

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa)

Mestrado em Direito Forense

Abril 2023



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

**Os critérios de seleção dos trabalhadores no despedimento por extinção do posto
de trabalho – reflexão crítica**

Raquel Cândido Oliveira, n.º 142721034

Orientador: Mestre António Nunes de Carvalho

ABSTRACT

This master's thesis examines the criteria for selection of employees to the dismissal for redundancy in Portugal. Specifically, the study analyses the criteria established in Article 368 paragraph 2 of the Labor Code, and explores its evolution, breadth, and subjectivity.

The study aims to determine whether these criteria are the most appropriate for dismissal by redundancy of employment contracts, and whether they ensure the protection conferred by the constitutional principle of employment protection.

The thesis presents a framework of doctrine and jurisprudence positioning to analyse the practical application of these criteria, and to identify potential problems that may arise. The study also proposes possible solutions to address these problems.

INDÍCE

INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO I	6
1. O REGIME JURÍDICO DA CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO	6
2. O DESPEDIMENTO POR EXTINÇÃO DE POSTO DE TRABALHO	7
3. ENQUADRAMENTO E EVOLUÇÃO DO DESPEDIMENTO POR EXTINÇÃO DO POSTO DE TRABALHO	10
4. OS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DOS TRABALHADORES A DESPEDIR	12
5. ASPETOS PROCEDIMENTAIS DO REGIME DA EXTINÇÃO DO POSTO DE TRABALHO...	15
6. ILICITUDE DO DESPEDIMENTO	17
CAPÍTULO II – ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DOS TRABALHADORES A DESPEDIR.....	18
1. PROBLEMÁTICA E CONCEITO-CHAVE	18
2. EVOLUÇÃO	21
3. A ORDEM DOS CRITÉRIOS	24
4. OS CRITÉRIOS – ANÁLISE INDIVIDUAL.....	26
4.1. Avaliação de desempenho	26
4.2. Habilitações acadêmicas e profissionais	32
4.3. Maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa.....	35
4.4. Experiência na função	37
4.5. Antiguidade na empresa	39
5. ASPETOS RELEVANTES – CORRELAÇÃO COM OS MOTIVOS E O DESPEDIMENTO COLETIVO.....	42
CAPÍTULO III - ANÁLISE CRÍTICA E CONCLUSÕES.....	43
JURISPRUDÊNCIA PERTINENTE.....	48
BIBLIOGRAFIA	50

ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

CRP – Constituição da República Portuguesa

Cit. – citação

CC – Código Civil

CT – Código do Trabalho

LCCT - Regime jurídico da cessação do contrato individual de trabalho e da celebração e caducidade do contrato de trabalho a termo

pp. – Páginas

Proc. – Processo

ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribuna Constitucional

INTRODUÇÃO

A cessação do contrato de trabalho é um tema de grande relevância no Direito do Trabalho, no qual se levantam diversas e complexas questões, acerca das quais é necessário conciliar os interesses do trabalhador e do empregador.

O despedimento por extinção de posto de trabalho constitui uma forma de cessação do contrato de trabalho promovida pela entidade empregadora. Esta modalidade de despedimento tem por base razões objetivas ligadas à organização da empresa, sendo necessário existirem motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos que o justifiquem.

A principal questão que se pretende analisar são os critérios de seleção dos trabalhadores a despedir estabelecidos no artigo 368.º n.º 2 do Código do Trabalho, compreender a sua evolução de modo a compreender a ordem estabelecida para esses mesmos critérios, a sua amplitude e subjetividade, bem como apurar se os critérios são os mais adequados em conformidade com os direitos garantidos pela Constituição da República Portuguesa para este modo de cessação do contrato de trabalho. Assim:

Serão estes os critérios mais adequados para o despedimento por extinção do posto de trabalho? Será que a alteração que ocorreu dos critérios é a mais adequada ao regime atual? Os critérios de seleção asseguram a proteção conferida pelo princípio constitucional da segurança no emprego?

Deste modo, ao longo deste estudo, pretendemos analisar e compreender a lógica subjacente aos critérios, a sua aplicação prática, assim como em que casos é que a aplicação dos mesmos pode ser problemática. Para isso, vamos fazer um enquadramento do posicionamento da doutrina e da jurisprudência, e expor possíveis soluções para as problemáticas encontradas.

Palavras chave: cessação do contrato, despedimento, despedimento por extinção do posto de trabalho, critérios de seleção, avaliação de desempenho, antiguidade, habilitações, experiência na função, maior onerosidade na manutenção do vínculo laboral.

CAPÍTULO I

1. O regime jurídico da cessação do contrato de trabalho

A cessação do contrato de trabalho encontra-se prevista no livro I, título II, capítulo VII, do Código do Trabalho.

O regime jurídico da cessação do contrato de trabalho não é igual para as duas partes da relação laboral. Para que o empregador promova a extinção do contrato tem de cumprir um conjunto de exigências, sendo a mais importante a existência de justa causa para proceder ao despedimento, a qual pode ser objetiva ou subjetiva. O trabalhador, por sua vez, pode por fim ao contrato de trabalho de forma relativamente incondicionada¹.

O despedimento é uma das formas de cessação do contrato de trabalho que consiste num ato unilateral de rutura da relação do trabalho por iniciativa da entidade empregadora, mas que depende da verificação de determinados motivos que justifiquem o despedimento.

Esta forma de cessação implica uma declaração vinculada, constitutiva e recipianda, por ser um ato de vontade do empregador que tem efeitos em si mesmo, cessando a relação laboral extrajudicialmente.

Por sua vez, o despedimento por extinção de posto de trabalho encontra-se previsto nos artigos 367.º e ss. do CT. É uma modalidade de cessação do contrato de trabalho definida na lei como “a cessação de contrato de trabalho promovida pelo empregador e fundamentada nessa extinção, quando esta seja devida a motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, relativos à empresa”.

Esta modalidade de despedimento é baseada numa decisão unilateral da entidade empregadora, mas tem por base causa objetivas ligadas à organização, sendo fundamental ter presente os motivos de mercado, estruturais e tecnológicos.

A Constituição da República Portuguesa no seu artigo 53.º consagra o princípio da segurança no emprego, que impede que os despedimentos sejam sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.

¹ PALMA RAMALHO, M.R., “Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais”, 8.ª edição, Coimbra: Almedina, 2021, p.745.

2. O despedimento por extinção de posto de trabalho

Como vimos, o artigo 367.º do CT estabelece a noção de despedimento por extinção de posto de trabalho, que tem de ter por base razões objetivas ligadas à organização da empresa, sendo necessário existirem motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos que o justifiquem.

A definição de cada um destes motivos é feita por remissão para o regime do despedimento coletivo², artigo 359.º n.º 2 CT *ex vi* do artigo 367.º n.º 2, o que demonstra idêntica fundamentação para legitimar a decisão extintiva do vínculo³.

O despedimento por extinção do posto de trabalho, tal como o despedimento coletivo, é um despedimento de justa causa objetiva⁴, ou seja, com base em motivos objetivos, que não resultam de culpa do trabalhador ou da entidade empregadora, e que corresponde a uma situação de inexigibilidade do prosseguimento da relação de trabalho, o que traduz uma conceção do despedimento como última *ratio* ou sem alternativa viável.

O artigo 53.º da CRP enquadra o conceito constitucional de justa causa⁵ que permite o enquadramento do despedimento por extinção do posto de trabalho nos despedimentos não proibidos, e por isso, constitucionalmente justificados, garantindo a tutela da segurança no emprego. A violação da proibição constitucional de despedimento sem justa causa pode derivar de fundamentos inadequados, bem como de regras que não acautelem suficientemente os direitos dos trabalhadores.

O despedimento por extinção do posto de trabalho consiste na cessação de contrato de trabalho promovida pelo empregador que tem necessariamente uma fundamentação objetiva para essa extinção. Pode ser devida a motivos objetivos relativos à empresa, por motivos de mercado: redução da atividade da empresa provocada pela diminuição previsível da procura de bens ou serviços ou impossibilidade superveniente, prática ou legal, de colocar bens ou serviços no mercado.

² No entanto, como refere MONTEIRO FERNANDES, A., “Direito do Trabalho”, 21.º ed., Almedina, 2019 - “o propósito de reduzir as duas figuras a subspecies de um mesmo mecanismo extintivo – diferenciadas pelo número de trabalhadores afetados – é compreensível, mas não parece suscetível de prosperar”.

³ LEAL AMADO, J. e GOMES SANTOS, C. – “Cessação do Contrato”, in J. AMADO/ M. ROUXINOL/ J. N. VICENTE / C. G. SANTOS/ T. C. MOREIRA - Direito do Trabalho – Relação Individual, Almedina, Edições Almedina, 2019;

⁴ O despedimento com justa causa subjetiva é culposa e disciplinar, imputável ao trabalhador;

⁵ Também enquadra o despedimento coletivo e o despedimento por inadaptação;

Pode ainda dever-se a motivos estruturais: desequilíbrio económico-financeiro, mudança de atividade, reestruturação da organização produtiva ou substituição de produtos dominantes.

Os motivos tecnológicos implicam alterações nas técnicas ou processos de fabrico, automatização de instrumentos de produção, de controlo ou de movimentação de cargas, bem como informatização de serviços ou automatização de meios de comunicação.

Estes motivos constituem fundamento para um despedimento com justa causa objetiva, ou seja, a necessidade de defesa do emprego e da necessidade de não consentir denúncias dos contratos imotivadas, sendo necessário uma situação de inexigibilidade do prosseguimento da relação laboral.

A legalidade desse tipo de despedimento implica a necessidade de averiguar os pressupostos objetivos do despedimento por extinção do posto de trabalho. No entanto, não compete ao julgador substituir-se ao empregador, apenas realizar um juízo racionalmente controlável sobre os fundamentos do despedimento⁶.

No que concerne à atuação do juiz na verificação da ilicitude do despedimento por extinção do posto de trabalho, o Supremo Tribunal de Justiça⁷ esclarece que “A legalidade do despedimento por extinção do posto de trabalho deve ser aferida segundo os critérios empresariais utilizados pelo empregador, competindo ao julgador unicamente verificar a exatidão ou veracidade dos motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos que foram invocados e a existência de umnexo causal entre esses motivos e o despedimento, por forma a que, segundo juízos de razoabilidade, se possa concluir que aqueles eram idóneos a justificá-lo.”

O mesmo Tribunal esclarece que “na avaliação dos motivos justificativos do despedimento por extinção do posto de trabalho realizado por uma sociedade integrada num grupo económico, o tribunal deve ter em conta não só a dimensão económico-financeira e o modelo de funcionamento da sociedade empregadora, mas também as implicações que nesta tenha a situação global do grupo.”

⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10 de novembro de 2017 processo n.º 1556/15.9T8GRD.C1, Relator: Ramalho Pinto

⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de fevereiro de 2022, processo n.º 10764/18.0T8SNT.L2.S1 (Relator: Mário Belo Morgado).

Outra questão relevante neste tema está relacionada com a decisão de extinção de um posto de trabalho para recorrer a um serviço externo. O Supremo Tribunal de Justiça já se pronunciou quanto a esta questão, e considera que a “decisão de externalização de um serviço, cujas funções não foram distribuídas pelo remanescente da estrutura produtiva, constitui uma modificação estrutural que, nos termos da lei, pode servir de fundamento a um despedimento por extinção do posto de trabalho”⁸.

O STJ considera que a decisão de externalização de um determinado serviço pode resultar da insatisfação do empregador com a qualidade ou quantidade do serviço prestado na secção ou departamento que pretende encerrar, mas tal não significa que haja uma atuação culposa dos trabalhadores visados pelo despedimento, não existindo assim qualquer violação do artigo 368.º n.º 1 alínea a) do CT.

O STJ no acórdão citado reforça a ideia de que “o Tribunal não se pode substituir à empresa na tomada de decisões de gestão empresarial, ou se bem que considera poder avaliar a bondade dos atos de gestão da empresa e daí extrair conclusões quanto à (i)licitude do despedimento”.

Assim, o controlo realizado pelos tribunais tem de ser efetuado com respeito pelo critério empresarial, visto que não compete ao julgador substituir o empregador na análise dos mecanismos de viabilização da empresa, apenas lhe competindo realizar um juízo racionalmente controlável sobre os requisitos e critérios do despedimento.

O artigo 368.º do CT regula os requisitos de despedimento por extinção de posto de trabalho. O n.º 1 do mesmo estabelece os requisitos para esta modalidade de despedimento, que são cumulativos⁹. O n.º 2 do mesmo artigo estabelece critérios de seleção do trabalhador a despedir em caso de extinção de posto de trabalho, que iremos aprofundar de seguida.

⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de março de 2022, processo n.º 9989/19.5T8PRT.P1.S1, Relator: Júlio Gomes

⁹ A saber: Os motivos indicados não sejam devidos a conduta culposa do empregador ou trabalhador; seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho; não existam na empresa contratos de trabalho a termo para tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto e não seja aplicável o despedimento coletivo.

