

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?



“Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?”

Joana Maria da Conceição Dias

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

Orientadora:
Professora Doutora Maria Glória Rebelo, Professora Associada,
Universidade Lusófona Humanidades e Tecnologia

[Outubro, 2012]

À memória do Meu Pai

A essência da grandeza consiste na capacidade de escolhermos a realização pessoal em circunstâncias em que os outros optam pela loucura.

Dr. Wayne W. Dyer

Agradecimentos

Antes de mais quero agradecer à pessoa mais importante na minha vida e à pessoa que mais me marcou, ao meu Pai. És a minha força, és quem me guia e são os teus valores e ensinamentos que me fazem continuar quando nada no meu mundo faz sentido.

Quero agradecer também à minha mãe, ao meu irmão, à minha tia, à minha cunhada e ao meu tio, a toda a família e amigos que me têm apoiado nesta fase complicada da vida e que me deram a força necessária para continuar a trabalhar nesta dissertação.

Agradeço ainda à minha orientadora pela sua disponibilidade.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Num contexto de mudanças estruturais que se estão a verificar em Portugal e particularmente no âmbito da legislação laboral induzidas pelo recente Memorando de Entendimento entre o Governo Português, o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu, como consequência do pedido de ajuda internacional o tema que se aborda “Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular” tenta ir ao encontro das alterações efectuadas pela Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho.

Com este propósito, é abordado o tema do despedimento por inadaptação, por ser uma figura jurídica de pouca aplicabilidade, pelo que se mostra importante proceder a um enquadramento deste tema à luz da flexibilização deste regime.

Pareceu-nos por isso relevante proceder a um enquadramento da evolução histórica desta figura e às suas posteriores alterações legislativas, bem como, efectuar uma análise comparativa tendo em consideração o que estava consagrado nos regimes anteriores e as alterações agora vigentes.

E porque a problemática em causa está fortemente interligada com a dinâmica do trabalho, abordamos também as temáticas das novas tecnologia e da formação profissional que estão na base de funcionamento desta figura

De igual modo houve a necessidade de proceder a uma comparação do ordenamento jurídico espanhol, realçando as alterações legislativas aí verificadas.

Atendendo à *flexibilização* das leis laborais, é necessário que exista uma *regulamentação* da própria lei e dos seus pressupostos para que não se extravase o sentido desta flexibilização que parece atender mais aos interesses dos empregadores em detrimento das expectativas dos trabalhadores. Pelo que devem estes dois conceitos ser complementares.

Palavras-chave: Despedimento, Inadaptação, Flexibilização e Regulamentação.

JEL Classification System: K300, K310.

In the context of structural changes that are taking place in Portugal and particularly in the field of labor law induced by the recent Memorandum of the Understanding between the Portuguese Government, the International Monetary Fund, the European Commission and the European Central Bank, as a consequence of the application of international aid that addresses the theme "Dismissal for unsuitability: Easing or Regulatory?" try to meet the changes made by Law n.º 23 of June 25, 2012.

For this purpose, we shall address the issue of dismissal for unsuitability, being a juridical figure of little applicability, so it is important to make a showing framing this issue in light of the flexibility of the scheme.

It seemed so relevant conduct a framing of the historical evolution of this figure and the subsequent legislative changes, as well as to make a comparative analysis taking into account what was enshrined in previous regimes and the changes now in effect and because the issue in question is strongly intertwined with the dynamics of the work, we address also the issues of new technology and training that underpin the functioning of this figure.

Similarly there was a need for a comparison of the Spanish legal system, highlighting legislative changes therein verified.

Given the flexibility of labor laws, there must be a rule of law itself and its assumptions for not extending beyond the meaning of this flexibility that seems to cater more to the interests of employers at the expense of workers' expectations. From what these two concepts should be complementary.

Keywords: dismissal, unsuitability, flexibility and regulatory,

JEL Classification System: K300, K310

ÍNDICE

Introdução	1
I – A inadaptação	5
1. Noção preliminar de inadaptação	5
2. Introdução da inadaptação em Portugal	5
3. Inaptidão e inadaptação	7
4. A constitucionalidade da inadaptação	8
5. Formação profissional	10
6. Novas tecnologias	11
7. Despedimento	12
8. Posteriores alterações	13
II – Análise do despedimento de inadaptação no Código 2003	17
1. Considerações preliminares	17
2. O regime	18
3. O processo para despedimento por inadaptação	21
4. Ilicitude do despedimento por inadaptação	22
III – Análise ao código de 2009	25
1. Considerações gerais	25
2. Alterações significativas	25
IV – Despedimento por inadaptação	31
1. Considerações gerais	31
2. Requisitos	33
3. Procedimentos	38
4. Direito dos trabalhadores abrangidos pelo despedimento	39
5. Despedimento ilícito	41
6. Suspensão preventiva	43
7. Impugnação judicial	44
8. Efeitos da ilicitude	48

9. Considerações finais	53
V – Novas Tecnologias	55
VI – Formação profissional	59
1. Perspectiva geral	59
2. Regime da formação profissional	61
3. A inadaptação e a formação profissional	62
VII – A inadaptação em Espanha	65
1. Introdução	65
2. Regime espanhol	65
3. Posteriores alterações	68
VIII – Memorando de entendimento	71
1. Traços gerais	71
2. Alteração da figura do despedimento por inadaptação	72
3. Fundamentos da situação de inadaptação pela Lei n.º 23/2012	74
4. Notas finais	77
IX – Flexibilizar ou regulamentar?	83
1. Flexibilizar ou regulamentar	83
2. Flexigurança	87
Conclusões	89
Bibliografia	97
Anexos	101
1. Anexo A	101

INTRODUÇÃO

Este trabalho teve como objectivo o estudo da figura do Despedimento por Inadaptação do Trabalhador.

A escolha do tema deveu-se ao momento actual em que vivemos caracterizado por crises sucessivas com impacto quer económica e social e com abrangência ao nível global, obrigando as organizações a estarem cada vez mais atentas aos contextos e conjunturas externas que reflectem e condicionam intensamente as relações de trabalho com impacto nas organizações, levando-as a efectuar permanentes modificações e ajustamentos nos seus objectivos e estratégias de actuação.

Neste clima de crise global e de constantes “ajustamentos”, procurou-se enquadrar esta problemática dos despedimentos na análise do Código de Trabalho aprovado em Fevereiro de 2009, face aos novos desafios que se colocam ao País e em concreto às empresas. Incontornavelmente também se atendeu às propostas recentemente preconizadas e concretizadas com a assinatura do Memorando de Entendimento entre o Governo Português, o Fundo Monetário Internacional (FMI) a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu, como consequência do pedido de ajuda internacional feito por Portugal para fazer face à grave crise económica e financeira do País.

Este Memorando de Entendimento preconiza a alteração dos requisitos legais, onde os despedimentos por inadaptação passarão então a ser possíveis mesmo sem a introdução de novas tecnologias ou outras alterações no local de trabalho, facto este que, até ao momento, fundamentava o cerne de todo o funcionamento da figura. Com a alteração preconizada, basta para isso apenas a existência de uma modificação substancial da prestação, com a descrição circunstanciada dos factos demonstrativa dessa modificação substancial por parte do empregador e feita por escrito.

Parece pertinente assim discutir o despedimento por inadaptação do ponto de vista do empregador e do ponto de vista do trabalhador, trazendo, julga-se para este último, novas realidades que podem acarretar mais inconvenientes do que vantagens, desequilibrando a relação de forças entre o empregador e o trabalhador o que poderá conduzir a consequências sociais que poderão ser graves.

A questão que se coloca recorrentemente prende-se com os limites do sistema existente desta figura do despedimento por inadaptação face aos novos desafios da globalização, por isso, se elegeu este tema como central para justamente se procurar abordar e reflectir algumas considerações que se julgam actuais e de importância relevante.

Convirá entretanto ter em conta uma realidade que parece insofismável nos dias de hoje, que se prende com o facto desta figura jurídica ter pouca funcionalidade e aderência na sua utilização. Para um melhor enquadramento torna-se necessário analisar criteriosamente a evolução histórica desde 1991 dos requisitos de despedimento por inadaptação, no sentido de perceber se estes são flexíveis ou se existem dificuldades de aplicabilidade tendo em conta a rígida regulamentação deste tipo de despedimento. Ocorre também equacionar, qual dos caminhos será o mais ajustado, o de flexibilizar ou regulamentar o Código de Trabalho, para tirar melhor partido desta figura?

Para melhor enquadramento entendeu-se pertinente também, proceder a uma breve análise desta problemática ao nível Ibérico, e por isso, efectuou-se uma análise comparativa do regime jurídico de Espanha.

1. Objecto da Investigação

Pretendeu-se neste trabalho, numa primeira fase, analisar as normas existentes do despedimento por *inadaptação do trabalhador* ao posto de trabalho, os seus requisitos e consequentemente a dificuldade em recorrer ao mesmo, conforme já referido. Numa segunda fase procedeu-se a uma breve análise comparada com o ordenamento jurídico espanhol bem como os limites do despedimento, face à introdução cada vez maior das novas tecnologias nas empresas e as suas reais consequências, como sejam o impacto na formação contínua dos colaboradores, a importância de contemplar mecanismos que privilegiem a existência clara duma gestão virada para os objectivos, a monitorização da sua exequibilidade e dos respectivos mecanismos de ajustamento, a necessidade da utilização efectiva de instrumentos que dinamizem e facilitem nas organizações uma política de gestão eficaz de avaliação de competências e de desempenho.

2. Objectivos da Investigação

- a. Enquadramento histórico e presente para a definição de conceitos de Inadaptação ou seja a delimitação da motivação do despedimento por *inadaptação*, tanto no Regime Geral como no Regime Especial;
- b. Análise do nosso regime jurídico, o Direito comparado do ordenamento jurídico espanhol, equacionando soluções sobre o que está contemplado e o que se pode

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

preconizar quanto à flexibilização, regulamentação perante esta “nova” situação, que amplia a aplicação deste regime, trazendo à luz também as dificuldades acrescidas pela crise global e conseqüentemente os novos desafios que se colocam as organizações e a forma como estas se ajustam para mitigar esses impactos.

Complementarmente julgou-se oportuno, efectuar uma breve referência à evolução da figura do despedimento por inadaptação e à génese do conceito de inadaptação.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Capítulo I

A Inadaptação

1. Noção preliminar de inadaptação

A inadaptação corresponde à falta de adaptação do trabalhador às modificações introduzidas por motivos tecnológicos, ao seu posto de trabalho. A falta da adaptação não é imputável ao trabalhador.

A repercussão da inadaptação do trabalhador na esfera jurídica do empregador torna a relação laboral insustentável.

Parece assim necessário também fazer uma breve distinção entre o conceito de inadaptação, acima já referido, e o conceito de inaptidão.

O conceito de inaptidão é definível como uma inaptidão originária do trabalhador que não foi detectada no período experimental do contrato de trabalho.

2. Introdução da Inadaptação em Portugal

A figura do despedimento por inadaptação foi introduzida¹ com o Acordo Económico e Social de 1991² no âmbito do Conselho Permanente de Concertação Social em 11 de Outubro de 1990, pelo Decreto-Lei n.º 400/91, de 16 de Outubro, doravante DL.

Este Acordo procurou definir um amplo conjunto de medidas de política económica e social que caracterizaram aquilo que foi considerado como um acordo ambicioso que originou um “pacote legislativo” no domínio do trabalho subordinado.

¹ Confrontar Rebelo, G., *A (In) Adaptação no Trabalho: Uma Perspectiva Sociorganizacional e Jurídica*, Celta Editora, Oeiras, 1999, pp. 117-129.

² “Acordo Económico e Social e a Evolução do Direito do Trabalho Português, *in* Os Acordos de concertação social em Portugal, vol. I – Estudos, Lisboa, 1993, 123-124 e 147-150.”

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Apesar de diversas tentativas no sentido de reintroduzir³ no Direito do Trabalho português o despedimento por inadaptação do trabalhador, só com a celebração do referido acordo de concertação social e com a posterior aprovação do Decreto-Lei n.º 400/91 esse objectivo foi alcançado, nos termos que mereceram a apreciação do Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 64/91 de 4 de Abril de 1991.

Este acórdão considerava que já não se estava perante situações de despedimento com base em justa causa quando se permitisse a cessação do contrato de trabalho pela causa objectiva de o trabalhador não conseguir adaptar-se a uma alteração tecnológica do seu posto de trabalho, inadaptação que, sem culpa do empregador, torne praticamente impossível a subsistência do vínculo laboral.

Defendia ainda que não bastava a conveniência da empresa, por razões objectivas, para pôr-se termo ao contrato de trabalho, sendo também necessário verificar-se uma prática impossibilidade objectiva e que tais despedimentos haviam de ter uma regulamentação substantiva e processual distinta da dos despedimentos por justa causa disciplinar.

Tratava-se de uma (re)introdução⁴, como defendem Furtado Martins e Romano Martinez, não só porque a figura era conhecida no âmbito da Lei Contrato de Trabalho, doravante LCT, [cujo art. 102º a) se referia a manifesta *inaptidão* do trabalhador para as funções ajustadas], como aliás era no seu domínio da legislação anterior, mas também porque a Lei dos Despedimentos de 1975⁵ acolhia a *inaptidão* entre os casos de despedimento com *motivo atendível*, referindo-se à manifesta *inaptidão* e impossibilidade de preparação do trabalhador para as modificações tecnológicas que afectem o posto de trabalho.

³ Defendia a reintrodução desta figura porque já era conhecida quer no âmbito do Decreto-Lei 49808, de 24 de Novembro de 1969 (LCT) quer anteriormente no Decreto-lei n.º 372-A/75, de 16 de Julho, Furtado Martins *in Cessação do Contrato de Trabalho*, 2002, 2ª Edição Revista e Actualizada, São João do Estoril, Principia, pp. 139-149.

⁴ Sobre a reintrodução desta figura *vide* Menezes Cordeiro da Cessação do Contracto de Trabalho por inadaptação do trabalhador perante a Constituição da República, pp. 369 e ss., em especial pp. 383 e ss.

⁵ Decreto de Lei n.º 372-A/75 de 16 de Julho

Partilha-se, tal como também defende Glória Rebelo⁶, e salvo melhor opinião, que dificilmente se podia considerar que tenha havido uma reintrodução de uma figura já conhecida, pois, a reintrodução pressuporia que a figura da inadaptação já havia sido introduzida em Portugal, o que até ao Decreto-Lei n.º 400/91 de 16 de Outubro, não havia acontecido.

Estas referências a favor da reintrodução da inadaptação partem do pressuposto que a inaptidão era uma figura semelhante à inadaptação e que as anteriores referências do legislador à inaptidão, entretanto abolidas, teriam tido na consagração da inadaptação um renascimento.

Parece defensável que a inadaptação pressupõe uma realidade mais restritiva que a inaptidão, correspondendo aquela a uma ponderação de valores, num juízo que não é automático, acerca da falta de adaptação do trabalhador a uma formação que lhe foi concedida resultante de uma modificação tecnológica, e não a uma mera impossibilidade de preparação do trabalhador por modificações tecnológicas que afectem o seu posto de trabalho como prevista no Decreto-Lei 372-A/75 de 16 de Julho.

3. Inaptidão e Inadaptação

Julga-se pois que, deverá ser feita uma análise prévia à distinção do despedimento por inadaptação com a figura da inaptidão que, embora tenha uma terminologia aparentemente semelhante tem um regime totalmente distinto da inadaptação.

Assim, a inaptidão corresponde a uma incapacidade assente na perda de aptidão do trabalhador para o exercício das funções contratadas. Esta incapacidade tanto pode ser inicial, como pode ser superveniente.

⁶ Rebelo, G., *A (In) Adaptação no Trabalho: Uma Perspectiva Sociorganizacional e Jurídica*, Celta Editora, Oeiras, 1999, pp. 117-129.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Como refere Glória Rebelo⁷, este conceito de inaptidão aparece em termos que se configuram com uma inaptidão originária do trabalhador que não foi detectada no período experimental do contrato de trabalho.

O Decreto-Lei n.º 372-A/75, de 16 de Julho, no seu artigo 28.º n.º 2, previa uma situação de inaptidão inicial que deveria ser verificada no decurso do período experimental.

A inaptidão superveniente era aquela que resultava de uma incapacidade que ocorre no decurso do contrato ou no caso de não ter sido detectada no período experimental, em que o trabalhador perdeu as suas aptidões para o exercício das funções contratadas, ou por razões físicas ou mentais ou quaisquer outras.

Considera-se que, já a inadaptação, é uma falta de adaptação às novas realidades tecnológicas surgidas na empresa, em que o trabalhador embora inadaptado para aquelas funções manteve as suas aptidões.

Contudo, muitas vezes surgem dificuldades quando está em causa a cessação decorrente do vínculo laboral motivada pela inadaptação, o que se verá posteriormente.

4. A constitucionalidade da inadaptação

Para estudo desta matéria torna-se também necessário termos em conta o preceito constitucional que prevê a segurança no emprego, art.º 53º CRP⁸ (Constituição da República Portuguesa, adiante CRP), que levantou uma polémica respeitante à delimitação da noção de “justa causa de despedimento”.

A consolidação deste conceito constitucional foi objecto de dois importantes Acórdãos do Tribunal Constitucional – Acórdão n.º 107/88 de 31 Maio⁹ e Acórdão n.º 64/91 de 4 Abril¹⁰, já referido anteriormente.

⁷ Rebelo, G., *A (In) Adaptação no Trabalho: Uma Perspectiva Sociorganizacional e Jurídica*, Celta Editora, Oeiras, 1999, pp. 7-8.

⁸ Art.º 53º (Segurança no emprego) - “É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa, ou por razões políticas ou ideológicas.”

⁹ In DR, 1ª Série, de 21.06.1988.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Estes acórdãos pronunciaram-se sobre as alterações no âmbito da cessação do contrato de trabalho.

O Acórdão n.º 64/91 pronunciou-se especificamente sobre a constitucionalidade da cessação do contrato de trabalho por inadaptação.

O Acórdão n.º 107/88 pronunciou-se sobre a questão da admissibilidade constitucional da cessação do contrato por “justa causa” não disciplinar (ou não subjectiva).

Foi discutido, neste Acórdão, o alargamento da noção de “justa causa” a situações diferentes das contempladas na legislação ordinária em vigor. O foco da discussão derivava na possibilidade de extensão do conceito de justa causa consagrado na Constituição, a outras situações de “justa causa” objectiva, tais como a inaptidão do trabalhador para exercer as suas funções, a inadaptação às modificações tecnológicas ou a extinção do posto de trabalho por razões económicas, tecnológicas, estruturais ou de mercado.

O Tribunal Constitucional decidiu, por maioria, que o legislador ordinário não podia “transfigurar o conceito de modo a fazer com que ele abrangesse dimensões essenciais e qualitativamente distintas daquelas que caracterizam a sua intenção jurídico-normativa.”

Considerou que essa ampliação do conceito envolveria uma “transformação substancial” que violaria o art.º n.º 53 da Constituição.

Contudo, o conceito aí em causa tinha um conteúdo definido e limitado afecto exclusivamente à justa causa subjectiva, ou seja, a uma conduta ilícita e culposa do trabalhador.

Este acórdão não se pronunciou sobre a questão de saber se a proibição dos despedimentos sem justa causa, também impedia a previsão de despedimentos fundados em causas objectivas não imputáveis à culpa do empregador, que em cada caso concreto torne praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.

Posteriormente, no Acórdão n.º 64/91 do Tribunal Constitucional, considerava que já não se estaria perante situações de despedimento com base em justa causa quando se permitisse a cessação do contrato de trabalho pela causa objectiva de o trabalhador não conseguir adaptar-

¹⁰ In DR, 1ª Série, de 11.04.1991.

se a uma alteração tecnológica do seu posto de trabalho, inadaptação que, sem culpa do empregador, torne praticamente impossível a subsistência do vínculo laboral.

Concluiu que a justa causa constitucional abrangia factos, situações ou circunstâncias objectivas, não se limitava à justa causa disciplinar, que só a verdadeira impossibilidade objectiva de subsistência da relação laboral é que justificava a legitimidade constitucional dos despedimentos.

Defendia ainda que não bastava a mera conveniência da empresa, por razões objectivas, para se por termo ao contrato de trabalho, sendo também necessário ter-se verificado uma prática impossibilidade objectiva, devendo tais despedimentos ter uma regulamentação substantiva e processual distinta da dos despedimentos por justa causa disciplinar, ou seja, por culpa do trabalhador.

Finalmente, com a aprovação do Código de Trabalho de 2003, as questões constitucionais que inicialmente se colocavam a esta forma de cessação foram totalmente superadas, e a verdadeira natureza da inadaptação foi assumida, sendo esta uma falta de adaptação às novas realidades tecnológicas surgidas na empresa, em que o trabalhador embora inadaptado para aquelas funções manteve as suas aptidões.

5. Formação Profissional

Ainda que adiante se fale melhor deste requisito no âmbito do estudo do regime do despedimento por inadaptação cabe-nos fazer uma breve referência ao mesmo.

A formação profissional já não se limita a um determinado período da vida de um indivíduo, constitui cada vez mais parte de toda a sua vida activa podendo alternar com períodos de actividade.

A competitividade do mercado de trabalho e necessidade a cada vez maior de formação especializada dos trabalhadores têm tornado a formação profissional numa verdadeira prioridade social e económica.

Esta necessidade de formação profissional permanente torna-se um imperativo impulsionada pela exigência cada vez maior da mobilidade de mão-de-obra entre países, com as sucessivas

mudanças que caracterizam o contexto actual e com os desafios que se impõem com a crescente globalização.

Este desafio da mobilidade exige cada vez mais por parte dos trabalhadores maior especialização para se adaptarem aos desafios do mercado laboral cada vez mais global e desafiante.

Torna-se necessário por isso que os ciclos de renovação de conhecimentos e saberes permita uma verdadeira “reciclagem” profissional como forma de actualizar as capacidades conhecimentos e experiências já adquiridos e fazer frente à elevada competitividade no mercado de trabalho. (Rebelo, 1999)¹¹

Assim, uma população activa e bem qualificada é um imperativo para o desempenho de um papel importante na interacção global, política, económica e cultural¹². Deve existir a garantia de que a formação recebida e as qualificações obtidas sejam relevantes para o cidadão a nível individual, para o mercado de trabalho e para a sociedade no seu conjunto.

6. Novas Tecnologias

Nesta vertente também se optou por fazer uma breve referência ao conceito de novas tecnologias, factor este relevante para efeitos do regime jurídico do despedimento por inadaptação, na medida em que as tecnologias se devem mostrar adequado à prossecução do objecto social da empresa, e por isso, as transformações tecnológicas operadas têm de ser justificadas, quer sob o ponto de vista da empresa, quer sob o ponto de vista do posto de trabalho e da função concreta que ela desenvolve.

Deve-se ter em conta, por um lado, que as novas tecnologias modificam as características do emprego e das condições de vida actuais. Por outro lado, ainda que diminuam os custos de

¹¹ Rebelo, G., *A (In) Adaptação no Trabalho: Uma Perspectiva Sociorganizacional e Jurídica*, Celta Editora, Oeiras, 1999, pp. 9-11.

