LCCT (Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro),⁴¹ surge nos artigos 26.º e ss. da secção II do capítulo V, intitulada “Cessação do contrato de trabalho, por extinção de postos de trabalho, não abrangida por despedimento coletivo”, consagrada a figura da extinção do posto de trabalho. Como se refere no preâmbulo do mencionado diploma o “regime instituído consagra um quadro de garantias substantivas e processuais de defesa dos trabalhadores que abrange não só a decisão do empregador quanto à extinção do posto de trabalho como os limites em que aquela pode implicar a cessação do contrato de trabalho do trabalhador que o ocupe.”

Assim, é instituído o despedimento por extinção do posto de trabalho (por causas objetivas de ordem estrutural, tecnológica ou conjuntural relativas à empresa) com regime próprio, sendo que esta figura surgiu da necessidade sentida - perante determinados motivos inerentes ao funcionamento da empregadora (desde que não lhe fossem imputáveis), - de romper vínculos laborais, mas para as quais não se pudesse aplicar a figura do despedimento coletivo.

Note-se que, como refere PALMA RAMALHO a figura da extinção do posto de trabalho surge plasmada na LCCT “em moldes de grande exigência e rigidez” (Palma Ramalho, 2014: 1050), sendo considerada por alguns autores uma “armadilha para os empregadores”⁴², na verdade, consubstanciava uma modalidade de aplicação prática complicada. Consequentemente verificou-se que o recurso a esta modalidade foi diminuto, desde logo, pela pouca jurisprudência existente sobre a mesma.

⁴¹ O qual veio a ser revogado pela alínea m) do n.º 1 do artigo 21.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto

⁴² Neste sentido, Abílio Neto, Despedimentos e Contratação a Termo – Notas e Comentários, Lisboa, 1989, 159, nota [1].

A LCCT, no artigo 27.º, n.º 1 (correspondente ao atual artigo 368.º, n.º 1 do CT⁴³), sob a epígrafe “Condições de cessação do contrato de trabalho”, estabelecia os requisitos de que esta modalidade de despedimento depende, concretamente: a) Os motivos indicados não sejam imputáveis a culpa do empregador ou do trabalhador; b) Seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho; c) Não se verifique a existência de contratos a termo para as tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto; d) Não se aplique o regime previsto no artigo 16.º (despedimento coletivo); e) Seja posta à disposição do trabalhador a compensação devida.

Atentando-se ao requisito expresso na alínea b), o qual prevê a “impossibilidade prática”, constata-se que esta modalidade de despedimento foi configurada à luz do princípio da segurança no emprego, a que se aludiu *supra*, permitindo ao empregador desvincular-se de um trabalhador “sem utilização viável” (Monteiro Fernandes, 2017: 600).

No que concerne aos critérios de seleção do trabalhador a despedir constata-se que os mesmos se encontravam previstos no n.º 2 do artigo 27.º deste diploma, o qual estabelecia que, “Havendo na secção ou estrutura equivalente uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, a entidade empregadora, na concretização de postos de trabalho a extinguir, observará, por referência aos respetivos titulares, os critérios a seguir indicados, pela ordem estabelecida: 1.º Menor antiguidade no posto de trabalho; 2.º Menor antiguidade na categoria profissional; 3.º Categoria profissional de classe inferior; 4.º Menor antiguidade na empresa.”. No acórdão do TC n.º 64/91, proferido dois anos após a entrada em vigor da LCCT, o TC admitiu que a figura da justa causa podia contemplar mais do que factos disciplinares, abrangendo também factos objetivos, mas sempre “acautelando (...) os despedimentos arbitrários” (Falcão e Tomás, 2014: 45).

2.2.2 Os Códigos de Trabalho de 2003 e de 2009

A ordem de critérios constante da LCCT e à qual aludimos *supra* manteve-se inalterada no CT de 2003 como, de resto, se manteve quase toda a configuração originária desta figura (Palma

⁴³ Facilmente se percebe as condicionantes de aplicação desta modalidade de cessação do contrato de trabalho, de um modo geral, não diferem muito das atuais, salvo a alínea e) que foi individualizada no n.º 5 do artigo 368.º do CT em vigor: “O despedimento por extinção do posto de trabalho só pode ter lugar desde que, até ao termo do prazo de aviso prévio, seja posta à disposição do trabalhador a compensação devida, bem como os créditos vencidos e os exigíveis por efeito da cessação do contrato de trabalho”

Ramalho, 2014: 1050), assistindo-se apenas a alterações de pouco relevo. Concretizando, este diploma apresenta uma nova sistematização, sendo que os requisitos substantivos (noção, requisitos e direitos dos trabalhadores) encontram-se vertidos nos artigos 402.º a 404.º e os procedimentais (comunicações, consultas e decisão) nos artigos 423.º a 425.º.

Por sua vez, a modalidade em apreço é apresentada no Código 2009, revelando manifestas alterações sistemáticas (“represtinando-se” a sistematização consagrada na LCCT, isto é, os aspetos substantivos e procedimentais voltam a ser plasmados na mesma divisão) e revela, também, novidades no que respeita aos prazos de aviso prévio do despedimento por extinção do posto de trabalho.

No que concerne aos critérios, neste Código regista-se uma ligeira mudança, nomeadamente no 3.º critério, isto é, a “categoria profissional de classe inferior”, que passa a corresponder ao critério de “classe inferior na mesma categoria profissional” (artigo 368.º, n.º 2 do CT de 2009). Ainda assim, no CT de 2009, a verdade é que o regime do despedimento de extinção de posto de trabalho não apresenta alterações significativas (salvo a nível sistemático), sendo que para a escolha do trabalhador a ser despedido, sempre se teria que se recorrer a critérios de seleção objetivos e devidamente hierarquizados, que deviam ser obrigatoriamente utilizados, sempre que existisse, na secção ou empresa, uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico e se pretenda proceder à extinção de apenas um ou de alguns deles. Atendia-se ao critério da antiguidade⁴⁴ e, primordialmente, a seleção do empregador recaia na pessoa mais recentemente afeta ao posto de trabalho em causa.

De facto, neste Código o conceito de “subsistência praticamente impossível da relação de trabalho” era definido no n.º 4 do artigo 368.º, como sendo aquele que se verifica “quando o empregador não disponha de outro [posto de trabalho] compatível com a categoria profissional do trabalhador”.

Posto isto, e atendendo ao que se expôs relativamente à LCCT, constata-se que o regime da extinção de posto de trabalho havia alcançado alguma sedimentação jurídica. De facto, perante a estabilidade legislativa que vinha acompanhando a extinção do posto de trabalho, tudo indicava que estaríamos perante um regime pacífico desta modalidade de cessação do contrato de trabalho.

2.2.3 O Memorando de Entendimento e a alteração introduzida pela Lei n.º 23/2012

⁴⁴ Como refere Monteiro Fernandes (2014c: 396), o critério da antiguidade consubstancia um critério “manifestamente inspirado na proteção dos menos empregáveis (mais velhos ou mais antigos) ”.

Acontece que, após duas décadas de pouca agitação legislativa no que concerne ao procedimento de extinção do posto de trabalho, temos vindo a assistir nos últimos anos a “avanços, recuos e incursões que suscitaram dúvidas, incertezas e instabilidade na árdua tarefa de interpretação -aplicação da lei” (Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, 2016: 143).

De facto, a 17 de maio de 2011 – e portanto, dois anos após a entrada em vigor do CT de 2009 – o Governo de Portugal e a Troika (o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu) assinaram o Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica⁴⁵, o qual visava, entre as várias medidas⁴⁶ previstas para o mercado laboral (plasmadas no ponto 4.), “implementar reformas na legislação relativa à proteção ao emprego para combater a segmentação do mercado de trabalho, promover a criação de emprego e facilitar a transição dos trabalhadores entre várias atividades, empresas e setores”; bem como “(...) aumentar a competitividade das empresas”; e “garantir boas práticas e recursos apropriados para Políticas Ativas do Mercado de Trabalho, com o objetivo de melhorar a empregabilidade dos jovens e das categorias desfavorecidas e minorar os desajustamentos no mercado de trabalho.”.

Com efeito, impunha-se claramente, no ponto 4.5 do MoU, relativo a reformas no sistema de proteção do emprego, com o objetivo de introduzir ajustamentos aos casos de despedimentos individuais com justa causa previstos no Código do Trabalho, designadamente no ponto ii., que a legislação afastasse o critério da antiguidade, referindo expressamente que:

“Os despedimentos individuais associados à extinção do posto de trabalho não devem necessariamente seguir uma ordem pré-estabelecida de antiguidade, se mais do que um trabalhador estiver destinado a funções idênticas (art.º 368 do Código do Trabalho). A ordem pré-definida de antiguidade não é necessária desde que o empregador estabeleça um critério alternativo relevante e não discriminatório (semelhante ao já existente no caso dos despedimentos coletivos);”.

⁴⁵ Disponível em https://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf

⁴⁶ Como refere Monteiro Fernandes (2014c: 390) neste tocante com a Lei 23/2012 “operou-se não só um conjunto de modificações pontuais ao código (...) mas, sobretudo, uma inversão da política legislativa em matéria laboral, em vários sentidos desfavoráveis aos interesses dos trabalhadores nas relações de trabalho: acentuação da individualização das condições de trabalho, derrogabilidade de regimes de proteção anteriormente imperativos, redução de diversos benefícios económicos (acréscimos remuneratórios por trabalho suplementar, compensações por cessação do contrato de trabalho e de tempos de descanso), facilitação de despedimentos por motivo não disciplinar, anulação dos regimes convencionais anteriores que fossem mais favoráveis aos trabalhadores”.

Feita a contextualização, importa agora, neste ponto, atentar aos motivos e condicionantes subjacentes à Lei n.º 23/2012, de 25 de junho.

De facto, da apreciação da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 46/XII – a qual precedeu a Lei n.º 23/2012 e visava dar resposta às exigências em matéria de legislação laboral resultantes dos compromissos assumidos no quadro do MoU, – constata-se que a ideia de se consagrar um “critério alternativo relevante e não discriminatório”, em detrimento do critério da antiguidade foi plenamente acolhida, porquanto se considerava que este último critério poderia originar escolhas desajustadas (Mestre, 2013: 199). Termos em que, a reforma do CT, vertida na referida lei, impulsionada pelo MoU, introduziu duas novidades substanciais, destacando-se⁴⁷ a possibilidade se eleger o trabalhador a despedir mediante “enigmáticos” “critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho” e a eliminação da exigibilidade de oferecer um posto de trabalho (Monteiro Fernandes, 2014c: 397).

A Lei em apreço procedeu, desta feita, à eliminação dos critérios de seleção objetivos e hierarquizados (a seleção era marcadamente condicionada por um critério “social”- proteção dos menos empregáveis – e previa uma ordem de prioridades legalmente definida (art. 368.º/2)), substituindo-os pela atribuição à entidade patronal da faculdade de definir, ela própria, critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho (n.º 2 do artigo 368.º). Por outras palavras, impunha-se, nos termos do n.º 2 da citada previsão legal, que existisse congruência entre os critérios de seleção a definir pelo empregador e o motivo invocado e os critérios não podiam nunca ser baseados em fatores de discriminação (Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, 2016: 144).

Nas palavras de MONTEIRO FERNANDES (2014c: 397), a Lei n.º 23/2012 “atingiu, nesse ponto, o climax da afirmação ideológica: pretendeu substituir o critério legal de prioridades⁴⁸ pelo critério do empregador”, considerando que “a lei prescindia de qualquer cuidado relativamente à escolha em causa, nomeadamente pelo que respeita à posição dos despedidos face às oportunidades de trabalho”, e, como tal, afirma que o legislador atribuía “prevalência ao interesse e à vontade de um dos contraentes.”

⁴⁷ Porquanto assume especial relevância para o estudo da modalidade de cessação do vínculo laboral em causa.

⁴⁸ A qual derivava de preocupações de tutela de pessoas em situação vulnerável, e não, propriamente, duma exigência abstrata de “objetividade” da escolha, isto é, de prevenção do arbítrio ou da discriminação, que sempre seria alcançável por outros meios e trajetos jurídicos.

Para além do mais, com a entrada em vigor da Lei n.º 23/2012 passou, como se referiu, a prever-se somente que «a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador demonstre ter observado critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho» (n.º 4 do artigo 368.º). Assim, nos termos do novo preceito afigurava-se suficiente que a observância dos critérios se considerasse conforme com as mencionadas exigências para que se julgasse “que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível” (Monteiro Fernandes, 2017:600), tendo o legislador optado por omitir a exigência de manutenção do vínculo quando, possivelmente, até existisse na empresa um posto de trabalho suscetível de ser ocupado pelo mesmo trabalhador. Para (Monteiro Fernandes, 2017:601), esta alteração legislativa era “ostensivamente inconstitucional”.

Do exposto resulta que a reforma de 2012 se assumiu como uma “reviravolta” na evolução do sistema regulador das relações laborais.

Vejamos o que se sucedeu.

2.2.4 Acórdão n.º 602/2013 do Tribunal Constitucional

Se por um lado é verdade que as alterações inovadoras apresentadas pela Lei n.º 23/2012 visavam a maior aplicabilidade da modalidade em apreço, por outro lado estas alterações suscitaram dúvidas quanto à sua conformação com a CRP.

E foi, precisamente, na sequência de um pedido de fiscalização sucessiva da constitucionalidade, apresentado em julho de 2012 por um grupo de deputados à Assembleia da República relativamente a normas introduzidas no Código do Trabalho através da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, que o TC se pronunciou pela inconstitucionalidade com força obrigatória geral no Ac. do TC n.º 602/13, de 20 de setembro⁴⁹.

No que concerne à proibição do despedimento sem justa causa, concretamente quanto ao Artigo 368º, n.ºs 2 e 4, do Código do Trabalho (o despedimento por extinção de posto de trabalho), o pedido de fiscalização fundamentava-se, em síntese, no seguinte:

Por um lado, “Ao eliminar-se a obrigatoriedade de transferência para posto de trabalho compatível (e o ónus de verificar se há posto de trabalho alternativo), cria-se uma margem de discricionariedade que possibilita o «contorno», pela entidade patronal, da verificação dos elementos e procedimentos disciplinares baseados na existência de justa causa para despedimento, pondo assim em causa o princípio

⁴⁹ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130602.html>

constitucional da segurança no emprego e a proibição dos despedimentos sem justa causa (artigo 53.º da Constituição) ”;

Por outro lado, “ (...) a possibilidade de elaboração casuística, *ad hoc*, de critérios de seleção, diferentes em cada situação, não garante a objetividade na seleção do trabalhador a despedir antes permitirá a elaboração de critérios de seleção à medida do(s) trabalhador(es), que se pretenda despedir”.

Concluindo que “ (...) o enfraquecimento do sistema legal de garantias que rodeiam a admissibilidade do despedimento por extinção do posto de trabalho, nos termos constantes da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho (artigo 368.º, n.ºs 2 e 4), põe claramente em causa a admissibilidade constitucional desta forma de despedimento, na medida em que permitirá a realização de despedimentos arbitrários ou baseados na mera conveniência da empresa, absolutamente vedados pela Constituição nos termos do artigo 53.º.”

No acórdão n.º 602/2013, de 20/09 (retificado pelo acórdão n.º 635/2013, de 1/10), o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de algumas normas do Código do Trabalho (CT) na redação dada pela Lei n.º 23/2012. A verdade é que, só uma parte muito reduzida das alterações legislativas constantes da referida Lei mereceu a censura daquele Tribunal, sendo que uma delas foi relativa ao despedimento por extinção do posto de trabalho.

Neste contexto, a redação introduzida pela Lei n.º 23/2012 do n.º 2 do artigo 368.º do CT, onde se previa a prerrogativa de o empregador definir os critérios de seleção dos trabalhadores a despedir, nas situações em que existisse pluralidade de postos de trabalho com idêntico conteúdo funcional foi declarada inconstitucional, bem como a norma do art.º 368.º, n.º 4, do CT na redação dada pela Lei n.º 23/2012, a que supra se aludiu.

O TC considerou, assim, que o regime da extinção do posto de trabalho plasmado na Lei n.º 23/2012 padecia de desconformidade com a Constituição⁵⁰ por violação do princípio da segurança no emprego, consagrado no artigo 53.º da CRP, nomeadamente por considerar que o n.º 2 do artigo 368.º, nos moldes em que estava estabelecido, não previa as necessárias indicações normativas quanto aos critérios que devem presidir à decisão do empregador de seleção do posto de trabalho a extinguir. Por outras palavras, para o TC a norma cuja fiscalização da constitucionalidade foi suscitada, por um lado, permitia que essa escolha ficasse na disponibilidade do empregador, e por outro lado, alheava a seleção do trabalhador a despedir das razões que devem presidir à escolha do concreto posto de trabalho a extinguir, na medida

⁵⁰ Para MONTEIRO FERNANDES (2014b: 397), como veremos adiante, o TC julgou a incompatibilidade da norma em apreço com a CRP “partindo de um pressuposto (...) menos certo”, “o de que o critério legal visava essencialmente a “objetivação” da escolha, exigida pela noção de justa causa”. Para este Autor o que estava verdadeiramente omisso na Lei era a previsão de preocupação com as consequências para o trabalhador a despedir.

em que os critérios deviam corresponder, exclusivamente, às razões subjacentes à decisão de extinção do posto de trabalho.

A declaração de inconstitucionalidade determinou a invalidação de tal regime desde a data da sua entrada em vigor (1 de agosto de 2012)⁵¹, determinando-se, assim, a reconstituição do regime instituído antes da entrada em vigor da Lei n.º 27/2012.

Perante a reforma de 2012, a posição do TC foi determinante para a necessidade de se gerar a legislação corretiva, como se verá de seguida.