3. Enquadramento e evolução do despedimento por extinção do posto de trabalho

Antes de mais, cumpre compreender o modo como surgiu o despedimento por extinção de posto de trabalho e a sua respetiva evolução para ser possível compreender o regime jurídico atual.

A cessação do contrato de trabalho por extinção do posto de trabalho foi introduzida na LCCT de 1989 com a “finalidade de alargar o domínio de cobertura do despedimento individual com justa causa¹⁰”, sendo enquadrado nas situações de inexigibilidade de manutenção do vínculo por razões atinentes ao funcionamento da empresa, mas que não se pudessem enquadrar na figura do despedimento coletivo¹¹.

No Código de Trabalho de 2003 manteve-se a configuração originária nos artigos 402.º a 404.º, procedeu-se à “separação sistemática entre requisitos substantivos (arts. 402.º a 404.º) e procedimentais (arts. 423.º a 425.º) da extinção do posto de trabalho”¹², concretamente através da enunciação dos motivos no âmbito do despedimento coletivo e eliminação da referência à recusa pelo trabalhador de posto de trabalho compatível enquanto meio de verificação da inexigibilidade de subsistência da relação de trabalho.

O Código do Trabalho de 2009¹³ implicou mudanças no regime jurídico em causa, contudo, estas não foram substanciais. Estas alterações traduziram-se na definição deste tipo de cessação da situação laboral e alteração do prazo de aviso prévio desta modalidade de despedimento¹⁴.

O ponto de viragem surge com a Lei n.º 23/2012, de 25 de junho¹⁵, que introduziu duas alterações com grande relevo para a nossa análise. Por um lado, os critérios de seleção dos trabalhadores¹⁶ a despedir previstos no artigo 368.º n.º 2 CT, critérios

¹⁰ MONTEIRO FERNANDES, “Direito do Trabalho” cit. p. 748.

¹¹ LEAL AMADO, J. e GOMES SANTOS, C., “Cessação do Contrato”, cit. p. 913.

¹² CARVALHO MARTINS, D. e CANAS DA SILVA, R., “Despedimento por Extinção do Posto de Trabalho – A Revisão de 2012 e o Acórdão do Tribunal Constitucional de 2013”, in Para Jorge Leite, 1º v.: Escritos Jurídico Laborais, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p.527.

¹³ Aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

¹⁴ MENEZES CORDEIRO, A., “Direito do Trabalho - II - Direito individual”, Almedina, 2019, p. 998.

¹⁵ Na consequência do Memorando de Entendimento celebrado em 2011 entre o Estado Português e a Troika

¹⁶ “Que tinham por referência condições dos respetivos titulares (essencialmente, a menor antiguidade e a “classe inferior da mesma categoria profissional”), pela concessão ao empregador da liberdade de definir os critérios para determinação do posto de trabalho a extinguir, desde que relevantes e não discriminatórios”

objetivos e hierarquizados que deviam ser obrigatoriamente utilizados sempre que existisse, na secção ou na empresa uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idênticos e se pretendesse apenas extinguir um ou alguns deles, foram eliminados. Com a introdução da referida lei, introduziu-se uma exigência genérica de que os critérios não podiam ser discriminatórios, e foi criada a possibilidade de a entidade empregadora definir esses critérios relevantes e não discriminatórios¹⁷.

Por outro lado, a Lei n.º 23/2012 eliminou a obrigatoriedade de transferência do trabalhador para posto de trabalho alternativo, o que permitiu uma maior margem de discricionariedade da entidade empregadora. Estas alterações pretendiam facilitar a aplicação prática deste regime jurídico, e torná-lo menos exigente.

FURTADO MARTINS¹⁸ realça que na impossibilidade de subsistência da relação de trabalho é “distinto a deslocação do trabalhador excedentário para uma posição profissional adequada e dispor de um posto de trabalho vago”, sendo a segunda situação que estava prevista no despedimento por extinção do posto de trabalho e que deixou de estar expressa na norma.

Contudo, o Tribunal Constitucional¹⁹ pronunciou-se quanto às alterações do regime introduzidas pela Lei n.º 23/2012, considerando-as inconstitucionais, pois entendeu que a aplicação dos critérios tal como redigidos colocavam em causa o princípio constitucional de proibição de despedimento sem justa causa, neste caso, justa causa objetiva.

Assim, o TC considerou que estas alterações implicavam um aumento da discricionariedade do empregador que punha em causa a objetividade do despedimento, visto que a possibilidade de elaboração casuística de critérios de seleção não permite assegurar a objetividade na seleção do trabalhador a despedir.

– SOUSA, M. e MACHADO, M., “Breves notas sobre o despedimento por extinção de posto de trabalho” in Revista Jurídica Portuguesa, 2021, p. 80.

¹⁷ MONTEIRO FERNANDES, A., “Direito do Trabalho” cit. p. 746 - realça que reduzir a impossibilidade prática à observância de critérios relevantes e não discriminatórios na escolha do trabalhador a despedir reconduz-se à subjetivação do despedimento, ou seja, orienta o regime desta modalidade de despedimento em direção oposta à sinalizada pelo artigo 53.º CRP.

¹⁸ FURTADO MARTINS, P., “Alterações ao regime do despedimento por extinção do posto de trabalho”, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, n.º 1/2, 2012, p. 180 a 184.

¹⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 602/2013, de 20 de setembro.

Ao analisar o conceito de justa causa ²⁰, o Tribunal considerou a norma inconstitucional por violação da proibição de despedimentos sem justa causa, face à ausência de indicações normativas de quais os critérios que devem presidir à decisão do empregador de seleção do posto de trabalho a extinguir. O Tribunal considerou ainda que seria necessária uma indicação rigorosa dos critérios condicionantes de modo a impedir a possibilidade de subjetivação de escolha e de modo a permitir que o tribunal competente consiga apurar a validade do despedimento.

O TC julgou os critérios de seleção vigentes inconstitucionais²¹ também devido à importância que tinham relativamente aos direitos dos trabalhadores, sendo necessário que ficassem acauteladas as exigências decorrentes do princípio da proporcionalidade, e não se podia permitir “despedimento imotivados ou *ad nutum* ou de despedimentos com base na mera conveniência da empresa”.

Em consequência da declaração de inconstitucionalidade, a Lei n.º 27/2014, de 8 de maio²², produziu uma nova alteração da matéria de despedimento por extinção de posto de trabalho. Esta lei introduziu critérios para a determinação do posto de trabalho a extinguir, que devem ser pontualmente cumpridos pelo empregador quando se verifique que na secção ou estrutura existe uma pluralidade de postos de trabalho com conteúdo idêntico.

4. Os critérios de seleção dos trabalhadores a despedir

Nos termos do n.º 1 do artigo 368.º do Código do Trabalho, os motivos que justificam o despedimento não podem dever-se a uma conduta culposa do empregador ou do trabalhador, visto ser um despedimento com justa causa objetiva.

²⁰ David Falcão e Sérgio Tomás realça que a lei é taxativa nas situações de justa causa objetiva, consagra situações externas ou exógenas à relação laboral, não imputáveis nem ao trabalhador nem ao empregador, FALCÃO, D. e TOMÁS, S., “Lições de Direito do Trabalho – A relação individual de trabalho”; 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, cit. p. 304.

²¹ Contudo, assinala-se as declarações de voto de vencido dos Conselheiros Pedro Machete, Maria Lúcia Amaral e Maria de Fátima Mata-Mouros. Serve a título de exemplo a posição do Conselheiro Pedro Machete que considera que existem outros critérios mais relevantes do que a antiguidade, tais como as habilitações do trabalhador, o custo do mesmo para a empresa, a sua produtividade, os resultados da avaliação de desempenho ou a situação pessoal do trabalhador.

²² Até a entrada em vigor desta lei a decisão de escolha do posto de trabalho a extinguir estava condicionada pela antiguidade: no posto de trabalho, na categoria profissional, na classe inferior da mesma categoria profissional e menor antiguidade na empresa – cfr. FALCÃO, D. e TOMÁS, S., “Lições de Direito do Trabalho – A relação individual de trabalho”, cit. p. 304.

O despedimento por extinção do posto de trabalho é o culminar de “uma cadeia de decisões do empregador situadas em diferentes níveis, mas causalmente interligadas: esquematicamente, uma decisão gestionária inicial (por exemplo a redução de custos), uma decisão organizativa intermédia (a extinção do posto de trabalho) e uma decisão contratual terminal (a do despedimento)”²³.

Assim, ficam excluídas as situações em que o regime aplicável é o despedimento por facto imputável ao trabalhador, nos termos do artigo 351.º CT.

O facto de o despedimento por extinção do posto de trabalho ser um despedimento com justa causa objetiva, implica que não existiu uma conduta culposa do empregador. No entanto, estamos perante uma decisão de gestão da entidade empregadora, baseada em razões internas da empresa, o que pode dificultar o controlo judicial da licitude do despedimento.

Neste sentido, PALMA RAMALHO defende que este requisito deveria limitar-se à exigência de que os motivos invocados pelo empregador não são meramente aparentes, de modo a evitar que seja um despedimento que não tem efetivamente uma questão de gestão na sua base.

Em segundo lugar, também é necessário que seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho, o que acontece quando o empregador não disponha de outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador.

Este requisito surge também no conceito de justa causa do despedimento disciplinar, nos termos do artigo 351.º n.º 1 do CT, mas o paralelo literal é apenas aparente²⁴. Este critério releva na medida que, na empresa, pode não existir outro posto que seja compatível com a categoria profissional do trabalhador.

A jurisprudência, nomeadamente o Tribunal da Relação do Porto²⁵, esclarece que é necessário a entidade empregadora provar que não dispõe na estrutura qualquer outro posto que possa afetar ao trabalhador em causa, caso contrário o requisito não se encontra

²³ MONTEIRO FERNANDES, A., “Direito do Trabalho” cit. p. 746.

²⁴ PALMA RAMALHO, M.R., “Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais”, cit. p.906.

²⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de julho de 2022, processo n.º 15905/20.4T8PRT.P1, relator: Jerónimo Freitas.

preenchido, visto que o ónus da prova cabe ao empregador nos termos do artigo 342.º do Código Civil.

Em terceiro lugar, não podem existir na empresa contratos de trabalho a termo para tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto. A *ratio* deste requisito é garantir que na empresa permanecem trabalhadores com contratos por tempo indeterminado relativamente a trabalhadores com contratos a termo, de forma a privilegiar os vínculos laborais que transmitem maior segurança aos trabalhadores.

Por último, não pode ser aplicável o regime do despedimento coletivo, ou seja, só se aplica o despedimento por extinção do posto de trabalho quando não estão reunidos os requisitos do despedimento coletivo. Estamos perante duas figuras bastante semelhantes²⁶, o que é notório pelas remissões deste regime para o regime do despedimento coletivo, e por nas duas situações estamos perante um despedimento com justa causa objetiva. A principal diferença é o número de trabalhadores²⁷ abrangidos pelo despedimento.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10 de novembro de 2017²⁸ determina que “quer no despedimento colectivo, quer no fundado em extinção do posto de trabalho, os fundamentos da cessação do contrato de trabalho respeitam à empresa, relevam do conjunto de circunstâncias ou condições em que se desenvolve a actividade da própria organização produtiva.”. Contudo, pode ocorrer que todos os requisitos enunciados anteriormente estejam preenchidos. Por isso, caso exista uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo idêntico, e apenas se pretende extinguir um ou dois postos de trabalho numa secção, o Código do Trabalho estabelece uma ordem de prioridades para concretização do posto de trabalho a extinguir:

- Pior avaliação de desempenho;
- Menores habilitações académicas e profissionais;
- Maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral para a empresa;
- Menor experiência na função;

²⁶ FURTADO MARTINS é favorável a criação de uma figura comum, sendo que considera que “do regime legal do despedimento coletivo e do despedimento por extinção de posto de trabalho decorre que ambos se reconduzem a uma figura comum, que denominamos ‘despedimento por eliminação do emprego’” (cit. p.247).

²⁷ No despedimento coletivo é necessário abranger pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate de microempresa ou pequena empresa no primeiro caso ou de média ou grande empresa no segundo caso.

²⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10 de novembro de 2017 processo n.º 1556/15.9T8GRD.C1, Relator: Ramalho Pinto

- Menor antiguidade na empresa.

Esta ordem é “sucessiva e hierarquizada”, no sentido de “um critério só é aplicável se o anterior não tiver cabimento ou encontrar todos os trabalhadores em causa no mesmo nível”²⁹.

Os requisitos do artigo 368.º n.º 1 CT viabilizam a justa causa para que o empregador proceda ao despedimento por extinção do posto de trabalho, sendo que o ónus da prova da verificação dos requisitos do artigo referido compete, como vimos, à entidade empregadora. O requisito relativo à impossibilidade prática de manutenção da relação de trabalho é nuclear no cumprimento da proibição constitucional de despedimentos sem justa causa³⁰, estando excluída a possibilidade de se considerar como verificada tal impossibilidade nos casos em que exista, na estrutura organizativa da entidade empregadora, posto de trabalho alternativo e adequado ao trabalhador em causa³¹.