¹² Conclusões do Conselho Europeu de Copenhaga incluem um memorando do Presidente da Comissão “A Caminho do Século XXI. Orientações para a Recuperação Económica na Europa”. Na sequência desse documento, o Conselho Europeu pediu à Comissão que preparasse um *Livro Branco* sobre uma estratégia a médio prazo para o crescimento, competitividade e emprego.

produção, aumentando a competitividade económica, podem sempre levar à redução do emprego.(Rebelo, 1999)¹³

Parece assim, que as novas tecnologias remetem para uma dupla acepção, criam inexoravelmente impactos ao nível social e da qualidade de vida do trabalhador e conseqüentemente introduzem novas realidades empresariais ao nível da gestão e da mudança.

Dada a importância desta temática, adiante se desenvolverá este assunto em capítulo próprio.

7. Despedimento

De acordo com Romano Martinez¹⁴, “o despedimento é uma declaração de vontade do empregador dirigida ao trabalhador, destinada a fazer cessar o contrato de trabalho para o futuro.”

Essa declaração de vontade é uma declaração vinculada, constitutiva e recipianda. Vinculada, porque a validade do acto extintivo está condicionada à verificação de determinados motivos ou razões que a lei considera como justificativos da cessação laboral. Constitutiva porque o acto de vontade do empregador tem efeitos por si mesmo. E recipianda¹⁵, pois só é eficaz depois de ter sido recebida pelo destinatário.

A entidade empregadora não pode revogar unilateralmente o despedimento depois de a declaração ter sido recebida pelo trabalhador.

A lei reconhece e regula as seguintes espécies de despedimento: despedimento por facto imputável ao trabalhador, despedimento colectivo, despedimento por extinção do posto de trabalho e despedimento por inadaptação.

A diferenciação destas espécies de despedimento reside no facto de o despedimento poder ser fundado em motivos relacionados com a conduta do trabalhador (despedimento por justa

¹³ Rebelo, G., Ob. Cit., pp. 11-13.

¹⁴ Martinez, P. Romano, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 5ª Edição, 2010, pp. 1075-1077.

¹⁵ Para maior desenvolvimento vide Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral*, Tomo I, 3ª Edição, Almedina, 2005.

causa subjectiva) e por razões económicas, relativas à situação da empresa (despedimento colectivo, por extinção do posto de trabalho e por inadaptação).

A lei laboral portuguesa e a CRP não consagram os despedimentos *ad-nutum*, ou seja, despedimentos discricionários, sem qualquer motivo justificativo e a consequente perda arbitrária do posto de trabalho. Tornando-se necessário que o despedimento assente na verificação de justa causa.

Por isso, o ordenamento jurídico português consagra de forma inequívoca a necessidade que o despedimento seja assente na verificação de justa causa.

8. Posteriores alterações

Não deixa de ser um facto a ausência de jurisprudência sobre esta causa de despedimento, introduzida no sistema laboral português em 1991, pelo DL 400/91, uma vez que se revela efectivamente um fraco recurso prático a esta figura.

Posteriormente a Lei n.º 99/2003 de 27 de Agosto, aprovou o Código de Trabalho, doravante CT 2003. No seu art. 405.º CT 2003 - “Noção” refere-se que “constitui fundamento de despedimento do trabalhador a sua inadaptação superveniente ao posto de trabalho”.

Acresce por isso enfatizar da superveniência da inadaptação, face ao anterior texto, cuja redacção se referia “que entidade empregadora pode fazer cessar o contrato de trabalho com fundamento em inadaptação do trabalhador ao posto de trabalho nos termos dos artigos seguintes”.

O despedimento do trabalhador por inadaptação superveniente ao posto de trabalho, nas situações previstas no art. 406.º e no n.º 1 do art. 407.º CT 2003, parecia só poder assentar em causas *objectivas*, uma vez que pressupunha a introdução de *modificações* no posto de trabalho resultantes de alterações aos processos de fabrico ou de tecnologia, às quais o trabalhador não conseguia adaptar-se não obstante ter formação adequada para o efeito, seguida de um período mínimo de adaptação e que o ambiente de trabalho reunisse as necessárias condições de higiene e salubridade. Em última análise o que estava em causa era a extinção contratual salvaguardando os interesses de gestão em detrimento do princípio da

segurança do emprego, denotando-se aqui a assimetria de poder entre o empregador e o trabalhador.

Daqui resultava que uma errada contratação de um trabalhador para ocupar um determinado posto de trabalho sem as necessárias qualificações ou que se revelasse desajustada à função, não podia conduzir ao despedimento por inadaptação, por falta do requisito da superveniência dessa inadaptação: ela existia *ab initio*, embora só se tenha eventualmente revelado quando o trabalhador já estava integrado nos quadros permanentes da empresa.

Podia suceder no entanto, mesmo que não tivessem ocorrido modificações no posto de trabalho, o trabalhador, *por causas subjectivas* (perdas de qualidades funcionais, saúde ou equiparadas) incorresse na impossibilidade superveniente de boa execução da prestação, de tal modo, que se verificasse a previsão de alguma das diversas alíneas do n.º 1 do art. 406.º CT 2003.

Nesta hipótese, não se afastava a possibilidade de o empregador desencadear o procedimento conducente ao despedimento por inadaptação, sem ter de aguardar que essa impossibilidade se assumisse como absoluta e definitiva, determinante da caducidade do contrato de trabalho.

Também no art. 406.º CT 2003 com epígrafe *Situações de Inadaptação*, tal como a verificação de um conjunto de requisitos enunciados nos art. 407º e 409º CT 2003 verificaram-se pequenas alterações enunciadas no anterior regime do DL nº 400/91 de 16.10 correspondentes nos art. 2º e 3º desse mesmo decreto, que se fará uma breve análise nos capítulos seguintes.

Posteriormente, a Lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro aprovou a revisão do Código de Trabalho, adiante CT 2009.

O artigo 373.º CT 2009 manteve a noção do despedimento por inadaptação, a cessação de contrato de trabalho promovida pelo empregador e fundamentada em inadaptação superveniente do trabalhador ao posto de trabalho. Mantém-se também no artigo 374.º CT 2009 as *Situações de Inadaptação* previstas no Código anterior.

Uma das alterações significativas constava do artigo 378.º CT 2009, *Decisão de despedimento por inadaptação*, que mediante decisão fundamentada e por escrito onde constasse o motivo da cessação, a confirmação dos requisitos previstos no artigo 375.º CT 2009, o montante e a

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

forma do pagamento da compensação devida e a data da cessação do contrato, a comunicação da decisão ao trabalhador e as entidades referidas no n.º 1 do artigo 376.º CT 2009 dependessem da antiguidade do trabalhador em causa:

- a) 15 dias, no caso de trabalhador com antiguidade inferior a um ano;
- b) 30 dias, no caso do 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.

Contudo, com a assinatura do Memorando de Entendimento em 17 de Maio de 2011, entre o Governo Português, o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu, doravante “Troika”, em consequência do pedido de ajuda internacional feito por Portugal para fazer face a grave crise económica e financeira do País, esse Memorando de Entendimento preconiza, entre outras matérias, no ponto 6 da Proposta de Lei n.º 46/XII, a alteração dos requisitos legais do despedimento por inadaptação. O despedimento por inadaptação passará a ser possível mesmo sem a introdução de novas tecnologias ou outras alterações no local de trabalho. Basta para isso a existência de uma modificação substancial da prestação, com a descrição circunstanciada dos factos demonstrativa dessa modificação substancial por parte do empregador e feita por escrito, actualmente consagrado na Lei n.º 23/2012 de 25.06, no seu art. 5.º (art. 375.º n.º 3 alínea b) e n.º 2 alínea b)), matéria esta que será analisada mais adiante.

No capítulo seguinte irá ser feita uma breve análise da figura do despedimento por inadaptação do anterior regime consagrado no Código do Trabalho de 2003 e do antecedente Decreto-lei n.º 400/91, de 16-10.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Capítulo II

Análise do Despedimento de Inadaptação no Código de 2003

1.Considerações preliminares

O Código do Trabalho, aprovado pela Lei nº 99/2003, de 27 de Agosto, procedeu, com inegável mérito, à unificação e sistematização de um conjunto de diplomas avulsos que continham a regulação da relação laboral. Este processo coincidiu com a adopção de várias directivas comunitárias, contribuindo para a reforma da legislação laboral e para a aproximação às condições vigentes no espaço europeu.

Pareceu-se pois, importante fazer uma breve referência ao regime da figura jurídica aqui em estudo constante do anterior código de 2003.

A possibilidade de fazer cessar o contrato por inaptidão do trabalhador para as funções, revelada na execução da prestação, constava da LCT (art. 102º a)) e foi admitida na versão originária da Lei dos Despedimentos de 1975¹⁶, como um dos “motivos atendíveis” para o despedimento (art. 14º n.º 3 b) da LD), tendo no entanto, deixado de existir na versão subsequente deste diploma.

A figura foi de novo (re)introduzida¹⁷ no nosso sistema jurídico pelo DL n.º 400/91, de 16 de Outubro, na sequência do Acordo Económico e Social de 1991, passando a constar do Código do Trabalho de 2003.

No código de 2003, o regime desta figura era apresentado em três pontos sucessivos:

- arts. 405º a 410º, onde eram tratadas as matérias relativas à fundamentação deste despedimento e aos direitos dos trabalhadores nesta eventualidade;
- arts. 426º a 428º, normativas que regulavam os aspectos procedimentais deste despedimento;
- arts. 429º a 433º, à ilicitude do despedimento.

¹⁶ Decreto-Lei n.º 372-A/75 de 16 de Julho

¹⁷ Confronto entre reintrodução e introdução da figura conforme abordado no Capítulo I.

Assim, para que ocorresse o despedimento do trabalhador por inadaptação superveniente ao posto de trabalho, tornava-se necessário a verificação dos requisitos cumulativos enunciados nos respectivos artigos, acima assinalados, referindo-se mesmo em alguns deles à configuração da situação de inadaptação e outros à cessação do contrato de trabalho em si mesma.

2.O regime

Para que esta figura fosse aplicável era necessário que se verificassem determinados requisitos:

Verificação de uma situação de inadaptação do trabalhador ao posto de trabalho.

Para que se verificasse a inadaptação do trabalhador ao posto de trabalho, deveriam concorrer os seguintes elementos a seguir descritos, iniciando pelas funções de direcção ou de complexidade técnica:

- A inadaptação deve ser superveniente, no sentido em que ocorra durante a execução do contrato de trabalho (art. 405º do CT 2003).

Este preceito tinha como antecedente o art. 1º do DL n.º 400/91, de 16.10, a que acresce a ênfase da superveniência da inadaptação, face ao disposto no texto anterior. (Abílio Neto, 2006)¹⁸

- A inadaptação ocorra em dois tipos de situações, que correspondem, respectivamente, ao regime geral da figura e ao regime especial, para determinadas categorias de trabalhadores:

» em caso de redução anormal da produtividade do trabalhador, de verificação de avarias repetidas nos meios afectos ao seu trabalho ou de provocação de riscos para a segurança e saúde do trabalhador, dos seus colegas ou de terceiros, mas apenas quando estes efeitos sejam devidos ao modo de exercício da actividade e quando tornassem praticamente impossível a subsistência do vínculo laboral (art. 406º n.º 1 alíneas a), b) e c) CT 2003).

¹⁸ Neto, A., *Novo Código de Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 3ª Edição, Ediforum Edições Jurídicas, Lisboa/Coimbra Editora, 2006, pp. 775-778.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

» e relativamente a cargos de complexidade técnica ou de direcção quando o trabalhador não atinja os objectivos previamente fixados e aceites por escrito e cuja ocorrência tornasse praticamente impossível a subsistência do vínculo laboral (art. 406º n.º 2 CT 2003).

Acentuava-se a importância de nas situações de inadaptação, o requisito de que a mesma se ficasse a dever ao modo de exercício da função do trabalhador ou ao incumprimento dos objectivos por ele próprio aceites, se estivessemos perante funções de direcção ou de complexidade técnica.

Correspondia este artigo ao art. 2º do DL n.º 400/91, de 16-10, com pequenas alterações, sendo a redacção do mesmo semelhante ao do Código de 2003.

Eram estes os requisitos que permitiam fixar a origem do facto extintivo na pessoa do trabalhador, ou seja, no modo como ele executa a sua prestação, que era o traço distintivo desta modalidade de despedimento.

Quanto à impossibilidade prática de subsistência do vínculo laboral estava em causa um juízo de inexigibilidade ao empregador da manutenção do vínculo laboral com um trabalhador que reconhecidamente, não conseguia trabalhar com o equipamento disponibilizado, ou que ponha em risco a sua segurança ou a de outros pelo modo como realiza as suas tarefas.

O despedimento só se verifica, se concorrerem os requisitos cumulativos enunciados no art. 407º do CT 2003.

Este preceito também correspondia, com algumas alterações, ao disposto nos n.º 1 a 3 do art. 3.º do DL 400/91, de 16-10.

No Regime Geral desta figura no Código de Trabalho 2003, os requisitos eram os seguintes:

- O posto de trabalho ter sofrido modificações, que podem resultar da alteração de processos de fabrico ou de comercialização; da introdução de novas tecnologias ou equipamentos, nos seis meses anteriores ao despedimento (al. a) do n.º 1 do CT)
- Ter sido ministrada ao trabalhador a formação profissional adequada às novas características do seu posto de trabalho (al. b) n.º 1 do art. 407.º CT).
- Ter sido concedido ao trabalhador um tempo de adaptação mínimo de trinta dias, após a formação, no posto de trabalho reconfigurado (al. c) do n.º 1 do art. 407.º CT);

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

- Não existir na empresa outro posto de trabalho disponível, que seja compatível com a qualificação profissional do trabalhador (al. d) do n.º 1 do art. 407.º);
- A situação de inadaptação não ter sido criada pela falta de condições de segurança, higiene e saúde no local de trabalho imputável ao empregador (al. c) do n.º 1 do art. 407.º)
- Ser posta à disposição do trabalhador a compensação devida pela cessação do contrato (al. f) do n.º 1 do art. 407.º)

Por força da remissão do art 409.º CT 2003 para o regime do despedimento colectivo, esta indemnização era prevista no art. 401.º CT 2003, correspondendo assim a um mês de retribuição por cada ano completo de trabalho, ao valor proporcional para as fracções de ano não podendo o montante total da compensação ser inferior a três meses de retribuição base e diuturnidade.

No regime especial, de inadaptação decorrente da não obtenção dos objectivos previamente acordados, nos cargos de direcção ou de complexidade técnica (art. 406.º n.º 2 CT 2003), a lei era menos rigorosa quanto aos requisitos de cessação do contrato de trabalho, contudo o empregador só o podia cessar verificados os seguintes requisitos cumulativos (art. 407.º n.º 2 CT 2003):

- Terem sido introduzidos novos processos de fabrico, ou novas tecnologias ou equipamentos, que determinaram uma modificação das funções do posto de trabalho em questão (al. a) do n.º 2 do art. 407.º CT 2003)
- A situação de inadaptação não ter sido criada pela falta de condições de segurança, higiene e saúde no local de trabalho imputável ao empregador (al. b) do n.º 2 do art. 407.º CT 2003)
- Ser posta à disposição do trabalhador a compensação devida pela cessação do contrato (al. c) do n.º 2 do art. 407.º CT 2003), que é a mesma do despedimento colectivo, por remissão do art. 409.º CT 2003.

A violação destes requisitos constituíam uma contra-ordenação grave, nos termos do art. 681º n.º 1 e) do CT.

Entretanto um dos requisitos exigidos pelo n.º 1 do art. 3º do DL n.º 400/91, de 16-10, para o despedimento por inadaptação era o de a entidade empregadora não dispor de outro posto de trabalho que fosse “compatível com a qualificação profissional do trabalhador ou, existindo o

mesmo, aquele não aceite a alteração do objecto do contrato” (al. d), tendo este segundo termo da alternativa sido suprimido pelo Código de 2003.

Pelo exposto, esta figura era e é de difícil aplicabilidade dado o grau de exigência da lei na configuração do despedimento por inadaptação, exigindo que seja ministrada formação profissional ao trabalhador e ao número de requisitos cumulativos em causa.

A utilidade prática desta figura sempre foi muito reduzida, confirmando-se esta constatação pela diminuta jurisprudência nesta matéria.

3. Processo para despedimento por inadaptação

Para além dos requisitos substanciais, o despedimento por inadaptação dependia ainda de um processo regulado nos arts. 426.º a 428.º do CT 2003.

Este processo compreendia as seguintes fases:

- a. *Fase de comunicações* (art. 426.º): o processo iniciava-se com a comunicação escrita do empregador, tanto ao trabalhador abrangido como às suas estruturas representativas (comissão de trabalhadores e, na sua falta, comissão sindical), da intenção de proceder ao despedimento (n.º 1).

Nesta comunicação devia ser indicado o motivo do despedimento e as modificações introduzidas no posto de trabalho, bem como a inexistência de posto de trabalho alternativo (n.º 2).

A este artigo correspondia os n.º 1 e 3 do art. 4.º do DL 400/91, de 16-10, com modificações apenas formais.

- b. *Fase de consultas* (art. 427.º): nesta fase, que decorria nos dez dias subsequentes à comunicação, o trabalhador podia deduzir oposição e as estruturas representativas podiam emitir parecer fundamentado sobre o despedimento.

No termo desta fase, se estivesse em causa uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, o processo deveria ser enviado para a Comissão da Igualdade no Trabalho e Emprego, para emissão do parecer, de acordo com o previsto no art. 98.º n.º 1 d) da Regulamentação Colectiva de Trabalho, adiante RCT.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

No regime anterior, DL 400/91, de 16-10, este prazo era de quinze dias (art. 5.º).

- c. *Fase decisória* (art. 428.º): decorrida a fase de consultas, a decisão final sobre o despedimento competia ao empregador, que a devia emitir, por escrito e com a fundamentação e as indicações constantes do art. 428.º n.º 1 alíneas a) a d), no prazo de cinco dias.

Era enviada uma cópia dessa comunicação ao trabalhador, às estruturas representativas e aos serviços competentes do Ministério responsável pela área laboral (n.º 2).

Por aplicação do art. 398.º (*ex vi* art. 409.º), deveria ser respeitado um aviso prévio mínimo de sessenta dias entre a decisão de despedimento e a cessação do contrato.

Sem modificações substanciais, este preceito correspondia ao art. 6.º do DL n.º 400/91, de 16-10.

A violação destas regras de procedimento, constituía contra-ordenação grave, nos termos do art. 681.º n.º 1 e) do CT 2003.

Por remissão do art. 409.º do CT 2003, o trabalhador objecto desta medida, tinha o direito ao crédito de horas previsto no art. 399.º durante o tempo de aviso prévio, podendo denunciar o contrato durante esse período, nos termos do art. 400.º, presumindo-se que aceitava o despedimento desde que recebesse a compensação prevista no art. 401.º CT 2003.

4. Ilícitude do despedimento por inadaptação

O despedimento por inadaptação podia ser considerado ilícito de acordo com os seguintes fundamentos:

Fundamentos gerais da ilicitude (art. 429.º CT 2003)

Também com uma formulação mais genérica, a este artigo dizia respeito o n.º1 do art. 12.º da anterior Lei dos Despedimentos de 1975, acima já referenciada.

- a. Falta do procedimento legalmente exigido para a efectivação do despedimento (al. a) do art. 429.º); Ou seja, ilicitude decorrente de um vício formal do despedimento, que ocorreu de forma liminar.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

- b. Improcedência dos motivos justificativos invocados para o despedimento (al c) do art. 429º); Pelo que, a ilicitude é decorrente de um motivo substancial.
- c. Fundamento do despedimento num motivo político, ideológico, étnico ou religioso, ainda que com invocação de motivo diverso (al b) do art. 429º); Neste caso, a ilicitude do despedimento é substancial (uma vez que o despedimento com este fundamento é imotivado), pelo que a autonomização desta causa de ilicitude se destinava apenas a sublinhar a importância axiológica da proibição destes despedimentos discriminatórios.

A par destes motivos, outros justificariam igual ênfase, por exemplo os despedimentos com fundamento em práticas discriminatórias em razão do sexo, da nacionalidade, da idade, e deficiência)

Fundamentos específicos de ilicitude (causas):

- a. Falta dos requisitos substanciais previstos no art. 407.º n. 1 (art. 433.º a) do CT);

Tendo em conta as duas situações de inadaptação previstas no art. 406.º, não se compreendeu a não inclusão dos requisitos do n.º 2 do art. 407.º (referente à segunda situação de inadaptação) no âmbito das causas de ilicitude, pelo que se subscreve a uma aplicação analógica da norma do art. 433.º a) a esta situação, com base num argumento de identidade de razão.

- b. Falta das comunicações exigidas no processo para o despedimento (art. 433º b));
- c. Não disponibilização ao trabalhador de compensação devida pela cessação do contrato, bem como de outros créditos vencidos que tenha sobre o empregador.

A este preceito correspondia ao n.º 1 do art. 8.º do DL n.º 400/91, de 16-10, com alterações.

Denota-se pois, que a as alterações efectuadas nesta figura no âmbito do Código de 2003 perante o anterior DL n.º 400/91, de 16-10, foram meras alterações sistemáticas e linguísticas, mantendo-se o conteúdo deste último.

Pelo que, em última análise, o que estaria em causa nesta figura jurídica era garantir, através da possibilidade de uma extinção contratual, a funcionalidade dos novos processos de fabrico ou de comercialização, das novas tecnologias ou dos novos equipamentos, em suma, a salvaguarda dos interesses de gestão em detrimento do princípio da segurança do emprego. (Ramalho, 2008)¹⁹

Daqui resultava que uma errada contratação de um trabalhador para ocupar um determinado posto de trabalho, sem as necessárias qualificações ou que se revelasse desajustado à função, não podia conduzir ao despedimento por inadaptação, por falta do requisito da superveniência dessa inadaptação: ela existe *ab initio*, embora só se tenha revelado quando o trabalhador já estava integrado no quadro permanente da empresa.

Não estava afastada contudo a possibilidade de o empregador desencadear o procedimento conducente ao despedimento por inadaptação, sem ter de aguardar que essa incapacidade se assumisse como absoluta e definitiva²⁰, determinante da caducidade do contrato de trabalho. (Abílio Neto, 2006)²¹

Posteriormente, surgiu a necessidade de se proceder a novas e várias alterações laborais pela revisão do Código de Trabalho, fazendo-se uma breve referência no capítulo seguinte.

¹⁹Palma Ramalho, M. Rosário, *Direito do Trabalho – Parte II: Situações Laborais Individuais*, Coimbra, Almedina, 2ª Edição Revista e Actualizada, 2008, pp. 911-921.

²⁰ Absoluta e definitiva dada a situação de impossibilidade da prestação ser irreversível.

²¹ Neto, A., *Novo Código de Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 3ª Edição, Ediforum Edições Jurídicas, Lisboa/Coimbra Editora, 2006, pp. 775-778 e 823 ss.

Capítulo III

Análise ao Código de 2009

1.Considerações gerais

Embora se reconheça que estas considerações extravasem o tema a ser tratado, considera-se relevante apontar, ainda que de forma lata, as alterações mais significativas efectuadas no Código de Trabalho.

Surgiu pois, em 2003 um Código do Trabalho, devido à necessidade de ordenação sistemática do aglomerado de leis avulsas que até então existiam. Este Código de 2003 compilava uma parte das normas contidas nas várias colectâneas de iniciativa particular, introduzindo um certo número de modificações. A Lei 35/2004, de 29 de Julho, veio regulamentar e completar este Código.

Com já referido, foi o Código do Trabalho objecto de várias alterações, de entre as quais a revisão operada pela Lei nº 9/2006, de 20 de Março, bem como pela Lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro, que procurou unificar o regime até então constante do Código do Trabalho e da respectiva regulamentação.