Note-se contudo, que a decisão do TC não foi unânime, contou com votos contra do juiz relator, PEDRO MACHETE, acompanhado por MARIA DE FÁTIMA MATAMOUROS, tendo feito a sua declaração de voto vencido precisamente quanto a esta matéria, com o fundamento de que:

- a) o “alinhamento do despedimento por extinção do posto de trabalho com o despedimento coletivo no tocante à objetividade dos respetivos fundamentos. Nessa mesma medida pode justificar-se um tratamento paralelo ao previsto no artigo 360.º, n.º 2, alínea c), do Código do Trabalho quanto à definição dos critérios para seleção dos trabalhadores a despedir”;
- b) “não se compreende porque há de ser a antiguidade um critério mais importante ou mais objetivo” do que outros (por exemplo, “habilitações, o custo do trabalhador para a empresa, o custo do trabalhador para a empresa, a sua produtividade, os resultados da avaliação de desempenho ou a situação pessoal e familiar dos trabalhadores elegíveis”; finalmente,
- c) o “controlo judicial da objetividade, relevância e do carácter não discriminatório dos critérios eventualmente definidos pelo empregador (...), estaria suficientemente acautelado pela exigência legal de fundamentação resultante da conjugação dos artigos 369.º, n.º 1, alínea c), e 371.º, n.º 2, alínea c), ambos do Código do Trabalho”.

⁵¹ Note-se que, apesar da invalidação de tal regime remontar à data da sua entrada em vigor (1 de agosto de 2012), parte da doutrina entende que as situações juridicamente consolidadas “não poderão ser atingidas” – consideradas ilícitas –, tais como aquelas em que já existe uma decisão judicial transitada em julgado ou em que a correspondente ação de impugnação não tenha sido interposta no prazo legalmente concedido para o efeito (Falcão e Tomás, 2016: 88). Neste sentido, veja-se Vieira Gomes e Carvalho (2014:205), em in “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 15/05/2014 (ou da aplicação da declaração de inconstitucionalidade dos números 2 e 4 do artigo 368.º do Código do Trabalho) ”.

Por último, importa referir que na declaração de voto contra de MARIA LÚCIA AMARAL é referido que o uso de “conceitos indeterminados são sempre suscetíveis de determinação perante o caso concreto, como são sempre suscetíveis de preenchimento valorativo as cláusulas gerais”, pelo que serão passíveis de “controlo jurisdicional” evitando-se os despedimentos arbitrários.⁵²

2.2.5 A Lei n.º 27/2014

Na sequência do aludido juízo de inconstitucionalidade, o legislador atendendo aos desafios propostos, designadamente, a “recuperação dos espaços do poder patronal na empresa e ao favorecimento dos interesses da gestão”, veio apresentar, na Lei n.º 27/2014, de 8 de maio, uma solução ponderada, articulando a proibição dos despedimentos sem justa causa e a proteção da livre iniciativa económica.

Recorde-se que, no hiato temporal que decorreu entre a declaração de inconstitucionalidade e a entrada em vigor da Lei 27/2014, a decisão de escolha do posto de trabalho a extinguir tinha que ser, por via da repriminção, baseada no critério da antiguidade.

Não podendo descurar-se “o conjunto de reformas estruturais tendentes a promover o crescimento económico e sustentada criação de emprego sustentado pelo “Memorando de Entendimento sobre as Condicionais de Política Económica”, e perante o carácter discutível do critério da antiguidade, compreende-se que a mera repriminção do art. 368.º/2 não fosse tida como suficiente (Falcão e Tomás, 2014: 88 e 89).

Posto isto, volvidos 8 meses da decisão do Tribunal Constitucional, foi publicada a Lei 27/2014, de 8 de maio, a qual apresentou uma nova redação do art. 368.º/2, onde se estabeleceu uma “ordem de critérios relevantes e não discriminatórios” a observar na escolha do trabalhador a despedir, na hipótese de se pretender extinguir um posto de trabalho dentro de um conjunto de postos funcionalmente idênticos. O novo preceituado (claramente em “cumprimento” dos desafios propostos, como se referiu) enuncia uma ordem de prioridades para o despedimento⁵³ que, conforme refere MONTEIRO FERNANDES (2017: 604) tenta reproduzir de forma evidente os critérios a que, atendendo às “conveniências de gestão da empresa”, o empregador

⁵² Os autores CARVALHO MARTINS e CANAS DA SILVA (2014: 511 e 531-534) sufragam o mesmo entendimento.

⁵³ Note-se que, para além da alteração no que respeita à lista de critérios “o corpo desta norma é muito idêntico ao da versão originária, com uma diferença: na parte final, os critérios legais são qualificados de relevantes e não discriminatórios” (Machado, 2015: 56 e 57).

médio com maior probabilidade recorreria, a saber: “deverá ser escolhido o trabalhador com pior avaliação de desempenho, ou menos habilitado ou qualificado, ou mais custoso, ou com menor experiência na função, ou, enfim, com menor antiguidade na empresa”, a qual se aprofundará no capítulo seguinte.

Por outro lado, por determinação do Ac. n.º 602/2013, recuperou-se, como se assinalou, a necessidade de inexistir outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador, para que se possa concluir pela impossibilidade de manutenção da relação de trabalho. E, posteriormente, a Lei n.º 27/2014 veio contemplar também o critério de legitimação da extinção do posto de trabalho relativo à possibilidade de o empregador poder despedir o trabalhador por via desta modalidade, apenas quando não disponha de outro posto compatível com a categoria do trabalhador em causa. Como tal, esse retorno do preceituado no 368.º/4 (via a repriminção automática) ao texto anterior, veio tornar-se indubitável, convertendo a repriminção em nova alteração ao enunciado da referida disposição, sendo que atualmente se pode ler nesta que “(...) 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 fim, dir-se-á que o regime da extinção do posto de trabalho manteve a sistematização que lhe foi conferida pela Lei n.º 7/2009, a saber: i) arts. 367.º e 368.º (noção e requisitos desta modalidade de despedimento); arts. 369.º a 371.º (procedimento); art. 372.º (direitos dos trabalhadores nesta eventualidade); art. 384.º (questões relativas à ilicitude deste despedimento).

CAPÍTULO III

3.1 Os critérios de seleção dos trabalhadores no despedimento por extinção de posto de trabalho introduzidos pela Lei 27/2014 - Notas Introdutórias

Como decorre do *supra* exposto, nos últimos anos, o regime do despedimento por extinção do posto de trabalho foi alvo de sucessivas alterações e, como tal, deixou de ser um tema pacífico, gerando controvérsia entre a doutrina. Nos dias de hoje, esta modalidade, como veremos, está ainda longe de ser consensual.

Concretamente, no que diz respeito às alterações perpetradas aos critérios de escolha do trabalhador a ser despedido, constata-se que as mesmas foram abundantemente debatidas.

No âmbito da modalidade em apreço, a cessação do contrato de trabalho implica a eliminação de um posto de trabalho, pelo que é fundamental que se proceda a uma criteriosa identificação do posto a extinguir.

Recorde-se que a cessação do contrato no âmbito desta modalidade funda-se em razões ligadas à organização do trabalho e o motivo que a suscita pode ser passível de afetar uma multiplicidade de trabalhadores e, caso essa situação se verifique, ao empregador compete articular o motivo com um elemento decisório adicional, o critério de decisão (Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, 2016: 146).

Posteriormente, a escolha do trabalhador a despedir afigura-se problemática, quando se verifique que existem na secção ou estrutura equivalente uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico.

Antes de mais, cumpre traçar, em termos gerais, a noção de posto de trabalho, que corresponde, segundo NUNES DE CARVALHO (2014: 132), a “uma posição numa concreta organização produtiva, que é desenhada pelo titular desta e está sujeita às suas opções de gestão, posição que implica um certo conteúdo funcional, requer determinada qualificação profissional e/ou aptidão, envolve certos meios equipamentos e riscos, pode ter associado um conjunto de condições de trabalho (designadamente, em termos de esquema temporal de realização da prestação) e à qual o trabalhador é afeto pelo empregador no quadro da execução do contrato de trabalho”.

Nas palavras de Machado (2015: 49), a identificação do posto a extinguir é “simples quando é único ou apresenta características distintivas (ex. telefonista, secretária do diretor,...),

impossível sem a utilização de prévios critérios de seleção, se existirem vários postos de trabalho idênticos.”

Assim, e adotando os traços gerais da noção de posto de trabalho apontados por Furtado Martins (2012a: 249-251), pode afirmar-se que, no momento em que o empregador toma a decisão gestonária de redução do emprego, impõe-se-lhe nesta fase inicial aferir os postos de trabalho de determinada organização laboral elegíveis para o despedimento, isto é, perceber quais os trabalhadores “em plano de rigorosa igualdade” para o efeito, e deverá fazê-lo através da identificação do respetivo conteúdo funcional, do posicionamento hierárquico, da inserção numa unidade organizativa (ou económica, para CARVALHO MARTINS E ABRUNHOSA E SOUSA (2016:145, nota 9), e a da localização geográfica.

De facto, para a análise comparativa subjacente à aplicação dos critérios legais, as diretrizes a observar pelo empregador (de forma esquemática) são as seguintes: i) em primeiro lugar, deve previamente individualizar a unidade económica a ser abrangida pelo despedimento por extinção do posto de trabalho; ii) depois, deverá ter em consideração que a fundamentação do despedimento tem que estar conectada direta ou indiretamente com a unidade económica que vai ser reduzida; iii) e, por último, deve abstrair-se da categoria profissional (interna ou externa)⁵⁴ e segmentar os trabalhadores dessa unidade económica em função do núcleo essencial de funções que desempenham, de forma a ser possível ao empregador apurar quais os trabalhadores que exercem funções de conteúdo funcional idêntico, para que finalmente os possa comparar. (Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, 2016:145)

Recorde-se neste tocante que, como se observou *supra*, as alterações ao regime jurídico do despedimento por extinção do posto de trabalho, concretamente, no que respeita aos critérios de seleção, surgem num “contexto de promoção de uma legislação laboral flexível, que supostamente se traduzirá na modernização do mercado de trabalho e das relações laborais⁵⁵” e tinham dois objetivos: i) dar cumprimento aos compromissos assumidos no Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego e no Memorando de Entendimento sobre as

⁵⁴ Que pode estar determinada no quadro de pessoal, nos recibos de vencimento ou no instrumento de regulamentação coletiva de trabalho.

⁵⁵ Contrariamente, na opinião de FAUSTO LEITE (2014) “esta terceira versão governamental não promove “uma sustentada criação de emprego, a competitividade empresarial”, nem a “inclusão social”, contrariamente ao alegado na Exposição de Motivos. Pelo contrário, ao facilitar o despedimento dos trabalhadores mais velhos e experientes e favorecer a diminuição dos salários, o Governo incrementará a discriminação, o desemprego de longa duração e a exclusão social”

Condicionalidades de Política Económica; ii) suprir as declarações de inconstitucionalidade que, nessa matéria, resultaram do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 602/2013.⁵⁶

A ordem de critérios “relevantes e não discriminatórios” que devem ser atendidos atualmente pelo empregador na seleção do trabalhador a despedir, sem prejuízo do respeito pelo empregador da exigência legal de fundamentação que decorre do respetivo regime jurídico, estão vertidos no n.º 2 do artigo 368.º do CT e são os seguintes: 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; e) Menor antiguidade na empresa.

Como se referiu já aquando da análise da Lei n.º 27/2014, designadamente, a propósito das alterações apresentadas pelo referido diploma quanto aos critérios de seleção previstos no n.º 2 do artigo 368.º, na nova formulação de parâmetros é manifesto que o legislador procurou reproduzir os critérios a que, atendendo às “conveniências de gestão da empresa”, o empregador médio com maior probabilidade recorreria, substituindo-se ao próprio empregador na avaliação destas (Monteiro Fernandes, 2017: 604).

É, da mesma forma, evidente, que o legislador visou garantir a “objetividade” da escolha, - ainda que o seu alcance seja duvidoso, como veremos -, só deste modo se podendo obviar despedimentos “por capricho, mera antipatia ou mesmo encapotada discriminação” (Monteiro Fernandes, 2014b: 398). Ainda que, como refere MONTEIRO FERNANDES, seria possível garantir a “objetividade” recorrendo a outras vias jurídicas.

Note-se, por fim, que a nova ordem de critérios a observar pelo empregador, para extinguir um posto de trabalho nas situações em que existam vários postos de conteúdo funcional idêntico, expressa uma inversão de política legislativa em curso, na medida em que o critério “social” de escolha do trabalhador a despedir foi preterido por critérios “de pura perspectiva de gestão de empresa” (Monteiro Fernandes, 2014: 398; 2017: 604). Sendo que, os únicos dois dos cinco critérios previstos que estão relacionados com a experiência e antiguidade do trabalhador – e portanto, relacionados com os critérios anteriormente consagrados - passaram a ocupar os dois últimos lugares da hierarquia estabelecida.

⁵⁶ Cfr. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 207/XII, disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d6a41334c56684a5353356b62324d3d&fich=ppl207-XII.doc&Inline=true>.

É igualmente de salientar o esforço de interpretação que se tem gerado em torno das expressões utilizadas nos critérios definidos pelo legislador, estando-se longe de reunir consenso, quer na doutrina, quer por parte dos sindicatos ou por parte das empresas, tudo conforme veremos adiante. Acresce ainda o facto de não existir praticamente jurisprudência (pelo menos de segunda instância, existe apenas um Acórdão, como se verá adiante) no âmbito desta matéria, ao abrigo da nova lei, apesar de já terem decorrido praticamente três anos e meio sobre a última alteração legislativa nesta matéria.

Por fim, como é sabido, são várias as questões que se têm levantado no que concerne aos critérios de seleção em apreço, – e sobre as quais nos debruçaremos de seguida – tais como: i) se são efetivamente objetivos? ii) será que o empregador está suficientemente afastado para ter o discernimento necessário para tomar uma decisão? iii) Poderá considerar-se que estamos perante mero expediente para despedir trabalhadores mais velhos e com menos hipóteses de reintegração no mundo laboral?⁵⁷ Se os critérios enunciados vão efetivamente ao encontro das necessidades de gestão da empresa? Se se justifica a existência de uma ordem hierárquica imperativa?

3.2 Apreciação dos critérios de seleção dos trabalhadores a despedir no âmbito de uma extinção do posto de trabalho atualmente em vigor

Numa primeira impressão, a nova ordem de critérios de seleção transmite uma intenção do legislador de proporcionar ao empregador a possibilidade deste eliminar os trabalhadores menos eficazes, isto é, os menos produtivos, menos habilitados academicamente e mais caros (Mestre, 2013: 207).

Na verdade, os critérios que deverão presidir à decisão da escolha do trabalhador a despedir foram, como sugerido pelo Acórdão n.º 602/2013, “objetivados”, porém, não podemos afirmar que todos os parâmetros consagrados são absolutamente evidentes. Para além de que, mesmo os critérios que se afiguram objetivos são passíveis de discussão.

Como ponto de partida, deverá recordar-se que os critérios de seleção estabelecidos no n.º 2 do art. 368º do CT, são sucessivos e hierarquizados, como tal, só é aplicável o critério seguinte se o anterior não se verificar ou se os trabalhadores visados reunirem os mesmos requisitos relativamente a esse critério.

⁵⁷ Também apontadas por FALCÃO E TOMÁS (2014: 46)

Posto isto, cumpre agora analisar individualmente os critérios atualmente em vigor.

3.2.1 Pior avaliação de desempenho, com parâmetros previamente conhecidos pelo trabalhador

O critério relativo ao modo de prestação da atividade do trabalhador surge expressamente consagrado como parâmetro prioritário a ser atendido (relegando os outros para um nível subsidiário) e em detrimento do anterior critério da antiguidade e de proteção dos trabalhadores mais antigos.

De facto, no que respeita ao primeiro critério introduzido, constata-se que só após a primeira versão apresentada deste critério é que o Governo decidiu aditar a parte final, impondo o conhecimento prévio dos termos da avaliação pelo trabalhador.

Desde logo, importa aferir a conformidade deste critério preponderante com o art. 53.º da Constituição, na medida em que, à semelhança do que considerou o TC relativamente à norma declarada inconstitucional, este parâmetro confere ao empregador, enquanto principal interessado no despedimento, o poder de avaliar o desempenho, e, como tal, esta avaliação pode acarretar uma considerável subjetividade (Mestre, 2013: 207).⁵⁸

Na verdade, ao confiar ao empregador a definição dos parâmetros de avaliação e o papel de proceder à concreta avaliação, vemo-nos perante uma situação similar à responsabilidade de eleição dos “critérios relevantes e não discriminatórios”, pelo facto de a lei não obrigar expressamente a que se atenda exclusivamente a regras objetivas – podendo, para parte da doutrina, gerar avaliações dúbias e manipuladas pelo empregador - para aferir este critério, despoleta a dúvida quanto ao seu confronto com o preceituado no artigo 53.º da CRP.

A questão que se coloca é a de se saber se o critério da avaliação, conforme previsto atualmente no CT, põe em causa o entendimento do TC (explanado no Ac. 602/2013) da necessidade de “indicação legal rigorosa de parâmetros condicionantes e limitativos”, que possam “impedir a possibilidade de subjetivação da escolha, assegurando, do mesmo passo, um efetivo controlo, pelo tribunal competente, da validade do despedimento, considerando a verificação objetiva da motivação e a idoneidade daquela decisão e a sua consequente legalidade”.

⁵⁸ Neste sentido, veja-se o Parecer da UGT sobre a Proposta de Lei n.º 207/XII, de 13 de março de 2014, p. 5, disponível em http://www.ugt.pt/parecer_13_03_2014.pdf e parecer da CGTP, datado de 10 de março de 2014, p.4, disponível em <http://app.parlamento.pt/>

A este propósito, FALCÃO E TOMÁS (2014: 46) consideram que “... urge saber em que medida será um critério defensável, na medida em que as avaliações de desempenho são normalmente revestidas por critérios amplos e subjetivos determinados previamente pela entidade empregadora.”⁵⁹

Em sentido contrário, pronunciou-se o STJ, no âmbito do despedimento coletivo, no Acórdão de 03-03-2010⁶⁰ (Processo n.º 674/05.6TTMTS.S1, Vasques Dinis) ao afirmar que:

“Tendo a Ré elegido como critério a «avaliação do mérito do desempenho, efetuado pelos responsáveis seus superiores hierárquicos, tendo em conta as necessidades de recursos», tal critério não contém, na sua definição, qualquer facto de discriminação nem qualquer elemento de puro arbítrio do empregador, antes implica que, na sua aplicação, sejam utilizados métodos objetivos relativos, por exemplo, ao apuramento da assiduidade e da produtividade, o que permite a sua compreensão pelos trabalhadores visados e, conseqüentemente, o controlo do modo como, durante o procedimento, a seleção é efetuada, e, bem assim, o controlo quanto à correção do resultado final, *maxime*, para efeito de impugnação judicial, pelo que essa indicação, nos termos em que foi feita na comunicação inicial, não vicia de base todo o procedimento.”.