Assim, caso os requisitos referidos estejam preenchidos é necessário assegurar que não existe na secção ou estrutura equivalente uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico e, caso existam, a lei estabelece uma “ordem de prioridades a observar pelo empregador para concretização do posto de trabalho a despedir”³².

5. Aspetos procedimentais do regime da extinção do posto de trabalho

A efetivação do despedimento por extinção de posto de trabalho pressupõe a organização de um procedimento específico, tal como previsto nos artigos 369.º a 371.º do CT.

As garantias procedimentais legalmente estatuídas estão divididas em três fases: a fase de comunicações, a fase de consulta e a fase decisória. É exigido à entidade

²⁹ MONTEIRO FERNANDES, “Direito do Trabalho” cit. p.751.

³⁰ MONTEIRO FERNANDES, “Direito do Trabalho” cit. p. 746, refere que a “necessidade de que seja praticamente impossível a relação de trabalho pretende assegurar a compatibilização dos fundamentos objetivos com a proibição constitucional do despedimento “sem justa causa”.

³¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 14 de outubro de 2021, processo n.º 1181/21.5T8EVR-A.EI, Relator: Mário Branco Coelho

³² LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, 3.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, agosto 2011, cit. p. 403.

empregadora que exteriorize a decisão, o que demonstra a relevância que é atribuída ao controlo judicial necessário deste despedimento.

Nos termos do artigo 369.º, a fase de comunicações ocorre através de uma comunicação inicial, onde o empregador comunica, por escrito, às estruturas representativas dos trabalhadores e ao trabalhador envolvido, as necessidades de extinguir o posto de trabalho e de despedir o trabalhador a ele afeto, sendo que nesta fase, o empregador indica os motivos que justificam o despedimento.

A fase de consultas está regulada no artigo 370.º, em que após a receção da comunicação, os destinatários têm 15 dias para, caso queiram, transmitir o seu parecer fundamentado, apresentando oposição ao despedimento. É igualmente possível, no prazo de cinco dias úteis após a comunicação inicial, solicitar a intervenção do serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área laboral, no sentido de verificar o preenchimento dos requisitos do artigo 368.º, n.º 2. No prazo de sete dias, o serviço em causa elabora um relatório que remete às entidades envolvidas.

Nos termos do artigo 371.º, a fase decisória implica uma decisão proferida pelo empregador no que concerne o despedimento decorridos cinco dias do fim da fase de consultas, que deve ser proferida por escrito com um conjunto de elementos (onde se inclui a prova da aplicação dos critérios de determinação do posto de trabalho a extinguir, caso se tenha verificado oposição a este) e com indicação da disponibilidade de pagamento da compensação³³ por efeito da cessação do contrato de trabalho. Esta decisão deve prever um prazo de antecedência mínima, variável consoante a antiguidade do trabalhador.

Nos termos da remissão do artigo 372.º para o regime do despedimento coletivo, são conferidos os mesmos direitos aos trabalhadores abrangido pelo despedimento individual por extinção de posto de trabalho. Assim, é-lhes conferidos o crédito de horas, o direito a denunciar antecipadamente o contrato e o direito à compensação fixada no art.

³³ No âmbito da Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril, foram aprovadas diversas alterações legislativas que não iremos desenvolver, no entanto damos nota das alterações relativas à compensação, prevê-se que para os novos contratos, celebrados após a entrada em vigor das alterações, bem como para a duração dos contratos que sobrevenha à data da entrada em vigor verifica-se um aumento da compensação a pagar aos trabalhadores de 12 para 14 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fração de trabalho.

Acresce que, considera-se contraordenação grave o não pagamento da compensação, dos créditos vencidos e dos exigíveis por efeito da cessação do contrato de trabalho até ao termo do prazo de aviso.

366.º, que deve ser satisfeita até ao termo do prazo de aviso prévio (arts. 371.º, n.º 4, e 384.º, al. d)).

Deste modo, esta modalidade de despedimento está sujeita a aviso prévio, que pode ir de 15 a 75 dias, conforme a antiguidade do trabalhador, de modo a assegurar que o trabalhador dispõe de um período temporal para procurar um novo emprego³⁴.

6. Ilicitude do despedimento

O artigo 381.º CT regula os fundamentos gerais de ilicitude de todas as formas de despedimento e o art. 384.º CT as causas específicas do despedimento por extinção do posto de trabalho.

Assim, este tipo de despedimento é ilícito se desrespeitar os requisitos do art. 368.º, n.º 1, se não observar o disposto no art. 368.º, n.º 2³⁵, relativo aos critérios de seleção, se não tiverem sido realizadas as comunicações previstas no art. 369.º, bem como se não tiver sido colocada à disposição do trabalhador despedido, até ao termo do prazo do aviso prévio, a indemnização compensatória legalmente devida, bem como os créditos vencidos ou exigíveis em virtude da cessação do contrato de trabalho.

A ilicitude do despedimento implica a aplicação dos efeitos previstos nos arts. 389.º e seguintes. As normas em causa aplicam-se a todas as modalidades de despedimento, desde que seja declarada a sua ilicitude.

As suas consequências são: (i) a invalidade da cessação e a consequente manutenção do contrato de trabalho; (ii) o direito do trabalhador a ser indemnizado por todos os danos causados, patrimoniais e não patrimoniais, e a ser reintegrado, sem prejuízo da categoria e da antiguidade (art. 389.º, n.º 1, als. a) e b)), ou, em substituição desta reintegração, o direito a uma indemnização (arts. 391.º e 392.º); e (iii) o direito do trabalhador a receber as retribuições intercalares (art. 390.º. b)) se não tiverem sido realizadas as comunicações previstas no art. 369.º (al. c)) e se não tiver sido colocada à

³⁴ MONTEIRO FERNANDES, “Direito do Trabalho” cit. p. 753.

³⁵ No referido Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de julho de 2022, processo n.º 15905/20.4T8PRT.P1, relator: Jerónimo Freitas a entidade empregadora não provou que estabelece qualquer critério para seleção dos trabalhadores a despedir, e assim o despedimento foi considerado ilícito.

disposição do trabalhador despedido, até ao termo do prazo do aviso prévio, a indemnização compensatória legalmente devida, bem como os créditos vencidos ou exigíveis em virtude da cessação do contrato de trabalho (al. d)).

A jurisprudência, nomeadamente o Tribunal da Relação de Lisboa³⁶ considera que o despedimento é considerado ilícito se o empregador não indicar e provar fundamentos de facto concretos que levem, numa relação de congruência, de forma razoável, ao despedimento do trabalhador concreto.

O Tribunal da Relação de Coimbra³⁷ defende que este tipo de despedimento “assentando na autonomia contratual do empregador ligada às necessidades de dimensionamento da sua empresa, tem subjacente premissas economicistas, pelo que, realizado o despedimento de acordo com as formalidades a que ele se encontra sujeito, o seu controle judicial terá de se harmonizar com a liberdade da empresa e da sua gestão, tendo-se presente o fim em causa.”.

O Supremo Tribunal de Justiça, por sua vez, decidiu que “o cumprimento dos critérios legais exigidos para a extinção do posto de trabalho não é suficiente para garantir a licitude do despedimento, sendo, também, necessário que o empregador prove a impossibilidade da manutenção do vínculo laboral, através do dever que impende sobre ele, por ser seu ónus, de demonstrar a inexistência de outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador”³⁸, em toda a sua estrutura organizativa.

CAPÍTULO II – Análise dos critérios de seleção dos trabalhadores a despedir

1. Problemática e conceito-chave

A convocação dos critérios de seleção dos trabalhadores a despedir não é necessária em todas as circunstâncias, isto é, a problemática apenas surge caso seja necessário optar,

³⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de fevereiro de 2020, processo n.º 1015/19.0T8CSC.L1-4, Relator: Sérgio Almeida.

³⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 7 de fevereiro de 2020, processo n.º 3019/18.1T8LRA.C1, Relator: Ramalho Pinto.

³⁸ Acórdão do STJ de 6 de abril de 2017 (Proc. 1950/14.2TTLSB.L1).

pela circunstância de existirem vários postos de trabalho de conteúdo funcional idênticos, e não ser necessário despedir todos os trabalhadores.

Desta forma, é necessário estabelecer critérios que permitam concluir numa situação concreta em que existem postos de trabalho idênticos, qual o trabalhador a despedir. Trata-se de critérios que procuram garantir que “o despedimento por extinção do posto de trabalho radica, realmente, numa causa objetiva, não sendo esta figura utilizada como expediente para que o empregador se “desembarace” de um certo e determinado trabalhador”³⁹.

FURTADO MARTINS realça as diferenças entre o encerramento de uma unidade organizacional, em que todos os trabalhadores são despedidos, da situação em que ocorre o encerramento de uma unidade, mas o empregador pretende manter alguns trabalhadores transferindo-os para outra unidade. O Autor defende que estamos perante duas situações diferentes, “não se trata de escolher quem será abrangido pelo despedimento, mas qual o trabalhador que dele será excluído”. Para o Autor, as diferenças de ambas as hipóteses justificam a exclusão da aplicação das “regras estabelecidas para selecionar os trabalhadores a despedir”⁴⁰.

Assim, em certas circunstâncias a entidade empregadora não tem de recorrer aos critérios de seleção, quer seja porque o encerramento é da totalidade da unidade com poucos trabalhadores, não sendo aplicável o despedimento coletivo ou porque apenas exista um posto de trabalho existente que se pretende extinguir e não existe outro de conteúdo funcional idêntico.

A noção de posto de trabalho é uma realidade organizacional pertencente à estrutura da empresa, à qual associa certa posição hierárquica e determinado conteúdo funcional. Associado ao posto de trabalho estão um conjunto de tarefas/funções e determinada posição no processo organizativo da empresa, num certo local da unidade produtiva, ocupado por um trabalhador⁴¹.

FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO concretizam a definição de posto de trabalho como “um certo conteúdo funcional com uma determinada localização

³⁹ LEAL AMADO, J. “Contrato de Trabalho”, cit. p. 405.

⁴⁰ FURTADO MARTINS, P., “Cessação do Contrato de Trabalho”, cit. p.308.

⁴¹ LEAL AMADO, J. e GOMES SANTOS, C., “Cessação do Contrato” cit. p. 1026.

hierárquica na organização, estando aqui pressuposta uma divisão de trabalho que subjaz a uma organização produtiva com um mínimo de dimensão e que se manifesta na existência de diferentes postos de trabalho relacionados entre si, entendidos como diferentes conjuntos de tarefas que integram o processo de organização e de divisão do trabalho, conjuntos esses que são agregados em diferentes funções, de cuja execução são encarregues diferentes trabalhadores.”⁴².

Para mais, NUNES DE CARVALHO relativamente ao conceito de posto de trabalho, adianta o núcleo fundamental desta noção: trata-se de “uma posição numa concreta organização produtiva, que é desenhada pelo titular desta e está sujeita às suas opções de gestão, posição que implica um certo conteúdo funcional, requer determinada qualificação profissional e/ou aptidão, envolve certos meios, equipamentos e riscos, pode ter associado um conjunto de condições de trabalho (designadamente, em termos de esquema temporal de realização da prestação) e à qual o trabalhador é afecto pelo empregador no quadro da execução do contrato de trabalho”⁴³.

O referido Autor menciona ainda que nas referências no quadro dos regimes de despedimento por justa causa objetiva, o posto de trabalho aparece “como realidade dinâmica, objeto de um poder (a cujo exercício se reportam os mencionados “motivos”; “fundamentos” e “necessidades”), que opera a montante de cada contrato de trabalho, mas que se pode repercutir na viabilidade do vínculo.”⁴⁴.

FURTADO MARTINS defende ainda que “o conceito de posto de trabalho coincide com a função ou o conjunto de tarefas localizado organizacionalmente - isto é, numa concreta organização produtiva, que é fruto do modo como o respetivo titular organiza e divide o trabalho necessário ao funcionamento da mesma -, de cuja execução é encarregue um trabalhador”⁴⁵.

A jurisprudência, nomeadamente o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de maio de 2015⁴⁶, determina que “afetar um trabalhador a um determinado posto de

⁴² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de maio de 2015, processo n.º 960/11.6TLRS.L1S1 (Gonçalves Rocha).

⁴³ NUNES DE CARVALHO, A., “Reflexões sobre o conceito legal de posto de trabalho” in J. REIS/ J. LEAL AMADO/ LIBERAL FERNANDES/ REGINA REDINHA, Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais, I, Coimbra, Coimbra Ed., 2014, p. 132.

⁴⁴ NUNES DE CARVALHO, A., “Reflexões sobre o conceito legal de posto de trabalho” (2014), p. 131.