A revisão do Código do Trabalho, aprovada pela Lei nº 7/2009 de 12 de Fevereiro, continha não só alterações substanciais e de grande significado no âmbito do ordenamento jurídico-laboral, mas também extensas modificações na organização sistemática e respectiva regulamentação do Código do Trabalho em vigor.

2.Alterações significativas

Elencam-se as alterações mais relevantes introduzidas em 2009, de forma sintética:

1. Sistemática: o anterior Código do Trabalho e a respectiva Regulamentação (Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho) foram enxertados no novo Código. Porém, conforme acima referido, algumas matérias ainda continuaram a ser objecto de regulamentação autónoma, o que contribui para uma certa dispersão legislativa, na linha do que existia antes do Código do Trabalho de 2003.

2. Conceito de contrato de trabalho: introdução de um novo elemento caracterizador do contrato de trabalho - a inserção no âmbito da organização de uma ou várias empresas.

3. Presunção da existência de contrato de trabalho: regressou-se à técnica de verificação de alguns indícios típicos de contrato de trabalho. Um desses indícios passava agora a ser o exercício de funções de direcção ou de chefia na empresa. Na linha do combate aos chamados “falsos recibos verdes”, passa a constituir a prática de contra-ordenação muito grave a prestação de actividade por forma aparentemente autónoma, com características de um contrato de trabalho, que pudesse causar prejuízo ao trabalhador ou ao Estado. Foi estabelecido um regime de responsabilidade solidária pelo pagamento da coima entre o empregador, empresas do grupo e o gerente, administrador ou director.

4. Período experimental: mantêm-se os prazos do anterior Código de 2003. Porém, previu-se que, caso o período experimental tenha durado mais de 120 dias, a denúncia do contrato pelo empregador tenha de ser efectuada com um aviso prévio de 15 dias, (se tiver durado mais de 60 dias, mantêm-se a obrigatoriedade de 7 dias de aviso prévio).

5. Mobilidade funcional e geográfica: outra alteração que visava a fixação de um limite de 2 anos para o exercício de funções não compreendidas na actividade contratada. Fixação de um prazo de vigência de 2 anos para as cláusulas contratuais sobre hipotéticas alterações do objecto e/ou do local de trabalho que não sejam activadas pelo empregador.

6. A mudança do trabalhador para categoria profissional inferior, quando implique diminuição da retribuição, passa a carecer de autorização da Autoridade para as Condições do Trabalho, o que representa um regresso ao regime anterior ao Código de 2003.

7. Contratos a termo:

- i. O número máximo de renovações foi aumentado até 3 anos.
 - a) 18 meses quando se trata de pessoa a procura de primeiro emprego;
 - b) dois anos, nos demais casos previstos no n.º 4 do art.º 140.º;
 - c) três anos, nos restantes casos.

Em contrapartida, foi eliminada a possibilidade de estender os contratos a termo certo até 6 anos.

- Recentemente a Lei nº 3/2012 de 10 de Janeiro estabeleceu um regime de renovação extraordinária dos contratos de trabalho a termo certo, bem como o regime e o modo de cálculo da compensação. No art.º 2 n.º 1, os contratos a termo certo podem ser objecto de duas renovações extraordinárias, desde que em 30 de Junho de 2013 atinjam os limites máximos de duração estabelecidos no n.º 1 do artigo 148.º do CT 2009. O n.º 2 do mesmo artigo, limita a duração total das renovações não podendo exceder os 18 meses. No n.º 3, a duração de cada renovação extraordinária não pode ser inferior a um sexto da duração máxima do contrato de trabalho a termo. Ou seja, um contrato a termo de seis meses com três renovações, até 30 de Junho de 2013, ainda se pode renovar por mais três meses. Ainda no n.º 4 sem prejuízo do disposto no número anterior, estabelece o limite de vigência do contrato a termo certo objecto de renovação extraordinária até 31 de Dezembro de 2014.
- Artigo 4º *Compensação*, o n.º 1 regulamentava para os contratos a termo certo sujeitos a renovação extraordinária o seguinte regime de compensação:
 - a) Até a primeira renovação extraordinária, o montante de compensação é calculado de acordo com o regime jurídico aplicável a um contrato a termo certo celebrado à data do início de vigência daquele contrato;
 - b) Em relação ao período de vigência do contrato a partir da primeira renovação extraordinária, o montante de compensação é calculada de acordo com o regime aplicável a um contrato a termo certo celebrado à data daquela renovação extraordinária;
 - c) A compensação a que o trabalhador tem direito resulta da soma dos montantes calculados nos termos anteriores.
- ii. A duração máxima dos contratos a termo incerto é fixada em 6 anos;
- iii. Eliminação do aumento da taxa social única, em função da duração do contrato a termo, passam a estar sujeitos a uma TSU de 26,75%.

8. Contratos em comissão de serviço:

- i. A admissão de trabalhadores que exerciam funções de chefia directamente dependentes de director-geral ou equivalente (“segundas linhas” de chefia”);
- ii. A não observância do prazo de aviso prévio para a cessação do contrato não obsta à imediata cessação deste, ficando a parte não cumpridora obrigada a indemnizar a outra

parte no montante correspondente ao aviso prévio em falta (ou seja, possibilidade de ser “comprado” o aviso prévio).

9. Tempo de trabalho, sendo as matérias a realçar as seguintes:

- i. *Banco de horas*: tem de ser previsto em instrumento de regulamentação colectiva do trabalho, não podendo ser acordado directamente entre o empregador e os trabalhadores. Desde logo, constitui uma importante limitação à aplicabilidade deste instrumento. Possibilita o alargamento do período normal de trabalho até 12 horas diárias e 60 horas semanais, não podendo este alargamento exceder 200 horas anuais. O acréscimo de trabalho pode ser remunerado em dinheiro ou por redução equivalente do tempo de trabalho ou por ambas.
- ii. *Horário concentrado*: pode ser estabelecido por instrumento de regulamentação colectiva do trabalho ou acordado entre o empregador e os trabalhadores. Possibilita a concentração do período normal de trabalho semanal em 3 ou 4 dias de trabalho.
- iii. *Tempo parcial*: passa a ser considerado como trabalho a tempo parcial qualquer situação que corresponda a um período normal de trabalho semanal inferior ao praticado a tempo completo em situação comparável e não apenas um período igual ou inferior a 75%;
- iv. *Trabalho suplementar*: com o acordo do trabalhador, não é trabalho suplementar o que for prestado, até 2 horas em dia útil, 8 horas em dia de descanso semanal/feriado ou 4 horas em meio dia de descanso complementar para compensar uma ausência.
- v. *Férias*: em caso de cessação no ano subsequente ao da admissão ou cuja duração total não exceda 12 meses, o cômputo total das férias ou da retribuição a que o trabalhador tenha direito não pode exceder o proporcional ao período de férias anual, calculado de acordo com a duração do contrato.

10. Maternidade e Paternidade: além das alterações terminológicas, foram alargados os prazos de duração das licenças e introduzidas outras alterações muito importantes que se destaca a possibilidade do gozo da licença ser partilhada pelo pai e pela mãe possibilitando a mãe, no mundo competitivo em que vivemos, de poder regressar ao mundo do trabalho mais cedo sem prejudicar os cuidados do seu filho nem descuidar os desafios profissionais.

11. Cessaçãõ por acordo:

- i. *Despedimento individual*: eliminaçãõ do carãcter obrigatõrio da instruçãõ do processo disciplinar, cabendo ao empregador decidir a realizaçãõ das diligências probatõrias requeridas pelo trabalhador na resposta à nota de culpa (nãõ se aplica aos casos de despedimento de trabalhadora grãvida, puérpera ou lactante);
- ii. *Despedimento colectivo e por extinçãõ de posto de trabalho*: reduçãõ dos prazos de procedimento. A duraçãõ do prazo de aviso prãvio da comunicaçãõ de despedimento passa a variar em funçãõ da antiguidade do trabalhador.
- iii. *Acordo de revogaçãõ*: se nãõ for celebrado com o reconhecimento notarial das assinaturas, o trabalhador pode revogã-lo nos 7 dias seguintes à celebraçãõ. Este Cõdigo, passa a permitir ao trabalhador, caso nãõ possa assegurar a recepçãõ desta comunicaçãõ dentro do prazo previsto, de poder remetê-la por correio registado com aviso de recepçãõ no dia útil seguinte ao fim do prazo.

Este capítulo serviu apenas para fazer um breve enquadramento genérico das alterações laborais mais significativas, pois o que mais interessa fazer referênciã sãõ as alterações efectuadas aos artigos respeitantes ao regime do despedimento por inadaptaçãõ, presentes no Cõdigo de 2009, e que sãõ essencialmente normativas, com algumas melhorias técnicas de redaçãõ.

Posteriormente surgiram ainda alterações ao Cõdigo de 2009, pela Lei n.º 53/2011, de 14 de Outubro, Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho, que adiante se analisará no âmbito da figura jurídica aqui em estudo, e pela Lei n.º 47/2012, de 29 de Agosto.

O capítulo seguinte terá pois um desenvolvimento mais detalhado da figura em análise.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Capítulo IV

Despedimento por inadaptação

1.Considerações gerais

O Código de Trabalho de 2009, apesar de ter sido encarado como uma profunda revisão (Lobo Xavier, 2011)²², retomou a regulamentação desta figura de despedimento que se manteve praticamente inalterada nesta revisão.

Neste capítulo apenas se analisará a figura do despedimento por inadaptação no Código de Trabalho de 2009 sem as alterações consagradas pela Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho, que se deixará para estudo em capítulo próprio.

Neste âmbito, permitia-se que o empregador fizesse cessar o contrato de trabalho sempre que se determine a incapacidade do trabalhador para o exercício das suas funções, tornando praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.

Como refere Romano Martinez (2010)²³, a inadaptação assentava numa impossibilidade relativa do trabalhador realizar a sua prestação, pois, sendo a incapacidade absoluta e definitiva, o contrato de trabalho caduca.

Ora, concretizava-se, no art. 374.º CT 2009, a inadaptação no caso de:

- Redução continuada e reiterada de produtividade ou de qualidade;
- Avarias reiteradas nos meios afectos ao posto de trabalho;
- Riscos para a segurança e a saúde do próprio trabalhador, dos restantes trabalhadores ou de terceiros.

E no que respeitava a trabalhadores que ocupam cargos de complexidade técnica ou de direcção, a inadaptação podia ser determinada em função de objectivos previamente fixados e formalmente aceites, n.º 2 do mesmo artigo.

²² Lobo Xavier, B. Gama, *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, 2011, pp. 781-786.

²³ Martinez, P. Romano, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 5ª Edição, 2010, pp. 1075-1077.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regulamentar?

Em qualquer um dos casos, o despedimento fundava-se numa impossibilidade superveniente e relativa de boa execução da prestação.

Este pressuposto de inadaptação, acima exposto, era constituído por várias situações objectivas sucedidas após as modificações previstas na lei, art. 375.º, I, a) CT 2009.

Na opinião, Leal Amado²⁴ (2009) também refere que o despedimento fundava-se numa impossibilidade superveniente e relativa de boa execução da prestação. A inadaptação do trabalhador não se reconduzia, pois, a qualquer situação de inaptidão superveniente do trabalhador, resultante da perda de faculdades profissionais deste.

Pelo contrário, no caso de inadaptação, o trabalhador permanecia apto para o desempenho das suas funções habituais; ele não deixava de ser capaz de as realizar, de forma segura e competente; acontecia, apenas, que as funções inerentes ao seu posto de trabalho tinham sido modificadas. E neste novo e alterado contexto produtivo, o trabalhador não logrou adaptar-se, reduzindo assim a produtividade, baixando a qualidade da sua prestação, provocando avarias e criando riscos para si e para os outros.

O trabalhador não conseguia assim responder, com êxito, ao desafio colocado pelas inovações tecnológicas. Não perdeu as faculdades mas as exigências produtivas mudaram e aumentaram.

Denotava-se pois o binómio posto de trabalho/trabalhador concreto, sendo necessário que simultaneamente tenha havido uma modificação recente do posto de trabalho resultante de novos processos de fabrico, de novas tecnologias ou de novos equipamentos e uma inadaptação do trabalhador a esse posto de trabalho. (Lobo Xavier, 2009)²⁵

No caso dos trabalhadores que ocupam cargos de complexidade técnica ou de direcção, a inadaptação podia ser determinada em função de objectivos previamente fixados e formalmente aceites, nos termos do art. 374.º n.º 2 CT 2009.

Contudo, para além do não cumprimento dos objectivos, também aqui era necessário que anteriormente tivesse ocorrido “a introdução de novos processos de fabrico, de novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia que implicasse modificação nas funções relativas ao posto de trabalho”, art. 375.º n.º 3 CT 2009.

²⁴ Amado, João Leal, *Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, 2009, pp. 405- 411.

²⁵ Lobo Xavier, B. Gama, *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, 2011, pp. 781-786.

Como refere Lobo Xavier (2009)²⁶, significava isto que nestes casos não bastava ter acordado com o trabalhador os objectivos e verificar o seu não cumprimento, já que este tinha sempre de ser antecedido de uma das modificações constantes no art. 375º CT 2009.

Defende Júlio Gomes²⁷ que neste caso, essa impossibilidade era determinada por uma condição aposta ao contrato. Sendo que essa condição funcionava como requisito da inadaptação.

Podia aqui verificar-se o incumprimento dos objectivos para que um dos requisitos estivesse preenchido para se proceder ao despedimento por inadaptação. Colocava-se a questão de determinar o que são cargos de complexidade técnica e cargos de direcção.

Contudo, o legislador continuava sem saber definir, directa ou indirectamente estes dois conceitos indeterminados.

Como refere Monteiro Fernandes²⁸, este n.º 2 constituía um dos vários fragmentos de um regime de trabalho especial para quadros técnicos e dirigentes que se encontravam disseminados pelo CT 2009.

2.Requisitos

Os requisitos para a aplicabilidade deste tipo de despedimento encontravam-se no art. 375.º n.º 1 CT 2009 e podiam-se distinguir, como refere Romano Martinez (2010)²⁹, entre os requisitos directamente relacionados com a inadaptação e aqueles que relevavam no âmbito da empresa.

Nos primeiros incluem-se as alíneas a) a c) nomeadamente:

- É necessário que, nos seis meses anteriores, tenham sido introduzidas modificações no posto de trabalho resultantes de alterações nos processos de fabrico, de novas

²⁶ Lobo Xavier, B. Gama, *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, 2011, pp. 781-786.

²⁷ Gomes, J. M. Vieira, *Direito do Trabalho Volume I*, Coimbra Editora, Edição 2007, p. 998.

²⁸ Monteiro Fernandes, A., *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 15ª Edição, 2010, p. 632.

²⁹ Martinez, P. Romano, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 5ª Edição, 2010, pp. 1075-1077.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

tecnologias ou de equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia (alínea a)).

Deste requisito decorria que a causa última do despedimento devia ser externa ao trabalhador, ainda que a causa próxima seja a inadequação deste às modificações introduzidas no seu posto de trabalho. Este requisito exigia uma certa actualidade das modificações introduzidas no posto de trabalho, relativamente ao início do processo para despedimento, dando ao empregador um lapso de tempo relativamente curto (6 meses) para aplicar esta medida.

- Exige-se que tenha sido ministrada ao trabalhador, acção de formação profissional adequada às modificações introduzidas no posto de trabalho (alínea b)).

Este requisito visava evitar que o empregador se socorresse desta modalidade de despedimento para conseguir afastar os trabalhadores, sem lhes proporcionar a adequada formação para se adaptarem à nova situação.

Necessário que essa formação fosse sob controlo pedagógico da autoridade competente ou de entidade formadora certificada. Parecia pois que a formação ministrada ao trabalhador deveria ser apenas controlada pelas entidades competentes como forma de garantir a aprendizagem e mesmo a adaptação às modificações introduzidas no posto de trabalho. Não era aqui uma formação “on the job”, em que o trabalhador ia aprendendo no seu local de trabalho. Esse controlo pressupõe apenas um acompanhamento pedagógico do trabalhador ao longo da sua formação.

- Depois de ministrada a formação, tem de ser facultado ao trabalhador um período de adaptação não inferior a trinta dias (alínea c)).

Entende-se que este período de adaptação é pouco para se apreciar a prestação do trabalhador perante essas novas mudanças.

Os requisitos que relevavam no âmbito da empresa incluem-se nas alíneas d) e e) nomeadamente:

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

- Não se pode recorrer ao despedimento por inadaptação caso exista na empresa outro posto de trabalho disponível compatível com a qualificação e a aptidão do trabalhador (alínea d)).

Existindo esse outro posto de trabalho, haveria uma modificação do objecto contratual imposta ao empregador, mas que terá de ser aceite pelo trabalhador.

Como refere Palma Ramalho (2010)³⁰, este requisito visava promover uma alternativa à cessação do contrato, mas passava pela modificação do objecto do contrato (uma vez que a lei ressalvava apenas a necessidade de o novo posto de trabalho ser compatível com a qualificação profissional do trabalhador, mas não exigia que tivesse o mesmo conteúdo funcional), o que pressupunha o acordo do trabalhador, nos termos gerais.

Resultava da lei que o empregador apenas tinha o dever de oferecer ao trabalhador um posto de trabalho alternativo que estivesse disponível na empresa, não lhe cabendo criar um novo posto de trabalho para o efeito.

Assim, se houvesse compatibilidade entre o posto de trabalho disponível e a qualificação profissional de trabalhador, este não podia recusar com fundamento em incompatibilidade com a sua categoria profissional, tendo de aceitar a alteração do objecto do contrato, embora fosse duvidoso que essa alteração pudesse corresponder a uma despromoção sensível, apesar de respeitar o âmbito de qualificação profissional. (Abílio Neto, 2009)³¹

- Não é lícito despedir o trabalhador sempre que a inadaptação resulte de falta de condições de segurança, higiene e saúde no trabalho imputável ao empregador (alínea e)).

Dado aos requisitos serem exigentes era raro as empresas recorrerem a esta forma de despedimento.

³⁰ Palma Ramalho, M. Rosário, *Direito do Trabalho Parte II, Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2010.

³¹ Neto, A., *Novo Código de Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 1º Edição, Ediforum Edições Jurídicas, Lisboa/Coimbra Editora, 2009, pp. 767-769.

Quanto aos trabalhadores que desempenham cargos de complexidade técnica ou de direcção, se tiverem sido formalmente fixados os objectivos a atingir, para haver despedimento por inadaptação tornava-se necessário:

- Que tenham sido introduzidos novos processos de fabrico, novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia, que impliquem modificação das funções relativas ao posto de trabalho que ocupem, de acordo com o art. 375.º n.º 3 CT 2009.

Como refere Palma Ramalho³², este requisito era excessivo, tendo em conta que o contrato já tinha sido inicialmente condicionado por objectivos sendo que, a não obtenção dessas metas, evidenciará a inadaptação.

- Que a inadaptação não derive de falta de condições de segurança e saúde no trabalho imputável ao empregador, nos termos do art. 375.º n.º 3 *ex vi* alínea e) do n.º 1 CT 2009.

Exigia-se igualmente que fosse colocada à disposição do trabalhador a compensação devida, com base no art. 375.º n.º 4 CT 2009.

O acordo de rendimento³³ ou acordo de fixação de objectivos referidos no n.º 2 do art. 406.º CT 2009, cuja redução a escrito era essencial, podia ser celebrado quer na altura da admissão do trabalhador, quer no decurso da vigência do contrato, abrangendo um período de tempo mais ou menos longo, mas não tão exíguo que não permitisse uma avaliação séria e ponderada. (Abílio Neto, 2009)³⁴

Para além destes requisitos, a lei estabelecia ainda duas normas preventivas, que procuravam assegurar que esta modalidade de despedimento não se desviasse dos objectivos para os quais fora concebida.

³² Palma Ramalho, M. Rosário, *Direito do Trabalho Parte II, Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2010.

³³ Liberal Fernandes, *Do Contrato a Termo e do Despedimento por Inadaptação*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra 68 (1992), pp. 143 e ss.

³⁴ Neto, A., *Novo Código de Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 1.ª Edição, Ediforum Edições Jurídicas, Lisboa/Coimbra Editora, 2009, pp. 767-769.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Assim, a lei previa que o trabalhador que tivesse sido transferido para o posto de trabalho, para o qual se revelasse inapto, nos três meses anteriores ao início do procedimento para o despedimento, pudesse retomar o posto de trabalho anterior, sem perda de regalias, a não ser que aquele posto de trabalho tivesse sido, entretanto, extinto – art. 408.º CT 2003.

Parecia que o prazo de três meses fixado nesse artigo abria a possibilidade de o empregador criar um posto de trabalho artificial para o qual transferisse o trabalhador e, decorrido aquele prazo, desencadeasse o procedimento de reconhecimento de inadaptação, numa altura em que o trabalhador já não pudesse exercer o direito a reocupar o posto de trabalho anterior.

O art. 380.º CT 2009 estabelecia que esta modalidade de despedimento não podia determinar uma diminuição do volume global de emprego na empresa, pelo que impunha ao empregador o dever de, no prazo de noventa dias a contar da cessação do contrato, admitisse um novo trabalhador para o posto de trabalho em causa, ou transferisse para esse posto de trabalho um outro trabalhador cujo posto de trabalho de origem se pretendia extinguir.

Ao invés do que sucedia no regime anterior ao Código de 2009, a admissão do trabalhador destinada a manter o volume de emprego, podia aqui ser alcançada através da contratação a termo, diminuindo assim o volume de emprego permanente na empresa.

Parece que o objectivo desta norma era de impedir que o empregador recorresse ao despedimento por inadaptação quando na verdade, pretendia, diminuir os postos de trabalho.

Essa “imposição” ao empregador de um dever de contratar conflituava com o princípio constitucional da livre iniciativa económica e com o princípio civil geral da autonomia privada, na vertente da liberdade de contratar. Entendia-se por isso, que a violação deste dever era apenas sancionável no plano contra-ordenacional, art. 681.º n.º 1 e) e n.º 3 do CT 2009.

Pelo exposto, denota-se que, esta figura era de difícil aplicabilidade dado o grau de exigência da lei na configuração do despedimento por inadaptação, pelo número de requisitos em causa bem como pelo carácter cumulativo desses requisitos. A utilidade prática desta figura era por isso muito reduzida, confirmando-se esta constatação pela pouca jurisprudência nesta matéria.

Nestes casos a lei era menos rigorosa quanto aos requisitos de cessação do contrato de trabalho, contudo o empregador só o pode cessar verificados os requisitos cumulativos acima enunciados.

3.Procedimento

Verificada a situação de inadaptação, anteriormente a se efectuar o despedimento, o empregador tinha a obrigação de verificar se havia a possibilidade de encontrar outro posto de trabalho disponível e compatível, art. 375.º do CT 2009, conforme já referido.

Caso não existisse essa possibilidade, o empregador formava pois, neste contexto, uma decisão preliminar de despedimento.