Em consonância com a posição do STJ no mencionado Acórdão, revela-se o entendimento de CARVALHO MARTINS E ABRUNHOSA E SOUSA (2016: 150)., que consideram que tal critério – desde que não seja baseado em parâmetros discriminatórios ou arbitrários –, não se encontra ferido de inconstitucionalidade, não é ilícito, nem imoral.

Na realidade, este critério, mesmo antes de ser consagrado já tinha sido sugerido pela doutrina e pela jurisprudência.⁶¹ Mas mais, a jurisprudência, como inclusivamente se viu *supra*, até já se pronunciou diversas vezes sobre o critério da avaliação no âmbito do despedimento coletivo

⁵⁹ No mesmo sentido FAUSTO LEITE (2014) refere que “(...)a imprecisão do critério de avaliação de desempenho propiciará abusos e iniquidades. Na verdade, esta avaliação não está regulamentada, não sendo praticada na quase totalidade das pequenas e médias empresas. A avaliação tem sido usada para dividir os trabalhadores e expurgar os incómodos”.

⁶⁰Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1ee63dd38cbc8116802576e3004c84c1?OpenDocument>

⁶¹ Neste sentido, veja-se a declaração de voto contra de Pedro Machete proferida no âmbito do Acórdão do TC n.º 602/2013 a que *supra* aludimos, onde se refere que “Na verdade, não se compreende por que é que a antiguidade (...) há de ser o critério mais importante ou mais objetivo. Porque não considerar isolada ou conjuntamente, por exemplo, as habilitações, o custo do trabalhador para a empresa, a sua produtividade, os resultados da avaliação de desempenho ou a situação pessoal e familiar dos trabalhadores elegíveis? Estes critérios – e muitos outros poderá haver – são, ou podem ser no caso concreto, tão relevantes, tão determinados e não discriminatórios como o da antiguidade.”

(artigo 360.º/2, alínea c) CT), sendo que apesar de algumas vezes a ter considerado legítima,⁶² nem sempre assim aconteceu (Furtado Martins, 2014: 307-308; Machado, 2015: 57).

Apesar da estrutura empresarial portuguesa não dispor, na sua grande maioria, ainda, de mecanismos⁶³ instituídos, nem dos conhecimentos necessários para definir e executar mecanismos de avaliação de desempenho⁶⁴, a verdade é que nada obsta a que, pelo menos as grandes empresas os implementem e da forma que melhor entenderem, preferencialmente de carácter regular, de forma a aumentarem a produtividade. Note-se porém que, embora seja conferida liberdade ao empregador para escolher o procedimento de avaliação, este deverá sempre revestir-se de exigentes ónus procedimentais e de fundamentação.

Por outras palavras, é às empresas que compete desenvolver, para seu próprio benefício, os mecanismos necessários à implementação dos processos de avaliação, não sendo previsível que os trabalhadores ou os seus representantes tenham intervenção na escolha desses parâmetros. De facto, os empregadores com departamentos de recursos ou que detenham recursos que lhes permitam recorrer a empresas externas especializadas para o efeito, demonstrarão com maior facilidade o cumprimento desta norma. O problema coloca-se, assim, essencialmente para as pequenas empresas. Acresce ainda que, neste caso, evitar-se-iam escolhas abusivas e arbitrárias (Machado, 2015: 58).

Por outro lado, dir-se-á que uma vez que os critérios de seleção foram ordenados de forma subsidiária e o facto de este critério não ter aplicação prática, não obsta a que o empregador passe a verificar o critério estabelecido em segundo lugar e assim sucessivamente, pelo que como referem Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa (2016: 149), nestes casos, não se pode afirmar que a inaplicabilidade do critério pusesse em causa a proteção dos trabalhadores.

Adicionalmente, os Autores mencionados referem que a qualidade do trabalho ou o modo de execução das funções desempenhadas, apesar de não consubstanciar motivo de justa causa disciplinar (previstos no artigo 128.º do CT), nem ser passível de justificar um despedimento por inadaptação, podem perfeitamente ser atendidos como critério de seleção do posto a

⁶² Cfr. ocorreu no Ac. do STJ de 03-03-2010, *supra* citado.

⁶³ Devendo entender-se por “meios técnicos, financeiros e humanos” (Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, 2012: 151).

⁶⁴ Cfr. Parecer de 13 de março de 2014 da UGT sobre a Proposta de Lei n.º 207/XII, p. 5, disponível em http://www.ugt.pt/parecer_13_03_2014.pdf. e parecer da CGTP, datado de 10 de março de 2014, p.4, disponível em <http://app.parlamento.pt/>.

extinguir e, desta forma, permitir que o empregador mantenha os trabalhadores que mais tenham contribuído para a sustentabilidade da empresa.

De facto, por via da coexistência no ordenamento jurídico português do direito à segurança no emprego previsto no artigo 52.º da CRP e da liberdade de iniciativa económica prevista no artigo 61.º, n.º 1 compreende-se que se possam definir parâmetros de avaliação, desde que objetivos, indicados para cada setor de atividade, de cada organização laboral ou unidade económica (Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, 2016:153). Note-se aliás que, por imposição legal, os parâmetros têm mesmo que ser relevantes, isto é, indissociáveis da empresa, da unidade económica ou do posto de trabalho ocupado pelo trabalhador sujeito a avaliação.

Sumariamente, o que se impõe ao empregador é que sejam definidos “modelos de avaliação congruentes e objetivamente controláveis” (Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, 2016: 150, nota 22), que possam ser utilizados como referência na apreciação de postos de trabalho passíveis de comparação.

A doutrina que se tem pronunciado sobre esta temática tem apontado algumas dúvidas quanto à aplicação prática deste critério, designadamente: se tem de existir um período mínimo entre a avaliação de desempenho e o despedimento?; se um trabalhador de baixa pode ser avaliado? ; e se um mau resultado devido a doença, por exemplo, releva para o despedimento?; e qual é a duração mínima do período de avaliação que deve ser considerada para efeitos de despedimento, ou seja, se conta apenas a última avaliação de desempenho ou todas as avaliações feitas?

Com efeito, e tendo em vista a tomada de consciência e melhor adaptação do trabalhador às exigências do empregador, o critério em apreço exige que este último transmita previamente ao trabalhador a existência de parâmetros de avaliação de desempenho, donde se deverá extrair que ao trabalhador assiste o direito de ser elucidado sobre a existência de um sistema de avaliação e sobre os fins que se visam com o mesmo, bem como o tipo de dados e informações que são contemplados na avaliação, a periodicidade desta avaliação, o tipo de classificação a aplicar, o procedimento de avaliação, quando é que os resultados são conhecidos, a tolerância em relação aos objetivos a cumprir, em comparação com o expectável e alertar para as possíveis consequências da avaliação, nomeadamente, a possibilidade de tais resultados serem considerados num processo de extinção do posto de trabalho (Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, 2016:153).

E se para algumas das questões já se encontrou resposta, a verdade é que outras subsistem.

Efetivamente, o critério sob apreciação devia ter parâmetros temporais definidos⁶⁵ e a lei devia esclarecer quais as situações que devem ou não relevar para a avaliação. Quanto à periodicidade, apesar de não se considerar que tenha que estar definida pela lei, a avaliação de desempenho deve permitir que o empregador reconheça determinado padrão de comportamento e, como tal, requer um período mínimo de observação comportamentais.⁶⁶

A este propósito (no âmbito de um despedimento coletivo), pronunciou-se o Tribunal da Relação de Lisboa em sede do Acórdão n.º 146/14.8TTFUN.L1-4, referindo que:

“A sindicabilidade de um critério deste tipo exigiria sempre a demonstração de que ao trabalhador foi dado o conhecimento da avaliação e a oportunidade de se pronunciar sobre o seu teor, porventura impugnando-o até. De outro modo poderá tratar-se apenas de uma bitola formal, formalmente um pseudo critério objetivo e na realidade uma ferramenta colocada sob a inteira disponibilidade do empregador (como poderá ser uma não controlada “avaliação de carácter psicológico”) para a prossecução dos seus fins, o qual, manipulando os critérios a seu bel prazer, conseguiria determinar os trabalhadores a despedir”.

Por fim, dir-se-á que a opção do legislador de pretender que o trabalhador a ser despedido seja o menos competente para o exercício das suas funções resulta óbvia e é justificável. Desta feita, a opção lógica do empregador será sempre a de despedir o trabalhador com pior desempenho, todavia, pelo que *supra* se expôs, a aplicação prática do critério suscita questões de diversas ordens, desde logo quanto à incapacidade das pequenas empresas implementarem sistemas de avaliação e, por outro lado, no que concerne à escolha dos parâmetros objetivos (previamente conhecidos pelo trabalhador), do procedimento que envolve o sistema de avaliação e a periodicidade desta.

3.2.2 “Menores habilitações académicas e profissionais”

⁶⁵ No âmbito do Acórdão 146/14.8TTFUN.L1-4 refere-se que o “O Tribunal recorrido entendeu que “Este critério não se mostra devidamente concretizado, desde logo porque não se refere o número de anos que vão ser considerados nessa avaliação” (...) Na carta da comunicação da intenção de despedimento o critério estabelecido para a seleção dos trabalhadores é vago, referindo-se as avaliações dos últimos anos, sendo que a decisão final comunicada ao trabalhador não contém qualquer explicitação da forma como tais critérios vagos foram aplicados, por forma a concluir-se que o A. teria de ser o trabalhador selecionado para o despedimento. (...) Não é explicitado como é que se conclui que o A. faz parte do grupo dos dois trabalhadores que têm pior avaliação”.

⁶⁶ Neste ponto, CARVALHO MARTINS E ABRUNHOSA E SOUSA (2012:153), apresentam para a questão um exemplo bastante elucidativo, nomeadamente, a possibilidade de, por absurdo, se utilizar para a seleção do trabalhador a despedir uma avaliação de desempenho durante 24 horas.

Dada a fraca implementação de sistemas de avaliação no setor empresarial português, em muitas situações deverá passar-se diretamente à aplicação do segundo critério para individualizar o trabalhador a despedir, o critério das menores habilitações académicas e profissionais.

O critério em apreço prevê que o trabalhador com menores habilitações académicas e profissionais deverá ser o escolhido para ser despedido, em detrimento do trabalhador com maiores qualificações. Na sua génese, este critério permite que o empregador mantenha os trabalhadores mais qualificados e como tal satisfazer o seu interesse de desenvolver e modernizar a empresa, com vista ao aumento de produtividade (Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, 2016: 153).

De facto, apesar do critério de “menores habilitações” suscitar algumas dúvidas, não padece, aparentemente, de desconformidade em relação à CRP, na medida em que se afigura objetivo, e que não parece ser passível de manipulação por parte do empregador.

Repare-se, desde logo, que “de entre os critérios relativos à escolha do trabalhador a despedir o legislador consagrou, de forma bem discriminada e sequencial, as menores habilitações académicas (al. b), as menores habilitações profissionais (al. b), e a menor experiência na função (al. d)”.⁶⁷

Efetivamente, para além da necessidade sentida de se aferir o que é que se entende por habilitações académicas e profissionais, ressalta a dúvida relativamente à forma de ponderação de cada uma destas modalidades de habilitação, isto é, de se saber se existe entre os subcritérios uma hierarquia, tendo em conta que são diferentes.

Os Auto questionam, no mesmo sentido, “... até que ponto a experiência profissional deverá ser menosprezada face às habilitações obtidas muitas vezes desfasadas do saber profissional? Poderá fazer tanto mais sentido consoante se tratarem de tarefas mais complexas e exigentes que devam ser suportadas por vastos conhecimentos técnicos e científicos, perdendo no entanto o seu maior peso em funções onde a prática é a mais-valia.”⁶⁸

Neste tocante, de outro ponto de vista, CARVALHO MARTINS E ABRUNHOSA E SOUSA (2016: 156) referem que não se deve confundir o subcritério de habilitações profissionais com a experiência profissional, a qual, inclusivamente, foi valorado de forma independente na alínea d) do mesmo preceito e que analisaremos *infra*. No critério sob apreciação, o legislador teve em

⁶⁷ Cfr. Acórdão do STJ de 13.10.2016, Processo n.º 314/15.5T8BRR.L1.S1, disponível em <http://www.gde.mj.pt/jSTJ.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/39056e80e9c83ba880258051003ea1b0?OpenDocument>

⁶⁸ Veja-se ainda a este propósito, o artigo de SÉRGIO TOMÁS (2014), na *Advocatus*.

atenção o facto de a modalidade da extinção do posto de trabalho, muitas vezes ocorrer num contexto em que se gera a necessidade de “adaptação a novas condições de trabalho resultantes de reestruturações ou simplesmente garantir a mesma produtividade com um número inferior de trabalhadores” e, conseqüentemente, procurou facilitar esta adaptação e garantir a sustentabilidade das empresas, visando permitir ao empregador manter os trabalhadores que detenham a formação académica e profissional mais adequados para o exercício de determinada atividade profissional.

Os referidos autores consideram que as habilitações académicas e profissionais devem ser apreciadas de uma forma global (resultado combinado), de forma a apurar qual o trabalhador menos apto para desempenhar as funções inerentes ao posto de trabalho em causa, ainda que com conteúdo funcional e uma configuração diferente da original, após uma reestruturação empresarial, se a esta houver lugar (Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, 2016: 155). Acrescentam ainda que, tem que se atender à adequação do resultado global de habilitações académicas e profissionais ao conteúdo funcional essencial do posto de trabalho em questão para que, quando comparados, não se caia em soluções absurdas. Assim, consideram que deve ser dada prevalência à formação (qualificação) que se revele mais indicada para o exercício de funções inerentes ao posto em apreço.⁶⁹

E como tal, seguindo este entendimento, a relevância de cada um dos subcritérios tem que ser apreciada em função do posto de trabalho a extinguir.

Esclareça-se por fim que, a verificação das habilitações académicas deve ser feita por observação das qualificações atribuídas pelos sistemas de ensino e aprendizagem nacionais, estabelecidas no Quadro Europeu de Qualificações⁷⁰. Como se pode ler no Acórdão do STJ de 13.10.2016 (Processo n.º 314/15.5T8BRR.L1.S1) “a habilitação académica corresponde ao nível de ensino frequentado ou concluído com êxito, por referência ao ano de escolaridade (1º ano, 2º ano, 3º ano, etc., do ensino básico, secundário, complementar ou superior, licenciatura, bacharelato, doutoramento, etc.)”.

⁶⁹ Os referidos Autores consideram que se a “falta ou a menor formação (qualificação) de determinado trabalhador (ou grupo de trabalhadores) resultar da não realização da formação profissional legalmente prevista ou da insuficiência do número de horas de formação anual para a obtenção da formação necessária”, o critério em apreço “não deve ser aplicável e, por conseguinte, a seleção do trabalhador deve ser analisada de acordo com o critério seguinte”, salvo se “essa ausência ou menor formação for imputável ao trabalhador, isto é, “resultar do desinteresse ou da falta de vontade do trabalhador, independentemente da sua qualificação como ilícito disciplinar” (Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, 2016: 156: nota de rodapé n.º 34).

⁷⁰ Consultável em <http://www.catalogo.anqep.gov.pt/Home/QNQ>.

Por outro lado, a verificação das habilitações profissionais deve corresponder à noção de qualificações profissionais (art. 2.º, al. j), da Lei n.º 9/2009, de 4 de março, alterada pelas Leis n.º 41/2012, de 28 de agosto, e n.º 25/2014, de 2 de maio., e art. 3.º, al. g), do Decreto-Lei n.º 37/2015, de 10 de março): qualificações destinadas ao acesso ou exercício de determinada profissão atestadas por título de formação, declaração de competência ou experiência profissional (reconhecimento formal de competências). A este propósito, esclarece também o citado Acórdão do STJ de 13.10.2016 que “a habilitação profissional corresponde à habilitação académica mínima exigida para o desempenho de determinada profissão ou função, complementada ou não com a obtenção de aprovação no curso destinado a conferir competências específicas para o cabal exercício dessa profissão ou função, concedendo, muitas vezes, um cartão de identificação profissional ou um título profissional”.

Note-se que ambas as qualificações devem ser atestadas por documento emitido pela entidade competente, e só poderão ser valoradas pelo empregado se previamente entregues pelo trabalhador.

Assinale-se por último que, como se tem vindo a referir ao longo da presente dissertação, deparamo-nos ainda com uma escassez jurisprudencial a propósito dos critérios de seleção introduzidos pela Lei n.º 27/2014. Não obstante, em de 13 de outubro de 2016, foi já proferido pelo STJ Acórdão (ao qual temos vindo a aludir a propósito de conceitos em crise no critério sob análise), no qual o referido Tribunal se pronunciou sobre a licitude de um despedimento por extinção do posto de trabalho e onde concretamente se julgou este critério, pelo que não podemos deixar de o apreciar: este Tribunal veio (confirmando a decisão proferida pela 2ª instância), julgar ilícito o despedimento de um trabalhador, por violação do critério de seleção previsto no artigo 368.º, n.º 2, alínea b), do Código do Trabalho, com as inerentes consequências legais, nomeadamente, a condenação do empregador no pagamento dos salários de tramitação e de indemnização de antiguidade (uma vez que o trabalhador despedido renunciara ao direito à reintegração). No caso em apreço, o empregador – que, como não tinha efetuado qualquer processo de avaliação não tinha podido aplicar o critério previsto na alínea a) – tinha procedido ao despedimento de um trabalhador com o 9.º ano, mantendo o posto de trabalho (de conteúdo funcional idêntico) de um colega (afeto à mesma área orgânica) com o 6.º ano. Para tal, o empregador alegou que todos os “potencialmente visados”, tinham a “escolaridade mínima obrigatória” (determinável em função das respetivas datas de nascimento), e, assim, estava em situação de paridade, segundo o critério de “menores habilitações académicas” consagrado na citada alínea b), pelo que se teve que recorrer ao critério das “menores habilitações

profissionais” (igualmente previsto na mencionada alínea b)) e, atendendo a este critério, o trabalhador visado era “o que há menos tempo exercia a função”.