⁴⁵ FURTADO MARTINS, P., “Cessação do Contrato de Trabalho”, cit. p.251-252.

⁴⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de maio de 2015, processo n.º 960/11.6TLRS.L1S1 (Gonçalves Rocha).

trabalho significa encarregar esse trabalhador da realização de um conjunto de tarefas que, mercê do processo de divisão e organização de trabalho foram, em dado momento, autonomizadas no seio da organização produtiva.”.

O legislador pretende assegurar que estamos perante um despedimento com fundamentos objetivos, e a criação de critérios de seleção pretende limitar a margem de discricionariedade atribuída ao empregador na escolha dos trabalhadores a despedir⁴⁷. A criação dos critérios de seleção dos trabalhadores a despedir também permite facilitar o controlo da decisão, que não deixa de ser uma decisão de gestão, mas são critérios que estão definidos por lei, o que diminui a margem de discricionariedade do empregador.

2. Evolução

A LCCT de 1989 ao introduzir o despedimento por extinção de posto de trabalho, no artigo 27.º n.º 2, já previa um conjunto de critérios que deveriam ser observados pela entidade empregadora. O primeiro critério previsto era a menor antiguidade no posto de trabalho, o segundo era a menor antiguidade na categoria profissional, o terceiro a categoria profissional de classe inferior e o último critério era a menor antiguidade na empresa. Assim, os critérios centravam-se na antiguidade dos trabalhadores na empresa com base em certas características conexas.

Por sua vez, o CT de 2003, no artigo 403.º, bem como o CT de 2009⁴⁸, no artigo 368.º, mantiveram praticamente idênticos os critérios e a ordem estabelecida na LCCT. Alguns autores, tal como Lobo Xavier⁴⁹, criticavam a ordem dos critérios estabelecida no artigo 368.º CT, bem como os critérios utilizados, nomeadamente por não existir qualquer referência a critérios de competência dos trabalhadores ou de ordem económica ou inclusivamente a situação social do trabalhador.

⁴⁷ PALMA RAMALHO, “Tratado do direito do trabalho”, cit. p. 909.

⁴⁸ Apenas alterou o critério “categoria profissional de classe inferior” do artigo 403.º n.º 2 do CT 2003 para “classe inferior na mesma categoria profissional” no art. 368.º n.º 2 do CT de 2009.

⁴⁹ LOBO XAVIER, B. com a colaboração de MARTINS, PEDRO FURTADO/ CARVALHO, ANTÓNIO NUNES/ VASCONCELOS, JOANA/ ALMEIDA, TATIANA GUERRA - Manual de Direito do Trabalho, 4.ª ed., Rei dos Livros, 2020, p. 833.

Estes critérios pretendiam garantir que esta modalidade de despedimento não era utilizada de modo a atingir um trabalhador em concreto.

Em 2011, do *Memorando de Entendimento sobre as Condições de Política Económica (MoU)*⁵⁰, constavam algumas recomendações relativamente à temática dos critérios de seleção. Como medida concreta a adotar, no ponto 4.5 desse Acordo, dizia-se expressamente que os critérios de seleção “não devem necessariamente seguir uma ordem pré-estabelecida de antiguidade, se mais do que um trabalhador estiver destinado a funções idênticas (art. 368.º do CT)”, indicando-se que a “ordem pré-definida de antiguidade não é necessária desde que o empregador estabeleça um critério alternativo relevante e não discriminatório”.

Nestes termos, a Lei n.º 23/2012 de 25 de junho, introduziu a recomendação referida, tendo passado a conter a exigência da relevância e do caráter não discriminatório dos critérios de seleção escolhidos pelo empregador se aferissem “face os objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”. Deste modo, o regime do despedimento por extinção do posto de trabalho deixou de conter critérios previamente definidos, para passar a conter a seguinte redação: “havendo, na secção ou estrutura equivalente, uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, para determinação do posto de trabalho a extinguir, cabe ao empregador definir, por referência aos respetivos titulares, critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”.

No entanto, não existiu consenso na doutrina, nomeadamente, PALMA RAMALHO e FURTADO MARTINS⁵¹, consideravam que a formulação escolhida não era a mais adequada, porque “aquilo que releva é a congruência dos fatores de seleção e os motivos ou razões que estão na base da eliminação do emprego e não tanto com os objetivos que o empregador visa alcançar com a extinção do posto de trabalho”⁵².

A questão foi ultrapassada pela intervenção do Tribunal Constitucional⁵³ que considerou a norma inconstitucional por violação da proibição de despedimentos sem

⁵⁰ Entre Banco Central Europeu, a União Europeia e o Fundo Monetário Internacional no âmbito do Programa de Assistência Financeira a Portugal, disponível em: [2011-05-18-mou_pt.pdf \(aventar.eu\)](https://www.avenstar.eu/2011-05-18-mou_pt.pdf).

⁵¹ Sobre a formulação escolhida, Palma Ramalho diz que “não era feliz” (Tratado... cit., p. 910). e Furtado Martins, op. cit., p. 309.

⁵² MARTINS, PEDRO FURTADO - “Alterações ao regime do despedimento por extinção do posto de trabalho”, cit., p.178.

⁵³ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 602/2013, 20 de setembro.

justa causa consagrada no artigo 53.º CRP, “na medida em que não fornece as necessárias indicações normativas quanto aos critérios que devem presidir à decisão do empregador de seleção do posto de trabalho a extinguir.”.

O Tribunal Constitucional considera que “só a indicação legal e rigorosa de parâmetros condicionantes e limitativos pode impedir a possibilidade de subjetivação da escolha, assegurando, do mesmo passo, um efetivo controlo, pelo tribunal competente, da validade do despedimento, considerando a verificação objetiva da motivação e a idoneidade daquela decisão e a sua conseqüente legalidade ou ilegalidade”⁵⁴.

Contudo, alguns autores, entre eles CARVALHO MARTINS e CANAS DA SILVA⁵⁵, consideram que não se estava perante uma inconstitucionalidade. Os Autores apontam as “justificações meramente históricas” que levam à maior rigidez do regime da extinção de posto de trabalho e dão conta que “a experiência jurisprudencial mostra que os tribunais encontram-se munidos dos instrumentos necessários a um controlo eficaz da (in)adequação dos critérios acolhidos, em cada caso, pelo empregador”.

PALMA RAMALHO⁵⁶ admitiu a infelicidade da redação do preceito legal, mas não sufragou a posição do Tribunal Constitucional. A Autora considerou que eram necessários dois critérios para uma aplicação da norma em consonância com o princípio do artigo 53.º da CRP. Por um lado, era necessário exigir-se uma relação estreita entre a causa objetiva que desencadeou o despedimento e o critério utilizado para a seleção e, por outro, era necessário que o critério utilizado não fosse discriminatório.

No entanto, existem alguns autores a favor da decisão de inconstitucionalidade, nomeadamente JOSÉ JOÃO ABRANTES, BRUNO MESTRE e FREITAS DE SOUSA, por considerarem que a fundamentação vai ao encontro do princípio da segurança no emprego, visto que não se pode admitir que seja a entidade empregadora a definir os critérios de seleção do trabalhador a despedir. JOSÉ JOÃO ABRANTES refere que “não assegura a objetividade do despedimento e o controlo efetivo pelo tribunal da sua

⁵⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 602/2013, 20 de setembro.

⁵⁵ CARVALHO MARTINS, D. e CANAS DA SILVA, R., “Despedimento por Extinção do Posto de Trabalho – A Revisão de 2012 e o Acórdão do Tribunal Constitucional de 2013”, pp. 531-534.

⁵⁶ PALMA RAMALHO, M.R., “O Olhar do Tribunal Constitucional sobre a Reforma Laboral” in J. REIS/ J. LEAL AMADO/ LIBERAL FERNANDES/ REGINA REDINHA, Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais, I, Coimbra, Coimbra Ed., 2014, pp.765-769.

validade, antes abrindo a porta à arbitrariedade e à possibilidade de despedimentos baseados exclusivamente na conveniência da empresa.”⁵⁷.

Tal como referido na evolução histórica do despedimento por extinção do posto de trabalho, na sequência da declaração de inconstitucionalidade, a Lei n.º 27/2014 alterou o artigo 368.º n.º 2 CT, através da inserção de um conjunto de critérios para a escolha do posto de trabalho a extinguir, entre os vários de conteúdo funcional idêntico, “relevantes e não discriminatórios”⁵⁸.

Os critérios fixados foram os seguintes:

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

Os critérios em causa mantem-se inalterado no Código de Trabalho atualmente em vigor, contudo continua a não existir consenso na doutrina quanto a estes, como veremos de seguida.

3. A ORDEM DOS CRITÉRIOS

⁵⁷ ABRANTES, J. J., “A jurisprudência constitucional recente em matéria laboral (algumas notas) in Para Jorge Leite, 1º v.: Escritos Jurídico Laborais, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p.13.

⁵⁸ Sobre esta qualificação, Maria Machado questiona o seu objetivo, identificando duas possibilidades: “ou o legislador está a declarar que os critérios de seleção que a seguir enuncia são relevantes e não são discriminatórios, ou está a dar instruções aos empregadores sobre a sua utilização. Como que admitindo, neste último caso, que os mesmos comportam uma carga de subjetividade que pode permitir ao empregador fazer deles um mau uso, por exemplo, com intuito discriminatório”, cit. MACHADO, M., “A Lei n.º 27/2014, de 8 de maio. Algumas Notas Sobre a 6.ª Alteração ao Código do Trabalho em Matéria de Despedimento por Extinção de Posto de Trabalho”, Revista Jurídica Portucalense / Portucalense Law Journal N.º 18, Porto, 2015, p. 72.

O legislador, tal como foi referido anteriormente, estabeleceu uma ordem para a seleção do(s) trabalhador(es) a despedir caso exista mais do que um trabalhador com um posto de trabalho de conteúdo funcional idêntico.

Os critérios de seleção são sucessivos e hierarquizados⁵⁹, existindo “uma ordem legal de precedência para o despedimento”⁶⁰, ou seja, o critério seguinte só é aplicado, caso o critério anterior não tenha aplicação, isto é, seja ineficaz⁶¹.

A aplicação dos critérios de seleção gera controvérsia, nomeadamente caso o primeiro critério aplicável não seja suficiente para definir todos os trabalhadores abrangidos pelo despedimento. FURTADO MARTINS considera que se aplica sempre o primeiro critério, e se o primeiro não for suficiente para estabelecer todos os trabalhadores a despedir, é necessário conjugar com o segundo critério.

Por exemplo, numa situação em que existem dois trabalhadores a despedir em três no mesmo posto de trabalho com funções de conteúdo idêntico, em que dois têm igual avaliação de desempenho e o terceiro com pior avaliação. FURTADO MARTINS⁶² considera que, nesse caso, o trabalhador com pior avaliação de desempenho será abrangido pelo despedimento, sendo que para escolher o segundo trabalhador abrangido pelo despedimento será necessário aplicar o segundo critério (menores habilitações académicas e profissionais) entre os dois trabalhadores com avaliação de desempenho igual.

O Autor não concorda com a ideia de que se não for possível aplicar o primeiro critério a todos os trabalhadores (no exemplo dado não seria possível visto que existem dois trabalhadores com avaliação igual), automaticamente aplica-se o segundo critério aos três trabalhadores possivelmente abrangidos pelo despedimento.

A solução de FURTADO MARTINS parece a mais adequada de modo assegurar uma correta aplicação dos critérios de seleção, nomeadamente por implicar um maior rigor na aplicação dos critérios, visto que permite cumprir com a ordem estabelecida pelo

⁵⁹ MONTEIRO FERNANDES, “Direito do Trabalho” cit., p. 746.

⁶⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de novembro de 2015 e de 31 de maio de 2016 processo n.º 314/15.

⁶¹ CARVALHO MARTINS, D. e ABRUNHOSA E SOUSA, D., “Os critérios de seleção no despedimento por extinção de posto de trabalho”, Transformações Recentes do Direito do Trabalho Ibérico, Biblioteca RED, 2016, p. 149.

⁶² FURTADO MARTINS, P., “Cessação do Contrato de Trabalho”, cit. p.318.

legislador e diminui a discricionariedade do empregador na escolha dos critérios, não possibilidade que o empregador escolha os critérios para despedir um trabalhador concreto.

Para compreendemos os critérios de seleção dos trabalhadores a despedir, é necessário compreender o que está por detrás de cada critério, bem como o surgimento e evolução dos mesmos.

4. Os critérios – análise individual

4.1. Avaliação de desempenho

O critério da pior avaliação de desempenho como primeiro critério para proceder a escolha dos trabalhadores a despedir surgiu no âmbito da Lei n.º 27/2014, tendo sido uma inovação a atribuição de relevância aos sistemas de avaliação de desempenho. Assim, no âmbito do despedimento por extinção do posto de trabalho introduziu-se o critério da pior avaliação de desempenho.