Este processo compreendia:

- a. “Comunicação por escrito ao trabalhador inadaptado e à estrutura representativa dos trabalhadores”, nos termos do art. 376.º do CT 2009;

Esta comunicação devia ser acompanhada da indicação dos motivos invocados para a cessação do contrato (situação de inadaptação), indicando as modificações introduzidas no posto de trabalho e dos resultados da formação e do período de adaptação fornecidos. Deveria comprovar também a inexistência de lugar vago compatível com a qualificação profissional do trabalhador ou, a existir, que este não se dispôs a aceitá-lo. (Lobo Xavier, 2011)³⁵

- b. “No prazo de dez dias a contar da comunicação, o trabalhador pode opor-se à pretensão de despedimento por inadaptação, e a estrutura representativa dos trabalhadores deve emitir, sobre o caso, parecer fundamentado”, de acordo com o art. 377.º CT 2009;

Esse parecer fundamentado da decisão meramente preliminar, como defende Lobo Xavier³⁶, devia fazer uma referência crítica aos motivos invocados para a cessação do contrato e da eventual oposição do trabalhador, que poderá oferecer os meios de prova que considere necessários, nos termos do art. 377.º CT 2009; tendo o empregador o dever de aceitar a produção de prova pertinente.

³⁵ Lobo Xavier, B. Gama, *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, 2011, pp. 781-786.

³⁶ *Ibid*, pp. 781-786.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

- c. “Decorridos cinco dias sobre este último prazo, o empregador pode proferir, por escrito, decisão fundamentada”, com as indicações constantes das alíneas do nº 1 do art. 378.º CT 2009;

Não parece que o decurso deste prazo extinga o direito de despedir, mas tão só, que o empregador apenas era impedido de tomar uma decisão antes de o prazo decorrer, tanto mais que poderia ser necessário mais tempo para examinar a prova oferecida.

Da decisão fundamentada deveria constar:

- Motivo da cessação do contrato de trabalho (descrição da situação de inadaptação);
- Confirmação dos requisitos (modificação no posto de trabalho por inovações tecnológicas nos últimos seis meses); existência de condições de adaptação (ações de formação e período de adaptação); condições de segurança;
- Inexistência de posto de trabalho alternativo ou recusa de aceitação do proposto;
- Indicação do montante da indemnização e do lugar e forma de pagamento e dos créditos vencidos e exigíveis em virtude da cessação;
- Data da cessação.

- d. “O contrato cessa decorridos quinze a setenta e cinco dias sobre a data em que a decisão de despedimento foi comunicada ao trabalhador, com base no art. 378.º n.º 2 CT 2009, devendo, até ao momento da cessação, ser-lhe paga a compensação” prevista no art. 366.º *ex vi* art. 379.º CT 2009;

- e. “Cessando o contrato por inadaptação, no prazo de noventa dias, a empresa deve assegurar a manutenção do nível de emprego, nomeadamente pela contratação de outro trabalhador”, art. 380.º CT 2009.

4.Direitos dos trabalhadores abrangidos pelo despedimento

Esta situação de inadaptação não era tratada, na lei, em termos de culpa do trabalhador, de modo que estabelecia providências destinadas a minorar-lhe os inconvenientes provocados pela perda do emprego.

Como já referido, na lei estava consagrada a intenção de conservar o emprego, do trabalhador inadaptado, em lugar compatível, mas se de facto ocorresse o despedimento este devia ser concedido com aviso prévio, nos termos do art. 363.º n.º 4 CT 2009 e assegurando-lhe a percepção das indemnizações ou compensações devidas.

Com refere Lobo Xavier³⁷, o trabalhador inadaptado tinha o mesmo sistema de protecção de que o trabalhador que vê o seu posto de trabalho extinto.

O trabalhador despedido por inadaptação tinha os mesmos direitos de um trabalhador que tenha sido abrangido por um despedimento colectivo, no âmbito do art. 379.º CT 2009.

Nos termos do art. 364.º CT 2009 era-lhe atribuído um crédito de horas para procura de outro emprego, podendo denunciar antecipadamente o contrato sem perda da compensação e tendo direito a perceber o montante determinado, como consagrado no art. 366.º CT 2009.

Contudo, no caso de a entidade patronal ter efectuado o depósito da quantia compensatória da cessação do contrato de trabalho, na conta do trabalhador em que habitualmente depositava os seus salários, comunicando-lhe que o fazia a título de compensação pelo despedimento pela sua inadaptação ao posto de trabalho, e o trabalhador não só não devolveu essa importância à procedência, nem a manteve inerte na conta onde fora depositada, mas antes a movimentou, transferindo-a de conta em conta da sua titularidade, importa concluir que o trabalhador exerceu actos de domínio e de disposição sobre o respectivo dinheiro e que, portanto, aceitou essa compensação. Não obsta o facto de o trabalhador ter comunicado a entidade empregadora que não aceitava o despedimento e que o depósito feito ficava por conta e risco desta.

Nos termos do anterior art. 409.º do CT de 2003, o recebimento da compensação fazia-se presumir, *juris et de jure*, a aceitação do despedimento.

A cominação resultante do recebimento da compensação não põe em causa a segurança do emprego e o direito ao trabalho, pois, para o trabalhador se furtar a tal cominação, bastar-lhe-á rejeitar a dita indemnização; se a recebe terá de se sujeitar às consequências que a lei atribui a esse seu acto: aceitação do despedimento e a cessação da relação laboral³⁸.

³⁷ Lobo Xavier, B. Gama, *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, 2011, pp. 781-786.

³⁸ Cf. Acórdão STJ, de 29.01.2003, Ver, n.º 2774/02-4ª. Sumários, Jan. 2003, Proc. 02S2774.dgsi.net, e AD, 502.º-1574.

Ora, conforme Lobo Xavier (2011), a aceitação do despedimento pela percepção da compensação levava a presumir que o trabalhador aceitou o despedimento. Era e é uma questão polémica porque se argumentava que o trabalhador não estava em condições de prescindir da compensação (à qual mesmo em caso de despedimento lícito teria direito), sendo inconsistente e injusta a ilação de que ao aceitar uma compensação – que sempre lhe seria devida – prescindisse do seu direito a impugnar o despedimento.

Não se admite pois que o trabalhador guarde a compensação e simultaneamente impugne o despedimento. Como se disse, a solução só aparentemente é justa, já que mesmo que se verificasse que o empregador teve razão no despedimento, ainda assim sempre teria de pagar a compensação devida, cuja retenção funcionava como injusta pressão relativamente ao trabalhador despedido.

5.Despedimento ilícito

A ilicitude corresponde ao valor negativo que afecta o despedimento, quando o mesmo é decretado fora dos pressupostos estabelecidos na lei, ou em desrespeito dos procedimentos nela estabelecidos, e que se concretiza no direito atribuído ao trabalhador de promover a suspensão e a impugnação judicial desse despedimento. (Menezes Leitão, 2012)

Assim, caso o trabalhador pretendesse fazer declarar a ilicitude desta forma de despedimento e não tivesse aceite a compensação de despedimento teria de promover a impugnação em tribunal, opondo-se ao despedimento, art. 387.º CT 2009.

A impugnação segue uma forma simplificada (requerimento), cabendo ao empregador suscitar, nos termos já acima descritos, uma pronúncia judicial no sentido da licitude do despedimento, através de articulado próprio, art. 98.º-C e ss CPT (Código do Processo do Trabalho de 2010 adiante CPT)

A solicitação do trabalhador despedido de intervenção do tribunal tinha em vista a improcedência do fundamento alegado (embora cumpra ao empregador a demonstração da procedência desse fundamento), a falta dos requisitos (modificações do posto de trabalho por motivos tecnológicos, a não concessão da compensação devida e de oportunidades de formação, de adaptação ao trabalho em condições adequadas), a existência de possibilidade de outro emprego e a ausência de comunicações, art 381.º b) e 385.º CT 2009.

O despedimento por inadaptação seria ilícito se:

- *o despedimento não tiver sido precedido de um procedimento ou este for nulo;*

Em causa estava a inexistência de procedimento disciplinar ou de procedimento de informação e consulta exigido nos casos de despedimento baseado em causas objectivas. (Romano Martinez, 2010)³⁹

- *o despedimento se fundar em motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos;*

São os chamados despedimentos discriminatórios, particularmente reprováveis e que devem ser conjugados pelos restantes factores de discriminação mencionados no art. 24.º n.º 1 CT 2009, dado que um despedimento baseado, por exemplo, na nacionalidade, estado civil, sexo, ou orientação sexual do trabalhador, não parece que seja menos censurável do que aquele que se baseie em motivos políticos, ideológicos ou religiosos. (Leal Amado, 2010)⁴⁰

Está aqui inerente uma garantia fundamental dos direitos dos cidadãos⁴¹.

- *forem declarados improcedentes os motivos de justificação invocados para o despedimento, art. 381.º CT 2009.*

Há uma ausência de razões legitimadoras de um despedimento por inadaptação.

Verificando-se qualquer uma das seguintes situações:

- *não terem sido feitas as comunicações, art. 385.º alínea b) CT 2009;*
- *não ter sido disponibilizada a quantia devida como compensação, art. 385.º alínea c) CT 2009;*

³⁹ Martinez, P. Romano, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 5ª Edição, 2010, pp. 1077-1079.

⁴⁰ Amado, João Leal, *Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, 2009, pp. 405-411.

⁴¹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa*, Vol. I, 4ª Edição, p.710 e seguintes.

- *tiverem sido desrespeitados os respectivos requisitos ex vi art. 375.º n.º 1, art. 385.º alínea a) CT 2009.*

Como defende Romano Martinez (2010)⁴², nas três primeiras situações importava frisar que são causas de ilicitude comuns aos quatro tipos de despedimentos (o despedimento individual por justa causa subjectiva, o despedimento individual por extinção do posto de trabalho, o despedimento colectivo e o despedimento individual por inadaptação), as restantes diziam respeito a causas de ilicitude específicas do despedimento por inadaptação.

6.Suspensão preventiva

Uma vez que a acção de impugnação do despedimento podia tardar alguns meses, ou até anos, a ser decidida, e poderia por isso o trabalhador estar privado da retribuição durante esse lapso de tempo, podia o mesmo intentar uma providência cautelar de suspensão do despedimento, como se encontra consagrado no art. 386.º CT 2009.

Sendo uma providência cautelar, a decisão, ainda que provisória, será célere.

Nas palavras de Jorge Leite⁴³, a suspensão judicial do despedimento, consiste “numa providência cautelar que participa das características próprias deste tipo de medidas: visa proteger a aparência do direito invocado, no caso o direito á segurança do emprego e à percepção regular dos rendimentos do trabalho (*fumus boni juris*); tem como razão determinante evitar, ao menos provisoriamente, os efeitos da mudança operada com o despedimento, fim que a acção principal não é adequada a preservar por ser de resolução mais lenta (*periculum in mora*); e é célere, bastando-se, por isso, com uma averiguação sumária do processo (*summaria cognitio*); e é instrumental ou dependente da acção principal, neste caso da acção de impugnação de despedimento, de que a providência constitui uma espécie de antecipação previsional.”

Ora, de acordo com o art. 386.º CT 2009, o trabalhador teria de requerer a suspensão do despedimento no prazo de cinco dias úteis a contar da data em que lhe foi comunicado o despedimento.

⁴² Martinez, P. Romano, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2010, 5ª Edição, p. 1078-1079.

⁴³ Jorge Leite e Coutinho de Almeida, *Colectânea de Leis do Trabalho*, cit., p. 257.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

No âmbito do art. 39.º e ss. do CPT 2010, a suspensão do despedimento será decretada se:

- i. o empregador não tiver organizado o respectivo procedimento;
- ii. este padecer de falhas que o invalidem;
- iii. quando o processo não for apresentado no prazo fixado;
- iv. no caso de o empregador faltar injustificadamente à audiência e na medida em que o tribunal conclua pela probabilidade séria de inexistência de justa causa.

A suspensão do despedimento caduca se não fosse intentada a acção de impugnação do despedimento no prazo de trinta dias a contar da data da notificação da decisão da providência cautelar, de acordo com o art. 389.º n.º 1 alínea a) CPC 2010 (Código de Processo Civil 2010, doravante CPC).

Tendo sido decretada a suspensão do despedimento, entre a data que medeia a decisão da providência cautelar e a sentença judicial, o contrato de trabalho subsistia, sendo devida a retribuição ao trabalhador.

O juiz só deveria decretar o despedimento se verificasse a falta de existência de procedimento necessário ou de formalidades essenciais, ou se, ponderadas as circunstâncias relevantes, concluir pela probabilidade séria da ilicitude do despedimento. (Lobo Xavier, 2009)⁴⁴

7. Impugnação judicial

Ora, nos termos do art. 387.º n.º 1 CT 2009, a ilicitude do despedimento só podia ser declarada pelo tribunal em acção intentada pelo trabalhador.

Esta matéria seria dirimida por via de tribunal judicial e não, por via arbitral, com a excepção da relação laboral desportiva.

⁴⁴ Lobo Xavier, B. Gama, *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, 2011, pp. 781-786.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regularizar?

O despedimento podia ser impugnado:

- com base em invalidade do procedimento, o tribunal tem somente de verificar se foi instaurado o procedimento e em caso afirmativo se o empregador respeitou os trâmites essenciais a que a lei alude no n.º 2 do art. 382.º CT 2009.

Por preterição de outras formalidades gerava o dever de pagar uma indemnização correspondente a metade do valor que seria devido, nos termos do art. 389.º n.º 2 CT 2009, ou seja, essas outras irregularidades procedimentais não geravam a invalidade do despedimento, mas tão-só o direito de o trabalhador ser indemnizado.

- com base na improcedência do motivo justificativo invocado, estão em causa motivos objectivos dada a figura em análise. É necessário, por isso, que o tribunal verifique a sua existência e se o motivo não é abusivo ou fraudulentamente invocado, sem tomar partido da gestão empresarial.

Legitimidade

Só o trabalhador tem legitimidade para impugnar o despedimento, invocando a ilicitude.

O direito de acção era conferido individualmente ao trabalhador atingido e não às estruturas representativas dos trabalhadores, nos termos do art. 387.º n.º 2 CT 2009.

Tendo o trabalhador impugnado o despedimento, para justificar a cessação do vínculo, o empregador apenas podia invocar factos e fundamentos constantes da decisão de despedimento comunicada ao trabalhador, com base no art. 387.º n.º 3 CT 2009.

Prazo

Consagrado no art. 387.º n.º 2 CT 2009 estava o prazo regra de sessenta dias a contar da data da cessação do contrato para o trabalhador impugnar o despedimento.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Como refere Romano Martinez⁴⁵, os prazos de impugnação (art. 387.º n.º 2 e 388º n.º 2 CT), são, na falta da respectiva qualificação, prazos de caducidade, art. 298.º n.º 2 CC, de acordo com o Acórdão do STJ de 7 de Fevereiro de 2007.⁴⁶

Despedimento verbal, de facto, e tácito

O despedimento, como ruptura da relação laboral, por acto unilateral da entidade patronal consubstanciando-se na manifestação de vontade de fazer cessar o contrato de trabalho, que só produz efeitos jurídicos, nos termos do art. 227.º n.º 1 CC (Código Civil, adiante CC), se for levada ao conhecimento do trabalhador, quer através de palavras, escritas ou transmitidas por qualquer outro meio de manifestação de vontade, quer através de actos equivalentes, que revelem, clara e inequivocamente, a vontade de despedir e como tal sejam interpretadas pelo destinatário.

A intenção de despedimento deve ser claramente manifestada por forma a que o trabalhador compreenda, com segurança, qual o desígnio da entidade patronal e assim possa produzir plenamente a sua defesa⁴⁷.

O despedimento de facto, denominado tecnicamente de despedimento tácito, terá de extrair-se de atitudes do empregador que revelem, inequivocamente, ao trabalhador, enquanto declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, a vontade do empregador de fazer cessar o contrato de trabalho. Nota-se por isso, que neste tipo de despedimento à uma grande dificuldade de prova.

A inequivocidade que deve revestir-se a expressão a vontade de despedir visa, não apenas evitar o abuso de despedimentos efectuados com dificuldades de prova pelo trabalhador, mas, também, obstar ao desencadear das suas consequências legais, quando não se mostre claramente ter havido ruptura indevida do vínculo laboral por parte da entidade empregadora.

Essa declaração de vontade é receptícia, o que significa que, para se tornar eficaz, tem de ser levada ao conhecimento do destinatário, nos termos do art. 224.º n.º 1 CC, pelo que o efeito

⁴⁵ Martinez, P. Romano, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 5ª Edição, 2010, pp. 1077-1078.

⁴⁶ Cf. Acórdão STJ de 07.02.2007 Fernandes Cadilha, www.dgsi.pt.

⁴⁷ Cf. Acórdão STJ, de 21.06.2007, Proc. 06S3958.dgsi.Net

extintivo do contrato só se verifica depois de ser recebida pelo trabalhador ou de ser dele conhecida, sendo irrevogável, salvo declaração em contrário, desde esse momento, art. 230.º n.º 1 CC⁴⁸. (Ac. STJ, de 27.2.2008: Proc. 07S4479.dgsi.Net)

Procedimento

O Trabalhador que impugna o despedimento limitava-se a apresentar um formulário, nos termos do art. 98.º-D CPT, onde contesta os factos.

Com base nesse formulário, o tribunal convoca a audiência de partes, de acordo com o art. 98.º-F CPT, e caso não se chegasse a acordo, cabia ao empregador apresentar articulado nos termos do art. 98.º-J CPT, que seria depois contestado pelo trabalhador, art. 98.º-L CPT.

É necessário reter, quanto à impugnação judicial, que deve existir uma análise e ponderação do juiz, quando chamado ao controlo jurisdicional do despedimento levado a cabo pelo empregador por razões objectivas.

Esse controlo deve incidir, quer sobre os fundamentos invocados pelo empregador como justificativos do despedimento, quer sobre o procedimento desenvolvido pelo empregador na concretização desta forma de cessação do contrato de trabalho.

Importa pois, ter-se presente que este controlo jurisdicional reside na tutela dos trabalhadores abrangidos pelo despedimento e que reclamem a intervenção dos tribunais.

Procura-se assim garantir-se aos trabalhadores, a legalidade dos fundamentos invocados pelo empregador como motivadores do despedimento mas que esses fundamentos correspondam a verdadeiras razões objectivas capazes de justificar o sacrifício de interesses fundamentais dos trabalhadores visados, como o emprego e o correspondente estatuto socioprofissional no meio em que vivem e laboram.

Por outro lado, também procura garantir aos trabalhadores a legalidade do procedimento desenvolvido pelo empregador na respectiva concretização.

Devem pois ser considerados todos os interesses em presença. De um lado, os interesses do empregador no âmbito do princípio constitucional da liberdade de iniciativa económica

⁴⁸ Cf. Acórdão STJ, de 27.02.2008: Proc. 07S4479.dgsi.Net

privada e no quadro de gestão da sua empresa, e por outro lado, os interesses dos trabalhadores envolvidos no despedimento, devendo pois acautelar-se o princípio constitucional de segurança no emprego.

O tribunal deve assim atender ao interesse maior que é o da manutenção dos respectivos empregos, sobretudo quando não foram levados em conta no processo de despedimento.

8.Efeitos da ilicitude

O despedimento ilícito não é inválido, como refere Romano Martinez (2010)⁴⁹ sendo que, mesmo injustificado, produzia efeitos, ou seja, determina a imediata cessação do contrato de trabalho, podia em determinados casos, restabelecer-se retroactivamente o vínculo⁵⁰.

Representava pois, o despedimento ilícito, o incumprimento do contrato de trabalho por parte do empregador, pelo que se alude no art. 382.º n.º 2 CT 2009, à invalidade do procedimento, não do despedimento.

Em caso de despedimento ilícito, o trabalhador podia contestar judicialmente os motivos da resolução, cabendo ao tribunal apreciar a justificação invocada.

Sendo o despedimento injustificado e por isso ilícito, o empregador respondia pelo prejuízo causado ao trabalhador.

⁴⁹ Martinez, P. Romano, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 5ª Edição, 2010, pp. 1085 e ss.

⁵⁰ Contrariamente, defende João Leal Amado (2009), o despedimento *contra legem* configura-se como um despedimento ilícito e inválido: porque pratica um acto ilícito, o empregador terá de indemnizar o trabalhador por todos os danos causados, patrimoniais e não patrimoniais (art. 389.º n.º1 al. a)); porque o acto extintivo é inválido, o empregador será, em princípio, condenado a reintegrar o trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade (art. 389º n.º1 b)).
[...]

Mas, via de regra, o despedimento *contra legem* não se limita a ser um acto irregular, desencadeador de uma obrigação indemnizatória a cargo do empregador. O despedimento *contra legem* é concebido como um verdadeiro e próprio despedimento inválido, assim se compreendendo a tutela reintegratória estabelecida na al. b) do n.º 1 do art. 389.º do CT.

Enquanto a invalidade importa a destruição dos efeitos negociais, a irregularidade, embora provenha de um vício interno negocial, tem consequências menos graves, não afectando a eficácia do negócio, mas dando apenas lugar a sanções especiais. (Carlos Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Civil, p. 707)

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regularizar?

A declaração da ilicitude do despedimento implicava a subsistência do contrato de trabalho e a consequente obrigação de indemnização, compensação e reintegração, como adiante analisaremos.

A subsistência do vínculo laboral ilicitamente resolvido depende de três pressupostos (alternativos):

- i. *o cumprimento das prestações contratuais ainda ser possível*

Sendo impossível a realização da prestação laboral ou o seu recebimento, o contrato de trabalho cessa e a resolução apesar de ilícita produziu o efeito extintivo.

- ii. *o trabalhador manter interesse na execução do contrato*

Se o trabalhador perder o interesse na execução do contrato, a declaração judicial de ilicitude do despedimento não implica a subsistência do vínculo, que cessou por efeito da resolução, ainda que ilícita.

- iii. *a execução do contrato não ser excessivamente onerosa para o empregador*

A relação pessoal entre o empregador e trabalhador pode ter ficado degradada e a subsistência do vínculo implicar uma solução inaceitável para o empregador.

O despedimento ilícito não impugnado determina a cessação irreversível do contrato de trabalho, desde a data em que a declaração do empregador produziu efeitos.

Sendo a resolução um acto jurídico unilateral e receptício o efeito extintivo verificou-se no momento em que foi comunicada à contraparte, e, se esta não reagir judicialmente no prazo que a lei lhe confere, a cessação do vínculo ilícita consolida-se.

Caso o trabalhador impugne o despedimento e o tribunal se pronunciar pela ilicitude da resolução importa salvaguardar os efeitos do contrato, uma vez que este continuou em vigor apesar de, durante um certo lapso de tempo, não ter sido cumprido.

Indemnização

O trabalhador ilicitamente despedido tinha direito a receber uma indemnização, tendo em vista ressarcir todos os prejuízos sofridos, nos termos do art. 389.º n.º 1 alínea a) CT 2009.

Deverá ter-se pois em conta os danos patrimoniais, os salários intercalares, danos não patrimoniais (art. 389.º n.º 1 alínea a), devendo ser qualificados como graves e estando sujeitos ao regime geral da prova – ónus da prova cabe ao trabalhador, assim como a relação causal com o despedimento ilícito).

Como refere Menezes Cordeiro (1991)⁵¹, “o despedimento ilícito pode causar danos morais da maior gravidade, ao trabalhador e à sua família. No limite, o despedimento ilícito pode mesmo ter sido perpetrado com a exclusiva finalidade de atingir a esfera pessoal do trabalhador.”

Conseguindo o trabalhador provar a existência e a gravidade de tais danos não patrimoniais resultantes do despedimento ilícito, nada justificaria a inadmissibilidade de ressarcimento dos mesmos.