Esta opção do empregador, não foi validada pelo STJ, que considerou que: i) por um lado, tendo um trabalhador concluído com êxito o 9º ano de escolaridade e o outro apenas o 6º ano, para efeitos do art. 368º, nº 2, al. b) do CT, aquele é detentor de habilitação académica superior, ainda que, tendo em consideração a respetiva data de nascimento,⁷¹ ambos sejam apenas detentores da escolaridade mínima obrigatória (pelo que, o trabalhador com o 9º ano não deveria, assim, ter sido preterido a favor do detentor do 6º ano, na medida em que terá decerto adquirido “mais competências e qualificação para o desempenho de uma atividade profissional” independentemente de que atividade seja⁷²), e ii) por outro lado, o empregador não podia fundir as “habilitações profissionais” com a “experiência profissional” – critério previsto na alínea d) do preceito acima citado –, sob pena de redundância e de subverter a ordem dos “critérios bem diferenciados e separados e de grau hierárquico diferente” que o legislador verteu no artigo 368º, n.º 2 do CT.

A interpretação do critério da alínea b) do n.º 2 do artigo 368º do Código do Trabalho que foi feita pelo STJ, muito provavelmente merece as maiores reservas por parte da doutrina que entende que o critério terá que ser apreciado casuisticamente e que considera, assim, que a ratio do critério não pode deixar de reportar-se ao concreto posto de trabalho em causa.

3.2.3 “Maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa”

Afigura-se pacífico para a doutrina que o terceiro critério manifesta a preocupação do legislador em relação aos interesses económicos do empregador, em face da sua objetividade, não suscita grandes dúvidas a propósito da sua conformidade com a Constituição⁷³.

⁷¹ Neste tocante, repare-se que o facto de não se atender à data de nascimento pode suscitar dúvidas quanto à colisão com a proibição de discriminação em função da instrução (e, bem assim, da idade) proclamada no artigo 23.º e 24.º do Código do Trabalho e 13.º da Constituição. O STJ no caso em apreço concluiu pela não violação dos citados preceitos, referindo que “a titularidade do 9º ano de escolaridade ou apenas do 6º ano, não configuram situações iguais, motivo pelo qual têm que ser tratadas de forma diferente, em abono do princípio da igualdade e da não discriminação”.

⁷² Por outras palavras, os trabalhadores a despedir devem ser hierarquizados em função das suas habilitações, maiores ou menores, apreciadas em abstrato e não por referência às respetivas funções.

⁷³ Em sentido oposto, temos FAUSTO LEITE (2014).

No entanto, cumpre tecer algumas considerações a propósito do mesmo. Por um lado, como referem CARVALHO MARTINS E ABRUNHOSA E SOUSA (2016: 159), sendo um critério quantitativo, se o trabalhador melhor remunerado tiver consciência de que é o trabalhador que auferir mais rendimentos naquele posto, será inevitável saber que, caso os outros critérios sejam preteridos por equiparação com os demais trabalhadores ou não tenham aplicação, será ele o trabalhador a ser despedido e, como tal, estamos perante uma “subversão do sistema”, na medida em que ganhar mais se converte num maior risco para o trabalhador (Falcão e Tomás, 2014: 47 e 2016: 90; Machado, 2015: 59).

De um outro ponto de vista, será sempre questionável a imparcialidade deste critério quando um despedimento por extinção do posto de trabalho seja previsível e se verifique que tenha sido concedido um súbito aumento a um determinado trabalhador, tornando-se evidente a intenção de despedir aquele trabalhador em concreto, e a vertente manipulável, por parte do empregador, do critério em apreço. A aplicação deste critério poderá assim promover violações do princípio da boa-fé (artigo 126.º, n.º1 do CT) e confere uma margem de discricionariedade ao empregador que não se coaduna com o princípio da garantia de segurança no trabalho previsto no artigo 53.º da CRP e ao qual se fez referência *supra*. De facto, o aumento da remuneração de um trabalhador, sem justificação aparente, imediatamente antes da decisão de extinção do posto de trabalho deverá ser desconsiderado, sob pena de abuso de direito (artigo 344.º CC) , devendo atender-se à estrutura de custos prévia à alteração de remuneração, de forma a permitir decidir qual o trabalhador a despedir (Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, 2016: 160).

Para além do mais, este critério pode ser interpretado no sentido de indiciar alguma intenção por parte do legislador em instigar o despedimento de trabalhadores mais antigos, em virtude de serem, habitualmente, os trabalhadores melhor remunerados (Machado, 2015: 58).

Por fim, outra questão que se coloca é de se saber se por onerosidade na manutenção se deverá entender apenas a remuneração que cada trabalhador auferir ou se o empregador deverá ter em conta todos os encargos em que incorre com cada trabalhador. Neste tocante, esclarecem CARVALHO MARTINS E ABRUNHOSA E SOUSA (2016: 159) que, numa primeira apreciação parece que resulta necessário que se contabilizem todos os custos laborais, incluindo os denominados fringe benefits. Contudo, para que se proceda a uma seleção justa, terão que ser consideradas apenas as prestações que sejam contrapartida de um modo específico de

execução do trabalho⁷⁴, não se podendo recorrer a elementos diferenciadores, como por exemplo, a formação profissional de que um determinado trabalhador tenha beneficiado para além das trinta e cinco horas (artigo 131.º, n.º 2 do CT). Igualmente, para evitar despedir o trabalhador que mais rentabilidade traz à empresa, não devem ser tidos em conta os custos diretamente relacionados com o respetivo desempenho, como gratificações de bons serviços ou prémios de desempenho. Por último, a componente remuneratória relacionada com a organização do trabalho⁷⁵ e a respetiva eliminação está na disponibilidade do empregador. Porém, quando as alterações das condições de trabalho dependam do acordo do trabalhador, o empregador deverá advertir o trabalhador que se recusar às alterações propostas, estes custos poderão passar a ser considerados no critério sob análise.

À semelhança do que se referiu a propósito dos súbitos aumentos de remuneração prévios à decisão de redução de postos de trabalho, a incrementação de custos com determinado trabalhador deve, igualmente, ser travada pelo princípio da boa-fé.

A hipótese de o critério se reportar ao despedimento mais dispendioso⁷⁶ (contas finais: férias vencidas e não gozadas e subsídio de férias vencido no dia 1 de janeiro, proporcionais de férias vencidas e não gozadas e dos subsídios de férias e de Natal do ano da cessação do contrato; e o valor da compensação) parece estar afastada pela referência à expressão “manutenção do vínculo laboral”, não se incluindo, como tal, a compensação gerada em virtude da cessação do contrato de trabalho (Falcão e Tomás, 2014: 91).

Finalmente, como salientado pela CGTP, este critério pode ser considerado contraditório com o critério que analisaremos de seguida, a “menor experiência na função”, na medida em que, habitualmente, os menos experientes serão menos onerosos do que os mais experientes.⁷⁷

3.2.4 “Menor experiência na função”

O quarto critério, o critério da menor experiência na função, à semelhança do último critério, o qual veremos adiante, denota vestígios do regime que vigorava anteriormente.

⁷⁴ A título de exemplo CARVALHO MARTINS E ABRUNHOSA E SOUSA (2016: 159), referem os subsídios para compensação pelos riscos da atividade laboral, pelas condições mais penosas do desempenho da atividade, pelas despesas do trabalhador em execução do contrato de trabalho.

⁷⁵ CARVALHO MARTINS E ABRUNHOSA E SOUSA (2016:160) apontam como exemplos, trabalho suplementar, noturno ou por turnos, bem como o subsídio de isenção de horário de trabalho.

⁷⁶ A propósito, FALCÃO E TOMÁS (2016: 90) referem que o legislador optou “por deixar a dúvida no ar”.

⁷⁷ Cfr. parecer da CGTP, datado de 10 de março de 2014, p.4, disponível em <http://app.parlamento.pt/>

Este critério, também objetivo, não oferece dúvidas quanto à sua conformidade em relação à CRP, em nada ferindo o princípio da segurança no emprego.

Num momento inicial, seguindo o entendimento de CARVALHO MARTINS E ABRUNHOSA E SOUSA (2016: 160), o conceito de experiência na função indicia que a experiência possa ser aferida independentemente do posto de trabalho, da categoria profissional e do empregador.

Acontece que, o critério não se afigura totalmente esclarecedor, atendendo ao facto de não definir se a experiência na função se reporta à experiência do trabalhador na empresa onde trabalha à data do despedimento, ou se, por seu turno, de um ponto de vista mais abrangente, deverá ser considerado todo o histórico profissional do trabalhador no exercício da mesma função, independentemente de ter sido em benefício de empregador diverso.

Assim, impõe-se, sob pena de se considerar inconstitucional, que o empregador na concretização da aplicação deste critério, recorra sempre o mesmo método e não o utilize de forma arbitrária em função do trabalhador que quer despedir (Falcão e Tomás, 2016: 91).

Recentemente, no Acórdão do STJ de 13.10.2016 a que supra se fez referência, este Tribunal considerou que “a experiência profissional corresponde ao tempo de exercício na função concreta, que embora não atribua uma habilitação profissional, poderá conferir, ainda que não necessariamente, maior capacidade e facilidade no desempenho da função”, acrescentando-se ainda que “a experiência profissional pode, eventualmente, ser adquirida mesmo por quem não seja titular da respetiva habilitação profissional e/ou académica”.

Na perspetiva de CARVALHO MARTINS E ABRUNHOSA E SOUSA (2014:161), para se aferir da experiência na função tem que se fazer uma análise casuística, apresentando algumas diretrizes de interpretação, tais como: “i) a experiência na função não equivale a antiguidade na função; ii) a noção de antiguidade pode ajudar na determinação da experiência na função; iii) pode ser considerada uma experiência na função anterior para o mesmo empregador ou para um empregador pretérito.”

De facto, do prisma da empresa e dos seus interesses, torna-se evidente que a opção do empregador se compadeça com a vontade de conservar os trabalhadores com melhor know-how, isto é, com competências, capacidades e aptidões superiores para o exercício da função, independentemente, do momento de aquisição das mesmas ter ocorrido antes da respetiva contratação. No entanto, para que o empregador possa fundar a sua decisão neste método, o know-how tem que se revelar relevante e comprovado aquando da contratação.

3.2.5 “Menor antiguidade na empresa”

Com a entrada em vigor da Lei n.º 27/2014, de 8 de maio, a antiguidade passa de critério preferencial no anterior regime, para derradeiro critério de entre a lista hierárquica de parâmetros a que se atende sucessivamente na escolha do posto de trabalho a extinguir. Nestes termos, como é sabido, o critério da menor antiguidade só será interpretado e aplicável caso nenhum dos critérios seja aplicável ou permita individualizar a decisão de despedimento.

Este critério, historicamente nunca foi constitucionalmente censurado, não se levantando na doutrina, nem na jurisprudência, dúvidas quanto à sua conformidade com a CRP.

Note-se que nos termos do artigo 112.º, n.º 6 do CT “A antiguidade do trabalhador conta-se desde o início do período experimental”. Por outro lado, na interpretação e aplicação deste critério deverá considerar-se o tempo de serviço em benefício do empregador, conforme imposto por lei ou por instrumento de regulamentação coletiva⁷⁸, não podendo atender-se à antiguidade convencionada voluntariamente pelas partes.

⁷⁸ Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa (2016: 162) referem a possibilidade de contabilização do tempo de serviço resultante da cessão da posição contratual ou transmissão legal ou convencional da unidade económica.

CAPÍTULO IV

4.1 Os critérios de Seleção dos trabalhadores a observar pelo empregador em termos de direito comparado

Como resulta do que acima se expôs, a propósito da proteção contra o despedimento no plano internacional, a necessidade de se estabelecer limites objetivos à cessação do contrato de trabalho é transversal a outros ordenamentos jurídicos europeus, pelo menos, é o que se verifica da análise dos sistemas implementados nos países geograficamente mais próximos de Portugal. De facto, das análises de sistemas jurídicos desenvolvidos com vista à prospeção de mercado⁷⁹ por algumas organizações internacionais, tal como a OCDE,⁸⁰ o Banco Mundial,⁸¹ o Fórum Económico Mundial e do seu "índice global de competitividade",⁸² constata-se que Portugal oferece um regime legal de despedimento individual que condiciona de forma bastante rígida a liberdade de despedir e, conseqüentemente, apresenta défices consideráveis em termos de eficiência do mercado de trabalho.

Como se viu, no Acórdão n.º 602/2013 do TC, este Tribunal concluiu que a nova formulação conferia ampla margem de discricionariedade ao empregador. No entanto, verifica-se que, ainda que se assista, como veremos, a limitações à liberdade de despedir, igualmente, em França, Espanha e em Itália, e inclusive na Alemanha (Monteiro Fernandes 2014:29) não existe nenhum ordenamento que, neste contexto, apresente um rol de critérios de seleção tão rígido como os critérios acolhidos em Portugal, como veremos *infra*, em traços gerais (Carvalho Martins e Canas Silva, 2014: 537).⁸³

Começando por referir o sistema alemão, saliente-se que a Kündigungsschutzgesetz (lei relativa à proteção contra o despedimento, a seguir «KSchG») e o §626 do Código Civil alemão

⁷⁹ Nas palavras de Monteiro Fernandes (2014b: 28), a análise foi feita “na perspetiva da atração de investimentos e da facilitação de negócios”.

⁸⁰ Como se podem ver nas publicações anuais do Employment Outlook (disponível em www.oecd.org).

⁸¹ Neste tocante, veja-se a publicação anual que analisa as condições oferecidas por cada país para o investimento e o desenvolvimento de negócios intitulada *Doing Business* (acessível em <http://www.doingbusiness.org/reports/doing-business/doing-business-2011>).

⁸² Trata-se de um ranking baseado em informação estatística de conhecimento geral e num *executive survey* e o respetivo relatório que está disponível em <http://www.weforum.org/en/initiatives/gcp/Global%20Competitiveness%20Report/index.htm>.

⁸³ Vide *supra* o que se disse a propósito dos critérios de seleção a observar pelo empregador previstos na Convenção OIT n.º 158 e a Recomendação OIT n.º 166.

consagram duas modalidades de despedimento, numa delas sujeito a pré-aviso e na outra não, despedimento ordinário e o despedimento extraordinário, respetivamente.

O despedimento extraordinário (sem pré aviso) pode ocorrer perante causas subjetivas ou objetivas, desde que consideradas "motivo importante" (wichtig Grund), contudo depende de se tornar "inaceitável para qualquer uma das partes cumprir o contrato até ao fim do prazo de aviso prévio". Por sua vez, o despedimento ordinário (com aviso prévio), apresenta uma configuração mais protecionista, sendo admissível apenas se for "socialmente justificado", conforme previsto no §1, (3) da KSchG, isto é, se na seleção do trabalhador, o empregador tiver em consideração a antiguidade, idade, obrigações de alimentos e/ou deficiência grave do trabalhador durante o processo de seleção para despedimento.⁸⁴

No caso de o despedimento ser considerado ilícito e como tal ineficaz, tem como consequência reintegração, que só pode ser substituída por indemnização se o tribunal reconhecer que já não existem condições para uma "cooperação frutuosa" entre o empregador e o trabalhador (Monteiro Fernandes 2014: 31).

Da análise do regime francês, designadamente do Título III do Code du Travail Francês, designado "cessação do contrato de trabalho por período indeterminado" constatamos que o "direito comum do despedimento" se aplica, assim, a todas as modalidades.⁸⁵ O referido diploma estabelece duas exigências para que o despedimento seja admissível: por um lado, a existência de uma "causa real e séria", prevista no art. L1232-1⁸⁶ (para os despedimentos por causas pessoais) e no art. L1233-2 (para os despedimentos por motivos económicos), que deve ser integrada por factos capazes de tornarem impossível a conservação do contrato e por outro lado, impõe-se que seja feita uma "audição prévia" do trabalhador, cujo despedimento está

⁸⁴ Cfr. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62011CC0152&from=PT>

⁸⁵ O Code du Travail apresenta duas grandes categorias de despedimento, a saber: o despedimento por motivos económicos e o despedimento por motivos pessoais; o primeiro (motivos económicos) corresponde ao nosso despedimento coletivo e por extinção do posto de trabalho e o segundo (motivos pessoais) corresponde ao despedimento disciplinar e por inadaptação consagrados no ordenamento português; para além destas existem também outras formas extraordinárias de cessação do contrato tais como a denúncia, a reforma do trabalhador ou a revogação (cfr. artigos L1231-1 a L1238-5 Code du Travail).

⁸⁶https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=E510748CD7120253085C71DD5DA1846F.tplgfr37s_1?idArticle=LEGIARTI000019071126&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20171011&categorieLien=id&oldAction=

previsto no artigo art. L1232-2⁸⁷ (para os despedimentos por causas pessoais) e no artigo L1233-2 (para os despedimentos por motivos económicos).

Importa aqui salientar que os critérios a utilizar pelo empregador para seleção do trabalhador a despedir quando a cessação ocorra por motivos económicos, são os mesmos quer se trate de um despedimento individual (art. L.1233-7 CT) quer se trate de um despedimento coletivo (art. L1233- 5 CT). Os critérios são frequentemente estabelecidos por acordo coletivo ou acordo de empresa. Mas na ausência de tais disposições, o empregador deverá atender aos seguintes critérios: a situação familiar; a antiguidade na empresa ou estabelecimento da empresa; situações sociais que tornem a reinserção profissional especialmente difícil (trabalhadores deficientes ou idosos); e qualidades profissionais. Note-se que o empregador pode privilegiar um dos critérios, mas deve sempre considerá-los cumulativamente, sob pena de o despedimento se considerar discricionário.