A referência a “pior avaliação de desempenho” presente no artigo 368.º n.º 2 do CT, implica que os critérios devem permitir uma graduação dos trabalhadores, “o que pressupõe a referência a um quadro unitário (para os trabalhadores a considerar) e aplicado em termos tais que se adequa a essa graduação”⁶³.

Este critério vem substituir “o critério cego da antiguidade e de proteção dos trabalhadores mais antigos”⁶⁴.

O sistema de avaliação de desempenho visa diversas finalidades, o que implica a existência de diversos métodos de definição da avaliação, e isso permite que o empregador possa definir os critérios segundo aqueles que considera mais adequado para a finalidade estabelecida.

⁶³ NUNES DE CARVALHO, A., “Esboço de uma abordagem juslaboral da avaliação de desempenho” in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao prof. António Monteiro Fernandes*, I, Famalicão, Nova Causa, 2017, p. 207.

⁶⁴ CARVALHO MARTINS, D. e ABRUNHOSA E SOUSA, D., “Os critérios de seleção no despedimento por extinção de posto de trabalho”, cit., p. 149.

O sistema da avaliação de desempenho é definido pelo empregador, sendo que pode incidir sob diversos aspetos da relação laboral ou mesmo aspetos externos a esta relação, desde o rendimento do trabalhador, às suas *softs skills*, em ações específicas que desenvolve, entre outros. Acresce que, a avaliação de desempenho pode ser individual ou em grupo, e pode ter como objetivo premiar o trabalhador ou simplesmente ter um registo de certas atividades/atuções que o empregador pretende avaliar.

O papel dos tribunais está restrito a assegurar o cumprimento da aplicação correta do critério de seleção e os efeitos jurídicos provenientes da aplicação do mesmo, mas não efetua uma análise se o sistema de avaliação é adequado para a seleção de trabalhadores no âmbito de um despedimento.

Assim, NUNES DE CARVALHO afirma que “sem que se conheça a existência de estudos sobre a efetiva natureza, solidez e conformidade dos sistemas de avaliação de desempenho existentes”, dificulta a aplicação do critério de avaliação de desempenho.

O Autor refere que os sistemas de avaliação de desempenho não foram criados na perspetiva do despedimento por extinção do posto de trabalho. Por isso, defende que no âmbito do despedimento, apenas podem ser utilizados os critérios adequados ao princípio constitucional de justa causa objetiva, por exemplo, não podendo ser incluídas avaliações de desempenho relativas às *soft skills* ou avaliações de desempenho de um grupo de trabalhadores.

Os sistemas de avaliação de desempenho não são criados na perspetiva da seleção dos trabalhadores a despedir em caso de extinção do posto de trabalho, nem é expectável que sejam criados nesse prisma. Até porque, muitas vezes, a avaliação de desempenho tem como objetivo premiar o desempenho dos trabalhadores, através de prémios, atribuição de regalias ou progressões salariais.

O facto de os sistemas de avaliação de desempenho não ter na sua origem o objetivo de ser utilizados no despedimento em caso de extinção do posto de trabalho, cria entraves à aplicação deste critério. Este é um dos principais problemas de a avaliação de desempenho surgir como critério de seleção dos trabalhadores a despedir, exatamente por não existir um critério propriamente dito. A aplicação deste critério implica uma grande discricionariedade do empregador que, pela formulação da lei, poderia escolher qualquer critério para proceder à avaliação de desempenho dos seus trabalhadores.

NUNES DE CARVALHO defende que a avaliação de desempenho enquanto critério de seleção seja aplicável no despedimento por extinção do posto de trabalho, mas “apenas poderá incidir sobre aspetos relevantes para a viabilidade da relação laboral e com um grau de objetividade que se preste a controlo externo, o mesmo valendo para os respetivos critérios de aplicação desses parâmetros”⁶⁵. Nesta perspetiva, o Autor sugere que a avaliação de desempenho tenha por base efetivamente a relação laboral e a sua viabilidade, restringindo o âmbito de aplicação do conceito geral de avaliação de desempenho.

A posição apresentada é bastante relevante e interessante na medida em que se exige que no despedimento por extinção do posto de trabalho haja um controlo por parte dos tribunais da validade do despedimento e, por isso, é necessário que o critério em causa esteja definido objetivamente para garantir que estamos perante um despedimento com fundamentos objetivos.

Para além disso, existem sistemas de avaliação que não são adequados para servirem como critérios de seleção dos trabalhadores a despedir, como é o caso de uma avaliação que é feita em grupo, que possui um grande nível de discricionariedade, o que não permite uma correta análise de cada trabalhador.

NUNES DE CARVALHO afirma que “no núcleo da avaliação de desempenho está em causa uma operação dirigida à formulação de um juízo sobre os termos em que é feita a realização da prestação de trabalho por cada trabalhador”. Assim, na avaliação de desempenho pretende-se analisar o modo como um específico trabalhador desempenha e presta o trabalho, pelo que se exige a determinação dos parâmetros adequados a cada caso⁶⁶.

No entanto, FURTADO MARTINS considera que é duvidoso que a lei imponha “uma leitura tão restritiva dos parâmetros utilizáveis para que o sistema de avaliação seja usado como critério de seleção dos trabalhadores a despedir”. Assim, o autor nega a necessidade de a avaliação incidir sobre os “aspetos relevantes para a viabilidade da

⁶⁵ NUNES DE CARVALHO, A., “Esboço de uma abordagem juslaboral da avaliação de desempenho”. cit., p. 207.

⁶⁶ NUNES DE CARVALHO, A., “Esboço de uma abordagem juslaboral da avaliação de desempenho” cit. pp. 184-185.

relação laboral”⁶⁷ julgando-os, inclusive, de inviável antecipação, apesar de não excluir a necessidade de objetividade.

Esta é uma questão controversa, contudo temos de acompanhar a posição de NUNES DE CARVALHO, visto que o sistema de avaliação de desempenho pode não ter sido criado na perspectiva de ser aplicado enquanto critério de seleção do despedimento por extinção do posto de trabalho. De qualquer maneira, o sistema de avaliação de desempenho não pode ser aplicado de forma arbitrária, sem qualquer definição de objetividade, que não permita a compreensão da escolha do trabalhador a despedir.

CARVALHO MARTINS e ABRUNHOSA E SOUSA⁶⁸ realçam que o mercado português é marcado pela existência de microempresas, o que pode colocar o critério da avaliação de desempenho em causa, nomeadamente a sua aplicação prática, uma vez que as empresas podem não dispor dos meios “*técnicos, financeiros e humanos ou de conhecimentos necessários para definir e executar*” o sistema de avaliação.

No entanto, os próprios Autores procuram rebater o argumento apresentado, através das seguintes considerações: em primeiro lugar, as grandes empresas empregam uma grande percentagem de pessoas⁶⁹, em segundo lugar têm em consideração que não estamos perante um critério único, e por último, consideram que este critério é aplicável ao despedimento por extinção do posto de trabalho, sem qualquer constrangimento⁷⁰.

Neste ponto consideramos que deve-se ter ainda em consideração que por vezes nas grandes empresas, apesar de em abstrato existirem meios para a aplicação prática dos sistemas de avaliação, na prática muitas vezes as empresas não têm meios, principalmente meios humanos, para a realização das avaliações a todos os trabalhadores, ou inclusivamente de realizar estas avaliações regularmente. Isto pode causar constrangimentos na comparação dos trabalhadores a despedir no âmbito deste despedimento.

⁶⁷ FURTADO MARTINS, P., “Cessação do Contrato de Trabalho”, cit. pp. 319-320.

⁶⁸ CARVALHO MARTINS, D. e ABRUNHOSA E SOUSA, D., “Os critérios de seleção no despedimento por extinção de posto de trabalho”, cit., p. 149.

⁶⁹ 22% das pessoas ativas, sendo que a última atualização corresponde a 2020, com o valor de 22,2%, disponível em [Portugal: Pessoal ao serviço nas empresas: total e por dimensão | Pordata](#) (acedido em 10/02/2023).

⁷⁰ Inclusivamente porque se aplica no despedimento com justa causa e no despedimento por inadaptação.

No critério em análise surge ainda controvérsia relativamente aos parâmetros da avaliação serem de prévio conhecimento dos trabalhadores.

CARVALHO MARTINS e ABRUNHOSA E SOUSA⁷¹ defendem que o trabalhador deve ser informado sobre a possibilidade de os resultados apurados serem considerados num eventual despedimento por extinção do posto de trabalho.

Por sua vez, NUNES DE CARVALHO⁷² e FURTADO MARTINS⁷³ consideram que estamos perante uma consequência legal, pelo que não há um dever do empregador dar a conhecer expressamente. No entanto, o segundo Autor acha que é aconselhável e conforme às boas práticas dar a conhecer aos trabalhadores todas as consequências possíveis da avaliação de desempenho. Acompanhamos esta segunda posição, visto que apesar de não ser legalmente exigível, parece-nos lógico que os trabalhadores devem conhecer os parâmetros da avaliação antes do início da mesma, que estas podem incidir sobre diversas vertentes, que podem ser de equipa ou individual e que consequências podem resultar das mesmas.

No que concerne ao âmbito temporal da avaliação de desempenho, não existe qualquer requisito legal, não tendo sido estabelecido qualquer período mínimo ou máximo que, contudo, consideramos que é necessário existir, para a avaliação de desempenho funcionar como critério de seleção para despedir um trabalhador, de modo a evitar que a comparação efetuada entre os diversos trabalhadores não possua grandes discrepâncias temporais.

O período temporal que se tem em consideração para a avaliação de desempenho tem de ser igual para todos os trabalhadores abrangidos por um potencial despedimento por extinção do posto de trabalho. Assim, numa situação em que estamos a comparar o trabalhador A com o trabalhador B, será necessário ter em consideração o mesmo período temporal de avaliação, por exemplo a avaliação anual do ano anterior de todos os trabalhadores.

Assim, deve existir um critério que estipule o período temporal para não existir uma total discricionariedade da entidade empregadora na escolha do período da avaliação.

⁷¹CARVALHO MARTINS, D. e ABRUNHOSA E SOUSA, D., "Os critérios de seleção no despedimento por extinção de posto de trabalho", cit., p. 152.

⁷²NUNES DE CARVALHO, A., "Esboço de uma abordagem juslaboral da avaliação de desempenho". cit., p. 206, nota 105.

⁷³FURTADO MARTINS, P., "Cessação do Contrato de Trabalho", cit. p. 320.

Esta questão é fundamental para assegurar que não ocorre uma manipulação da escolha da avaliação em detrimento de um determinado trabalhador. Por exemplo, a entidade empregadora não pode escolher deliberadamente utilizar uma avaliação de desempenho de anos anteriores à mais recente, por ter interesse em manter um trabalhador específico.

Deste modo, a avaliação tida em consideração para critério de seleção de trabalhadores a despedir deve permitir aferir aspetos relevantes para a viabilidade da relação laboral e com um grau de objetividade que permita o controlo externo.

Acresce que, existem situações excecionais que podem ter contribuído para uma pior avaliação de desempenho num certo período. Por exemplo, em virtude da circunstância de um trabalhador estar de licença parental⁷⁴, será necessário criar um critério que permita que durante o período de ausência, o trabalhador não seja prejudicado pelo exercício do seu direito.

FURTADO MARTINS⁷⁵ considera que é concedida uma certa margem de liberdade ao empregador, que deve estabelecer um número que considere adequado, e que deva ser fundamentado de forma objetiva. CARVALHO MARTINS e ABUNHOSA E SOUSA defendem que se exige “a aferição e comparação das médias de avaliação dos trabalhadores que ocupem postos de trabalho potencialmente abrangidos pela extinção em curso”⁷⁶.

É de notar a posição de LOBO XAVIER que considera que o empregador “não pensa autonomamente em números de postos de trabalho a extinguir para só depois estabelecer critérios abstratos para concretizar tal extinção”, em vez disso, o que acontece na prática é que “utiliza um processo simbiótico, em que os postos de trabalho não estão desligados das pessoas, nem o organigrama se constrói sem pensar nos trabalhadores que têm de ficar e nas pessoas que hão de sair”⁷⁷.

⁷⁴ O parecer do CITE de 16 de fevereiro de 2015, sugere que nestas situações no regulamento de avaliação esteja previsto uma forma de avaliar o tempo de ausência por licença parental ou por qualquer outras das situações previstas no artigo 65.º n.º 1 e 2 do CT disponível em: [Microsoft Word - Parecer 68 JB 2015 a convertido.docx \(cite.gov.pt\)](#).

⁷⁵ FURTADO MARTINS, P., “Cessação do Contrato de Trabalho”, cit. p.320.

⁷⁶ CARVALHO MARTINS, D. e ABRUNHOSA E SOUSA, D., “Os critérios de seleção no despedimento por extinção de posto de trabalho”, cit., p.154.