Como refere Menezes Leitão (2012)⁵², os danos patrimoniais podiam dizer respeito a juros de mora em relação à retribuição que não foi paga, art. 806.º n.º 1 CC, bem como a perda de outros rendimentos que o trabalhador auferia em função do posto de trabalho, designadamente as gratificações oferecidas habitualmente por terceiros, como por exemplo as gorjetas. (Ac. STJ 23/1/1996, Almedina Deveza em CJ-ASTJ 4 (1996), 1, pp. 249-252)

No caso dos danos não patrimoniais, a atribuição da indemnização depende, nos termos gerais, de os mesmos se revestirem de gravidade suficiente para merecerem a tutela de direito, art. 496.º n.º 1 CC. Em qualquer caso, a inactividade do trabalhador durante o despedimento é manifestamente uma situação susceptível de lhe causar danos morais.

⁵¹ Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991.

⁵² Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 400-403.

Salários intercalares

O trabalhador tinha direito às retribuições devidas pelo empregador desde a data do despedimento até ao trânsito em julgado da decisão judicial que o declara ilícito, art. 390.º n.º 1 CT 2009.

Essas retribuições são devidas independentemente de o trabalhador ter optado pela reintegração na empresa, ou pela indemnização em sua substituição, sendo a antiguidade do trabalhador sempre calculada em relação ao momento em que a decisão judicial transitar em julgado. (Menezes Leitão, 2012)⁵³

Contudo, devem-se ter em conta as deduções constantes no art. 390.º n.º 2 a) b) c) CT 2009:

- as importâncias que o trabalhador tenha auferido com a cessação do contrato e que não receberia se não fosse o despedimento;
- a retribuição relativa ao período decorrido desde o despedimento até 30 dias antes da propositura da acção, se esta não for proposta nos 30 dias subsequentes ao despedimento;
- o subsídio de desemprego atribuído ao trabalhador no período referido no n.º 1 deste mesmo artigo, devendo o empregador entregar essa quantia à segurança social.

Ora, no caso de despedimento ilícito, se o efeito extintivo não se verificar, o contrato de trabalho manteve-se em vigor e não foi cumprido por culpa do empregador, em principio desde o momento em que o despedimento foi comunicado ao trabalhador até à data da sentença que determina a ilicitude do acto. (Ac. STJ de 31.5.2001, CJ 2001, T. II, p. 286)

Contrariamente, Furtado Martins⁵⁴, justifica o incumprimento com base no regime do risco, por entender que se está perante uma situação de impossibilidade da prestação por facto imputável ao empregador.

⁵³ Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 400-403.

⁵⁴ Defende pois, que o que está em causa é a questão de “risco da contraprestação”, ora, tornada a prestação impossível por um acto da iniciativa do credor, não fica este desobrigado de cumprir a prestação. Daí referir que o direito do trabalhador a auferir as retribuições vencidas desde a data do despedimento até à data da sentença mais não é do que a consequência normal ou natural do funcionamento conjunto das regras próprias da invalidade dos actos jurídicos e das normas sobre a impossibilidade. Se a execução da prestação laboral foi impossibilitada pelo empregador que ao afastar o trabalhador da empresa, o impediu de prestar o trabalho, esse impedimento gerou a

Reintegração

Esta consagração de uma tutela de tipo reintegratório ou restitutivo do trabalhador é uma garantia constitucional da segurança no emprego, no âmbito do art. 53.º da CRP.

Conforme Abílio Neto⁵⁵, a reintegração do trabalhador deixou de estar referenciada ao “seu posto de trabalho”, e passou a estipular-se que a condenação ordena a reintegração do trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade, deixando deste modo claro que a reintegração se consubstancia não só na subsistência do vínculo laboral, mas ainda no respeito da posição que o trabalhador detinha à data do despedimento ilícito.

Contudo, não é necessário que ao trabalhador sejam atribuídas exactamente as mesmas funções que anteriormente exercia na empresa, podendo ser-lhe atribuídas outras, desde que abrangidas na sua categoria. (Menezes Leitão 2012)⁵⁶

Este efeito-regra do despedimento declarado ilícito seria ordenado pelo tribunal, salvo se o trabalhador tivesse optado tempestivamente pela indemnização substitutiva ou se houver oposição procedente por parte do empregador.

Ora, o trabalhador pode optar por uma indemnização como compensação pela perda do posto de trabalho (art. 391.º CT 2009) e em certos casos, a lei admite que o empregador se possa opor à reintegração do trabalhador, substituindo-a por uma indemnização (art. 392.º n.º 1 CT 2009). Também a própria lei pode excluir a oposição à reintegração nos casos do art. 392.º n.º 2 e art. 68.º n.º 8 CT 2009 e no caso da ilicitude do despedimento resultar de mera irregularidade fundada em deficiência de procedimento por omissão das diligências probatórias. (Menezes Leitão, 2012)

impossibilidade da prestação com a consequente exoneração do devedor-trabalhador. Mas essa exoneração do trabalhador não significa que ele deixe de ter direito à contra-prestação, verificando-se assim, como já referido, uma impossibilidade imputável ao credor, e sendo o contrato bilateral, segue-se a regra do art. 795.º do C.C., nos termos da qual o credor não fica desobrigado da contraprestação. In Martins, P. Furtado, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 2002, 2ª Edição Revista e Actualizada, São João do Estoril, Principia, pp. 165 e ss.

⁵⁵ Neto, A., *Novo Código de Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 3ª Edição, Ediforum Edições Jurídicas, Lisboa/Coimbra Editora, 2006, pp. 767-773.

⁵⁶ Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 400-403.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Caso a entidade patronal não reintegre o trabalhador despedido que, por conciliação, se comprometera a fazer, pode o trabalhador intentar a execução de prestação de facto e deduzir os respectivos artigos de liquidação pelos danos sofridos, enquanto a obrigação de reintegrar permanecer e não for cumprida.⁵⁷

Assim a reintegração é uma consequência natural da ilicitude mas não uma consequência necessária, uma vez que a lei admite a sua substituição por uma indemnização.

Indemnização em substituição da reintegração

Não pretendendo o trabalhador ser reintegrado poderá optar pela indemnização consagrada no art. 391.º do CT.

Nesta indemnização apenas se atende à retribuição base e às diuturnidades, excluindo-se pois os subsídios e outros complementos salariais, art. 262.º, n.º 2, al. a) CT, e à antiguidade do trabalhador e ao grau de ilicitude da conduta do empregador.

A indemnização será agravada caso exista oposição à reintegração do trabalhador julgada procedente, art. 392.º n.º 3 do CT.

9.Considerações finais

Nota-se assim escassa jurisprudência nesta matéria uma vez que esta figura tem-se revelado desde o seu aparecimento pouco atractiva para os empregadores e de difícil aplicabilidade atendendo a que os seus requisitos devem ser cumulativos.

Este Código de Trabalho de 2009 pouco ou nada difere do Código de Trabalho de 2003, pelo que não existiu qualquer alteração significativa, no âmbito desta figura, para se proceder a uma maior flexibilização da mesma e sua consequente aplicação prática.

⁵⁷ Cf. Acórdão RP, de 18.3.1991: *BTE*, 2ª série, nº 4-5-6/92, pág. 861, e *Col. Jur.*, 1991, 2º-303.

Dado a estes requisitos cumulativos, que necessitam de ser verificados para que o empregador dê uso a esta espécie de despedimento e a certas garantias dos trabalhadores que a própria figura oferece, está pois aqui em causa o direito à segurança no emprego *versus* flexibilidade da legislação do trabalho.

Há que exigir por parte do empregador uma ponderação séria dos seus interesses, que podem ser por exemplo, a decisão de avançar para uma reestruturação da empresa, que devem concorrer com os direitos fundamentais dos trabalhadores, como por exemplo, o direito ao emprego. Deverá ter-se em conta um juízo de proporcionalidade desses interesses.

Não pode pois impender aqui a ideia de arbitrariedade dos motivos que levam o empregador a despedir o trabalhador, há que existir uma observância de alguns limites e razoabilidade dos mesmos quanto aos fundamentos invocados sob pena de poderem ser considerados como constituindo uma violação do princípio constitucional de segurança no emprego.

É por isso necessário a existência de uma discussão franca e honesta, segundo princípios de boa-fé dos interesses de parte a parte entre o empregador e trabalhador, no âmbito do procedimento para o despedimento.

Parece assim, que é impreterível ao tribunal fazer um contraponto entre os correspondentes fundamentos e interesses de ambas as partes para se decidir pela licitude ou ilicitude do despedimento.

Assim, julga-se torna necessário a adopção de uma política de flexibilização do despedimento por inadaptação, sobre a qual merecerá destaque adiante interligando justamente com a problemática das alterações legislativas, nesta figura, no âmbito do Memorando de Entendimento que levou à adopção da nova lei, Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho, que procede à alteração ao Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009 de 12 de Fevereiro.

Nos capítulos seguintes como anteriormente referido, aborda-se a importância do impacto das novas tecnologias e da formação profissional neste regime jurídico, a qual se considera de fulcral relevância para a linha de rumo analisada neste estudo.

Capítulo V

Novas tecnologias

O conceito de novas tecnologias, relevante para efeitos do regime jurídico do despedimento por inadaptação, deve mostrar-se adequado à prossecução do objecto social da empresa. Essas transformações tecnológicas têm de ser justificadas, quer sob o ponto de vista da empresa, quer sob o ponto de vista do posto de trabalho e da função concreta que ela desenvolve.

As novas tecnologias exigem mudanças profundas na organização e na estrutura da sociedade, exigindo que se rompa com as políticas mais rígidas e antigas, e se procure um ambiente regulamentar que permita o livre jogo da concorrência. No entanto a revolução tecnológica chegou mais rápida que as políticas sociais e económicas que deveriam ter sido atempadamente implementadas para minimizar esses impactos. Antes da revolução tecnológica teria sido importante criar alternativas de emprego, adaptações a novas formas de vida e de trabalho, deveria existir uma visão prospectiva sobre o impacto das mesmas apostando mais cedo na formação e na qualificação em novas formas de organização do trabalho e na conseqüente emergência de novos perfis profissionais. Esta visão proactiva poderia ter permitido acções e medidas que podiam minimizar os impactos negativos dessa revolução.

É inquestionável que o mundo laboral se modificou e está em mudança permanente são hoje inúmeros os factores externos que condicionam a actividade empresarial tal como: globalização da economia, a crescente incerteza do mundo empresarial, a ruptura dos mercados de massa, as actuais e crescentes exigências dos consumidores.

Importa também ter em conta que as novas tecnologias vieram alterar radicalmente a natureza do trabalho e à sua adopção abrupta pode conduzir à inactividade, uma vez que os processos de trabalho tendem cada vez mais a ser corporizadas na tecnologia e o futuro do trabalho do homem pode sofrer ameaças constantes cujo corolário negativo destas constantes mudanças tecnológicas, é do crescente desemprego.

Esta evolução constante dos sistemas de produção, de automatização e de informação, conduzem como anteriormente se referiu, a novas formas de organização do trabalho onde conseqüentemente o factor humano tem que ser tido em devida conta e a gestão dos recursos humanos têm de ser um factor decisivo no acompanhamento dos processos de mudança na motivação e liderança dos trabalhadores e sobretudo, nas estratégias de formação por forma a apetrechar as pessoas com novas competências para o desempenho de novas funções.

Por isso se releva como determinante o balanceamento que é preciso ter em conta na análise quer dos factores humanos e sociais quer dos factores económicos, quando se efectua uma análise comparativa das diferentes medidas legislativas susceptíveis de serem tomadas.

A procura de reduzir as incertezas e equilibrar algumas assimetrias pode ser um contributo eficaz para melhorar a flexibilidade; a transformação do emprego pressupõe necessariamente a mudança da natureza do trabalho, trazendo vantagens quer para as empresas que com a utilização de novas tecnologias melhorarão os processos de trabalho quer para o trabalhador que por sua vez, será mais qualificado, será mais polivalente e desempenhará um maior número de funções, trabalhará menos horas e produzirá mais.

As novas tecnologias contudo, trazem idubitavelmente também ganhos consideráveis ao intriduzirem inovações tecnológicas relacionadas com a melhoria das condições de trabalho, com a maior protecção do trabalhador nas áreas de insalubridade, na diminuição de acidentes de trabalho, na racionalização da força de trabalho e a própria melhoria da qualidade de vida do trabalhador dado que em algumas circunstâncias pode mesmo desenvolver algumas actividades remotamente.

É por demais evidente que o trabalhador é protegido pelas mudanças quando no seu ambiente de trabalho se instala novas tecnologias que permita a substituição do trabalho perigoso pelo trabalho controlado e quando sobretudo essas alterações são feitas em áreas de insalubridades, diminuindo assim com anteriormente se refere os acidentes e evitando uma série de doenças profissionais, ocasionadas pelo esforço demasiado de determinados tipo de trabalho.

No entanto continua incontornável o paradoxo entre o valor acrescentado que as novas tecnologias induzem e à redução da força do trabalho o que inexoravelmente irá conduzir para a diminuição do emprego.

Analisando os efeitos que a automação desencadeia nos sectores de produção, tudo parece apontar para uma mudança em diversos patamares; em primeiro lugar para a redução do tempo de trabalho, em segundo lugar para a necessidade da “reconversão” e de novas competências e em terceiro lugar para mudança substancial no fluxo de produção e conseqüentemente na produtividade. Por isso, hoje as empresas estão amplamente conscientes da importância da introdução constante de novas tecnologias, para fazer face à pressão da concorrência.

O desafio que se julga colocar com pertinência prende-se justamente como acima já referido, com a necessidade dos indivíduos cada vez mais se adaptarem facilmente a novas situações, respondendo às constantes e sucessivas mudanças e conseqüentes reflexos funcionais no posto de trabalho.

O apelo constante à flexibilidade funcional exige também alterações aos modelos tradicionais de produção, caracterizados pela divisão e especialização do trabalho, por um desenho organizacional pesado e anquilosado para dar um salto substancial para organizações em rede mais adocráticas, fazendo cada vez mais apelo à polivalência às competências preparando as pessoas para maior mobilidade e sobretudo para maior empregabilidade.

Os sinais mais visíveis na organização do trabalho preconizam algumas alterações, das quais se podem destacar⁵⁸:

- redução das demarcações rígidas das tarefas;
- achatamento da estrutura hierárquica;
- enriquecimento e desenvolvimento das funções;
- desenvolvimento do trabalho em equipa e grupos de projecto;
- na componente humana: a formação continua, avaliação do desempenho, optimização do sistema de comunicação, ciclos de qualidade, aposta na criatividade, etc.

Também se destacam algumas vantagens inerentes à flexibilização que influenciam positivamente o posicionamento da organização⁵⁹:

⁵⁸ Sousa, Sérgio, *Recursos Humanos & Tecnologias de Informação* – APG, Coleções FCA, 1999, pp. 66-71.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

- melhoramentos e/ou inovação nos produtos e nos métodos;
- aumento da flexibilidade funcional;
- aumento de oportunidades para o controlo da qualidade;
- redução dos tempos mortos e tempos de operação, com maior fluidez da produção;
- redução da mão-de-obra indirecta;
- maior satisfação no trabalho e maior motivação;
- melhoria de competências técnicas e sociais dos indivíduos e das equipas.

Pode-se pois constatar que a mudança e a flexibilidade são vectores fundamentais para o sucesso das empresas. Por conseguinte, se destaca o impacto das novas tecnologias no trabalhador, o que obriga a uma actualização constante de conhecimento e saberes sendo a formação profissional a “pedra toque” para a mudança tornando o trabalhador mais polivalente nas suas funções e sobretudo, preparando-o para mudar de emprego se necessário, dotando-o de competências transversais que o tornem empregável no País ou fora.

Esta preocupação de tornar o trabalhador polivalente tem uma maior possibilidade de se adaptar às constantes mudanças no seu posto de trabalho e no mercado de trabalho cujo palco se torna também cada vez mais globalizado.

Deixamos para o capítulo referente à Formação Profissional uma análise mais aprofundada desta temática.

⁵⁹ Kovács, Ilona. “Novas Tecnologias, Recursos Humanos, Organização e Competitividade”, *in* *Sistemas Flexíveis de Produção e Reorganização do Trabalho*. CESO I&D e PEDIP, Lisboa, 1992, p. 41.

Capítulo VI

Formação Profissional

1. Perspectiva geral

A formação profissional já não se limita a um determinado período da vida de um indivíduo, fazendo cada vez mais parte de toda a sua vida activa, podendo-se alternar com períodos de actividade. (Rebelo, 1999)⁶⁰

A competitividade do mercado de trabalho e a cada vez maior necessidade de formação especializada dos trabalhadores têm tornado a formação profissional numa verdadeira prioridade social e económica.

Esta necessidade de formação profissional é impulsionada pela cada vez maior mobilidade de mão-de-obra entre países que vai ganhando contornos de competitividade com a crescente globalização.

Dada a esta mobilidade é exigível aos trabalhadores mais especialização para se adaptarem aos desafios do mercado laboral cada vez mais global.

Necessário por isso que se “reciclem” profissionalmente como forma de actualizar os conhecimentos já adquiridos fazendo frente à elevada competitividade no mercado global de trabalho.

Assim uma população activa e bem qualificada é um imperativo para o desempenho de um papel importante na interacção global, política, económica e cultural⁶¹.

⁶⁰ Rebelo, G., *A (In) Adaptação no Trabalho: Uma Perspectiva Sociorganizacional e Jurídica*, Celta Editora, Oeiras, 1999, pp. 9-11.

⁶¹ Conclusões do Conselho Europeu de Copenhaga incluem um memorando do Presidente da Comissão “A Caminho do Século XXI. Orientações para a Recuperação Económica na Europa”. Na sequência desse documento, o Conselho Europeu pediu à Comissão que preparasse um *Livro Branco* sobre uma estratégia a médio prazo para o crescimento, competitividade e emprego.

Deve existir a garantia de que a formação recebida e as qualificações obtidas sejam relevantes para o cidadão a nível individual, para o mercado de trabalho e para a sociedade no seu conjunto.

A formação pode ser inicial ou contínua. A inicial destina-se a “conferir uma qualificação profissional certificada, bem como a preparar para a vida adulta e profissional”, atribui-se pois uma relevância ao regime de aprendizagem, nos termos do art. 3.º n.º 2 e n.º 4 do DL n.º 401/91 de 16.10⁶².

A formação contínua insere-se na vida profissional do indivíduo, realiza-se ao longo da mesma, e “destina-se a propiciar a adaptação às mutações tecnológicas, organizacionais ou outras, favorecer a promoção profissional, melhorar a qualidade do emprego e contribuir para o desenvolvimento cultural, económico e social”, tal como consagrado no art. 3.º n.º 3 do DL n.º 401/91 de 16.10⁶³.

Parece que o objectivo principal é o exercício qualificado de uma actividade profissional realizada por empresas, centros de formação e outras entidades empregadoras ou formadoras certificadas.

A formação é pois um instrumento essencial para prevenir e combater o desemprego, no sentido de criar aperfeiçoar e flexibilizar a mão-de-obra, sendo um elemento catalisador das competências como também, um mecanismo facilitador da mobilidade do trabalhador, que permite uma ajuda crucial para superar os desafios e para permitir equilibrar um bom funcionamento do mercado de trabalho.

Como refere Glória Rebelo⁶⁴, a melhoria da qualificação dos empregados deve passar por:

» formação a nível da empresa (as empresas compreenderam as vantagens que a formação apresenta para eles, integrando as decisões de formação nos objectivos da mesma).

⁶² DR 238/91 - SÉRIE I-A.

⁶³ DR 238/91 - SÉRIE I-A.

⁶⁴ Rebelo, G., *A (In) Adaptação no Trabalho: Uma Perspectiva Sociorganizacional e Jurídica*, Celta Editora, Oeiras, 1999, p. 11.

» níveis de qualificação individual (são a base para uma abordagem mais coerente da qualidade da formação e do desenvolvimento das competências individuais).

» sistema de educação e formação adequado (a nível individual, para o mercado de trabalho e para a sociedade no seu conjunto).

» organização do trabalho qualificante.

2.Regime da Formação Profissional

No Decreto-Lei n.º 401/91 de 16 de Outubro de 1991⁶⁵ foi estabelecido o quadro legal da formação profissional.

O diploma destinava-se a regular as actividades de formação profissional inseridas quer no sistema educativo quer no mercado de emprego. A primeira, baseada em especial no artigo 74.º da Constituição, foi objecto da Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro. A segunda, prevista no artigo 58.º da Constituição, achava-se dispersa por vários diplomas legais que importa enquadrar e actualizar. Uma e outra constituem realidades que vêm marcando fortemente o sistema educativo e o mercado de emprego, bem como a articulação entre ambos, especialmente nos últimos anos, em que os apoios das Comunidades Europeias e o esforço interno de apetrechamento, organização e adequação às necessidades do País tiveram um impacto decisivo.

A formação profissional inserida no sistema educativo e a inserida no mercado de emprego distinguem-se pela base institucional dominante - a escola e a empresa, respectivamente - e pelos seus destinatários específicos - no primeiro caso, a população escolar, incluindo o ensino recorrente de adultos e a educação extra-escolar, e, no segundo, a população activa empregada ou desempregada, incluindo nesta os candidatos ao primeiro emprego. Apesar das diferenças, prevalece o que aproxima ambas as formações: em especial os conceitos, as finalidades, a certificação, as componentes, a consideração dos níveis e perfis profissionais, a avaliação e a coordenação. Por tal motivo, bem se compreende que todas estas matérias, por serem comuns, integravam um único diploma.

⁶⁵ Publicado no DR 238/91 - SÉRIE I.

Todavia, mesmo nos domínios referidos, há aspectos específicos a ter em conta: no que se refere ao sistema educativo, esses aspectos já se encontravam salvaguardados, em larga medida, através da supracitada Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro. No que se refere ao mercado de emprego, seria necessário a adopção de um diploma legal que os contemplasse.

Nesta perspectiva, este diploma procurava enquadrar toda a formação profissional, independentemente do sistema - educativo ou de emprego - em que se integrasse, através de um regime jurídico que proporcionasse a desejada unidade e eficácia.

Posteriormente, o regime da formação profissional encontrava-se previsto nos artigos 123.º a 126.º da Lei n.º 99/2003 de 27 de Agosto, que regulamentava o Código de Trabalho de 2003, tendo sido complementado com os artigos 160.º a 170.º da Lei n.º 35/2004 de 29 de Julho, funcionando esta última como uma lei regulamentar.

Actualmente, este regime passou a estar previsto nos artigos 130.º a 134.º do Código de Trabalho.

3.A inadaptação e a formação profissional

O Código de trabalho prevê que em todas as alterações nos postos de trabalho decorrentes quer da alteração do processo de fabrico, quer da comercialização, ou da introdução de novas tecnologias ou equipamentos, sejam ministradas acções de formação profissional.

Como defende Américo Oliveira Fragoso⁶⁶, “pressupõe que exista uma rede de segurança para os trabalhadores sempre que lhes seja introduzida uma alteração nos postos de trabalho. Essa rede de segurança assenta na adequada formação que deve ser dada ao trabalhador.”⁶⁷

Deve existir pois umnexo entre a inovação e a formação ministrada, pois sempre que se inova deve ser dada uma formação adequada ao trabalhador não o deixando à mercê das suas competências detidas por ele da empresa, que num momento, podem resultar de um conjunto de factores:

⁶⁶ Conforme consulta da dissertação “*Contributo para o estudo do despedimento por inadaptação à luz do Código de Trabalho*” de Américo Oliveira Fragoso de 2009.

⁶⁷ Conforme consulta da dissertação “*Contributo para o estudo do despedimento por inadaptação à luz do Código de Trabalho*” de Américo Oliveira Fragoso de 2009.