Como referem Carvalho Martins e Canas Silva (2014: 539), no sistema francês não existe um critério fixo, conferindo-se, assim, desde que não seja de forma discriminatória, maleabilidade à determinação dos critérios de forma casuística, conforme seja mais adequado.

No que respeita ao direito italiano, verificamos que o regime do despedimento individual contempla, por um lado, o despedimento por justa causa de resolução do contrato, que está prevista no art. 2119 do Código Civil (aplicável aos casos em que ocorrem incumprimentos muito graves do trabalhador, que determinem a subsistência do vínculo laboral impossível) e, por outro lado, contempla o despedimento por motivo “justificado” consagrado na Lei 604, de 15/07/66, que pode ser tanto de índole subjetiva (incumprimentos notáveis, mas não eliminatórios) ou de índole objetiva (motivos que se prendem com a organização ou com a economia da empresa), sujeito a aviso prévio. Para além dos referidos normativos, existe também na lei italiana, a Lei 300/70 (Statuto dei lavoratori),⁸⁸ que no seu artigo 18.º consagra o regime de “tutela real” para os despedimentos ilícitos, aplicável nas unidades produtivas com mais de quinze trabalhadores e às empresas ou grupos com mais de sessenta. Sendo que, nos casos em que existam mais trabalhadores do que os referidos, a inexistência de justa causa ou

⁸⁷Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=E510748CD7120253085C71DD5DA1846F.tplgfr37s_1?idArticle=LEGIARTI000019071126&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20171011&categorieLien=id&oldAction=

⁸⁸ Disponível em <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/statuto-dei-lavoratori#titolo2>

de motivo justificado, o despedimento é anulável e, como tal o trabalhador pode optar entre reintegração e indemnização (tutela real). Quando o número de trabalhadores for inferior aos limites referidos (menos de quinze, ou menos de sessenta, consoante se trate de unidade produtiva ou empresas ou grupos), compete ao empregador essa opção (tutela obrigacional) (Monteiro Fernandes, 2014b: 30).

Atente-se ainda que, no direito italiano, os critérios de seleção de despedimento apenas surgem expressamente regulados no âmbito do despedimento coletivo e se os instrumentos de regulação coletiva não estabelecerem especificamente, deverão observar-se os critérios previstos no art. 5, n.º 1 da Lei n.º 223, de 23/07/1991⁸⁹, a saber: a) encargos familiares; b) antiguidade; c) requisitos técnico-produtivos e organizacionais”, os quais “procuram uma distribuição o mais equitativa possível entre o interesse empresarial e exigências de proteção social, considerados os prejuízos inerentes ao despedimento” (Carvalho Martins e Canas Silva, 2014: 357 e 358, nota 89). A determinação dos trabalhadores a despedir pelo empregador, apesar de poder ser feita com alguma margem de liberdade, não pode nunca ser arbitrária (Carvalho Martins e Canas Silva, 2014: 539).

Na verdade, a opção por determinado critério pode ser ou não considerada admissível consoante os motivos que, em cada situação, legitimam o despedimento, na medida em que a seleção tem que se revelar adequada.

Acresce ainda que, no âmbito do despedimento individual por motivo objetivo *supra* enunciada, na ausência de critérios definidos, o empregador deverá aplicar analogicamente os critérios estabelecidos para o despedimento coletivo, e compete ao poder judicial aferir casuisticamente, nos termos do artigo 1375 do Código Civil italiano se os critérios aplicados pelo empregador se adequam à boa-fé e se são consistentes perante a motivação subjacente à cessação do vínculo laboral (Carvalho Martins e Canas Silva, 2014: 538).

No que diz respeito ao sistema espanhol em matéria de despedimento individual, constata-se que a Ley del Estatuto de los Trabajadores prevê na Secção 4.ª, intitulada “Extinción del contrato” (artigos 49 a 56) praticamente todas as modalidades de cessação de contrato de trabalho⁹⁰ que se encontram consagradas no ordenamento português.

⁸⁹ A Legge n. 223 — “Norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro”.

⁹⁰ Acessível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

No art. 49.º do mencionado diploma, sob a mesma epígrafe “Extinción del contrato” estão vertidos os motivos pelos quais pode ocorrer uma cessação do contrato de trabalho. No n.º 1., alíneas i) está previsto o despedimento coletivo (previsto no artigo 51.º) fundado em motivos económicos, técnicos, de organização ou produção, e na alínea l) está consagrado o despedimento por causas objetivas (previsto no artigo 52.º) legalmente procedente. Note-se ainda que a al. b) deste preceito prevê que o despedimento seja motivado “Pelas causas consignadas validamente no contrato salvo se as mesmas constituírem abuso de direito manifesto por parte do empresário”.

As modalidades de despedimento individual consagradas na lei espanhola, designadamente o despedimento disciplinar e o despedimento por causas objetivas, estão sujeitas a condicionantes procedimentais, bem como limitadas em termos de motivos justificativos (Monteiro Fernandes, 2014b: 30). No caso de o trabalhador impugnar o despedimento, este pode ser declarado procedente, improcedente ou nulo (artigo 55.º, n.º 3). Se o Tribunal considerar estar perante uma situação discriminatória, o despedimento pode ser declarado nulo e ser determinada a reintegração (artigo 55.º, n.º 5 e 6). Tratando-se de despedimento improcedente, é oferecida ao empregador a possibilidade de optar entre a reintegração e o pagamento de uma indemnização (artigo 56.º)⁹¹.

Em relação aos critérios, cumpre desde logo salientar que, para além dos critérios consagrados não se poderem sobrepor à proteção especial que frequentemente afeta certas categorias de trabalhadores, tal como no caso dos representantes dos trabalhadores, conforme previsto no art. 51.º, n.º 5 do referido diploma, é ainda determinado no referido preceito que por contratação coletiva ou acordo celebrado no âmbito do procedimento legal extintivo, podem ser estabelecidos critérios de preferência relativos a distintos grupos de trabalhadores, tais como trabalhadores com responsabilidades familiares, de maior idade ou portadores de deficiência. Mais se refere que estas imposições, atento o preceituado no art. 52.º, deverão ser igualmente observadas no âmbito de despedimento determinado também por causas objetivas, mas que afete menor número de trabalhadores do que o previsto para o despedimento coletivo. Neste mesmo sentido, o art. 13 consagrado sob a epígrafe “Prioridade de permanência en la empresa” do Real Decreto 1483/12, de 29/10 confirma esta lógica.

Nas situações em que se verifique que não existem critérios “especiais” convencionados, a determinação dos critérios de seleção compete ao empregador, admitindo-se o recurso a critérios objetivos/empresariais. Saliente-se que, apesar de ser conferida liberdade ao

⁹¹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430&p=20170513&tn=1#a56>

empregador na escolha, esta liberdade está sujeita a restrições (tal como “proibição de discriminação, fraude ou abuso de direito, princípio da igualdade, proteção reservada a determinadas categorias de trabalhadores, adequação funcional/final do critério acolhido ao fundamento invocado para a extinção e controlo administrativo e judicial”), sob pena da seleção configurar uma seleção inconstitucional, ilegal ou arbitrária. (Carvalho Martins e Canas Silva, 2014: 540 e 541).

Como nota final, dir-se-á que, ainda que se reconheça alguns pontos distintivos entre os regimes aplicáveis nos diversos ordenamentos quanto à matéria da cessação do contrato, concretamente, no que diz respeito aos critérios de seleção nos ordenamentos apreciados, é muito evidente que se assemelham. Na verdade, em todos os regimes analisados se reconhece, ainda que, com níveis variáveis, a hipótese de reintegração no posto de trabalho como consequência jurídica da ilegalidade do despedimento. Por outro lado, embora com diferentes níveis de rigidez, todos os modelos apresentam, de um modo geral, requisitos para que seja possível o despedimento por iniciativa do empregador e evidenciam os motivos pelos quais se torna inexigível a manutenção do vínculo laboral. Note-se porém que, na legislação portuguesa, o despedimento pode ser considerado justificado por diversas motivações. No entanto, só poderá sê-lo por um número de motivações significativamente mais limitado do que noutros ordenamentos. Da mesma forma, a rigidez imposta ao empregador de respeitar a forma sucessiva e hierárquica de critérios de seleção do trabalhador a despedir é marcadamente sentida no nosso ordenamento (Monteiro Fernandes, 2014b: 31).

CAPÍTULO V

5.1 Os pontos de convergência entre o despedimento coletivo e o despedimento por extinção do posto de trabalho

Em face de tudo o que temos vindo a apontar quanto ao despedimento coletivo, torna-se evidente que a relação de conexão entre esta figura e a extinção do posto de trabalho é praticamente inquestionável.

Como se assinalou aquando da análise da evolução histórica da figura, a "extinção do posto de trabalho" surgiu no DL 64-A/89 como uma decorrência lógica do conceito de despedimento coletivo, na medida em que, se este conceito fixava um número mínimo de trabalhadores afetados, impunha-se criar uma solução que contemplasse as situações em que igualmente se verifica uma necessidade da mesma índole de fazer cessar o contrato de trabalho, mas em que não estivesse reunido o requisito quantitativo do despedimento coletivo e não se afigurasse viável atribuir ocupação alternativa ao(s) trabalhador(es).

Desta feita, o diploma de 1989 veio consagrar a solução almejada, introduzindo a modalidade de despedimento individual com o rótulo de "Cessação do contrato de trabalho, por extinção de postos de trabalho, não abrangida por despedimento coletivo".

Atualmente, a figura da extinção do posto de trabalho está consagrada, como é sabido, nos artigos 340.º d) e 367.º e ss. do CT com rotulagem diferente, nomeadamente “despedimento por extinção do posto de trabalho”. Por sua vez, o despedimento coletivo está previsto nos artigos 340.º d) e 359.º e ss. do CT precisamente sob o rótulo de despedimento coletivo.

Note-se desde já que, como se referiu, a variedade de motivações (objetivas) destas duas modalidades de despedimento é o mesmo, nomeadamente, razões económicas, de mercado, estruturais ou tecnológicas.

Mas antes de se atentar às similitudes das figuras, deverá reconhecer-se que o despedimento coletivo afigura-se com maior relevância e impacto no plano jus-laboral pelo carácter massivo que normalmente assume e pelo facto de, muitas vezes, refletir o desaparecimento de empresas (encerramento de uma ou de várias secções ou estabelecimentos da empresa, ou a redução de pessoal da mesma), e, conseqüentemente acarretar a diminuição de empregabilidade. No entanto, o despedimento individual, mesmo quando associado a causas objetivas, contém sempre uma dimensão pessoal que se confronta com o papel de supremacia do empregador sobre os trabalhadores. Por esta razão, se considera que ao despedimento individual se impõem “exigências regulatórias específicas” que não se afiguram necessárias quanto ao despedimento coletivo (Furtado Martins, 2012: 20).

Ainda a propósito da maior rigidez imposta ao regime aplicável ao despedimento por extinção do posto de trabalho, cumpre realçar, entre outros requisitos, a imposição legal para que se verifique a sua licitude de que o empregador não disponha de outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador. De facto, este requisito é elucidativo da rigidez aposta ao regime da extinção do posto de trabalho por oposição ao despedimento coletivo, na medida em que tal realidade não se impõe em relação a este último.

Veja-se a este propósito o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26 de maio de 2015, que refere que:

“(…) das diversas normas inerentes ao despedimento coletivo, máxime do disposto no artigo 359.º do Código do Trabalho não se extrai que o mesmo só seja lícito, entre o mais, se o empregador não dispuser de outro posto de trabalho compatível: como afirma Romano Martinez (obra referida, pág. 780), “o legislador é mais exigente no despedimento por extinção do posto de trabalho do que no despedimento coletivo”.⁹²

No que toca ao procedimento da extinção do posto de trabalho, remete-se para o que foi dito anteriormente, salientando-se apenas neste ponto as exigências marcadamente distintas daquele que são apontadas para o despedimento coletivo, como segue: no campo das comunicações previstas nos termos do n.º 1 do art. 360.º do CT, o empregador que pretenda proceder a um despedimento coletivo deve comunicar essa intenção, por escrito, (por ordem de precedência) à comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão intersindical ou às comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores a abranger,⁹³ sendo que tal comunicação deve conter os seguintes elementos: a) os fundamentos do despedimento coletivo; b) o quadro de pessoal, discriminado por setores da empresa; c) os critérios para seleção dos trabalhadores a despedir; d) o número de trabalhadores a despedir e as categorias profissionais abrangidas; e) o período de tempo no decurso do qual se pretende efetuar o despedimento; f) o método de cálculo de compensação a conceder genericamente aos trabalhadores a despedir, se for caso disso, sem prejuízo da compensação estabelecida na lei ou em regulamentação coletiva de trabalho.

⁹²Disponível

em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/3b210cd593f5af6080257e59002e6fb9?OpenDocument>

⁹³ Note-se que apenas na falta destas entidades é que o empregador comunica a intenção de proceder ao despedimento, a cada um dos trabalhadores que possam ser abrangidos, os quais podem designar, de entre eles, no prazo de cinco dias úteis a contar da receção da comunicação, uma comissão representativa com o máximo de três ou cinco membros consoante o despedimento abranja até cinco ou mais trabalhadores (art. 360.º, n.º 3 do CT).

O empregador, ao mesmo tempo que informa os representantes dos trabalhadores da intenção de efetuar o despedimento coletivo, deverá, nos termos do art. 360.º, n.º 5 enviar à DGERT cópia dos elementos que remeter àqueles.

Atento o disposto no art 362.º do CT, nos cinco dias após ter informado os representantes dos trabalhadores da intenção de efetuar o despedimento coletivo, o empregador deve dar início a uma fase de informações e negociação com os representantes dos trabalhadores e esta tem como propósito um acordo sobre a dimensão e os efeitos das medidas a aplicar, ou outras medidas que reduzam o número de trabalhadores a despedir, designadamente: a) suspensão de contratos de trabalho; b) redução de períodos normais de trabalho; c) reconversão ou reclassificação profissional; e d) reformas antecipadas ou pré-reformas.

A DGERT assume aqui uma missão ímpar, e recorde-se que não tem qualquer intervenção no despedimento por extinção do posto de trabalho.⁹⁴ Concretamente, a DGERT, nesta fase do despedimento coletivo, participa nas reuniões com vista a promover a regularidade da instrução, substantiva e procedimental, do processo de negociação e a conciliação dos interesses das partes (artigo 362.º). Caso se verifique irregularidade, substantiva ou procedimental, o representante da DGERT deve advertir o empregador e, se a mesma persistir, deve fazer constar essa menção da ata da reunião.

Nesta sequência, nos termos do art. 363.º, celebrado o acordo com os representantes dos trabalhadores ou, na sua falta, decorridos 15 dias a contar da primeira comunicação aos representantes dos trabalhadores ou, não existindo estes, a contar da comunicação inicial aos trabalhadores a despedir, o empregador poderá decidir efetuar o despedimento coletivo. Compete ao empregador comunicar a cada trabalhador abrangido, por escrito, com antecedência mínima de 15 a 75 dias⁹⁵, consoante a antiguidade, a decisão a cada trabalhador a despedir, com as seguintes informações: a) os fundamentos do despedimento, b) o montante, a forma, o momento e o lugar de pagamento da compensação, dos créditos vencidos e dos exigíveis por efeito da cessação do contrato, c) a data da cessação do contrato.

Mais deverá o empregador, na mesma data, enviar à DGERT e aos representantes dos trabalhadores: a) a ata das reuniões de negociação ou, não havendo, a justificação de tal falta e as razões que obstaram ao acordo e as posições finais das partes; b) a relação com os diversos elementos de identificação dos trabalhadores abrangidos, bem como a medida decidida para

⁹⁴ Por sua vez, no âmbito do despedimento por extinção do posto de trabalho, como assinalado *supra*, o empregador está obrigado a comunicar à ACT a decisão de despedimento.

⁹⁵ Conforme já se referiu *supra*, a regulamentação coletiva de trabalho pode regular diferentes prazos para a decisão do empregador e de aviso prévio (artigo 339.º).

cada trabalhador e a data prevista para a sua aplicação, tudo conforme definido no n.º3, do art. 363.ºCT).

Para além das diferenças quantitativas (número de trabalhadores abrangido) e procedimentais evidentes a que se aludiu, há ainda especificidades que demarcam as figuras, designadamente os requisitos estabelecidos nas alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 368.º do CT, isto é, a ausência de culpa e a inexistência de contratos a termo, respetivamente.⁹⁶

Ainda no que concerne à diferença quantitativa existente entre as modalidades sob análise, repare-se que, numa micro ou pequena empresa, um despedimento coletivo temo no mínimo que afetar pelo menos dois trabalhadores, já numa média ou grande empresa, o limiar mínimo é de cinco trabalhadores. Donde decorre, obviamente, que o despedimento por extinção do posto de trabalho pode chegar a abranger mais trabalhadores do que o despedimento coletivo e, como tal, ser até “menos coletivo”. (Furtado Martins, 2012b:175; Carvalho Martins e Canas Silva, 2014: 547).

Constatámos ainda que no âmbito do despedimento coletivo, a questão dos critérios de seleção dos trabalhadores a abranger não se configura nos mesmos moldes que se estabelecem para o despedimento por extinção do posto de trabalho, isto é, não se vislumbra constrangimento legal da escolha dos trabalhadores a despedir,⁹⁷ o que denota um propositado silêncio da lei a este respeito. De facto, como já se referiu aliás, no despedimento coletivo a abordagem aos critérios para seleção dos trabalhadores a despedir está vertida na al. c) do n.º 2 do artigo 360.º, apenas se referindo que os critérios utilizados devem constar da comunicação da intenção de despedir a remeter à comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão intersindical ou às comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores a abranger.