⁷⁷ LOBO XAVIER, B., “O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa”, Verbo, Lisboa/São Paulo, 2000, cit., pp. 449-450.

Este mecanismo não nos parece adequado, uma vez que no processo de despedimento é necessário ter em consideração os trabalhadores a despedir e as suas características, mas sem nunca deixar de existir objetividade que permita garantir a existência de fundamentos para o despedimento de um concreto trabalhador.

DAVID FALCÃO e SÉRGIO TOMÁS⁷⁸ realçam que este critério pode ser questionado uma vez que “as avaliações de desempenho são habitualmente suportadas por regras amplas e subjetivas determinadas previamente pela entidade empregadora”. Os Autores salientam que este critério apenas faria sentido se fosse com base em regras objetivas, e o critério em causa pode colocar o princípio da segurança no emprego em causa por “avaliações de desempenho dúbias e ambíguas manipuladas pelo empregador”.

4.2. Habilitações académicas e profissionais

O segundo critério de seleção dos trabalhadores a despedir é a análise das menores habilitações académicas e profissionais, só sendo aplicável caso não seja possível aplicar o primeiro critério.

No que concerne às habilitações académicas, o STJ considera que está em causa “nível de ensino frequentado ou concluído com êxito, por referência ao ano de escolaridade (1º ano, 2º ano, 3º ano, etc., do ensino básico, secundário, complementar ou superior, licenciatura, bacharelato, doutoramento, etc.)”⁷⁹.

No referido acórdão o STJ considera “habilitação profissional⁸⁰ corresponde à habilitação académica mínima exigida para o desempenho de determinada profissão ou função, complementada ou não com a obtenção de aprovação no curso destinado a conferir competências específicas para o cabal exercício dessa profissão ou função,

⁷⁸ FALCÃO, D. e TOMÁS, S., “Lições do Direito do Trabalho - A Relação Individual de Trabalho”, p.306.

⁷⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de outubro de 2016, processo n.º 314/15.5T8BRR.L1.S1 (Ribeiro Cardoso), no caso em apreço o STJ considerou que a escolaridade mínima obrigatória não corresponde a uma habilitação académica, visto que corresponde ao número de anos mínimo de ensino obrigatório e que tem variado ao longo do tempo.

⁸⁰ Diferente é a experiência profissional corresponde ao tempo de exercício na função concreta, que embora não atribua uma habilitação profissional, poderá conferir, ainda que não necessariamente, maior capacidade e facilidade no desempenho da função.

No entanto, Freitas de Sousa não subscreve esta distinção quando indica que um trabalhador mais antigo “terá claramente mais habilitações profissionais, fruto da experiência de trabalho que detém”. (cit. p.30).

concedendo, muitas vezes, um cartão de identificação profissional ou um título profissional”.

O Tribunal Relação do Porto⁸¹ afirma que tendo em consideração que a lei não especifica as habilitações profissionais que devem ser tidas em consideração, “deverão ser atendidas as demais habilitações com relevância para a profissão em causa, nomeadamente ações de formação, outros cursos, ou até a experiências profissionais noutras funções. ”

CARVALHO MARTINS e ABRUNHOSA E SOUSA consideram que as habilitações profissionais são “qualificações destinadas ao acesso ou exercício de determinada profissão atestadas por título de formação, declaração de competência ou experiência profissional (reconhecimento formal de competências), sendo que a habilitação deve ser atestada por documento emitido pela entidade competente”⁸².

Outra questão que surge relativamente a aplicação deste critério, é saber se o trabalhador tem o ónus de entrega de cópias dos certificados e diplomas, inclusivamente FURTADO MARTINS considera que “caso na comunicação inicial se anuncie que a seleção se fará com base neste critério (cf. art. 369.º, n.º 1, c)) e o trabalhador verifique que o empregador não conhece, nem tem obrigação de conhecer as respetivas habilitações, tem aquele o ónus de invocar e demonstrar as habilitações que possui sob pena de, não o fazendo, ficar impedido de contestar a validade do despedimento com fundamento na circunstância de não terem sido respeitados os critérios de seleção”.

A aplicação prática deste critério de seleção implica a conjugação das habilitações académicas com as habilitações profissionais, uma vez que a lei utiliza a conjugação “e” entre os dois tipos de habilitações, o que implica que não estamos perante duas situações alternativas, mas perante um único critério que abrange os dois tipos de habilitações, sendo necessário realizar uma ponderação entre os dois. Esta ideia é reforçada pelo Tribunal da Relação do Porto que no acórdão citado anteriormente considerou o

⁸¹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de junho de 2019, processo n.º 1605/18.9T8VLG.P1 (Paula Leal de Carvalho) disponível em www.dgsi.pt – O Tribunal considera que a habilitação profissional como requisito legal para o exercício de determinada profissão não coincide, ou pelo menos não coincide necessariamente, com as habilitações profissionais, como critério de escolha dos trabalhadores a despedir, a que se reporta o art. 368.º, n.º 2, al. b), do CT/2009”.

⁸² correspondente à noção de qualificações profissionais do art. 2.º, al. q), da Lei n.º 9/2009, de 4 de março e pelo art.3.º, al. g), do Decreto-Lei n.º 37/2015, de 10 de março, alterada pelas Leis n.º 41/2012, de 28 de agosto, n.º 25/2014, de 2 de maio e n.º 26/2017, de 30 de maio.

despedimento ilícito, pelo facto da entidade empregadora não ter considerado as habilitações profissionais.

Desta forma, através do segundo critério estabelecido na alínea b) do n.º 2 do artigo 368.º, pretende-se esclarecer que para definir qual o trabalhador a despedir é necessário conjugar as habilitações académicas e profissionais de cada trabalhador potencialmente abrangido pelo despedimento, de maneira a ser possível concluir qual é o trabalhador menos apto com base numa avaliação global dos dois tipos de habilitações.

Após a avaliação global de cada trabalhador, é necessário ter em contas as funções inerentes ao posto de trabalho que se pretende extinguir, e atender-se às habilitações requeridas para o seu exercício, de modo a concluir qual o trabalhador com menos habilitações para o desempenho dessas funções.

CARVALHO MARTINS e ABRUNHOSA E SOUSA defendem que num caso de reestruturação que implique a redefinição do núcleo funcional do posto de trabalho que permanece, a conexão das habilitações com as funções exercidas deve ser feita em relação as novas funções e já não em relação às funções preteridas⁸³. Os Autores consideram que é necessário conferir ao empregador esta margem de liberdade, de modo a que seja possível atribuir maior peso a um tipo de habilitações consoante as funções pretendidas.

FURTADO MARTINS⁸⁴ considera que cabe ao empregador fundamentar objetivamente a razão pela qual atribui maior relevância a um tipo de habilitação do que outro, sendo que pode ocorrer a habilitação de grau inferior prevalecer quando for mais adequada ao conteúdo funcional do posto de trabalho.

Alguns autores, entre eles CARVALHO MARTINS e ABRUNHOSA E SOUSA, defendem que os subcritérios devem ser aplicados em alternativa, com base na sua relação com o posto de trabalho a extinguir, visto que a “formação académica pode ser mais relevante para funções de gestão ou em postos de trabalho que exijam determinado nível de habitações académicas. Por outro lado, em função da índole eminentemente prática ou executiva, as habilitações profissionais podem assumir uma maior relevância”⁸⁵. No

⁸³ CARVALHO MARTINS, D. e ABRUNHOSA E SOUSA, D., "Os critérios de seleção no despedimento por extinção de posto de trabalho", cit., p.155, nota 32.

⁸⁴ FURTADO MARTINS, P., "Cessação do Contrato de Trabalho", cit., p. 321.

⁸⁵ CARVALHO MARTINS, D. e ABRUNHOSA E SOUSA, D., "Os critérios de seleção no despedimento por extinção de posto de trabalho", cit. p.156.

entanto, não conseguimos acompanhar esta posição, uma vez que a formulação legal é clara na utilização da conjugação “e”, o que impede uma aplicação alternativa dos dois tipos de habilitações.

Deste modo, este critério é objetivo e permite um efetivo controlo da validade do despedimento por parte do tribunal, mas também não impede que o empregador tenha uma certa margem de liberdade na aplicação do critério de seleção, por falta de definição do legislador de qual das habilitações prevalece ou como conjugar perante um caso de um trabalhador ter melhores habilitações académicas e outro trabalhador melhores habilitações profissionais⁸⁶.

4.3. Maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa

O terceiro critério em causa é a maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa. Este critério demonstra uma preocupação por parte do legislador relativamente aos interesses económicos da entidade empregadora.

A maior onerosidade está relacionada com a manutenção do vínculo laboral, o que implica que os custos associados ao despedimento em si não devem ser considerados neste critério, como é o caso da compensação devida com a cessação do contrato.

FURTADO MARTINS⁸⁷ considera que é necessário ter em consideração todos os custos laborais associados à manutenção do vínculo. No entanto, outros Autores⁸⁸ não aderem a esta posição. A posição contrária considera que apenas deve incidir “sobre os elementos comuns aos trabalhadores potencialmente abrangidos pelo despedimento”. No entanto, esses Autores consideram que pode ser necessário ter em conta as “prestações

⁸⁶ Neste sentido cfr. FALCÃO, D. e TOMÁS, S., “Lições de Direito do Trabalho – A Relação Individual de Trabalho”, p.306.

⁸⁷ FURTADO MARTINS, P., “Cessação do Contrato de Trabalho”, cit. p.323.

⁸⁸ CARVALHO MARTINS, D. e ABRUNHOSA E SOUSA, D., “Os critérios de seleção no despedimento por extinção de posto de trabalho”, p.159, que defendem a exclusão dos custos associados a organização do trabalho e que possam ser eliminados unilateralmente pelo empregador ou com o acordo do trabalhador, nomeadamente subsídio de isenção de horário de trabalho ou trabalho noturno.

retributivas não atribuídas a todos os trabalhadores se for coerente com o motivo subjacente ao despedimento”.

O enquadramento deste critério, ao abranger diversos custos associados à relação laboral, poderia implicar abusos por parte do empregador, de modo a direcionar o despedimento em seu próprio interesse, no entanto tal como CARVALHO MARTINS e ABRUNHOSA E SOUSA realçam⁸⁹, numa situação em que o empregador altere as condições/custos associados de qualquer trabalhador em momento anterior ao despedimento, essas alterações devem ser desconsideradas, sob pena de abuso de direito⁹⁰.

Outra questão relevante levantada por DAVID FALCÃO e SÉRGIO TOMÁS⁹¹, é a de saber o valor que o trabalhador vai auferir com a cessação do contrato de trabalho, ou seja, se a compensação devida pela entidade empregadora deve ou não estar incluída nos custos que são considerados no momento da aplicação do critério da maior onerosidade da manutenção da relação laboral.

Nesta circunstância, podemos concluir que a antiguidade teria um papel crucial, visto que o trabalhador mais antigo na empresa tem direito a uma compensação de valor mais elevado tendo em conta a sua antiguidade e, por isso, seria mais onerosa a manutenção do seu vínculo laboral.

Esta situação não parece ter enquadramento no regime jurídico português, por um lado porque perante dois critérios autónomos, o da maior onerosidade da manutenção da relação laboral e o da antiguidade, e por outro porque não parece que fosse intenção do legislador com este critério penalizar o trabalhador pela sua antiguidade.

Acresce que, o critério da maior onerosidade de manutenção do vínculo laboral pretende uma análise da onerosidade com a manutenção desse vínculo, e não com a cessação do vínculo laboral.

⁸⁹ CARVALHO MARTINS, D. e ABRUNHOSA E SOUSA, D., "Os critérios de seleção no despedimento por extinção de posto de trabalho", cit., p.180.

⁹⁰ Nos termos do artigo 334.º do Código Civil.

⁹¹ CARVALHO MARTINS, D. e ABRUNHOSA E SOUSA, D., "Os critérios de seleção no despedimento por extinção de posto de trabalho", cit., p.307.

4.4. Experiência na função

O quarto critério é o da menor experiência⁹² na função, sendo que abrange o conjunto de atividade essenciais que integram o conteúdo funcional do posto de trabalho que permanece, o que implica um juízo de prognose por parte do empregador de modo a concluir as tarefas que vão integrar o conteúdo funcional do posto de trabalho que permanece.

A principal questão que surge com este critério de seleção é de saber se a experiência na função tida em consideração para a seleção do trabalhador a despedir é aquela que é exercida pelo trabalhador ao longo da sua carreira profissional, independentemente da entidade empregadora ou se apenas é tida em consideração a experiência na função exercida em relação à entidade empregadora que promoveu o despedimento por extinção do posto de trabalho.

A favor da primeira posição estão CARVALHO MARTINS e ABRUNHOSA E SOUSA, visto que consideram que a antiguidade pode “constituir um elemento interpretativo importante na concretização da experiência na função”⁹³. Os Autores consideram que a experiência deve ser aferida pelo tempo de serviço prestado com o empregador “atual ou anterior, no qual foi exercido o mesmo conteúdo de atividades”.