- do conhecimento apreendido no sistema educativo (representado pelos vários níveis de ensino e pela formação profissional);
- da aprendizagem e transmissão de saberes resultantes da actividade no respectivo posto de trabalho;
- da própria interacção social (com a família, grupos sociais,...).

Contudo, como já abordado, existe a necessidade de desenvolver novas competências e até mesmo criatividade individual dado o desenvolvimento tecnológico, a necessidade de adaptação organizacional às constantes modificações no mercado.

Este desenvolvimento de competências e criatividade necessita de ser apoiada por uma base de autonomia e responsabilização dos colaboradores.

Necessário pois, a existência de uma performance humana, ou seja, a capacidade de adaptabilidade de um trabalhador habituado ao exercício de uma tarefa repetitiva a outra tarefa no caso da sua modificação⁶⁸.

Ou seja, é necessário que o trabalhador tenha a capacidade de se adaptar face às constantes mudanças tecnológicas no meio em que se insere. Como já referimos, é necessário uma polivalência da parte do trabalhador dado às constantes mudanças no mundo profissional.

A obrigatoriedade de formação profissional, devido às alterações tecnológicas no posto de trabalho, leva a uma diminuição das situações de inadaptação que poderão determinar o fraco recurso a esta figura. Contudo, se essa formação for insuficiente pode levar a um aumento dessas situações de inadaptação.

Conclui-se que ainda que a lei tenda a flexibilizar este requisito da formação profissional, esta formação pode ser considerada como uma segurança para o trabalhador. O trabalhador ganha novas competências.

No lado do empregador, numa primeira fase pode ser dispendioso, dado aos custos que terá de suportar na contratação de uma autoridade competente ou de uma entidade formadora certificada; e até mesmo ao tempo dispensado pelo trabalhador nessa formação em detrimento do tempo que poderia dispensar produzindo. Mas numa fase posterior, parece que um

⁶⁸ Rebelo, G., *A Era da Competência: um novo paradigma para a gestão de recursos humanos e direito de trabalho*, Lisboa, RH Editora, 2ª Edição, 2011.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

trabalhador com mais e variadas competências, aí adquiridas, tem a facilidade de se integrar no meio de qualquer mudança, podendo reflectir-se até, num aumento de produtividade.

Capítulo VII

A Inadaptação em Espanha

1. Introdução

Torna-se pertinente a comparação com outro ordenamento jurídico para a compreensão das soluções que estão consagradas no despedimento de inadaptação no âmbito do nosso ordenamento jurídico.

Contudo não é fácil a análise ao direito comparado dada a diversidade de conceitos e de significados que variam consoante os ordenamentos, sendo feita esta comparação de modo genérico sob pena de se indicarem posições doutrinárias e legislativas erradas.

Apenas será feito um enquadramento das semelhanças deste regime da inadaptação.

Em Espanha, as causas que justificam o despedimento bem como os seus efeitos estavam consagradas no Estatuto de los Trabajadores (ET) – *Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de Marzo Ley del Estatuto de los Trabajadores, actualizado a 15 de Junio de 2011*, que aqui analisaremos.

Posteriormente, este Estatuto de los Trabajadores foi alterado pelo *Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de Febrero* e pela *Ley 3/2012 de 7 de Julho*, pelo que faremos uma breve referência a essas alterações.

2. Regime Espanhol

Aqui interessa salientar pois o art.º 52^{o69} alínea b) do Estatuto que previa uma figura com algumas semelhanças à inadaptação portuguesa, a extinção do contrato de trabalho por causas objectivas derivada da falta de adaptação.

⁶⁹ Prevê o artigo: “**Artículo 52.** *Extinción del contrato por causas objetivas.*
El contrato podrá extinguirse:

Para o ET, a extinção do contrato de trabalho por causas objectivas correspondia a uma resolução unilateral do empregador que produzia os efeitos extintivos pela mera vontade comunicada à outra parte, sem controlo externo nem necessidade de consentimento da parte do trabalhador, conforme Oliveira Fragoso⁷⁰.

O art.52º do ET consagrava uma diversidade de situações que eram abrangidas pelo despedimento de inadaptação, causas essas de despedimento que não fossem disciplinares e que acabavam por estar abrangidas por este regime, contendo este artigo uma multiplicidade e heterogeneidade de causas.⁷¹

O despedimento objectivo aí previsto por falta de adaptação consistia numa variante da “ineptitud”, pois não se devia às suas aptidões pessoais do trabalhador, mas sim às alterações que foram introduzidas ao posto de trabalho e que não eram imputáveis ao trabalhador.

Era necessário por isso que estivessem preenchidos os seguintes requisitos:

- Estejam em causa modificações de carácter técnico no posto de trabalho relacionadas com a introdução de novas tecnologias, às quais o trabalhador não se consegue adaptar, para elas é inepto.
- As alterações se verifiquem concretamente no posto de trabalho para o qual o trabalhador for contratado, ou seja se tiver havido alterações no posto de trabalho a extinção por falta de adaptação não pode operar.

a. Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.

b. Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables y hayan transcurrido como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación. El contrato quedará en suspenso por el tiempo necesario y hasta el máximo de tres meses, cuando la empresa ofrezca un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional a cargo del organismo oficial o propio competente, que le capacite para la adaptación requerida. Durante el curso se abonará al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo.”

⁷⁰ Fragoso, A. Oliveira, *Contributo para o Estudo do Despedimento por Inadaptação à luz do Código de Trabalho*, 2009.

⁷¹ Jesus Cruz Villalón en colaboracion com Patrocínio Redriguez – Ramos Velasco e Rafael Gomes Gordillo, in “*Estatuto de los tabajadores – comentado*”, Madrid, 2003, ed. Tecnos, pp. 692 e ss.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

- As alterações realizadas terem sido razoáveis, ou seja o legislador apela a um conceito indeterminado.
- Ter passado o prazo mínimo de dois meses, desde a introdução das alterações, concede-se um período de adaptação, que é um corolário do dever de bom entre as partes (art. 20.2 ET)
- O empregador poderá, se quiser, está na sua disponibilidade, oferecer ao trabalhador, um curso de formação.

Não é verdadeiramente um requisito pois era facultativo. Todavia, em casos de manifesta complexidade das actividades o dever de boa fé (art. 20.2 ET) conjugado com o dever de formação genérica (art. 4.2 b) ET), só podia conduzir à obrigatoriedade dessa formação.

Existia pois um período de formação em que o contrato se suspendia, mas diferentemente ao instituto da suspensão (art. 45.2 ET) o trabalhador continuava a ser remunerado. Parecia assim que o legislador espanhol podia ter considerado a formação como sendo equivalente a uma jornada diária de trabalho.

Também se deveriam ter em conta os requisitos de forma, previstos no art. 53º ET:

- Comunicação escrita ao trabalhador justificando a causa.
- Colocar à disposição, ao trabalhador a indemnização de vinte dias de salário por cada ano de serviço, num máximo de doze mensalidades. Não é necessário entregar, bastando apenas colocar à disposição.

Contudo exigia-se mais que um mero oferecimento, no entendimento da jurisprudência; exigia-se uma concretização dos elementos que consubstanciavam essa colocação à disposição (ex: o local, a quantia, etc.)

- Concessão de um pré-aviso de 30 dias, tendo o trabalhador um direito a durante seis horas por semana a “buscar nuevo empleo”.

Denotava-se pois, que para existir uma “ineptitud” era necessário que se verificassem modificações de carácter técnico no posto de trabalho relacionadas com a introdução de novas tecnologias, às quais o trabalhador não se conseguia adaptar, sendo para elas inepto.

Não havia aqui, neste ordenamento espanhol, uma obrigatoriedade de ser facultada uma formação ao trabalhador, sendo esse requisito facultativo. Não existia a obrigatoriedade da tentativa de transferência do trabalhador para outro posto de trabalho disponível.

Também aqui o conceito indeterminado “alterações realizadas terem sido razoáveis” mostrava a margem de manobra de que o empregador pode aproveitar-se.

O prazo mínimo de dois meses de adaptação também realçava a pouca segurança do trabalhador que se devia adaptar às mudanças tecnológicas que muitas vezes podiam ser complexas.

Conclui-se assim que o regime português parecia apresentar-se com mais garantias ao trabalhador, facto este do legislador português ter contemplado elementos subjectivos que obrigavam a uma maior ponderação na decisão do despedimento.

“O regime espanhol é mais objectivo, pelo que o binómio trabalhador e posto de trabalho, não é suficiente para mitigar o automatismo desta figura” nas palavras de Oliveira Fragoso⁷².

Isto porque no caso português, era mais evidente que não se tratava de uma causa puramente objectiva nem subjectiva, estando ligada a esse binómio. Porque simultaneamente era necessário que tivesse havido uma modificação recente do posto de trabalho resultante de novos processos de fabrico, de novas tecnologias ou de novos equipamentos e uma inadaptação do trabalhador a esse posto de trabalho. (Lobo Xavier, 2009)⁷³

3. Posteriores alterações

O Estatuto de los Trabajadores foi alterado pelo *Real Decreto 3/2012 de 10 de Febrero* e pela *Ley 3/2012 de 7 de Julio*.

Com o *Real Decreto 3/2012 de 10 de Febrero*, passou a ser obrigatório ministrar formação profissional ao trabalhador.

⁷² Fragoso, A. Oliveira, *Contributo para o Estudo do Despedimento por Inadaptação à luz do Código de Trabalho*, 2009.

⁷³ Lobo Xavier, B. Gama, *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, 2011.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Se antes podia-se despedir o trabalhador aos 2 meses, depois da mudança no posto de trabalho, caso este não se tivesse adaptado, com esta alteração passou a ser necessário que haja passado 2 meses desde que se deu essa mudança e também desde que tenha terminado a formação destinada a adaptar-se.

Durante a formação profissional para a adaptação às mudanças no posto de trabalho, o contrato de trabalho, como acima já referido, ficava suspenso. Antes essa suspensão teria uma duração máxima de 3 meses pelo que agora não há limite à duração dessa suspensão.

Com a *Ley 3/2012 de 7 de Julio*, desaparece a menção de que o contrato de trabalho se suspendia durante a formação do trabalhador; agora o tempo de formação considera-se tempo de trabalho para todos os efeitos.

Desde Fevereiro do ano corrente, que se o trabalhador falta 20% das jornadas diárias de trabalho num período de 2 meses (aproximadamente 8 dias) o trabalhador podia ser despedido por causas objectivas.

Poderá concluir-se, com estas alterações, que o regime jurídico espanhol, nesta figura jurídica, pretendeu dar uma segurança ao trabalhador, que até então parecia diminuta, ao consagrar a obrigatoriedade da formação profissional. Se esta figura no Código de Trabalho de 2009 demonstrava mais garantias para o trabalhador em comparação ao sistema espanhol, agora com a Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho, parece que se inverteram os “papéis”. Ainda que continue a existir a formação profissional outros requisitos, que serão analisados posteriormente, foram flexibilizados.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Capítulo VIII

Memorando de Entendimento⁷⁴

1. Traços gerais

O programa do XIX Governo prevê um conjunto de novas políticas dirigidas à competitividade, ao crescimento e ao emprego. Assenta o mesmo nas directrizes necessárias à criação sustentada do emprego e à concretização da retoma do crescimento económico, assegurando, concomitantemente, as condições para superar de forma célere a actual situação de crise e permitindo a sustentabilidade da dívida pública nacional.

Revela-se essencial uma legislação laboral flexível, concentrada na protecção do trabalhador, e não do posto de trabalho, no quadro de um modelo de flexisegurança, que fomente a economia e a criação do emprego e que vise combater a segmentação crescente do mercado de trabalho.

Surgiu como imperioso uma legislação que contribua, de facto, para o aumento da produtividade e da competitividade da economia nacional, e que concretize a necessária aproximação do enquadramento jurídico vigente no contexto do mercado comum europeu.

A presente alteração ao Código do Trabalho propõe-se como uma medida necessária e adequada ao prosseguimento dos seguintes objectivos:

- » Melhorar a legislação laboral, quer através da sua actualização e sistematização, quer mediante a agilização de procedimentos;
- » Promover a flexibilidade interna das empresas;
- » Promover a contratação colectiva.

As medidas consagradas envolvem importantes aspectos da legislação laboral, designadamente em matéria de flexibilização do tempo de trabalho, de despedimento por motivos objectivos e dos instrumentos de regulamentação colectiva, sendo quatro as matérias fundamentais:

⁷⁴ Conforme Proposta de Lei n.º 46/XII do Governo.

- » Organização do tempo do trabalho;
- » Fiscalização das condições de trabalho e comunicações à Autoridade para as Condições de Trabalho;
- » Alterações ao regime de cessação do contrato de trabalho por motivos objectivos;
- » Alterações ao regime aplicável aos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.

2. Alteração à figura do Despedimento por inadaptação

No que respeita ao regime de cessação do contrato de trabalho, foram introduzidas modificações no âmbito dos despedimentos por motivos objectivos, bem como nas compensações devidas em caso de cessação de contrato de trabalho.

O que aqui se interessa fazer referência são as alterações à figura do despedimento por inadaptação que passará a ser permitido mesmo nas situações em que não tenham sido introduzidas modificações no posto de trabalho. Esta alteração permite ao empregador uma reacção em caso de uma modificação substancial da prestação do trabalhador, da qual resulte, nomeadamente, uma redução continuada de produtividade ou da qualidade, avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros.

O despedimento poderá ainda ter lugar na inadaptação por incumprimento de objectivos previamente acordados em caso de inexistência de modificações no posto de trabalho, mantendo-se, porém, a actual restrição para os cargos de complexidade técnica ou de direcção.

Dada a necessidade de salvaguardar a existência de um motivo válido para o despedimento, é estabelecido um procedimento adequado, bem como a possibilidade de defesa por parte do trabalhador, ao qual é ainda atribuída uma oportunidade para a melhoria da sua prestação, evitando assim o despedimento.

Nesse sentido, deverá o empregador informar o trabalhador da apreciação da actividade antes prestada, com uma descrição circunstanciada dos factos, demonstrativa da referida modificação substancial da sua prestação, podendo este pronunciar-se sobre este facto nos cinco dias úteis posteriores à reacção desta comunicação.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Ao trabalhador deverá ainda ser proporcionada formação profissional adequada, dispondo, na sequência da mesma, de um período não inferior a trinta dias com vista à modificação da sua prestação.

É também atribuído ao trabalhador o direito de denúncia do seu contrato de trabalho e de receber a respectiva compensação, desde o momento em que recebe a comunicação do empregador.

No que respeita ao despedimento por inadaptação com modificações no posto de trabalho, o seu regime jurídico é mantido, com algumas adaptações ao nível de prazos e de comunicações.

No domínio das compensações por cessação do contrato de trabalho, procede-se à definição das condições de alinhamento entre os contratos de trabalho anteriores a 1 de Novembro de 2011 e os novos contratos de trabalho, celebrados ao abrigo da Lei n.º 53/2011, de 14 de Outubro.

O regime jurídico proposto salvaguarda integralmente as expectativas dos trabalhadores relativamente ao período de tempo decorrido até ao início da aplicação dos novos valores de compensação.

Só terá aplicação a partir de 31 de Outubro de 2012, data a partir da qual, conforme previsto no Memorando de Entendimento e no Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego, o valor da compensação deverá coincidir com a média da União Europeia.

Assim, para efeitos de cálculo da compensação devida, o período de tempo decorrido até 31 de Outubro de 2012 reger-se-á pelas disposições do Código do Trabalho, na redacção da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, sendo os novos valores apenas aplicáveis a partir desse momento.

Caso o montante da compensação a que o trabalhador tem direito até 31 de Outubro de 2012 exceda 12 retribuições base e diuturnidades, ou 240 retribuições mínimas mensais garantidas, o trabalhador terá direito a esse montante, não sendo considerado para efeito do cálculo o valor total da compensação o período posterior a 1 de Novembro de 2012.

Pelo contrário, caso o valor apurado até 31 de Outubro de 2012 não exceda aquele limite de 12 retribuições base e diuturnidades, ou 240 retribuições mínimas mensais garantidas, ao mesmo acrescerá o montante que resultar da aplicação dos critérios estabelecidos a partir de 1

de Novembro de 2012, não podendo, contudo, o total da compensação exceder o referido limite de 12 retribuições base e diuturnidades, ou 240 retribuições mínimas mensais garantidas.

Da Lei n.º 23/2012 de 25 de Junho resultaram significativas alterações aos art. 374.º-379.º do CT que aqui incluímos em anexo (ANEXO A).

3. Fundamentos das situação de inadaptação pela da Lei n.º 23/2012

Para uma melhor compreensão das alterações desta figura optou-se apenas por apontar de forma genérica os fundamentos das situações de inadaptação no regime geral e no regime especial.

Ora, até às alterações decorrentes da Lei n.º 23/2012 era normal distinguir duas subespécies de despedimento por inadaptação, como já analisados, uma aplicável à generalidade dos trabalhadores e outra aplicável aos trabalhadores que desempenham cargos de complexidade técnica ou de direcção. Embora se mantenha esta divisão, há que efectuar uma nova distinção, consoante a inadaptação tenha ou não sido antecedida de modificações no posto de trabalho⁷⁵.

Temos pois, no regime geral, art. 374.º n.º1 CT:

- Com modificação do posto de trabalho, art. 375.º n.º 1 CT;
- Sem modificação do posto de trabalho, art. 375.º n.º 2 CT.

No regime especial, art. 374.º n.º 2 CT:

- Com modificação do posto de trabalho, art. 375.º n.º3 a) CT;
- Sem modificação do posto de trabalho, art. 375.º n.º 3 b) CT.

Delimitação das situações de inadaptação

O modo como são definidas as situações de inadaptação mostra que as situações justificativas da cessação do contrato de trabalho são diferentes.

Optou-se por isso, proceder pois a uma breve análise do regime geral e do regime especial.

⁷⁵ Para uma melhor compreensão desta figura cf. Furtado Martins, P., *Cessação do Contrato do Trabalho*, 3ª Edição revista e actualizada, Principia 2012, pp. 369-386.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Quanto ao regime geral, a primeira subespécie tem como pressuposto que a inadaptação seja antecedida da introdução de modificações no posto de trabalho, resultantes de alterações nos processos de fabrico ou de comercialização, de novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia, nos seis meses anteriores ao início do procedimento, art.375.º n.º 1 a). Neste caso esta situação é delimitada da seguinte forma:

- ocorrência de uma redução continuada de produtividade ou de qualidade, de avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho ou de riscos para a segurança e a saúde do próprio trabalhador, dos seus colegas ou terceiros (art. 374.º n.º1)
- sendo tais ocorrências derivadas do modo como o trabalhador exerce as suas funções (art. 374.º n.º1 proémio)
- Em termos que tornem praticamente impossível a subsistência da relação laboral de trabalho (art. 374.º n.º 1 proémio, in fine)

Na segunda situação e ainda no regime geral, admite-se que a inadaptação resulte da ocorrência de uma modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador, sem que tal seja antecedido de alterações verificadas no posto de trabalho (art. 375.º n.º 2 proémio); pelo que a modificação da prestação terá de revestir as seguintes características (art. 375.º n.º 2 a)):

- traduzir-se numa redução continuada de produtividade ou de qualidade, ou em avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho ou ainda em riscos para a segurança e a saúde do próprio trabalhador, dos seus colegas ou de terceiros;
- ser determinada pelo modo como o trabalhador exerce as suas funções;
- consistir numa modificação cujo carácter definitivo, em face das circunstâncias, seja razoável de prever.

No regime especial, para trabalhadores afectos a cargos de complexidade técnica ou de direcção (art. 374.º n.º 3), na primeira subespécie também se exige como pressuposto a introdução de novos processos de fabrico, de novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia (art. 375.º n.º 3 a)). Pelo que se considera uma situação de inadaptação quando (art. 374.º n.º 2):

- o trabalhador não cumprir os objectivos previamente fixados e formalmente aceites;
- tal incumprimento derivar do modo como o trabalhador exerce as suas funções;
- tornando praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Admite-se ainda que o despedimento por inadaptação não seja antecedido de modificações no posto de trabalho (art. 375.º n.º 3 b)). Aqui a situação de inadaptação também ocorrerá quando se verificarem as notas constantes no art. 374.º n.º2, ou seja, pelo incumprimento dos objectivos previamente fixados e aceites, derivado do modo como o trabalhador exerce as suas funções e em termos que impossibilitem a subsistência da relação laboral de trabalho, mas exige-se o cumprimento da formalidade indicada no art. 375.º n.º 2 b), com as necessárias adaptações.

Esta nova modalidade, do regime especial, só se aplica quando os objectivos cujo incumprimento justifica o despedimento tiverem sido acordados depois da entrada em vigor da Lei n.º 23/2012, ou seja a partir do dia 1 de Agosto de 2012, de acordo com o art. 5.º do referido diploma.

Assim, a referência ao modo como o trabalhador exerce as suas funções, comum tanto ao regime geral como ao regime especial de despedimento, leva ao afastamento das situações de inadaptação que àquele não possam ser imputadas.

Por exemplo, quando as avarias reiteradas dos equipamentos forem provocadas por deficiência dos mesmos ou pela sua aplicação porque o empregador ordenou a sua utilização para fins diferentes daqueles a que se destinam. No regime especial, não se justificará o despedimento se o não preenchimento dos objectivos fixados (ex. a realização de um certo volume de vendas) resultar de uma alteração repentina e imprevisível das condições do mercado a que se destinam os produtos ou serviços comercializados pela empresa.

Em todas estas situações exige-se pois que a inadaptação torne praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho, que continua a ser um conceito indeterminado.

Partilha-se da mesma opinião de Furtado Martins⁷⁶, que defende que a impossibilidade de manutenção da relação traduz-se na situação de inadaptação tal como a lei a descreve. Considera-se também, que não é exigível que o empregador mantenha ao serviço o trabalhador que, depois de receber a adequada formação e dispor do devido tempo para se adaptar, não consegue operar devidamente com o novo equipamento, provocando avarias repetidas no mesmo. Sendo este quadro factual suficiente para concretizar este conceito.

⁷⁶ Furtado Martins, P., *Cessação do Contrato do Trabalho*, 3º Edição revista e actualizada, Principia 2012, pp. 369-386.

No caso da ocorrência da nova situação de inadaptação, modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador, da qual resultem a redução continuada de produtividade ou de qualidade, avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho ou riscos para a segurança e saúde, também aqui a impossibilidade de prossecução da relação de trabalho é associada à demonstração de um destes resultados, não sendo de exigir que o empregador comprove mais do que a verificação dos mesmos.

Reitera-se que a verificação dos pressupostos e dos requisitos exigidos permitem realçar a dificuldade de realizar esta modalidade de despedimento, daí a inexistência prática desta figura. Contudo, só com o tempo será possível perceber se o alargamento que agora se fez (dispensando-se que a situação de inadaptação seja antecedida de modificações no posto de trabalho) veio ou não facilitar o recurso ao despedimento por inadaptação.

4. Notas finais

Deste novo regime advém a possibilidade de o empregador fazer cessar o contrato de trabalho por inadaptação do trabalhador, mesmo sem a introdução de novas tecnologias ou outras alterações no local de trabalho, este novo requisito flexibiliza a aplicação desta figura jurídica, se no anterior regime era necessário que tivessem sido introduzidas modificações no posto de trabalho resultantes de alterações nos processos de fabrico ou de comercialização, de novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia, agora basta a modificação substancial da prestação e a descrição circunstanciada dos factos, por parte do empregador, demonstrativa dessa mesma modificação. Devendo esta descrição ser feita por escrito.