De facto, ao empregador no âmbito do despedimento coletivo, é conferida liberdade para definir os critérios de seleção. Veja-se a este propósito o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13 de maio de 2015 (Processo 146/14.8TTFUN.L1-4),⁹⁸ que refere que:

“A (...) indicação prévia dos critérios de seleção (...) tem como objetivo evitar práticas arbitrárias e discriminatórias na escolha dos trabalhadores (...) e a permitir a sindicabilidade, quer pelo

⁹⁶ Ainda assim, FURTADO MARTINS (2012b:175) considera que é questionável se as mencionadas particularidades consubstanciaram efetivamente “exigências próprias e com conteúdo efetivo” da extinção do posto de trabalho “e que não sejam, pelo menos em certa medida, também suscetíveis de aplicação ao despedimento coletivo”.

⁹⁷ Neste sentido, veja-se a nota de rodapé 14) de Monteiro Fernandes (2014c: 396).

⁹⁸ Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/395b5d0a72981b8180257e5f004d1a38?OpenDocument>

trabalhador, quer pelo tribunal, da decisão concreta da aplicação desses critérios, (...) decisão que terá de ser incluída na comunicação a que se reporta o artigo 363.º, n.º 1, através da qual a entidade patronal comunica a cada trabalhador abrangido a decisão do seu despedimento individual. Dessa comunicação deve resultar o motivo que levou o empregador a selecionar o trabalhador (...) e não apenas a fundamentação que justificou o recurso ao despedimento coletivo e que foi comum a todos os trabalhadores por ele abrangidos. O motivo individual tem necessariamente de conter a indicação concreta das razões que, de acordo com os critérios de seleção previamente definidos pelo empregador, tivesse conduzido a que fosse o Autor e não qualquer outro trabalhador o selecionado (neste sentido vd. Ac. do S.T.J. de 18.10.2006, proc. 06S1324, www.dgsi.pt).

Passando então à análise dos pontos de convergência entre os regimes, dir-se-á desde logo que estamos perante duas modalidades de cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, o despedimento coletivo e o despedimento por extinção do posto de trabalho, que apesar de estarem consagradas no CT separadamente - o despedimento coletivo nos artigos 359.º a 366.º e o despedimento por extinção do posto de trabalho nos artigos 367.º a 372.º -, se reconduzem a uma figura comum, designadamente, o despedimento por eliminação de emprego (Furtado Martins, 2012b:174).

Na verdade, nem a própria noção apontada no CT para a modalidade de extinção do posto de trabalho é realmente autónoma, porquanto como refere FURTADO MARTINS, “no essencial a figura é definida por oposição ao despedimento coletivo, como se infere dos artigos 367.º e 368.º 1 d)” (Furtado Martins, 2012b:175).

Realmente, os pontos de contacto entre ambas as modalidades são revelados prontamente pelo facto dos aspetos essenciais do regime da Extinção do Posto de Trabalho – quer os fundamentos que a lei impõe, quer os direitos que confere – serem tratados na divisão do CT dedicada ao regime do Despedimento Coletivo (Furtado Martins, 2012b:174).

Como se assinalou, ambas as modalidades em apreço se fundam em razões objetivas ligadas à empresa e não imputáveis ao comportamento culposos do trabalhador, nomeadamente, em motivos conexos com a impossibilidade de o empregador continuar a receber a prestação laboral e a cumprir os deveres remuneratórios a que está obrigado. Como tal, é por remissão prevista no n.º 2 do artigo 367.º, relativo à Extinção do posto de trabalho, para o despedimento coletivo que se apura o alcance e limites dos motivos justificativos do recurso a esta figura (que como se viu *supra* podem ser de mercado, estruturais ou tecnológicos).

Deste modo, e não olvidando as diferenças apontadas ao longo da presente dissertação parece, ainda assim, legítima a afirmação de que o despedimento por extinção do posto de trabalho “se

perfila como uma variante individual do despedimento coletivo⁹⁹ (Leal Amado, 2012: 404), já que a sua motivação económica é essencialmente coincidente, achando-se a única diferença no número de trabalhadores abrangidos por uma e outra medidas¹⁰⁰. É a própria Lei, aliás, que confere ao primeiro feição subsidiária relativamente ao segundo¹⁰¹

Em síntese, para além dos motivos justificativos, por via do artigo 372.º do CT, sob a epígrafe “Direitos de trabalhador em caso de despedimento por extinção do posto de trabalho”, do despedimento coletivo o regime da extinção do posto de trabalho acolhe o seguinte: i) a não observância do prazo mínimo de pré-aviso (art. 363.º, n.º 4); ii) o momento do pagamento da compensação e créditos (art. 363.º, primeira parte do n.º 5); iii) o crédito de horas durante o pré-aviso (art. 364.º); iii) o montante da compensação (art. 366.º); iv) a possibilidade de denúncia do contrato durante o pré-aviso (art. 365.º).

Por fim, dir-se-á que, em virtude da admissibilidade dos despedimentos por iniciativa do empregador nas situações em que se verifique a existência de motivações de cariz objetivo, denota-se, paralelamente, no regime estabelecido, a preocupação do legislador em acautelar a utilização abusiva destas modalidades de despedimento. Como tal, a lei impõe limites de razoabilidade, veiculada pelas condicionantes substantivas e procedimentais de tais figuras e assegurando o pagamento de uma compensação adequada aos trabalhadores afetos. Esta preocupação do legislador fica a dever-se, como se viu, à interpretação preconizada do preceituado no artigo 53.º da CRP, o princípio da proibição dos despedimentos sem justa causa (Palma Ramalho, 2014: 1022).

Cumpra ainda salientar neste tocante que, para FURTADO MARTINS (2012a: 157, 245, 254 e ss. e 269), no futuro, justificar-se-ia a criação de um procedimento único que substituísse os atuais despedimento coletivo e despedimento por extinção de posto de trabalho.

Contudo, para MONTEIRO FERNANDES (2017: 599), apesar de reconhecer as semelhanças existentes entre as modalidades, considera que não são suficientes para que se estabeleça qualquer equiparação entre ambas porquanto existem exigências legais muito diferentes para que o despedimento seja considerado lícito. Para o citado autor a redução das modalidades a

⁹⁹ Para Furtado Martins (2015: 445) o despedimento por extinção de posto de trabalho consubstancia como uma subespécie (juntamente com o despedimento coletivo) dos «despedimentos por eliminação de emprego».

¹⁰⁰ Cfr. Ac. do STJ, de 29 de maio de 2013. No mesmo sentido, veja-se o Ac. do STJ, de 15 de março de 2012, processo n.º 554/07.0TTMTS.P1.S1 e o Acórdão do STJ de 19 de novembro de 2015, processo 568/10.3TTVNG.P1.S1. Todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

um mesmo mecanismo extintivo, diferenciando-se somente pelo número de trabalhadores envolvido, não se afigura possível.

5.2 Do acordo de revogação fundamentado em motivos que permitam o recurso ao despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho

Note-se ainda que, perante a rigidez substancial e processual de que a legislação laboral se reveste, os empregadores cientes das consequências de um despedimento ilícito – salários vincendos e reintegração – que podem para si advir enquanto entidade patronal, tendencialmente, optam por tentar chegar a um entendimento com os trabalhadores, com vista à cessação dos respetivos contratos de trabalho.

A estas implicações, acrescem ainda, os eventuais danos de imagem, associados a um processo de despedimento por extinção do posto de trabalho ou a um despedimento coletivo.

De facto, para além das situações de despedimento coletivo e de extinção do posto de trabalho, o acesso ao subsídio de desemprego – prestação social prevista para situações de desemprego involuntário –, está, igualmente, previsto para as situações em que a cessação do contrato ocorra por acordo fundamentada em motivos que permitam o recurso ao despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho, conforme estabelecido nos arts. 9.º, n.º 1, al. d) e 10.º, n.º 4 do DL 220/2006, o qual estabelece o regime jurídico de proteção social da eventualidade de desemprego dos trabalhadores por conta de outrem.

Assim, o subsídio de desemprego é regulado pelo mencionado diploma, o qual determina que "consideram-se desemprego involuntário (...) as situações de cessação do contrato de trabalho, por acordo, que se integrem num processo de redução de efetivos, quer por motivos de reestruturação, viabilização ou recuperação da empresa, quer ainda por a empresa se encontrar em situação económica difícil, independentemente da sua dimensão" (art. 10.º, n.º 1).

Porém, a concessão do subsídio de desemprego (desde 2006) tem que respeitar um regime de quotas/limites trienais. Estes limites são apurados “tendo em conta a dimensão da empresa e o número de trabalhadores abrangidos” (art. 10.º, n.º 4), sendo, “nas empresas que empreguem até 250 trabalhadores, são consideradas as cessações de contrato de trabalho até três trabalhadores inclusive ou até 25% do quadro de pessoal, em cada triénio” e "nas empresas que empreguem mais de 250 trabalhadores (...) consideradas as cessações de contrato de trabalho até 62 trabalhadores, inclusive, ou até 20% do quadro de pessoal, com limite de 80 trabalhadores em cada triénio" (Art. 10º, n.º 4, alínea b)); nos termos do n.º 5 da disposição legal mencionada,

os limites "são aferidos por referência aos três últimos anos cuja contagem se inicia na data de cessação do contrato, inclusive".

Veja-se que, para os despedimentos coletivos ou por extinção de posto de trabalho não se afigura qualquer limitação de quotas para a atribuição do subsídio de desemprego.

Por outro lado, o art.º 58.º, n.º 4, do DL 220/2006, consagra um fator de redução especial no cálculo da pensão por acesso antecipado à reforma, sempre que a situação de desemprego decorra de cessação do contrato de trabalho por acordo. Acresce ainda que, nos termos do art. 46.º, n.º 2, al. v) do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, a compensação por cessação do contrato de trabalho por acordo nas situações com direito a prestações de desemprego integram a base de incidência contributiva, ao contrário do que acontece com a compensação por cessação do contrato de trabalho em caso de, entre outros, despedimento coletivo, por extinção do posto de trabalho, conforme estabelecido no art. 48.º, al. h) do mesmo diploma.

Acontece que, não obstante as contingências inerentes ao acordo fundamentado em motivos que permitam o recurso ao despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho, às quais se aludiu, não se pode deixar de assinalar, ainda que em traços breves, que este mecanismo legal de cessação de contrato de trabalho dispensa a empresa da observância de processos complexos, onerosos e morosos e, por outro lado, permite escolher o trabalhador a dispensar, aspeto que habitualmente despoleta a intenção de se encetarem negociações com vista ao acordo.

Como tal, o acordo de revogação de contrato de trabalho consubstancia um “despedimento negociado” e afigura-se como uma “válvula de escape” à disposição do empregador em matéria de cessação de contrato de trabalho, que desde que formalizado de forma rigorosa se tornam “blindados”, isto é, dificilmente impugnáveis (Arruda: 2010). Veja-se a este propósito o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 23 de maio de 2013 (Proc. 138/12.1TTPTM.E1)¹⁰², onde se afirma que “O acordo de revogação de contrato de trabalho estabelecido entre empregador e trabalhador, não pode deixar de constar, obrigatoriamente, de um documento escrito e assinado por ambas as partes contratantes, ficando a validade desse acordo – e, conseqüentemente, a eficácia do que nele se estabelecer – dependente da

¹⁰² Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/61fb0d904562a6de80257de10056fd ae?OpenDocument>

formalização desse documento ao abrigo do disposto no art. 220º do Código Civil”. Mais acrescenta que “A declaração de modelo para atribuição de subsídio de desemprego, trata-se apenas de documento exigido pelos serviços da Segurança Social, emitido pela entidade empregadora segundo modelo próprio destinado a esses serviços, de forma a poder ser conferida a trabalhador por conta de outrem que lha requeira, uma subvenção legalmente estabelecida quando em situação de desemprego involuntário”. Do exposto, retira-se que não basta que se assinale na declaração de modelo para atribuição de subsídio de desemprego¹⁰³ a existência de um acordo de revogação celebrado entre as partes fundamentado em motivo que permita o despedimento coletivo ou extinção de posto de trabalho, sendo efetivamente necessária a formalização de um acordo de revogação de contrato de trabalho, onde se indique e explicita a respetiva fundamentação.

A título de nota final repare-se que, o Acordo de revogação fundamentado em motivo que permita o despedimento coletivo ou extinção de posto de trabalho não está sujeita ao crivo da DGERT nem da ACT como acontece com o despedimento coletivo e com a extinção do posto de trabalho, respetivamente. Pelo que, apesar de não nos podermos olvidar do facto de estarmos perante um acordo de revogação celebrado entre as partes, também não será de esquecer que a concessão do subsídio de desemprego depende da existência de fundamentação que permitisse a aplicação das outras modalidades de cessação do contrato de trabalho e, como tal, na ausência de uma fiscalização apertada deste tipo de acordo não se garante “eficazmente a prevenção de situações de fraude no acesso e na atribuição indevida desta prestação”. Sendo que, o combate à fraude e a poupança de recursos na segurança social só ocorrem porque existem limites de quotas.

Atendendo à matéria em apreciação, para o que aqui releva, a análise que nos propomos cingir-se-á à análise da evolução da extinção do posto do trabalho e do acordo de revogação previsto no n.º 4 do artigo 10.º do DL n.º 220/2006, bem como do número total de processos de desemprego entrados no período que decorreu entre 2012 e setembro de 2017.

Note-se que o acordo de revogação assinalado pode ser tanto fundamentado em motivo que permita o despedimento coletivo como a extinção de posto de trabalho, pelo que, atentos os dados disponibilizados pela Segurança Social não é possível assegurar quantos acordos é que

¹⁰³ Documento (Mod. RP 5044/2013 - DGSS) disponível em http://www.seg-social.pt/documents/10152/21738/RP_5044_DGSS

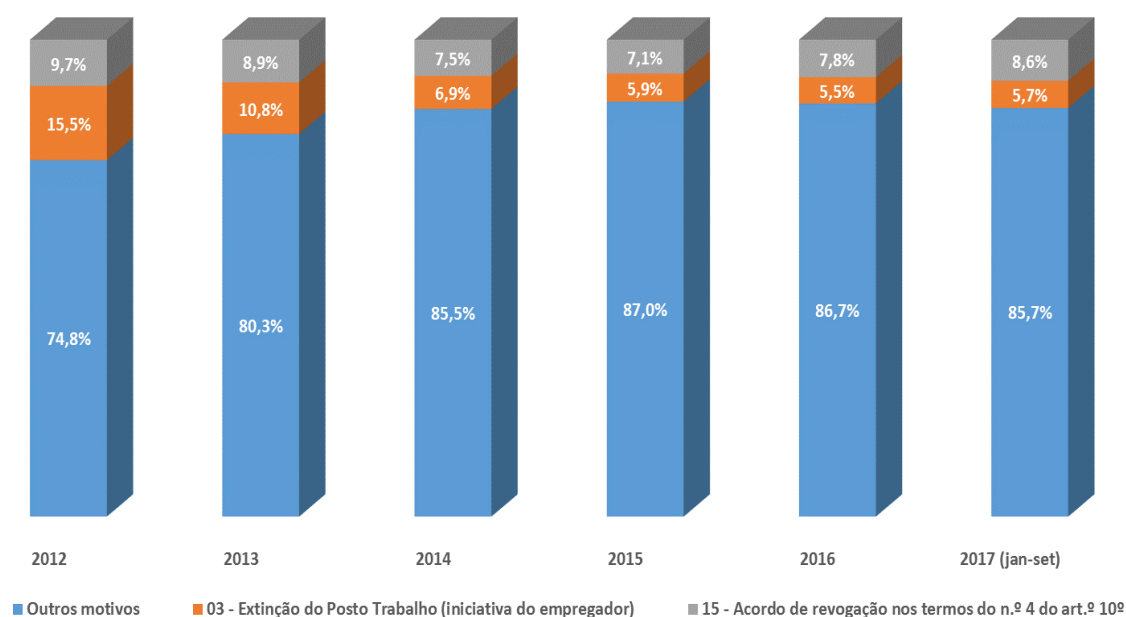
foram celebrados com fundamento num e noutro. Ainda assim, da análise dos factos espelhados nos gráficos *infra* permite-nos concluir o seguinte:

- a) O número total anual de processos de desemprego entrados no período decresceu todos os anos até 2014, registando-se apenas um ligeiro aumento de 2014 para 2015; tendo voltado a apresentar decréscimos de 2015 para 2016 e tudo indica que venha a baixar em 2017;
- b) O número anual de processos por extinção do posto de trabalho de 2012 até setembro de 2017 decresceu todos os anos;
- c) Já quanto ao número anual de acordos de revogação nos termos do n.º 4 do art. 10.º do DL 220/2006, constatamos que de 2012 até 2015 decresceu. No entanto, de 2015 para 2016 aumentou e de 2016 até setembro de 2017 tudo indica que o número venha a aumentar também;
- d) Em termos percentuais, relativamente ao número total anual de processos de desemprego entrados, o despedimento por extinção do posto de trabalho, nos dez primeiros meses de 2017, está ligeiramente superior ao ano de 2016; Sendo certo que de 2012 até à data tem vindo a decrescer. Atente-se que em 2012 os despedimentos por extinção do posto de trabalho representavam 15,5% do número total de despedimentos e atualmente representam apenas 5,7%;
- e) Em termos percentuais, relativamente ao número total anual de processos de desemprego entrados, o despedimento por acordos de revogação nos termos do n.º 4 do art. 10.º do DL 220/2006 decresceu sempre no período de 2012 até 2015, sendo que de 2015 para 2016 aumentou e a tendência é que irá aumentar no ano de 2017;
- f) Ressalvando-se a questão de não se conseguir distinguir quantos acordos de revogação foram fundamentados em motivo que permita o despedimento coletivo ou em motivo que permita a extinção de posto de trabalho, note-se que em termos percentuais relativamente ao número total anual de processos de desemprego entrados, até 2014 a percentagem de acordos de revogação vinha a ser superior aos despedimentos por extinção do posto de trabalho. No entanto, a partir de 2014 até setembro de 2017 registou-se uma inversão, passando a utilização do acordo de revogação a apresentar-se em termos percentuais com valores superiores à extinção do posto de trabalho.