Noutro sentido, FURTADO MARTINS considera que “a referência da experiência “à função” parece reportar-se à actividade correspondente ao posto de trabalho existente na empresa que realiza o despedimento e não ao desempenho da actividade em si mesma, independentemente do contexto organizativo em que é exercida” e acresce que a primeira posição levaria, em muitos casos, a ser difícil comprovar que a função noutras organizações se desenvolveu em condições equivalentes, que permitam comparar a experiencia dos diferentes trabalhadores entre os quais se tem de realizar a seleção”⁹⁴.

⁹² No âmbito da Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril, foram aprovadas diversas alterações legislativas que não iremos desenvolver. No entanto, damos nota das alterações relativas ao período experimental, nomeadamente o artigo 112.º que permite que haja uma redução ou exclusão do período experimental em caso do trabalhador ter experiência profissional perante outro empregador, consoante certos requisitos.

⁹³ CARVALHO MARTINS, D. e ABRUNHOSA E SOUSA, D., "Os critérios de seleção no despedimento por extinção de posto de trabalho", cit., p.161.

⁹⁴ FURTADO MARTINS, P., “Cessação do Contrato de Trabalho”, cit. p. 324.

Consideramos que a experiência profissional deve ser valorizada em si mesma, e não apenas durante o período em que o trabalhador esteve ao serviço do empregador que está a levar a cabo o despedimento, porque pode ocorrer um trabalhador ter mais de 30 anos de experiência e pelo simples facto de ter mudado de entidade empregadora, acaba por ser o trabalhador despedido com base no critério da menor experiência na função, se apenas se considerar a experiência na entidade empregadora que desencadeou o despedimento.

Inclusivamente, CARVALHO MARTINS e ABRUNHOSA E SOUSA indicam opções para provar a experiência profissional anterior, nomeadamente “(i) apurar a existência de um nexo de causalidade entre a contratação e a experiência do trabalhador para a função em causa”, o que se torna numa tarefa fácil quando o recrutamento exige experiência anterior na função; e “(ii) verificar se o trabalhador entregou ao empregador cópia dos certificados de trabalho emitidos por empregadores anteriores que atestem a experiência na função”⁹⁵.

Este critério muitas vezes é confundido com o critério das habilitações profissionais, apesar de estamos perante critérios distintos. No critério da habilitação profissional aquilo que se pretende é a avaliação e respetiva comparação no sentido da formação (ou qualificação) para o desempenho das funções, enquanto que a experiência profissional corresponde “ao tempo de exercício na função concreta, que embora não atribua uma habilitação profissional, poderá conferir, ainda que não necessariamente, maior capacidade e facilidade no desempenho da função”⁹⁶.

Estamos perante critérios distintos porque os trabalhadores podem não ter habilitações profissionais e ter experiência profissional que adquiriram ao longo do tempo que prestaram determinada atividade. Assim, muitas vezes os trabalhadores adquirem a experiência profissional, sem ter bases de qualificação para o seu desempenho, ou seja, sem ter habilitações profissionais.

Alguns Autores⁹⁷ defendem que a experiência profissional deveria ser o segundo critério, ao invés das habilitações académicas e profissionais, por ser mais importante

⁹⁵ CARVALHO MARTINS, D. e ABRUNHOSA E SOUSA, D., "Os critérios de seleção no despedimento por extinção de posto de trabalho", cit., p. 162.

⁹⁶ Tal como citado na nota 79 - STJ, 13/10/2016 (Ribeiro Cardoso), Proc. 314/15.

⁹⁷ FREITAS DE SOUSA, T. A., “Despedimento por Extinção do Posto de Trabalho - Considerações Sobre a Evolução do n.º 2 do Artigo 368.º do Código do Trabalho à Luz do artigo 53.º da Constituição da República

valorizar a experiência e o *know-how*. Não acolhemos esta posição, uma vez que um trabalhador com habilitações académicas e profissionais pode levar a maior eficácia no desempenho das suas funções, pelos conhecimentos base adquiridos, o que lhe permite atingir resultados positivos de forma mais eficiente, em comparação com uma pessoa que, embora tenha mais experiência, não tem esses conhecimentos base.

4.5. Antiguidade na empresa

O último critério é o da menor antiguidade na empresa, que apenas surge caso nenhum dos critérios enunciados anteriormente solucione qual o trabalhador a despedir.

A noção de antiguidade pode ter diferente aceções, sendo que FURTADO MARTINS, a partir das várias referências que a lei faz à antiguidade, estabelece uma noção legal que coincide com “o tempo de duração da relação jurídica de trabalho ou o tempo de ligação à empresa”, isto é, “com o tempo de serviço, entendido como tempo de duração do contrato de trabalho”.

O conceito de antiguidade é relevante pela ligação com a cessação do contrato de trabalho, sendo que MONTEIRO FERNANDES realça que a matéria da antiguidade e da cessação estão ligadas pelo facto de se relacionarem “intimamente com o risco de rutura: quanto maior a duração do contrato, mais profunda a integração psicológica do trabalhador na empresa, mais indesejável ou perturbadora, portanto, a possibilidade de cessação do contrato. Assim, a antiguidade cria e vai acrescentando uma expectativa de segurança no trabalhador”⁹⁸.

FURTADO MARTINS⁹⁹ realça ainda que diversos aspetos estão interligados com a antiguidade do trabalhador na empresa, tais como as compensações devidas e a duração do aviso prévio de denúncia.

Acresce que, a possibilidade de alteração do regime da antiguidade através de fixação de efeitos específicos no contrato de trabalho ou por contratação coletiva, permite

Portuguesa”, Porto, 2015, disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18678/1/disserta%C3%A7%C3%A3o_vers%C3%A3ofinal.pdf.

⁹⁸ MONTEIRO FERNANDES, “Direito do Trabalho” cit. p.209.

⁹⁹ FURTADO MARTINS, P., “Cessação do Contrato de Trabalho”, cit. pp.325-326.

que surja um tipo de antiguidade, a convencional “em que está em jogo um regime jurídico distinto do regime legal, uma outra disciplina jurídica, em regra estabelecida nas convenções coletivas de trabalho”¹⁰⁰, que pode criar certos benefícios, como prémios de antiguidade.

Esta aceção de antiguidade surge ao abrigo do princípio da liberdade contratual consignado no artigo 405.º do CC, em que o empregador e o trabalhador estipulam uma antiguidade superior à efetivamente existente, devendo ser analisada com bastante rigor, de modo a ressaltar os casos em que se pretende defraudar a lei, sendo aplicável em situações específicas em que o trabalhador prestou atividade na empresa do mesmo grupo ou com administradores comuns¹⁰¹.

Contudo, esta noção de antiguidade não pode interferir no regime legal da cessação do contrato de trabalho, porque estamos perante um regime inderrogável, nos termos do artigo 339.º CT¹⁰². Para além disso, a utilização deste tipo de antiguidade pode colocar em causa a objetividade do despedimento por extinção do posto de trabalho.

A antiguidade legal é a que releva no âmbito da seleção dos trabalhadores a despedir na extinção do posto de trabalho, em que o trabalhador selecionado com base neste critério é aquele que tem menos tempo de serviço em relação à entidade empregadora que procedeu ao despedimento.

No entanto, para a contagem da antiguidade não são considerados apenas os períodos de efetiva prestação de atividade, uma vez que a lei exige que em certas circunstâncias, tais como as situações de licenças/faltas relacionadas com a parentalidade, as ausências justificadas ao trabalho e as licenças sem retribuição, o período de ausência é tido em consideração para efeitos de antiguidade. Não são considerados para efeitos de antiguidade as faltas injustificadas e as situações de suspensão do contrato decorrente de sanções disciplinares.

O critério da antiguidade é alvo de diversas discussões, concretamente porque antes da entrada em vigor da Lei n.º 27/2014, a antiguidade ocupava uma posição

¹⁰⁰ FURTADO MARTINS, P., “Cessação do Contrato de Trabalho”, cit. pp. 326-327.

¹⁰¹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de maio de 2017, processo n.º 2293/15.0T8VFR.P1 (Relator: Nelson Fernandes);

¹⁰² FURTADO MARTINS, P., “Cessação do Contrato de Trabalho”, cit. p. 328.

primordial nos critérios de seleção dos trabalhadores a despedir, e com a introdução da referida lei passou a ser o último critério.

Alguns autores, como BRUNO MESTRE não concordam com a perda de importância do critério da antiguidade, considerando que “os trabalhadores mais velhos têm maior dificuldade em encontrar outro posto de trabalho; os trabalhadores mais velhos são normalmente menos habilitados e são esmagadoramente afectados pelo desemprego; os trabalhadores mais velhos têm conhecimentos específicos da área de negócio daquela empresa específica (...) que é dificilmente transponível para outra empresa”¹⁰³. Assim, o Autor considera que o critério principal deveria ser o da antiguidade, e os restantes critérios serviriam para distinguir entre trabalhadores com a mesma antiguidade.

Outra questão que desloca discussão na doutrina é a possibilidade de existir um problema de discriminação indireta em função da idade. Este problema é realçado por CARVALHO MARTINS e CANAS DA SILVA¹⁰⁴. No artigo 24.º n.º 1 CT é feita referência expressa à discriminação com base na idade, sendo que o n.º 2 alínea c) do mesmo artigo impede a seleção de trabalhadores a despedir com base nesses fatores. Tendo em consideração que a antiguidade está, normalmente, interligada com a idade, pode-se propiciar uma situação de discriminação em relação aos trabalhadores mais novos.

Assim, cabe compreender se estamos perante um preceito “objetivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam os mais adequados e necessários”, nos termos do artigo 23.º n.º 1 alínea b) CT. Apesar de ser um tema bastante vasto¹⁰⁵, aproveitamos para referir apenas a problemática, que não deixa de ser relevante e é uma perspectiva interessante de ser analisada.

No entanto, não deixamos de dar nota que apesar de compreendermos que existam autores que considerem que podemos estar perante uma situação de

¹⁰³ MESTRE, B. Mestre, A “saga” do despedimento por extinção do posto de trabalho e as repercussões do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 602/2013 – algumas notas”, *Questões Laborais - in A reforma das leis laborais: reformatio in pejus?* n.º 43, julho/dezembro de 2013, Coimbra: Coimbra Editora, cit., pp.204-205.

¹⁰⁴ MARTINS, DAVID CARVALHO; SILVA, RITA CANAS DA – “Despedimento por Extinção do Posto de Trabalho – A Revisão de 2012 e o Acórdão do Tribunal Constitucional de 2013”, cit. p.534.

¹⁰⁵ Sobre o tema, entre outros, CANAS DA SILVA, R., “Discriminação Laboral em Função da Idade”, in *Congresso Europeu de Direito do Trabalho, Coordenação Científica do Professor Doutor José João Abrantes, Almedina, Coimbra, 2012* cit., pp. 237-289 e MESTRE, B., “Discriminação em Função da Idade – Análise Crítica da Jurisprudência Comunitária e Nacional”, *Para Jorge Leite — Escritos Jurídico-Laborais, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.* cit., pp. 569-624.

discriminação indireta com os trabalhadores mais novos, a circunstância de estarmos perante um despedimento por extinção de um certo posto de trabalho, e existindo um de conteúdo funcional idêntico, consideramos que faz sentido valorizar, mesmo que em último critério, o tempo de serviço prestado por um determinado trabalhador.

5. Aspetos relevantes – correlação com os motivos e o despedimento coletivo

A correlação entre os critérios de seleção e os motivos subjacentes ao despedimento por extinção do posto de trabalho é um aspeto relevante. O empregador quando aplica os critérios de seleção do trabalhador a despedir tem de considerar os motivos que justificam o despedimento.

A verdade é que, tal como realça PALMA RAMALHO, há uma dificuldade de ligação entre uns e outros, “uma vez que os critérios são apresentados por uma ordem que se impõe ao empregador, qualquer que seja o motivo do despedimento”¹⁰⁶, o que demonstra que o legislador não acautelou a necessidade de enquadrar os critérios de seleção com os motivos que fundamentam o despedimento.

FURTADO MARTINS realça que numa situação em que aquilo que se pretende é reduzir custos e melhorar a qualidade do produto através de autonomização de uma linha de produção, aquilo que motiva o despedimento são motivos de carácter tecnológico. Caso o empregador tenha de escolher entre dois trabalhadores não parece que a relevância dos fatores de seleção se afira pelos objetivos que levaram o empregador a automatizar a linha de produção, mas antes pelos próprios motivos do despedimento, ou seja, pela razão que determinou a eliminação do posto de trabalho¹⁰⁷.

Assim, consideramos que seria fundamental a correlação dos motivos que justificam o despedimento com os critérios de seleção que, contudo, nem sempre ocorre. Vejamos o seguinte exemplo, o empregador pretende extinguir um posto de trabalho em que há 2 trabalhadores, sendo o motivo subjacente a quebra do volume de vendas em mais de 40%. O trabalhador A teve melhor avaliação de desempenho que o trabalhador B,

¹⁰⁶ PALMA RAMALHO, “Tratado do direito do trabalho”, cit. p. 913.