Esta modificação substancial aparece como um conceito indeterminado que deve ser regulamentado sob pena de proporcionar ao empregador uma arbitrariedade nessa descrição circunstanciada dos factos. Exige-se pois que este conceito seja concretizado com algum cuidado zelando pela protecção do trabalhador.

Não foi alterada a situação em que o trabalhador afecto a cargo de complexidade técnica ou de direcção, quando este, não cumprisse os objectivos previamente acordados, em consequência do seu modo de exercício de funções e fosse praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho verificando-se assim inadaptação.

Outra alteração prevista no Memorando de Entendimento consagra que os despedimentos individuais, e refere-se não só a figura aqui em estudo como o despedimento por extinção do posto de trabalho, não devem estar sujeitos à obrigação da tentativa de transferência do trabalhador para outro posto de trabalho disponível.

Diferentemente, o regime anterior referia que, em regra, se existirem postos de trabalho disponíveis, compatíveis com as qualificações do trabalhador, deveriam ser evitados despedimentos. A eliminação deste requisito, com a nova lei, demonstra mais uma vez que o interesse do empregador sobrepõe-se cada vez mais ao interesse do trabalhador.

Já não é necessário que o empregador dispense dos seus recursos para encontrar um posto de trabalho disponível para o trabalhador inadaptado às modificações resultantes da alínea a) n.º1 do art. 375.º CT actual (requisito que se manteve inalterado).

Esta alteração é uma grande novidade, uma vez que na prática assume assinalável relevância, na medida em que esse era o factor cuja falta de prova acarretava a procedência da maioria das acções de impugnação desta modalidade de despedimento.⁷⁷

Também foi eliminado desta nova lei o conceito “sob o controlo pedagógico” da autoridade competente ou entidade formadora certificada no caso de a formação profissional ter de ser ministrada de forma adequada às modificações de trabalho. A redacção originária do art. 375.º n.º 1 b) CT 2009 era menos exigente que a actual, porquanto contentava-se com que tivesse sido ministrada formação profissional adequada às modificações do posto de trabalho, “sob controlo pedagógico” da autoridade competente ou entidade formadora certificada, ao passo que a nova redacção exige que a formação profissional seja ministrada por aquela autoridade ou entidade formadora.⁷⁸

Reflecte-se contudo, uma flexibilidade nesta figura que realça o princípio constitucional da liberdade de iniciativa económica privada no quadro de gestão da empresa em detrimento do princípio constitucional de segurança no emprego, ou seja, ao dar-se uma maior margem de aplicação desta figura realçando os interesses do empregador deve-se ter o cuidado para não descurar-se da protecção ao trabalhador. É por isso necessário ter-se também em conta os interesses do trabalhador, conferindo-lhe uma protecção com base numa regulamentação

⁷⁷ Neto, A., Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados, 3ª Edição, Setembro 2012, Ediforum Edições Jurídicas, Lisboa/Coimbra Editora, pp. 910-915.

⁷⁸ Ibid.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

dessas matérias; ainda que se flexibilize este despedimento não devem ser pois esquecidas as expectativas do trabalhador.

Predomina assim uma maior ponderação dos interesses do empregador.

Parece que o legislador ao alterar esta figura jurídica quis flexibilizar a sua aplicabilidade realçando os interesses do empregador.

Contudo, para tentar minorar as consequências dessa flexibilização, tentou garantir aos trabalhadores que essas modificações substanciais da prestação do trabalho devessem ter uma descrição circunstanciada dos factos, como atrás referido. Porém o conceito é indeterminado. Ora, isto pressupõe que o empregador deva avaliar o trabalhador na execução das suas tarefas, devendo aquele demonstrar essa modificação substancial. Deve pois o empregador informar ao trabalhador da apreciação da actividade prestada.

Para isso, é necessário que haja um sistema de avaliação de competências ou de desempenho com certos objectivos ou procedimentos fixados que vedem uma discricionariedade que possa ser feita pelo empregador na verificação da modificação substancial.

Também se poderá referir, como uma protecção do trabalhador a adição do n.º 3 do art. 374.º CT actual, em que as situações elencadas nos n.º1 e 2 desse mesmo artigo, não prejudicam a protecção conferida aos trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica.

Quando se fala em flexibilizar ou regulamentar esta figura, na realidade apela-se ao entendimento da interacção intrínseca destes dois conceitos.

Há que flexibilizar as organizações tendo em consideração os interesses de gestão e do empregador, avançando para as mudanças e reestruturações que as empresas tenham necessidades, inserindo, como acima já referido, o principio constitucional de liberdade de iniciativa económica privada do empregador e complementarmente gizando novas estratégias de competitividade empresarial tendo presente o clima de incerteza e a forte competitividade bem como, as sucessivas mudanças socioeconómicas que concorrem nos dias de hoje.

Contudo, é de realçar, conforme abundantemente temos referido, a necessidade de regulamentar essas estratégias de competitividade empresarial, levando em linha de conta também, os interesses dos trabalhadores.

Ou seja, é necessário que essa flexibilidade não seja tão-só a nível dos interesses de gestão do empregador, mas que possa contribuir eficazmente para reduzir a incerteza laboral, investindo na formação do trabalhador, que será pois tendencialmente mais qualificado e por consequência desempenhará um maior número de funções e produzirá mais.

Os interesses de gestão do empregador e os interesses do trabalhador, sejam eles profissionais ou sociais, devem “andar de mãos dadas”.

Acredita-se pois, que para uma evolução das estruturas empresariais é necessário relevar o factor humano, para tal a aposta por uma gestão de competências do trabalhador parece ser uma estratégia assertiva na gestão das empresas.

Esta visão permite pois que, ao flexibilizar o despedimento por inadaptação devem assim existir juntamente mecanismos de defesa do trabalhador que sejam na realidade levados em consideração.⁷⁹

A questão dos objectivos previamente acordados deve garantir segurança ao empregador, porque o trabalhador, num processo que deve ser previamente negociado entre as partes, assume um compromisso de prestação de determinadas actividades, existindo pois uma expectativa jurídica do empregador que não deve ser frustrada, mas que a avaliação desses mesmos objectivos seja assegurada por mecanismos próprios, com técnicas específicas de gestão de recursos humanos com a utilização de sistemas de avaliação de desempenho e a avaliação de competências que garantam de forma harmonizada concertada e assumida por toda a hierarquia da empresa a assunção desta “prestação de contas” constituindo por isso, um dos objectivos estratégicos da própria empresa.

Concomitante também, defende-se que no seio das empresas deva existir uma monitorização e acompanhamento longitudinal desses objectivos, para que quer os desvios verificados no desempenho, quer a reformulação dos mesmos, não sirvam como argumentos para alimentar uma arbitrariedade do empregador para fundamentar o despedimento.

No entanto, reconhece-se porém, que continua a existir em algumas empresas a dificuldade em concretizar uma dinâmica orientada para a gestão por objectivos pois, para além das dificuldades que se colocam ao nível da cultura organizacional de determinadas empresas,

⁷⁹ Rebelo, G., *A Era da Competência: um novo paradigma para a gestão de recursos humanos e direito de trabalho*, Lisboa, RH Editora, 2ª Edição, 2011.

parece-nos existir também um deficit ao nível da formação, instrumento este que merece relevo nesta problemática pois, constitui um instrumento central que utilizados quer para os cargos de gestão quer para os cargos de complexidade técnica e dos próprios cargos menos qualificados, pode contribuir para mitigar eventual tendência para dar azo a essa arbitrariedade do empregador. Com este pano de fundo, que como anteriormente se refere implica mudanças ao nível cultural e gestonário, é com esta convicção que se pensa estar a abrir-se uma janela de oportunidades interessante que pode permitir uma requalificação e aumento das competências dos trabalhadores, complementarmente induzir as empresas a reposicionarem-se por forma a que entendam as vantagens de se tornarem empresas “aprendentes” o que lhes irá permitir resistir às constantes ameaças de crise e até de sustentabilidade, tornando-as robustas para enfrentar os desafios da produtiva de e do crescimento adaptando-se assim, às mudanças mais rápidas quer dos ciclos económicos quer dos factores da globalização.

Dado o contexto actual em que se vive, principalmente atendendo à crise instalada nos dias de hoje, parece que o legislador quis alterar e mesmo flexibilizar esta figura, uma vez que a sua aplicabilidade sempre foi diminuta. Contudo, reitera-se que é necessário fazer sempre uma ponderação dos interesses em causa, tanto do lado do empregador como do lado do trabalhador.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Capítulo IX

Flexibilizar ou Regular?

1. Flexibilizar ou Regular?

Tendo sido propósito deste estudo colocar esta questão que indubitavelmente se mostra central e transversal na preocupação quer dos empregadores quer dos empregados e das próprias forças sindicais, esta realidade da flexibilização da legislação laboral *versus* a regulamentação da mesma, contem em si mesma o paradoxo;

Flexibilizar? ou Regular?

Poderá depreender-se pois que, na actual conjuntura em que vivemos agudizada com a crise instalada, se mostra mais ajustado falar-se em flexibilidade. Tendo em conta o actual contexto, a temática que de início foi o fio condutor a abordar o tema da Flexibilidade, impõe incontornavelmente, a análise do despedimento por inadaptação à luz justamente deste novo enquadramento.

Como já se tem vindo a referir, dada à quantidade de requisitos cumulativos que devem ser verificados, há uma pouca aplicabilidade desta figura, pelo que para o legislador torna-se necessário encontrar formas de viabilizar este despedimento facilitando-o com a alteração e ajustamento de alguns desses requisitos os quais, foram já abordados no capítulo referente ao Memorando de Entendimento.

Partilha-se da opinião que a flexibilidade e a regulamentação devem ser complementares. Quanto mais se flexibiliza a legislação laboral mais se torna recomendável em conta a regulamentação das matérias, sob pena de extravasarmos por completo a legislação laboral. Isto porque, se tem a convicção que sem regulamentação seria o *caus*. Se existir a ideia do facilitismo ou seja, aplicabilidade das figuras jurídicas sem qualquer tipo de cuidado no ajustamento da regulamentação tal poderá levar a uma arbitrariedade de utilização dessas mesmas figuras por parte do empregador.

Com estas alterações introduzidas na legislação laboral, o Direito do Trabalho parece descaracterizar-se traçando o seu caminho em direcção a uma mera prestação de serviço.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Flexibilizarmos sem se regulamentar faria parecer que houvesse um recuo civilizacional, uma vez que o direito do trabalho, tal como o direito contratual em geral, encontram a sua legitimação no “equilíbrio das prestações acordadas”, ou seja, “em limites jurídicos que salvaguardam o contraente mais débil”.

Nesta questão da flexibilidade, entende-se que esta realidade não deve ser dissociada com a segurança no emprego, não tendo de existir contudo, necessariamente uma contraposição destes dois conceitos.

Fala-se pois, em segurança do trabalhador, nomeadamente salarial e social e da estabilidade da relação de trabalho.

O lugar comum de que a questão da flexibilidade tem de ser necessariamente má, não parece ser o melhor ângulo de análise ou melhor dizendo, considerar esta figura como um instrumento exclusivamente ao serviço dos interesses da gestão do empregador, parece-nos muito redutor.

Partilha-se mais a visão de que o conceito de flexibilização pode pois contribuir eficazmente para reduzir a incerteza laboral e em consequência, a transformação do emprego podendo mesmo em alguns casos, pressupor a mudança da natureza do trabalho, sendo que o trabalhador será tendencialmente mais desafiado a obter melhores níveis de qualificação (e mais diversificadas) aumentando a sua polivalência, o que contribuirá para um maior e melhor desempenho e para o alargamento de competências e desempenhará por isso um maior número de funções e obterá maiores índices de produtividade.

De referir que este processo de flexibilização no mercado de trabalho português, como referido no capítulo I, inicia-se com um conjunto de leis na década de 1980, prosseguindo na década seguinte justamente com o diálogo social consagrado no Acordo Económico e Social de 1990 (Acordo este que esteve na origem do despedimento por inadaptação).

O advento das mudanças frequentes e da estrutura económica e os consequentes impactos, cujas dimensões se repercutem ao nível global, tornam a envolvente de incerteza a única certeza no horizonte mais próximo, a forte competitividade e as mudanças socioeconómicas com ciclos cada vez mais inseridos em prazos mais longos, exigem uma legislação laboral flexível, que esteja apta a responder justamente aos desafios da globalização.

Como refere Glória Rebelo⁸⁰ “no propósito de assegurar um equilíbrio sócio laboral que responda a estes desafios através da promoção de formas de emprego assentes em vínculos contratuais estáveis que permitam otimizar as condições e qualidade de trabalho (v.g., mediante a adaptação permanente, o acesso a programas de formação contínua, a mobilidade das pessoas e das estruturas) e garantam, simultaneamente, a motivação e a participação dos trabalhadores. Em suma: trata-se de rejeitar o “modelo de organização precarizante” e de realçar as virtudes de um “modelo de organização qualificante”.

Entende-se assim que é na emergência deste novo paradigma que reside a ideia basilar da flexibilização. Ao remeter as empresas para este modelo de organização qualificante, encontramos novas realidades que urge ter em conta. Deixa-se de parte a forma tradicional de olhar as organizações como configurações inertes e sem vida própria para se introduzir uma visão actual e sistémica, ou seja, as organizações também se tornam “aprendentes” na medida em que incorporam a inovação os novos conhecimentos desenvolvem novas estratégias de competitividade empresarial e de qualificação da generalidade dos trabalhadores, potenciando assim uma verdadeira sinergia dos diversos stakeholders.

Não será também despiciendo destacar o contributo que este fenómeno da flexibilidade pode ter na dinamização da dinâmica das empresas podendo constituir em mecanismo por excelência indutor de promover o desenvolvimento do trabalho em equipa, a motivação e a mobilidade funcional dos trabalhadores.

Com a Lei n.º 23/2012 flexibiliza-se o despedimento por inadaptação, mas, na senda do que anteriormente se fez referência, deve-se regulamentar numa fase anterior ao despedimento *per si* o modo de execução dos “objectivos previamente acordados”, devendo por isso existir de forma clara e objectiva, situações realistas de fixar os objectivos, permitindo uma mensuração periódica para aferir o desempenho e a detectar eventuais ajustamentos que sejam necessários introduzir no portfólio de competências.

⁸⁰ Rebelo, G., *A Era da Competência: um novo paradigma para a gestão de recursos humanos e direito de trabalho*, Lisboa, RH Editora, 2ª Edição, 2011.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Por isso, se entende que antes de mais, a flexibilização deve passar inquestionavelmente pela gestão de competências do trabalhador.

Deve pois assentar na ideia de estabilidade e de exercício da autonomia e procura contínua de formação e de co-responsabilização do trabalhador pelo sucesso da empresa. Pretende-se pois, uma conjugação de esforços por forma a existir aqui um compromisso entre o empregador e o trabalhador.

Do empregador, no sentido que deve criar condições facilitadoras ao acesso à formação e à aprendizagem profissional ao trabalhador e este por sua vez, deve comprometer-se a desenvolver as suas competências apelando cada vez mais às competências transversais por forma a tornar-se polivalente aumentando assim o seu grau de empregabilidade.

A emergência destas novas formas de gerir pessoas nas organizações introduz necessariamente modificações nas relações de trabalho e obviamente com repercussões ao nível do próprio Direito do Trabalho, na medida em que um dos desideratos pretendidos é, justamente, o de encontrar um ponto de equilíbrio que permita de uma forma concertada uma maneira de regular as relações de trabalho subordinado que cumpra dois objectivos fundamentais: assegure a estabilidade da relação de trabalho e permita melhorar a racionalidade das empresas adaptando-as à incerteza do mercado.

Importa por isso interiorizar que é o factor humano que faz a diferença. Para isso, torna-se necessário, conforme se tem corroborado neste estudo o entendimento, que os processos de inovação tecnológica e/ou de reestruturação empresarial que implicam mudanças profundas, sejam geridos atendendo também às expectativas e interesses dos trabalhadores o que implica o seu envolvimento e sentimento de participação e pertença.

Por isso, parece pertinente que no sentido de evitar o despedimento ou minorar as suas consequências se deva esgotar a possibilidade da combinação entre as exigências ao nível das competências individuais e as expectativas ao nível das competências que os objectivos organizacionais impõem. Torna-se por isso determinante conforme já anteriormente foi afirmado, que exista um mecanismo prévio de negociação dos objectivos de ambas as partes para determinar os objectivos a que o trabalhador se propõe cumprir.

Portanto, pugnar para regulamentar no sentido de criar mecanismos de avaliação dos objectivos previamente acordados entre empregador e trabalhador, parece-nos de vital importância para gerar o sentimento de confiança entre as partes, para não se cair na tentação da discricionariedade desses mesmos objectivos tentando criar um falso “álibi” que possa ser entendido como argumento para uma maior facilidade de despedir o trabalhador que não os cumpra, sob pena de ser um despedimento *ad nutum*, que iria contra o art. 53.º da CRP, onde proíbe os despedimentos sem justa causa.

2.Flexigurança

É neste contexto de abertura que se preconiza que as empresas se devem situar agilizando as estruturas e os processos de trabalho, tornando-se cada vez mais flexíveis por forma a tornarem-se mais eficazes, mais competitivas e sobretudo mais sustentáveis sobretudo, num ambiente de instabilidade e de concorrência global que caracteriza o nosso quotidiano.

Como acima já abordado, a ideia de encontrar uma forma de combinar a flexibilidade com a segurança, parece-nos ser a pedra de toque.

Também se deve destacar o conceito amplo de “Flexibilidade” o qual que deve ser extensível a todas as partes envolvidas, às empresas, aos mercados e aos produtos mas também do trabalhador, do tempo e dos ritmos de trabalho.

De acordo com a Comissão Europeia⁸¹ este modelo permite que as empresas e os trabalhadores beneficiem deste conceito. Ou seja, segurança centrada no conceito de emprego e não de trabalho, “segurança no emprego significa permanecer no mercado de trabalho, quer seja na mesma empresa ou entre empresas. A filosofia que está por trás da flexigurança é a de que os trabalhadores estão mais preparados para fazer essas mudanças se existir uma boa rede de segurança. Deixam de existir empregos para toda a vida, mas passam a existir mais oportunidades para todas as pessoas encontrarem um emprego, com maiores apoios no desemprego”, ou seja, aumenta o nível de empregabilidade o que pode também facilitar a baixa da percentagem que tem vindo em crescendo no desemprego.

⁸¹ Discurso do comissário da União Europeia Vladimir Spidla, na conferência: “Os desafios centrais da flexigurança” realizada em Lisboa a 13 e 14 de Setembro de 2007.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Evidentemente que esta visão pode parecer um tanto ou quanto utópica para a realidade em que vivemos, mas a mudança deve ser empreendida para esse sentido, incentivando cada vez mais a combinação dum mercado de trabalho flexível com políticas de emprego activas, contratos de trabalho flexíveis, estratégias de aprendizagem ao longo da vida e sistema de segurança social adequados.

CONCLUSÕES

A escolha da presente temática: *Despedimento por inadaptação: flexibilizar ou regular?* Procurou reflectir e trazer à discussão atendendo ao momento actual em que se vive de mudanças sucessivas e profundas em que a premente crise global económica e social, também se associa obrigando as empresas a estarem cada vez mais atentas aos contextos e conjunturas externas que reflectem e condicionam intensamente o interior das empresas, obrigando-as a fazer permanentes modificações e ajustamentos nos seus objectivos e estratégias e consequentemente com impactos consideráveis nas relações de trabalho.

Esta escolha, como também parece evidente teve em conta a actual conjuntura e por isso, se trouxe também ao debate neste estudo o Memorando de Entendimento e da proposta de Lei n.º 46/XII que culminou com a alteração do Código de Trabalho de 2009 pela Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho.

Como corolário dos capítulos abordados no presente estudo destacam-se em síntese as seguintes conclusões:

1.

Procedeu-se a um breve enquadramento da figura jurídica do despedimento por inadaptação, que foi introduzida em Portugal com o Decreto-Lei n.º 400/91 de 16 de Outubro na sequência do Acordo Económico e Social de 1991, e à análise da sua constitucionalidade, no âmbito dos Acórdãos n.º 107/88 de 31 de Maio e n.º 64/91 de 4 de Abril.

Importante também, foi diferenciar os conceitos de inadaptação e inaptidão para uma melhor compreensão das situações de inadaptação.

Em termos genéricos, a situação de inadaptação, é, ao contrário da inaptidão, definida por critérios objectivos: redução reiterada da produtividade ou da qualidade, avarias reiteradas dos meios afectos ao posto de trabalho e/ou risco para a segurança que tornem imediatamente impossível a subsistência da relação de trabalho. Por seu turno, a inaptidão, é definível por um critério subjectivo, como uma inaptidão originária do trabalhador que não foi detectada no período experimental do contrato de trabalho.

2.

Breve análise à figura do despedimento por inadaptação no âmbito do Código de Trabalho de 2003, aprovado pela Lei n.º 99/2003 de 27 de Agosto, que procedeu à unificação e sistematização de um conjunto de diplomas avulsos que continham a legislação laboral.

A figura do despedimento por inadaptação pouco alterou relativamente ao Decreto-Lei n.º 400/91 de 16 de Outubro, pelo que a maioria dos artigos correspondem, com algumas alterações a esse mesmo decreto.

O regime desta figura era apresentado em três pontos sucessivos os quais foram abordados no capítulo a eles referente:

- arts. 405º a 410º, onde eram tratadas as matérias relativas à fundamentação deste despedimento e aos direitos dos trabalhadores nesta eventualidade;
- arts. 426º a 428º, normativas que regulavam os aspectos procedimentais deste despedimento;
- arts. 429º a 433º, à ilicitude do despedimento.

3.

Ainda que se admita que o capítulo referente à análise do Código de 2009 extravase o âmbito deste estudo, não deixou de ser relevante proceder-se a uma enunciação genérica de algumas alterações que se consideraram importantes. Estas alterações surgiram devido à revisão operada ao Código de 2003 pela Lei n.º 9/2006 de 20 de Março, bem como pela Lei n.º 7/2009 de 12 de Fevereiro. Esta revisão contém não só alterações substanciais e de grande significado no âmbito do ordenamento jurídico-laboral, mas também extensas modificações na organização sistemática do Código do Trabalho.

Em 2009, as alterações mais relevantes foram de ordem sistemática, como já referido, o próprio conceito de contrato de trabalho, com a introdução de um novo elemento caracterizador: “ a inserção no âmbito da organização de uma ou várias empresas”; a presunção da existência de contrato de trabalho, sendo um dos indícios a verificação do exercício de funções de direcção e de chefia na empresa; o período experimental, mantendo-se os prazos do código anterior mas com alteração do aviso prévio nos casos de denúncia do contrato; mobilidade funcional e geográfica, com a fixação de um limite de dois anos; necessidade de autorização da Autoridade para as Condições do Trabalho para mudança do trabalhador para categoria profissional inferior quando implique diminuição da retribuição; contratos a termo; banco de horas, horário concentrado, tempo parcial, trabalho suplementar, férias; licenças de parentalidade, podendo a mesma ser partilhada pelo pai e pela mãe;

eliminação do carácter obrigatório da instrução do processo disciplinar; redução dos prazos de procedimento nos casos de despedimento colectivo e por extinção do posto de trabalho; possibilidade de o trabalhador revogar nos 7 dias seguintes à celebração do acordo de revogação se as assinaturas não forem reconhecidas notarialmente.