MOTIVO DE DESEMPREGO	2012	2013	2014	2015	2016	2017 (jan-set)
03 - Extinção do Posto Trabalho (iniciativa do empregador)	15,5%	10,8%	6,9%	5,9%	5,5%	5,7%
15 - Acordo de revogação nos termos do n.º 4 do art.º 10º	9,7%	8,9%	7,5%	7,1%	7,8%	8,6%
Outros motivos	74,8%	80,3%	85,5%	87,0%	86,7%	85,7%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

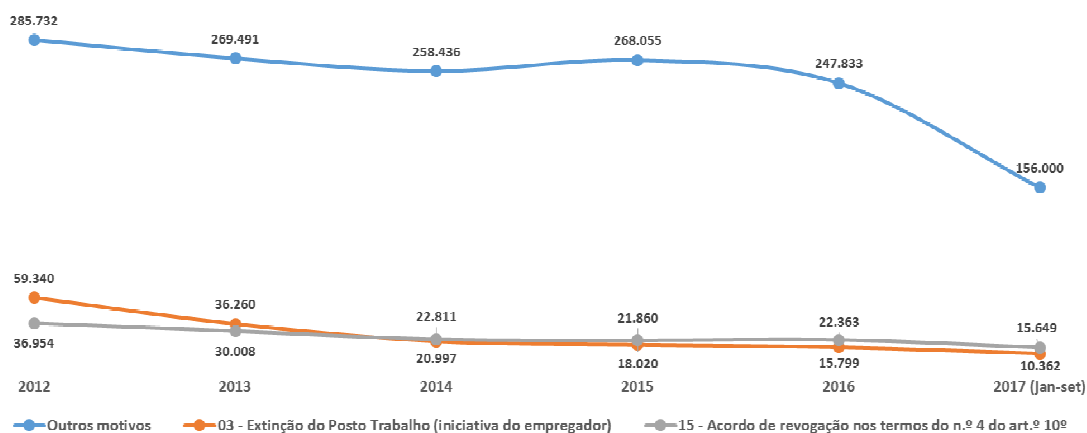
Fonte: Instituto da Segurança Social, I.P.

EVOLUÇÃO ANUAL DO PESO (%) POR MOTIVO DE DESEMPREGO



Fonte: Instituto da Segurança Social, I.P.

EVOLUÇÃO ANUAL DO NÚMERO DE PROCESSOS POR MOTIVO DE DESEMPREGO



Fonte: Instituto da Segurança Social, I.P.

Neste ponto, o Livro Verde sobre as Relações Laborais (Dray, Guilherme e outros, 2016: 289 e 290) apresenta os dados referentes “Prestações iniciais de subsídio de desemprego deferidas no mês de dezembro, 2011 e 2015”, “Peso relativo das modalidades de cessação de contrato de trabalho na atribuição de prestações iniciais de desemprego, 2009-2015” e “Prestações iniciais de subsídio de desemprego deferidas, 2009-2015” (juntos sob ANEXO I, II e III, respetivamente). A discrepância existente dos números entre os dados disponibilizados pelo Sistema de Estatísticas da Segurança Social (SESS/DES) e os números apresentados no citado livro, julga-se que se deva ao facto de a Segurança Social se reportar aos processos de desemprego entrados e este se basear na atribuição efetiva de prestações iniciais de desemprego. Ainda assim, a conclusão que se retira, para o que releva na presente dissertação, é a mesma, designadamente, que “desde 2009 o número de trabalhadores abrangidos pelo despedimento por extinção de posto de trabalho passou de pouco mais de 41 mil trabalhadores (20,1%) para um máximo, em 2012, de pouco menos de 50 mil trabalhadores (19,3%), com uma ligeira inflexão em 2010. De 2013 até 2015, verificou-se uma diminuição significativa do número de trabalhadores abrangidos por esta modalidade de cessação de contrato de trabalho, cifrando-se, em 2015, em pouco mais de 15 mil trabalhadores (8,7%)” (Dray, Guilherme e outros, 2016: 293).

No referido Livro Verde (Dray, Guilherme e outros, 2016: 296), refere-se ainda que “em regra, a caducidade do contrato de trabalho a termo constitui a principal razão para a cessação do contrato de trabalho, seguindo-se a revogação do contrato de trabalho e o despedimento por extinção do posto de trabalho”.

Do estudo apresentado no Livro Verde constata-se ainda que atentos os dados relativos às prestações iniciais deferidas em dezembro de 2015 e no mesmo período em 2009, verifica-se que a cessação por caducidade de contrato de trabalho a termo representa o principal motivo de acesso às prestações (69,4% em 2015 e 37,8% em 2009), seguindo-se a revogação (19,4% em 2011 e 10,8% em 2015) e o despedimento por extinção do posto de trabalho (23,4% em 2011 e 7,4% em 2015). Acrescenta ainda, com grande relevância para a temática aqui em apreço, que comparando estes dois momentos no tempo (e analisando inclusive os períodos intermédios), regista-se que a Extinção do Posto de trabalho tem vindo a perder peso nos vários períodos analisados. (Dray, Guilherme e outros: 216)

E da análise do ANEXO 1 apresentado no referido Livro no Quadro 73, constata-se, como se viu aliás, nos gráficos *supra*, que apesar da percentagem de ambas as modalidades, a “Extinção do Posto de trabalho” e a “Cessação por acordo” terem decrescido, a verdade é que a primeira perdeu peso em relação à segunda em 2015, o que não sucedia em 2011. (Dray, Guilherme e outros, 2016: 217).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se referiu *ab initio*, com a presente dissertação visou-se analisar o despedimento por extinção do posto de trabalho no seu cômputo geral e, em particular, no que diz respeito às inovações introduzidas no âmbito dos critérios de seleção do posto a extinguir trazidas pela Lei n.º 27/2014, marcadamente influenciadas pelo MoU e, simultaneamente, pelo Acórdão do TC n.º 602/2013.

Debruçámo-nos sobre a matéria, tendo por base a problemática com que o legislador se depara no regime dos despedimentos por justa causa objetiva, na medida em que que lhe é constitucionalmente imposto que “albergue”, em simultâneo, a proibição dos despedimentos sem justa causa e a proteção da livre iniciativa económica. De facto, o despedimento por extinção do posto do trabalho, enquanto modalidade de cessação do contrato de trabalho por motivos objetivos, só poderá ser efetivado quando em conformidade com o princípio da proteção da garantia da segurança no emprego e com a justa causa estabelecidos no artigo 53.º da CRP. No entanto, também não cremos que a proteção da livre iniciativa económica possa ser coartada ao empregador, na medida em que se trata de um direito constitucionalmente consagrado.

Deste modo, é incontornável que o regime legal dos despedimentos por causas objetivas (o despedimento coletivo, o despedimento por extinção do posto de trabalho e o despedimento por inadaptação), previstos nos arts. 359.º a 380.º do CT, exige que se observe de forma harmonizada tanto o princípio da segurança no emprego plasmado no art. 53.º da CRP, como os princípios estruturantes da liberdade de empresa e da iniciativa económica privada - arts. 61.º, n.º 1, e 80.º, alínea c), da CRP, ambos integrados no nosso ordenamento constitucional.

Como se assinalou, a disparidade entre os princípios que regulam a cessação contratual por iniciativa do empregador e os que se impõem ao trabalhador para se desvincular da relação laboral, verifica-se, igualmente, noutros ordenamentos jurídico-laborais europeus. Viu-se, ainda, que a cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador e com fundamento objetivo, de natureza económica ou empresarial é, no plano internacional, do mesmo modo, admissível.

Em termos sintéticos, recorde-se que o regime relativo ao despedimento por extinção do posto de trabalho foi submetido recentemente a um conjunto de alterações: desde logo, pela alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 23/2012, de 25 de agosto, da qual resultou a substituição do

anterior critério da antiguidade¹⁰⁴ do trabalhador, na determinação do posto a extinguir por critérios a definir pelo empregador, desde que relevantes e não discriminatórios, face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho. Este diploma veio ainda eliminar a anterior obrigação do empregador de pôr à disposição do trabalhador um posto de trabalho compatível com a sua categoria profissional. Posteriormente, estas alterações vieram a ser declaradas inconstitucionais pelo TC no Ac. n.º 602/2013 com a consequente repriminção das normas anteriormente em vigor. Finalmente, com a alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 27/2014, considerou-se necessário estabelecer no ordenamento jurídico-laboral uma nova ordem de critérios, a saber: 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; e) Menor antiguidade na empresa. De igual modo, foi reintroduzido como requisito essencial para a cessação do contrato de trabalho a imprescindibilidade de inexistência de posto de trabalho compatível e disponível com a categoria profissional do trabalhador.

Recorde-se, ainda, que, para além do respeito por uma ordem de critérios de seleção do trabalhador a despedir, o regime do despedimento por extinção do posto de trabalho exige o cumprimento de um dever de fundamentação da decisão gestionária de encerramento da empresa, de eliminação de uma secção ou de um posto de trabalho devido a motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos e a observância de um procedimento legalmente previsto.

No que respeita aos critérios de seleção previstos no art. 368.º/2 do CT, consideramos que as fragilidades a apontar quanto aos parâmetros atualmente em vigor são, grosso modo, as que se assinalaram em sede de análise própria, pelo que, remetemos para tudo quanto foi dito a respeito de cada critério, devendo a nossa abordagem em sede de conclusões ultrapassar a dimensão da apreciação de cada um em particular. No entanto, não podemos deixar de salientar que a aplicação de um determinado critério, seguindo a ordem sucessiva em que se encontram dispostos no n.º 2 do art. 368.º do CT, pode não se coadunar com os motivos que, em cada hipótese, legitimam a extinção. Este é, também o entendimento de CARVALHO MARTINS E CANAS DA SILVA (2014: 538).

De facto, salvaguardado o devido respeito, consideramos que os critérios estabelecidos podiam ter sido configurados tendo em consideração outra perspetiva do panorama jus-laboral.

¹⁰⁴ O critério da antiguidade configura um critério “social” de prioridades legalmente imposto, um critério que visava a proteção dos menos empregáveis (mais velhos ou mais antigos).

Assim, na nossa perceção, a cláusula aberta relativa aos critérios de seleção prevista na Lei de 2012, incontornavelmente inconstitucional por todas as razões assinaladas, devia ter dado lugar - atentas as recomendações do MoU e as recomendações que se podem extrair do Acórdão do TC n.º 602/2013, - a uma formulação dos parâmetros de escolha do posto a extinguir diferente da que foi estabelecida em sede de Lei 27/2014 e que se encontra atualmente em vigor.

Na verdade, no nosso entendimento, é linear que à legislação relativa a esta matéria incumbiria dar referências e indicações aos empregadores quanto aos critérios a observar, revelando de forma harmonizada preocupações de índole social e, simultaneamente, preocupações de cariz económico e de gestão, isto é, do ponto de vista de gestão da empresa.

Ainda assim, idealmente, salvo melhor opinião, estes parâmetros deviam ser plasmados na lei de forma indicativa, como, de resto, é o que assistimos nos outros ordenamentos jurídicos referenciados. Com isto não se subentenda que consideramos que não se tivessem que observar os critérios sugeridos pelo legislador, mas julgamos que estabelecer uma ordem sucessiva e hierárquica poderá ser visto como excessivo, impeditivo da efetiva concretização do princípio constitucional da proteção da livre iniciativa económica. E tal posição é, quanto a nós, igualmente defensável, na perspetiva de que o modelo apresentado presentemente nem sequer parece “cuidar” de preocupações sociais.

A este propósito recorde-se o que se referiu aquando da apreciação do ordenamento francês, nomeadamente, o que se disse a respeito da forma como os critérios estão consagrados na lei. Na verdade, neste ordenamento observámos que os critérios a que o empregador deve observar são enunciados a título de exemplo, sendo conferida ao empregador a possibilidade de privilegiar determinado critério, desde que considere sempre globalmente os demais critérios (art. L1233-5 e L1233-7 do Code du Travail¹⁰⁵). Acrescente-se, ainda, que, no direito francês, como se viu, os critérios previstos para o despedimento coletivo aplicam-se, igualmente, ao despedimento individual por razões económicas.

Ora, se no nosso ordenamento jurídico-laboral, a inibição da escolha verdadeiramente assumida pelo empregador, na perspetiva de gestão da empresa, não é travada por questões de índole social, ou seja, tendo por medida o nível de impacto (previsível) das repercussões de um despedimento na vida de um trabalhador, também não se percebe porque é que o legislador considerou que só da forma em que consagrou os critérios na lei é que evitaria a subjetivação

105

Disponível

em

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006901017&dateTexte=&categorieLien=cid>

das escolhas.

Neste ponto, acolhemos o entendimento de MONTEIRO FERNANDES, quando refere que o legislador “aparece a substituir-se ao próprio empregador” na fixação de critérios.

É certo, porém, que, nesta linha de pensamento, se imporia ao legislador o esforço de regulamentar esta matéria de forma a não ser reconduzida à subjetivação do despedimento e de forma a permitir a sindicabilidade jurisdicional das escolhas promovidas pelo empregador.

Desta feita, não se pretende sugerir uma posição neutral por parte do legislador que, neste domínio, redundaria sempre na atribuição de prevalência ao interesse e à vontade de um dos contraentes, mas sim que o legislador conferisse ao empregador a prerrogativa de poder escolher de entre um leque de critérios legalmente previstos. E quanto à gama de critérios a estabelecer na lei, cremos que deviam ser pensados de forma a podermos ter no nosso ordenamento jurídico uma variedade de critérios relevantes e não discriminatórios, critérios objetivos de gestão, tendo em conta o interesse da empresa no contexto do motivo pelo qual a extinção iria operar e, paralelamente, critérios que levassem em linha de conta a tutela de pessoas em situação vulnerável e a prevenção do arbítrio ou da discriminação. Todos eles construídos — sem vulneração do critério constitucional da justa causa de despedimento e de acordo com as exigências do princípio da proporcionalidade — com base em conceitos evidentes e formulados de forma a poderem ser, de forma fácil, objeto de sindicalização.

Nesta perspetiva, o que se propõe é que seja dada a oportunidade ao empregador de tomar a sua decisão ponderando os vários critérios analisados. Por outras palavras, a nossa proposta é a de conferir ao empregador a liberdade de fazer uma apreciação global dos critérios previamente estabelecidos e, desse modo, com base no resultado combinado da ponderação dos vários critérios, selecionar o trabalhador a despedir. Assim, ainda que privilegiasse um dos critérios, este sempre teria que ser adequado ao princípio da boa-fé e conformado pelos demais parâmetros legais, assim se evitando que a sua decisão pudesse configurar uma situação de abuso de direito.

Ora, em termos sistemáticos, os critérios a estabelecer deviam sempre - ainda que não se determinasse uma lista em termos sucessivos e hierárquicos - acautelar a possibilidade de darem origem, de forma mais ou menos encapotada, em despedimentos injustificados, arbitrários ou fundados em mera conveniência da empresa.

Em sentido contrário, salvo melhor entendimento, consideramos que a atual exigência de se preverem legalmente os critérios de forma sucessiva e hierárquica, com vista a evitar

subjetivismo nos despedimentos ou a “encapotar” um despedimento sem justa causa, é, ou, pelo menos, é o que se tem vindo a assistir na prática, passível de ser contornada por via do acordo de revogação, quando fundamentado em motivos que permitam o recurso ao despedimento por extinção do posto de trabalho.

Claro que, neste caso, estamos a falar de uma modalidade de cessação que depende do acordo do trabalhador, mas não deixa de poder ser visto como um mecanismo legal, ou, como se referiu, uma “válvula de escape” à rigidez substancial e processual que a legislação laboral consubstancia. O acordo de revogação permite, na verdade, que a cessação do vínculo laboral ocorra de forma mais célere, menos onerosa, e evita potenciais consequências de um despedimento ilícito – salários vincendos e reintegração – que podem advir para a entidade patronal.

Como se salientou, para além das razões assinaladas, se uma empresa conseguir evitar eventuais danos de imagem associados a um processo de despedimento por extinção do posto de trabalho, tendencialmente, optará por tentar chegar a um entendimento com os trabalhadores, com vista à cessação dos respetivos contratos de trabalho.

Esta foi, inclusivamente, a conclusão a que se chegou da análise dos dados disponibilizados pela Segurança Social, relativamente aos processos de desemprego entrados no período que decorreu entre 2012 e setembro de 2017, nomeadamente, o despedimento por extinção do posto de trabalho e do acordo de revogação fundamentado em motivo que permita o despedimento coletivo ou extinção de posto de trabalho. Na realidade, apurou-se que, em termos percentuais relativamente ao número total anual de processos de desemprego entrados até 2014, a percentagem de acordos de revogação vinha a ser superior aos despedimentos por extinção do posto de trabalho. Contudo, a partir de 2014 e até setembro de 2017 registou-se uma inversão, passando a utilização do acordo de revogação a apresentar-se em termos percentuais com valores superiores à extinção do posto de trabalho. Estes dados são confirmados, como se viu, aquando da análise do estudo disponível no Livro Verde sobre as Relações Laborais 2016.

Estamos perante dados factuais e, apesar de não podermos atribuir a responsabilidade à introdução dos novos critérios no âmbito do despedimento por extinção do posto de trabalho, a verdade é que, coincidentemente, estes ilustram a perda de peso percentual desta modalidade quando comparada com o acordo de revogação que permite a atribuição de subsídio de desemprego.

Claro que são meras ilações, mas aliadas à ausência de jurisprudência e ao facto dos acordos de revogação que, na prática, viabilizam um despedimento por extinção do posto de trabalho não

estarem obrigados a passar no crivo de nenhuma entidade fiscalizadora, parece-nos a conclusão mais plausível.