4.

Apesar do Código de Trabalho de 2009 ter sido encarado como uma profunda revisão, a regulamentação da figura do despedimento por inadaptação manteve-se praticamente inalterada.

Permite-se que o empregador faça cessar o contrato de trabalho sempre que se determine a incapacidade do trabalhador para o exercício das suas funções, tornando praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.

Sendo necessário que estejam verificadas as situações de inadaptação no caso de redução continuada e reiterada de produtividade ou de qualidade; avarias reiteradas nos meios afectos ao posto de trabalho; riscos para a segurança e a saúde do próprio trabalhador, dos restantes trabalhadores ou de terceiros.

No caso dos trabalhadores que ocupam cargos de complexidade técnica ou de direcção, a inadaptação pode ser determinada em função dos objectivos previamente fixados e formalmente aceites. Mas para além do não cumprimento desses objectivos, também aqui é necessário que anteriormente tenha ocorrido a introdução de novos processos de fabrico, de novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia que implique modificação nas funções relativas ao posto de trabalho.

Para a aplicação desta figura torna-se necessário a verificação dos requisitos que se encontravam consagrados no art. 375.º CT 2009 e que se podem distinguir entre os requisitos directamente relacionados com a inadaptação e aqueles que relevam no âmbito da empresa.

O procedimento para efectuar o despedimento compreendia três fases: comunicação, consulta e decisão. Comunicação por escrito ao trabalhador inadaptado, possibilidade deste opor-se à pretensão de despedimento por inadaptação. A decisão deve ser fundamentada e dela constar o motivo da cessação do contrato de trabalho, a confirmação dos requisitos, a inexistência de posto de trabalho alternativo ou recusa de aceitação do proposto, a indicação do montante da indemnização, do lugar, da forma de pagamento e dos créditos vencidos e exigíveis em virtude dessa cessação e a data de cessação.

Podia o trabalhador impugnar a decisão de despedimento por inadaptação, com base em invalidade do procedimento e com base na improcedência do motivo justificativo invocado, podendo pois o tribunal declarar a ilicitude dessa decisão nestes casos.

Esta análise foi no sentido de se entender como é que esta figura jurídica podia ser aplicada.

5.

As novas tecnologias estimulam funções e profissões de carácter inovador nas empresas, possibilitando uma maior capacidade para criar e inovar, bem como a abertura a outras formas de trabalho. Remetem pois para uma duplicidade de objectivos, por um lado, criando impactos ao nível social e, por outro lado, criando impactos ao nível empresarial.

No plano Social, destacou-se o factor humano tendo-se reflectido as eventuais causas do desemprego em que o factor de inadaptação do trabalhador a essas novas tecnologias pode ter um contributo que se pode considerar pernicioso como pode, por outro lado, induzir o desenvolvimento humano e cultural na empresa, e propiciar condições de aprendizagem contínua e de segurança e salubridade no local de trabalho.

No plano empresarial, as novas tecnologias podem assegurar o trabalho contínuo e rápido, orientado para o seu uso mais produtivo e rentável dos recursos, aumentando assim a competitividade, estimulando o crescimento económico e, conseqüentemente, criando mais emprego.

Foi importante abordar este assunto, para tentar perceber os impactos da introdução das novas tecnologias uma vez que é um dos requisitos de grande importância para se fundamentar o despedimento por inadaptação. Contudo, com se verifica na nova lei, este requisito mantém-se sendo contudo porém possível de ser afastado caso tenha havido uma modificação substancial no posto de trabalho e possa permitir ao empregador proceder a uma descrição circunstanciada dos factos, demonstrativa dessa modificação substancial da prestação.

6.

A par da introdução de novas tecnologias no trabalho, é importante ter-se em conta a formação profissional.

A competitividade do mercado de trabalho e a cada vez maior necessidade de formação especializada dos trabalhadores têm tornado a formação profissional numa verdadeira prioridade social e económica.

Necessário por isso que se “reciclem” profissionalmente os trabalhadores como forma de actualizar os conhecimentos já adquiridos fazendo frente à elevada competitividade no mercado global de trabalho.

A formação pode ser inicial ou contínua. A inicial destina-se a “conferir uma qualificação profissional certificada, bem como a preparar para a vida adulta e profissional e a contínua insere-se na vida profissional do indivíduo, realizando-se ao longo da mesma. É um instrumento essencial para prevenir e combater o desemprego, no sentido de criar aperfeiçoar e flexibilizar a mão-de-obra.

É pois um meio para a flexibilização do trabalhador, no sentido de ser indissociável da mudança organizacional, permitindo-lhe ao adquirir competências, e atitudes que possibilitem um adequado desempenho profissional e, que adoptem as modalidades diferenciadas de iniciação, qualificação, aperfeiçoamento, reconversão ou especialização.

O breve estudo da formação profissional enquadra-se ainda no âmbito da figura jurídica em causa, dado ser também um requisito importante na verificação do despedimento por inadaptação, uma vez que deve ser ministrada essa formação de forma adequada às modificações do posto de trabalho.

7.

A comparação do ordenamento jurídico espanhol foi elaborada de modo genérico sob pena de se indicarem posições doutrinárias e legislativas erradas.

O regime jurídico desta figura estava contemplado no Estatuto de los Trabajadores (ET) – *Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de Marzo Ley del Estatuto de los Trabajadores, actualizado a 15 de Junio de 2011*, que posteriormente veio a ser alterado pelo *Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de Febrero* e pela *Ley 3/2012 de 7 de Julio*.

No âmbito do *Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de Marzo Ley del Estatuto de los Trabajadores, actualizado a 15 de Junio de 2011*, nesta figura jurídica não havia uma obrigatoriedade de ser facultada uma formação ao trabalhador, sendo esse requisito facultativo. E caso fosse ministrada essa formação o contrato de trabalho suspendia-se. Não existia a obrigatoriedade da opção de transferência do trabalhador para outro posto de trabalho disponível. Também o conceito indeterminado “alterações realizadas terem sido razoáveis” mostrava a margem de manobra de que o empregador podia aproveitar-se. O prazo mínimo de dois meses de adaptação também realçava a pouca segurança do trabalhador que se devia adaptar às mudanças tecnológicas que muitas vezes podiam ser complexas.

Pela análise efectuada podíamos dizer que o regime português parecia apresentar-se com mais garantias ao trabalhador, facto este do legislador português ter contemplado elementos subjectivos que obrigam a uma maior ponderação na decisão do despedimento.

Contudo, nos termos do *Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de Febrero* e da *Ley 3/2012 de 7 de Julio*, passou a ser obrigatória a formação profissional dada ao trabalhador, passou a ser necessário que hajam passado 2 meses desde que se deu a mudança no posto de trabalho e também que tenha terminado a formação profissional destinada ao trabalhador adaptar-se. Com a mais recente alteração, desaparece a menção de que o contrato de trabalho se suspendia, pelo que a formação considera-se agora tempo de trabalho para todos os efeitos.

8.

Face à crise actual e, conseqüentemente à necessidade de agilizar os despedimentos, surgiu uma nova alteração ao Código do Trabalho, com a Lei n.º 23/2012 de 25 de Junho.

Deste novo regime advém a possibilidade de o empregador fazer cessar o contrato de trabalho por inadaptação do trabalhador, mesmo sem a introdução de novas tecnologias ou outras alterações no local de trabalho, facto este que, até ao momento, fundamentava o cerne de todo o funcionamento da figura. Basta para isso a existência de uma modificação substancial da prestação, com a descrição circunstanciada dos factos demonstrativa dessa modificação substancial por parte do empregador e feita por escrito.

Outra alteração é o facto de o empregador não estar sujeito à obrigação da tentativa de transferência do trabalhador para outro posto de trabalho disponível e à eliminação do conceito “sob controlo pedagógico” da autoridade competente ou entidade formadora certificada no caso de ser ministrada a formação profissional.

Parece pois que o legislador pretendeu flexibilizar esta figura com o intuito de ter uma aplicabilidade mais facilitada realçando o princípio constitucional da liberdade de iniciativa económica privada no quadro de gestão da empresa em detrimento do princípio constitucional de segurança no emprego, ou seja, ao dar-se uma maior margem de aplicação desta figura realçando os interesses do empregador mas tendo em conta também o cuidado para não descurar-se da protecção ao trabalhador.

É por isso necessário ter-se também em conta os interesses do trabalhador, conferindo-lhe uma protecção com base numa regulamentação dessas matérias; ainda que se flexibilize este despedimento não devem de forma alguma, ser esquecidas as expectativas do trabalhador, para que os interesses do empregador e os interesses do trabalhador se complementem.

9.

Flexibilizar ou regulamentar?

Necessário foi flexibilizar o despedimento por inadaptação, dados os requisitos cumulativos e de difícil verificação para agilizar a prossecução dos objectivos empresariais, tendo em vista a crise instalada. No entanto não pode de forma alguma deixar preteridas as expectativas dos trabalhadores, enunciando-se como principal a segurança no emprego.

Esta flexibilização deve ser devidamente enquadrada com mecanismos e instrumentos de avaliação dos objectivos que contemplem o cuidado de permitir previamente o acordo entre empregador e trabalhador, parecendo de vital importância esta procurar de contratação de objectivos para gerar o sentimento de confiança entre as partes, evitando assim uma possível discricionariedade do empregador quanto a esses mesmos objectivos.

No entanto, chama-se atenção par o facto de este despedimento poder ter lugar mesmo sem que tenham sido introduzidas modificações no posto de trabalho bastando para isso a modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador, o que poderá apelar para um maior facilitismo de aplicabilidade desta figura.

É pois, que se entende que a flexibilidade não deve ser dissociada da segurança no emprego, embora não tenha que existir necessariamente uma contraposição destes dois conceitos.

Este conceito pode contribuir eficazmente para reduzir a incerteza laboral e em consequência, a transformação do emprego podendo mesmo em alguns casos, pressupor a mudança da natureza do trabalho, sendo que o trabalhador será tendencialmente mais desafiado a obter melhores níveis de qualificação e mais diversificadas aumentando a sua polivalência o que, contribuirá para um maior desempenho e para o alargamento de competências.

Parece assim incontornável que a flexibilização deve passar também inquestionavelmente pela gestão de competências do trabalhador e pela existência de sistemas de gestão e avaliação de desempenho efectivos e não meros formalismos administrativos.

Deve-se pois incentivar recorrentemente e de forma contundente a combinação dum mercado de trabalho flexível, com políticas de emprego activas, contratos de trabalho flexíveis, estratégias de aprendizagem ao longo da vida e sistema de segurança social adequados.

Sedimenta-se a opinião que a flexibilidade e a regulamentação devem ser complementares. Quanto mais se flexibiliza a legislação laboral mais se deve ter em conta a regulamentação das matérias, sob pena de extravasarmos por completo a legislação laboral.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Isto porque sem regulamentação seria o caos. Se existir a ideia de facilitismo na aplicabilidade das figuras jurídicas sem qualquer tipo de regulamentação tal poderá levar a uma arbitrariedade de utilização dessas mesmas figuras por parte do empregador.

Com estas alterações introduzidas na legislação laboral, o Direito do Trabalho parece descaracterizar-se traçando o seu caminho em direcção a uma mera prestação de serviço. Flexibilizar sem se regulamentar faria parecer que houve um recuo civilizacional, uma vez que o direito do trabalho, tal como o direito contratual em geral, encontram a sua legitimação no “equilíbrio das prestações acordadas”, ou seja, “em limites jurídicos que salvagam o contraente mais débil”.

BIBLIOGRAFIA

Almeida, Paulo Pereira e Glória Rebelo, *A Era da Competência: um novo paradigma para a gestão de recursos humanos e direito de trabalho*, Lisboa, RH Editora, 2011, 2ª Edição.

Amado, João Leal, *Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, 2009.

Carvalho, Messias e Almeida, Vitor Nunes, *Direito do Trabalho e Nulidade do Despedimento*, Coimbra, Almedina, 1984.

Cruz Villalón, Jesus en colaboracion com Patrocínio Redriguez – Ramos Velasco e Rafael Gomes Gordillo, *Estauto de los trabajadores – comentado*, Madrid, 2003, ed. Tecnos, pp. 692 e ss.

Fernandes, A. Monteiro, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2010, 15ª Edição.

Galvão Teles, L. Manuel, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2010.

Gomes Canotilho e Leite, Jorge, *A inconstitucionalidade da lei dos despedimentos*, Coimbra, 1988.

Gomes, J. M. Vieira, *Direito do Trabalho Volume I*, Coimbra Editora, Edição 2007.

Lobo Xavier, B. da Gama, *Curso de Direito de Trabalho*, Verbo, 1992.

Lobo Xavier, B. Gama, *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, 2011.

Kovács, Ilona. “Novas Tecnologias, Recursos Humanos, Organização e Competitividade”, in *Sistemas Flexíveis de Produção e Reorganização do Trabalho*. CESO I&D e PEDIP, Lisboa, 1992.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regularizar?

Martins, Pedro Furtado, *Acordo Económico e Social e a Evolução do Direito do Trabalho Português*, in *Os Acordos de concertação social em Portugal*, vol. I – Estudos, Lisboa, 1993, 123-124 e 147-150.

Martins, P. Furtado, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 2ª Edição Revista e Actualizada, São João do Estoril, Principia, 2002, pp. 139-149.

Martins, P. Furtado, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3ª Edição Revista e Actualizada, Principia, 2012.

Martinez, P. Romano, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 5ª Edição, 2010.

Martinez, P. Romano, *Apontamentos sobre a cessação do contrato de trabalho à luz do Código de Trabalho*, Associação Académica da FDL, 2004.

Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991.

Menezes Leitão, L. Manuel Teles, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2008.

Menezes Leitão, L. Manuel Teles, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 3ª Edição, 2012.

Motta Veiga, A. Jorge Martins, *Lições de Direito de Trabalho*, Universidade Lusíada, 8ª Edição, 2000.

Neto, Abílio, *Novo Código de Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 3º Edição, Ediforum Edições Jurídicas, Lisboa/Coimbra Editora, 2006.

Neto, Abílio, *Novo Código de Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 1º Edição, Ediforum Edições Jurídicas, Lisboa/Coimbra Editora, 2009.

Neto, Abílio, *Novo Código de Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 3º Edição, Ediforum Edições Jurídicas, Lisboa/Coimbra Editora, 2012.

Olea, Manuel Alonso e Maria Emília Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 19ª Edição, 2001, p. 443.

Oliveira, P. Eduardo, *O Dano Pessoal no Direito do Trabalho*, LTR São Paulo, 2002.

Palma Ramalho, M. Rosário, *Direito do Trabalho – Parte II: Situações Laborais Individuais*, Coimbra, Almedina, 2008, 2ª Edição Revista e Actualizada.

Palma Ramalho, M. Rosário, *Direito do Trabalho Parte II, Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2010.

Pinto, Mário e Filho, F. Sousa, *Despedimento – Um Estudo de Direito Comparado*, Fundação Oliveira Martins – Colecção Estudos Laborais, 1983, Lisboa.

Rebelo, Glória, *A (In) Adaptação no Trabalho: Uma Perspectiva Sociorganizacional e Jurídica*, Celta Editora, Oeiras, 1999.

Rebelo, Glória, *Emprego e Contratação Laboral em Portugal: Uma Análise Sócio-económica e Jurídica*, RH, Editora Lisboa, 2003.

Rebelo, Glória, *Flexibilidade e Precaridade no Trabalho; Análise e Diagnóstico*, Lisboa, 2004.

Sousa, Sérgio, *Recursos Humanos & Tecnologias de Informação – APG*, Colecções FCA, 1999.

Jurisprudência:

<http://www.dgsi.pt>, acessido a 30 de Setembro de 2011 e a 15 de Novembro de 2011.

Acórdão STJ, *Processo n° 05S923* de 21/09/2004

Acórdão STJ, *Processo n° 06S2844* de 14/03/2007

Acórdão STJ, *Processo n° 06S3317* de 07/02/2007

Acórdão STJ, *Processo n° 07S532* de 02/05/2007

Acórdão STJ, *Processo n° 07S3793* de 24/09/2008

Acórdão STJ, *Processo n° 05S923* de 21/09/2004

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

Acórdão STJ, *Processo n.º 07S4479* de 27/02/2008

Acórdão STJ, *Processo n.º 06S3958* de 21/06/2007

Acórdão TRL, *Processo n.º 93/10.4TTLSB.L1-4* de 05/05/2010

Acórdão TRL, *Processo n.º 320/10.6TTLSB.L1-4* de 05/05/2010

Acórdão TRL, *Processo n.º 355/10.9TTBRR-A.L1-4* de 11/05/2011

Publicações:

Colóquio anual sobre o Direito do Trabalho, *Despedimento para reestruturação (da empresa) Intervenção e mesa redonda*. José António Santos Feteira de 14 de Outubro de 2009.

Acórdão TRP, 18.3.1991: *BTE*, 2ª série, n.º 4-5-6/92, pág. 861, e *Col. Jur.*, 1991, 2º-303

Dissertações:

Fragoso, A. Oliveira, *Contributo para o Estudo do Despedimento por Inadaptação à luz do Código de Trabalho*, 2009.

Rebello, Glória, *Despedimento por Inadaptação – Uma análise do D.L. 400/91, de 16/10, 1995*.

Internet:

http://economico.sapo.pt/noticias/saiba-tudo-o-que-vai-mudar-nos-despedimentos_127339.html, acedido a 30 de Setembro.

http://www.dgap.gov.pt/stap/infoPage.cfm?objid=b2ab3e03-abaf-47de-903e-17cb26b3d87f&KeepThis=true&TB_iframe=true&height=580&width=520, acedido a 28 de Setembro de 2011.

http://www.jornaldenegocios.pt/home.php?template=SHOWNEWS_V2&id=508555, acedido a 28 de Setembro de 2011.

ANEXOS

ANEXO A

Artigo 374.º

[...]

- 1- [...]
- 2- [...]
- 3- O disposto nos números anteriores não prejudica a protecção conferida aos trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica.
- 4- A situação de inadaptação referida nos números anteriores não deve decorrer de falta de condições de segurança e saúde no trabalho imputável ao empregador.

Artigo 375.º

[...]

- 1- [...]
 - a) [...]
 - b) Tenha sido ministrada formação profissional adequada às modificações do posto de trabalho, por autoridade competente ou entidade formadora certificada;
 - c) [...]
 - d) [Revogada]
 - e) [Revogada]
- 2- O despedimento por inadaptação na situação referida no n.º 1 do artigo anterior, caso não tenha havido modificações no posto de trabalho, pode ter lugar desde que, cumulativamente, se verifiquem os seguintes requisitos:
 - a) Modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador, de que resultem, nomeadamente, a redução continuada de produtividade ou de qualidade, avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho, ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros, determinados pelo modo do exercício das funções e que, em face das circunstâncias, seja razoável prever que tenham carácter definitivo;
 - b) O empregador informe o trabalhador, juntando cópia dos documentos relevantes, da apreciação da actividade antes prestada, com descrição circunstanciada dos factos, demonstrativa de modificação substancial da prestação, bem como de que

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?

se pode pronunciar por escrito sobre os referidos elementos em prazo não inferior a cinco dias úteis;

- c) Após a resposta do trabalhador ou decorrido o prazo para o efeito, o empregador deve comunicar-lhe, por escrito, ordens e instruções adequadas respeitantes à execução do trabalho, com o intuito de a corrigir, tendo presentes os factos invocados por aquele;
 - d) Tenha sido aplicado o disposto nas alíneas b) e c) do número anterior, com as devidas adaptações.
- 3- O despedimento por inadaptação em situação referida no n.º 2 do artigo anterior pode ter lugar:
- a) Caso tenha havido introdução de novos processos de fabrico, de novas tecnologias ou de equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia, que implique modificação das funções relativas ao posto de trabalho;
 - b) Caso não tenha havido modificações no posto de trabalho, desde que seja cumprido o disposto na alínea b) do número anterior, com as devidas adaptações.
- 4- O empregador deve enviar à comissão de trabalhadores e, caso o trabalhador seja representante sindical, à respectiva associação sindical, cópia da comunicação e dos documentos referidos na alínea b) do n.º 2.
- 5- A formação a que se referem os n.ºs 1 e 2 conta para o efeito de cumprimento da obrigação de formação a cargo do empregador.
- 6- O trabalhador que, nos três meses anteriores ao início do procedimento para despedimento, tenha sido transferido para o posto de trabalho em relação ao qual se verifique a inadaptação tem direito a ser reafectado ao posto de trabalho anterior caso não esteja ocupado definitivamente, com a mesma retribuição base.
- 7- O despedimento só pode ter lugar desde que sejam postos à disposição do trabalhador a compensação devida, os créditos vencidos e os exigíveis por efeito da cessação do contrato de trabalho, até ao termo do prazo de aviso prévio.
- 8- [Anterior n.º 5]

Artigo 376.º

[...]

- 1- No caso de despedimento por inadaptação, o empregador comunica, por escrito, ao trabalhador e, caso este seja representante sindical, à associação sindical respectiva:
 - a) A intenção de proceder ao despedimento, indicando os motivos justificativos;
 - b) As modificações introduzidas no posto de trabalho ou, caso estas não tenham existido, os elementos a que se referem as alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo anterior;
 - c) Os resultados da formação profissional e do período de adaptação, a que se referem as alíneas b) e c) do n.º 1 e a alínea d) do n.º 2 do artigo anterior.
- 2- Caso o trabalhador não seja representante sindical, decorridos três dias úteis após a recepção da comunicação referida no número anterior, o empregador deve fazer a mesma comunicação à associação sindical que o trabalhador tenha indicado para o efeito ou, se este não o fizer, à comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão intersindical ou comissão sindical.
- 3- [Anterior n.º 2]

Artigo 377.º

[...]

- 1- Nos dez dias posteriores à comunicação prevista no artigo anterior, o trabalhador pode juntar documentos e solicitar diligências probatórias que se mostrem pertinentes, sendo neste caso aplicável o disposto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 356.º, com as necessárias adaptações.
- 2- Caso tenham sido solicitadas diligências probatórias, o empregador deve informar o trabalhador, a estrutura representativa dos trabalhadores e, caso aquele seja representante sindical, a associação sindical respectiva, do resultado das mesmas.
- 3- Após as comunicações previstas no artigo anterior, o trabalhador e a estrutura representativa dos trabalhadores podem, no prazo de 10 dias úteis, transmitir ao empregador o seu parecer fundamentado, nomeadamente sobre os motivos justificativos do despedimento.
- 4- Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no n.º 2.

Artigo 378.º

[...]

- 1- Após a recepção dos pareceres referidos no artigo anterior ou o termo do prazo para o efeito, o empregador dispõe de 30 dias para proferir o despedimento, sob pena de caducidade do direito, mediante decisão fundamentada e por escrito de que constem:
 - a) [...]
 - b) Confirmação dos requisitos previstos no artigo 375.º;
 - c) [...]
 - d) [...]
- 2- [...]
- 3- [...]

Artigo 379.º

[...]

- 1- Ao trabalhador despedido por inadaptação 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 366.º.
- 2- Em caso de despedimento por inadaptação nas situações referidas no n.º 2 e na alínea b) do n.º 3 do artigo 375.º, a denúncia do contrato de trabalho por parte do trabalhador pode ter lugar após a comunicação referida na alínea b) do mesmo n.º 2.

Despedimento por inadaptação: Flexibilizar ou Regular?