Mas mais, como se assinalou, no âmbito do despedimento coletivo não existe uma lista imperativa de critérios a seguir por parte do empregador, incumbindo-lhe apenas indicar quais os critérios aplicados. Pelo que, salvo melhor entendimento, na linha do que vimos nos outros ordenamentos jurídicos estudados, consideramos que os critérios a definir e a pôr à disposição do empregador no caso de extinção do posto de trabalho podiam (deviam) ser extensíveis ao regime do despedimento coletivo.

Quanto à hipótese de “fusão” das duas figuras, acolhemos a posição de MONTEIRO FERNANDES (2017: 599), que considera “compreensível, mas não parece suscetível de prosperar”. No entanto, no nosso entendimento, seria razoável e adequado provisionar um leque de critérios de seleção de trabalhador a despedir (nos moldes que *supra* se assinalaram) comum às duas figuras.

Por fim, refira-se que não consideramos positiva a rigidez da forma – sucessiva e hierárquica - em que os critérios de seleção se encontram estabelecidos no nosso ordenamento jurídico, na medida em que, como se referiu, o empregador poderá ver-se obrigado a aplicar um critério que seja totalmente desadequado aos fundamentos que determinaram aquela extinção¹⁰⁶.

Perante o exposto, em alternativa à reforma substantiva dos critérios a que aludimos, de forma a pôr fim ao, quanto a nós, desadequado modelo de aplicação dos critérios de seleção previstos no n.º 2 do art. 368.º do CT, consideramos que sempre seria de equacionar que a subsidiariedade de aplicação dos (mesmos) critérios atualmente prevista, desse lugar a uma escolha dos critérios de forma casuística e ajustada aos motivos que legitimam a extinção.

Por último, acreditamos que as reformas laborais recentes relativamente a esta matéria retratam avanços imprescindíveis, dado o carácter desadequado dos regimes anteriores, contudo, caberá

¹⁰⁶ Neste tocante, vejam-se (de forma adaptada) os exemplos elucidativos apresentados – não a este propósito, mas enquadrando-se perfeitamente – por PALMA RAMALHO (2014: 1061), se se der o caso de a extinção operar com fundamento em motivos de ordem tecnológica – que exigem a “ponderação da capacidade de adaptação a novas tecnologias”, será desadequado obrigar o empregador a preservar o vínculo com o trabalhador que mais dificuldades terá de adaptação a estas (normalmente associado à antiguidade, mas pode até nem ser) só por ter que respeitar uma ordem sucessiva e hierárquica de critérios. Igualmente, se a extinção ocorrer devido a motivos de ordem estrutural, nomeadamente desequilíbrio financeiro da empresa, porque é que o empregador terá que atender à ordem de critérios prevista e não poderá despedir o trabalhador mais oneroso se um outro critério for primeiramente aplicado.

agora à jurisprudência, consolidá-la e clarificá-la atendendo a dados concretos. De facto, como é sabido, o direito constrói-se a partir da realidade social e cremos que, apesar de se estar no caminho certo, esta matéria precisa ainda de amadurecer, razão que nos levou a apresentar este modesto contributo, naturalmente sem a pretensão de aqui esgotarmos todas as questões.

BIBLIOGRAFIA

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amado, João Leal (2016), *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*, Coimbra, Almedina.

--- (2012), “O despedimento e a revisão do Código do Trabalho: primeiras notas sobre a Lei n.º 23/2012, de 25 de junho”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 141, mai/jun, 3974, pp. 297 e ss.

Arruda, Inês (2010) “Acordo de revogação de contrato de trabalho – Um despedimento negociado”, *Anuário RH*. Disponível em <http://www.uria.com/pt/publicaciones/articulos-juridicos.html?id=2477&pub=Publicacion&tipo=pt>

Canotilho, J. J. Gomes e Vital Moreira (2014), *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I*, Coimbra, Coimbra Editora.

Canotilho, J. J. Gomes (2004), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina.

Canotilho, J. J. Gomes e Jorge Leite (1991), “A inconstitucionalidade da lei dos despedimentos”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, número especial em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia, Vol. 3, pp. 501-580.

Carvalho, António Nunes (2015), “Reflexões sobre o conceito legal de posto de trabalho”, *Para Jorge Leite – Estudos Jurídico-Laborais*, Vol. I, Coimbra editora, Coimbra, pp. 119 e ss..

--- (1991), “Sobre o dever de ocupação efectiva do trabalhador”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 3 e 4, pp 261 e ss.

Cordeiro, António Meneses (1997), *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina.

Dray, Guilherme, Fernando Ribeiro Lopes, José Luís Albuquerque, Rute Guerra, Antonieta Ministro, Teresa Feliciano, Fernando Catarino José, Manuel Roxo, Sandra Ribeiro, Filipe Lamelas, Paula Agapito, Vitor Junqueira, Mariana Trigo Pereira, Carlos Domingues, Ana Fontes, Rui Nicola e Helena Alexandre (2016), “Livro Verde sobre as Relações Laborais”, *Gabinete do Secretário de Estado do Emprego*. Disponível em http://cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs2/LIVRO_VERDE_2016.pdf

Falcão, David e Sérgio Tomás (2014), “Regime do despedimento por extinção do posto de trabalho – Análise da Proposta de Lei n.º 207/XII”, *Questões Laborais*, 44, Ano XXI, pp.41-48.

--- (2016), “Repercussões do Memorando de Entendimento no regime jurídico do despedimento por extinção do posto de trabalho”, *Prontuário do Direito do Trabalho*, 1, pp. 79-92.

Favennec-Héry, Françoise e Pierre-Yves Verkindt (2007), *Droit du Travail*, Paris, LGDJ.

Fernandes, António Monteiro (2017), *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina.

--- (2014), *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina.

--- (2014), “A justa causa de despedimento entre a Constituição e a lei – Notas de um «check-up» periódico”, *A Cessação do Contrato de Trabalho – Aspectos Substantivos*, CEJ, pp.17 a 60. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/a_cessacao_do_contrato_de_trabalho_aspetos_substantivos_mar_2014.pdf

--- (2014), “A Reforma Laboral Contínua”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 74, vol. II - abr/Jun., pp. 389-409. Disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B3b1b4244-730c-4316-b17a-dc531574e8d4%7D.pdf>

--- (2012), “A «Reforma Laboral» de 2012 – Observações em torno da Lei 23/2012”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, II/III, pp. 545-573. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bdc72b78a-176d-441c-8114-e5ded91c517e%7D.pdf>

Gomes, Júlio Manuel Vieira (2007), *Direito do Trabalho*, Volume I – Relações Individuais de Trabalho, Coimbra, Coimbra Editora.

--- (2012), “Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei n.º 23/2012 de 25 de junho”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, abr/set, pp. 575-617. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B40d78a50-3ecd-41a1-a4b1-a298f00f043d%7D.pdf>

Gomes, Júlio Manuel Vieira e Raquel Carvalho (2014), “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 15/05/2014 (ou da aplicação da declaração de inconstitucionalidade dos números 2 e 4 do artigo 368.º do Código do Trabalho)”, *Questões Laborais*, Ano XXI, jan/jun, 44, pp. 203-210.

Jeammeaud, Antoine (1993), *Le Licenciement*, Paris, Dalloz.

Leitão, Luís Manuel Teles de Meneses (2012), *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina.

Leite, Fausto (2014) “Os novos critérios discriminatórios do despedimento”, *Jornal Público*, 2 de Março, *Jornal Público*, disponível em <https://www.publico.pt/2014/03/02/economia/opiniaos-novos-criterios-discriminatorios-do-despedimento-1626710>

Leite, Jorge (2004), *Direito do Trabalho – Volume II*, Coimbra, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra – Serviço de Textos.

--- (1991), “Direito de exercício da actividade profissional no âmbito do contrato de trabalho”, *Revista do Ministério Público*, n.º 47. Páginas

Machado, Maria João (2015) “A Lei n.º 27/2014, de 8 de maio. Algumas notas sobre a 6.ª alteração ao Código do Trabalho em matéria de despedimento por extinção de posto de trabalho”, *Revista Jurídica Portucalense*, 18, pp. 47-61.

Martinez, Pedro Romano (2013), *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina.

--- Martinez, Pedro Romano, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Machado Dray e Luís Gonçalves da Silva (2017), *Código do Trabalho*, Coimbra, Almedina.

Martins, David Carvalho e Rita Canas da Silva (2014), “Despedimento por Extinção do Posto de Trabalho – A Revisão de 2012 e o Acórdão do Tribunal Constitucional de 2013”, em *Para Jorge Leite, 1º v.: Escritos Jurídico Laborais*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 509-548.

Martins, David Carvalho e Duarte Abrunhosa e Sousa (2016), “Os critérios de seleção no despedimento por extinção de posto de trabalho”, *Transformações recentes do direito do trabalho Ibérico, Livro Razão*, CIJE pp. 141-163. Disponível em www.cije.up.pt/download-file/1642

Martins, Pedro Furtado (2012), *Cessação do Contrato de Trabalho*, Cascais, Principia.

--- (2012), “Alterações ao regime do despedimento por extinção de posto de trabalho”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.º 1 – 2, Janeiro/Junho, pp.173-184.

Mazzotta, Oronzo (2013), *Diritto del Lavoro – Il Rapporto di Lavoro*, Milão, Giuffré.

- Melgar, Alfredo Montoya (2002), *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos.
- Mestre, Bruno (2013), “A “saga” do despedimento por extinção do posto de trabalho e as repercussões do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 602/2013 – algumas notas”, *Questões Laborais*, Ano XX, 43, julho/dezembro, Coimbra Editora, pp. 197-208.
- Miranda, Jorge e Rui Medeiros (2005), *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*, Coimbra, Coimbra Editora.
- Mourisco, Chambel (2006), “A compensação pela extinção do posto de trabalho”, *Prontuário do Direito do Trabalho*, CEJ, 76,77,78, pp. 243-248.
- Neto, Abílio (2011), *Código de Processo do Trabalho Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora.
- Nicolini, Giovanni (2004), *Compendio di Diritto del Lavoro*, Pádua, CEDAM.
- Olea, Manuel Alonso e Maria Emília Casas Baamonde (2011), *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas.
- Quintas, Paula e Hélder Quintas (2016), *Código de Trabalho Anotado*, Coimbra, Almedina.
- Ramalho, Maria do Rosário Palma (2014), *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Coimbra, Almedina.
- Santoro-Passarelli, Francesco (1993), *Nozioni di Diritto del Lavoro*, Nápoles, Eugenio Jovene.
- Tomás, Sérgio (2014), “A extinção do posto de trabalho à luz do novo Código”, *Advocatus*. Disponível em <http://www.advocatus.pt/opini%C3%A3o/10949-a-extin%C3%A7%C3%A3o-do-posto-de-trabalho-%C3%A0-luz-do-novo-c%C3%B3digo.html>
- Vallebona, Antonio (2008), *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, Vol. II – Il Rapporto di Lavoro, Pádua, CEDAM.
- Valverde, Antonio Martin, Fermin Rodriguez-Sañudo Gutierrez e Joaquín García Murcia (2009), *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos.
- Varela, João de Matos Antunes (2000), *Das Obrigações em Geral – Volume I*, Coimbra, Almedina.
- Vasconcelos, Joana (2001), “O conceito de justa causa de despedimento – Evolução legislativa e situação actual”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Volume II – Justa causa de Despedimento, Coimbra, Almedina, pp. 15 a 34.

Verdier, Jean-Maurice, Alain Coeuret e Marie-Armelle Souriac (2009), *Droit du Travail*, Vol. II – Rapports Individuels, Paris, Dalloz.

Xavier, Bernardo da Gama Lobo (2014), *Manual de Direito do Trabalho*, Lisboa, Verbo.

--- (2000) “O despedimento colectivo no dimensionamento da empresa”, Lisboa, Verbo

--- (1993), “Despedimentos colectivos: liberdade de empresa e acção administrativa”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXXV, Janeiro-Dezembro, pp. 1 a 4.

--- (2011) Xavier, Bernardo da Gama Lobo com a colaboração de Pedro Furtado Martins, António Nunes de Carvalho, Joana Vasconcelos e Tatiana Guerra Almeida, *Manual de Direito do Trabalho*, Lisboa, Verbo.

--- (1990), “A extinção do contrato de trabalho”, *Administração*, 8/9, Vol. III pp. 401-444.

Disponível

em

file:///C:/Users/Dulce/Downloads/A%20extin%C3%A7%C3%A3o%20do%20contrato%20de%20trabalho.pdf

ANEXOS

Anexo I:

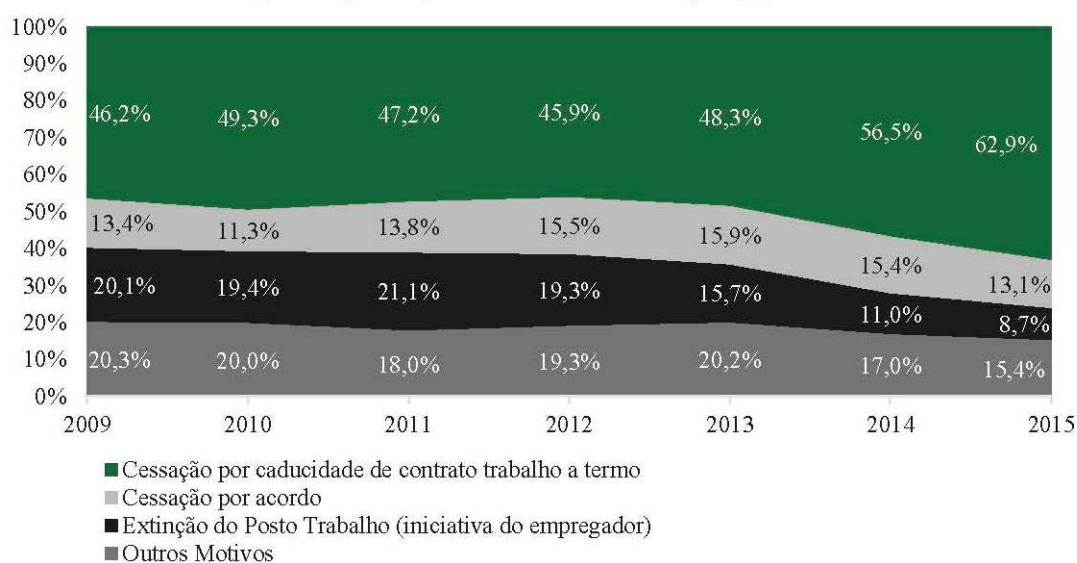
Quadro 73 - Prestações iniciais de subsídio de desemprego deferidas no mês de dezembro, 2011 e 2015

	2011		2015	
	Nº	%	Nº	%
Justa causa (iniciativa do empregador)	100	0,4	65	0,4
Justa causa (iniciativa do trabalhador)	151	0,6	61	0,4
Despedimento coletivo	1.162	4,9	233	1,6
Extinção do posto trabalho	5.575	23,4	1.093	7,4
Denúncia contrato no período experimental	414	1,7	480	3,3
Inadaptação ao posto de trabalho	194	0,8	35	0,2
Rescisão/Suspensão do contrato por salários em atraso	1.094	4,6	254	1,7
Cessação por acordo	4.637	19,4	1.599	10,8
Cessação por caducidade de contrato trabalho a termo	9.008	37,8	10.209	69,4
Insolvência/encerramento da empresa	1.449	6,1	555	3,8
Outros motivos	60	0,3	119	0,8
Total	23.844	100	14.703	100

Fonte: Instituto de Informática, IP, MTSSS (cálculos GEP/MTSSS).

Anexo II:

Gráfico 105 – Peso relativo das modalidades de cessação de contrato de trabalho na atribuição de prestações iniciais de desemprego, 2009-2015



Instituto de Informática, IP, MTSSS (cálculos GEP/MTSSS).

Anexo III:

Quadro 108 – Prestações iniciais de subsídio de desemprego deferidas, 2009-2015

	2009		2010		2011		2015		2013		2014		2015	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Justa causa (iniciativa empregador)	1 136	0,5%	1 223	0,7%	1 250	0,6%	1 408	0,5%	1 535	0,7%	1 128	0,7%	1 054	0,6%
Despedimento coletivo	9 306	4,5%	7 094	4,0%	7 588	3,7%	10 368	4,0%	9 265	4,4%	5 721	3,4%	4 723	2,7%
Justa causa (iniciativa trabalhador)	1 239	0,6%	1 114	0,6%	950	0,5%	1 446	0,6%	1 191	0,6%	892	0,5%	844	0,5%
Extinção do posto de trabalho	41 510	20,1%	34 251	19,4%	43 180	21,1%	49 637	19,3%	32 772	15,7%	18 515	11,0%	15 406	8,7%
Denúncia do contrato no período experimental	3 563	1,7%	3 492	2,0%	3 703	1,8%	4 377	1,7%	4 038	1,9%	4 307	2,6%	5 265	3,0%
Inadaptação ao posto de trabalho	1 893	0,9%	1 785	1,0%	1 656	0,8%	1 391	0,5%	856	0,4%	593	0,4%	601	0,3%
Cessação por caducidade de contrato a termo	95 552	46,2%	87 157	49,3%	96 568	47,2%	118 067	45,9%	100 779	48,3%	95 116	56,5%	111 682	62,9%
Rescisão/suspensão por salários em atraso	10 759	5,2%	9 870	5,6%	10 454	5,1%	16 068	6,2%	13 182	6,3%	7 598	4,5%	5 807	3,3%
Cessação por acordo	27 672	13,4%	20 067	11,3%	28 199	13,8%	39 889	15,5%	33 109	15,9%	25 965	15,4%	23 225	13,1%
Insolvência/encerramento da empresa	13 034	6,3%	10 347	5,8%	11 036	5,4%	14 488	5,6%	11 950	5,7%	7 861	4,7%	8 291	4,7%
Outros motivos	981	0,5%	515	0,3%	185	0,1%	74	0,0%	40	0,0%	520	0,3%	672	0,4%
Total	206 645	100%	176 915	100%	204 769	100%	257 213	100%	208 717	100%	168 216	100%	177 570	100%

Fonte: Instituto de Informática, IP, MTSSS (cálculos GEP/MTSSS).