¹⁰⁷ FURTADO MARTINS, P., “Alterações ao regime do despedimento por extinção do posto de trabalho”, p.179.

apesar deste último ser o melhor vendedor da loja. Assim, segundo os critérios de seleção, o trabalhador abrangido pelo despedimento seria o B, pese embora o motivo subjacente à decisão de extinção do posto de trabalho tenha sido a quebra do volume de vendas, e o trabalhador B ser o que mais vende. Deste modo, percebe-se a necessidade de correlação dos motivos do despedimento com os critérios de seleção.

Esta questão torna-se ainda mais relevante tendo em conta que no despedimento coletivo a lei não estabelece quaisquer critérios de seleção, apenas exigindo que a entidade empregadora estabeleça critérios para determinar os trabalhadores a despedir. Por sua vez, no despedimento por extinção do posto de trabalho, é necessário cumprir com os critérios legais que temos analisado, não se compreendendo a distinção na abordagem legal, considerando que a principal distinção entre estas modalidades é apenas o número de trabalhadores abrangidos.

O regime do despedimento coletivo exige que o empregador densifique e fundamente os critérios utilizados, por forma a permitir o escrutínio judicial, ou seja, o empregador dispõe de discricionariedade na escolha dos critérios de seleção, desde que congruentes com os motivos invocados.

A circunstância de no despedimento coletivo a lei não impor critérios de seleção, o que possibilita que o empregador estabeleça os critérios mais adequados conforme os motivos do despedimento em causa, permite um melhor enquadramento dos mesmos com os motivos que levaram ao despedimento e não deixa de existir um controlo por parte dos tribunais, mesmo existindo uma maior discricionariedade dos empregadores.

CAPÍTULO III - Análise crítica e conclusões

Os critérios de seleção dos trabalhadores a despedir são critérios bastantes distintos, com pressupostos diversos e organizados de forma diferente, e estão estabelecidos de forma sucessiva e hierarquizada.

A própria ordem estabelecida é de questionar, especialmente pelo facto de a avaliação de desempenho ser o primeiro critério. Este critério suscita dificuldade na sua

interpretação, naquilo que se pode considerar como avaliação de desempenho no âmbito do despedimento por extinção do posto de trabalho, o que dificulta a sua aplicação prática.

Um dos principais problemas associado de forma transversal a todos os critérios é a possibilidade de manipulação unilateral por parte do empregador, pondo em causa o princípio da segurança no emprego previsto constitucionalmente.

Na avaliação de desempenho estamos perante circunstâncias subjetivas caso não se restrinja o âmbito de aplicação da avaliação de desempenho, visto que se assim não for existe uma grande margem de discricionariedade do empregador.

A avaliação de desempenho, enquanto primeiro critério estabelecido para a seleção do trabalhador a despedir levanta algumas questões problemáticas, e coloca em causa a exigência do Tribunal Constitucional de que “só a indicação legal e rigorosa de parâmetros condicionantes e limitativos pode impedir a possibilidade de subjetivação da escolha”¹⁰⁸.

A avaliação de desempenho é um critério bastante subjetivo, que tem de ser definido com base na viabilidade da relação laboral, não só para restringir a margem de discricionariedade do empregador, bem como para assegurar que é um critério adequado para o despedimento de um trabalhador por extinção do seu posto de trabalho, visto que uma avaliação de desempenho em grupo não permite uma concreta avaliação de cada trabalhador para proceder ao despedimento do trabalhador com pior avaliação de desempenho.

Deste modo, o sistema de avaliação necessita de uma certa objetividade, de modo a permitir um controlo por parte dos tribunais e, por isso, somos da opinião de que o sistema de avaliação deve ser de prévio conhecimento do trabalhador, e de que na decisão de despedimento é necessário ter em conta vários períodos de avaliação, ou um período minimamente abrangente, para ser possível concluir de forma mais objetiva possível o padrão de desempenho dos trabalhadores em causa.

Relativamente ao segundo critério de seleção, consideramos que devem ser conjugadas as habilitações académicas com as profissionais. No entanto, numa situação em que exista um trabalhador com melhores habilitações académicas e outro trabalhador

¹⁰⁸ MESTRE, B., “A “saga” do despedimento por extinção do posto de trabalho e as repercussões do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 602/2013 – algumas notas”, cit. p. 207.

com melhores habilitações profissionais, consideramos que o empregador deve ter uma margem de escolha, com base numa decisão objetiva, de qual o trabalhador que melhor se enquadra no exercício da atividade de conteúdo funcional idêntico.

Este é um critério mais objetivo, no entanto pode causar alguma discussão pela possibilidade do empregador valorizar mais uma das habilitações em prejuízo da outra.

No que concerne ao critério da maior onerosidade da relação laboral, consideramos que é um critério subjetivo, não só pela indefinição do que são considerados custos da relação laboral, mas também pela problemática de saber se os custos que são analisados tem de ser iguais para todos os trabalhadores abrangidos pelo despedimento.

Acresce que, considerando que a organização dos vários critérios de seleção dos trabalhadores a despedir, nomeadamente os dois primeiros critérios em causa, pretendem assegurar a manutenção do trabalhador com melhor desempenho e com melhores habilitações, ou seja, centram-se nas características dos trabalhadores, este critério da maior onerosidade muda drasticamente a intenção para os interesses económicos do empregador, o que acaba por dificultar a interpretação dos objetivos subjacentes aos critérios de seleção.

Deste modo, consideramos que o critério da maior onerosidade deve incluir todos os custos associados à manutenção do vínculo laboral, e não apenas os custos que são comuns aos trabalhadores potencialmente abrangidos pelo despedimento. No entanto, defendemos que é necessário que, para ser possível o controlo judicial sobre a legalidade do despedimento, os custos tidos em consideração sejam dados a conhecer aos trabalhadores no momento da cessação da relação laboral.

Relativamente aos custos com a cessação do contrato de trabalho, defendemos que os mesmos não podem ser tidos em consideração para aplicação deste critério de seleção, uma vez que o que está em causa são os custos da manutenção do vínculo, e essa manutenção não abrange os custos associados com a compensação devida pelo despedimento desse trabalhador.

Caso assim não fosse, estaríamos automaticamente a prejudicar os trabalhadores com mais antiguidade, o que não é a intenção do legislador, visto que um dos critérios de seleção valoriza a antiguidade dos trabalhadores.

O critério da experiência na função é para nós aquele que oferece menos dúvidas, na medida em que consideramos que estão reunidos todos os pressupostos para que se aplique este critério de forma objetiva e não discriminatória.

Este critério só pode ser aplicado se reconhecer toda a experiência que um dado trabalhador tem numa certa função, não só em relação ao empregador que procedeu ao despedimento, bem como em relação às entidades empregadoras anteriores desde que se considerem os critérios sugeridos por CARVALHO MARTINS e ABRUNHOSA E SOUSA, ou seja, de se apurar a existência de um nexo de causalidade entre a contratação e a experiência do trabalhador para a função em causa e verificar se o trabalhador entregou ao empregador cópia dos certificados de trabalho emitidos por empregadores anteriores que atestem a experiência na função¹⁰⁹.

Estamos perante mais um critério que se foca nas características do trabalhador, mas que, no entanto, é um critério que procura assegurar os interesses do empregador em manter um trabalhador experiente.

O último critério em análise é o da antiguidade do trabalhador, e existe controvérsia quanto à perda de importância deste critério face ao regime anterior. PALMA RAMALHO¹¹⁰ acolheu a alteração dos critérios de seleção e a perda de importância da antiguidade, visto que considera que existem outros critérios objetivos, como a produtividade ou assiduidade que devem ser relevantes no despedimento, por estarmos perante uma modalidade de despedimento relativa a razões económicas ou de gestão. Este entendimento é acompanhado por CARVALHO MARTINS e CANAS DA SILVA, que defendem que ao critério da antiguidade falta “sustentação racional que o legitime como fórmula-padrão, de aplicação indistinta”¹¹¹.

Apesar de consideramos que em última instância o critério da antiguidade pode ser um bom critério para ser aplicado na seleção dos trabalhadores a despedir, tendemos a concordar com os Autores citados, na medida em que existem critérios mais objetivos e que melhor se enquadra com os motivos que desencadeiam o despedimento por extinção do posto de trabalho.

¹⁰⁹ CARVALHO MARTINS, D. e ABRUNHOSA E SOUSA, D., "Os critérios de seleção no despedimento por extinção de posto de trabalho", cit., p. 162.

¹¹⁰ Palma Ramalho, "O Olhar do Tribunal Constitucional sobre a Reforma Laboral", cit. p. 767.

¹¹¹ MARTINS, DAVID CARVALHO; SILVA, RITA CANAS DA – "Despedimento por Extinção do Posto de Trabalho – A Revisão de 2012 e o Acórdão do Tribunal Constitucional de 2013", cit. pp.547-548.

A formulação que surgiu na sequência da declaração de inconstitucionalidade pelo TC constitui um avanço face ao critério único centrado na antiguidade. No entanto existe ainda um longo percurso, nomeadamente pela falta de conciliação entre os motivos do despedimento e os critérios de seleção aplicados.

Concluimos que é visível a evolução no regime dos critérios de seleção, mas que, no entanto, ainda existem diversas mudanças que são necessárias, não só para se compatibilizar com os requisitos predefinidos pelo Tribunal Constitucional, bem como para assegurar que estamos perante uma efetiva justa causa objetiva.

Jurisprudência pertinente

- Acórdão do Tribunal Constitucional N.º 602/2013, Processo n.º 531/12, Relator: Conselheiro Pedro Machete, tendo sido retificado pelo acórdão 635/2013, de 1 de Outubro. disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de fevereiro de 2022, processo n.º 10764/18.0T8SNT.L2.S1, Relator: Mário Belo Morgado, disponível em <http://www.dgsi.pt/>;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de julho de 2022, processo n.º 15905/20.4T8PRT.P1, Relator: Jerónimo Freitas, disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 14 de outubro de 2021, processo n.º 1181/21.5T8EVR-A.E1, Relator: Mário Branco Coelho, disponível em <http://www.dgsi.pt/>;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de fevereiro de 2020, processo n.º 1015/19.0T8CSC.L1-4, Relator: Sérgio Almeida, disponível em <http://www.dgsi.pt/>;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 7 de fevereiro de 2020, processo n.º 3019/18.1T8LRA.C1, Relator: Ramalho Pinto, disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de junho de 2019, processo n.º 1605/18.9T8VLG.P1, Relator: Paula Leal de Carvalho, disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10 de novembro de 2017 processo n.º 1556/15.9T8GRD.C1, Relator: Ramalho Pinto disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de maio de 2017, processo n.º 2293/15.0T8VFR.P1 Relator: Nelson Fernandes, disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de abril de 2017, proc. 1950/14.2TTLSB.L1, Relator: Ferreira Pinto, disponível em www.dgsi.pt;
- 2016 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de outubro de 2016, processo n.º 314/15.5T8BRR.L1.S1, Relator: Ribeiro Cardoso, disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de maio de 2016, disponível em www.dgsi.pt;

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de novembro de 2015, processo n.º 568/10.3TTVNG.P1.S1 (Melo Lima), disponível em www.dgsi.pt.

Bibliografia

- ABRANTES, J. J., “A jurisprudência constitucional recente em matéria laboral
ABRANTES, J. J., “A jurisprudência constitucional recente em matéria laboral
(algumas notas) in Para Jorge Leite, 1º v.: *Escritos Jurídico Laborais*, 1ª edição,
Coimbra: Coimbra Editora, 2014;
- CANOTILHO, J. J. G. e MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa
Anotada*, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014;
- CARVALHO MARTINS, D. – “O despedimento por extinção de posto de
trabalho e os critérios de seleção dos trabalhadores”, in *Direito Criativo*, 2014,
disponível <https://direitocriativo.com/o-despedimento-por-extincao-de-posto-de-trabalhoe-os-criterios-de-selecao-dos-trabalhadores/>;
- CARVALHO MARTINS, D. e CANAS DA SILVA, R., “Despedimento por
Extinção do Posto de Trabalho – A Revisão de 2012 e o Acórdão do Tribunal
Constitucional de 2013”, in J. REIS/ J. LEAL AMADO/ LIBERAL
FERNANDES/ REGINA REDINHA, Para Jorge Leite. *Escritos Jurídico-
Laborais*, I, Coimbra, Coimbra Ed., 2014;
- CARVALHO MARTINS, D. e ABRUNHOSA E SOUSA, D., "Os critérios de
seleção no despedimento por extinção de posto de trabalho", *Transformações
Recentes do Direito do Trabalho Ibérico*, Biblioteca RED, 2016, pp. 141-163,
disponível em:
https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_gessi_docs.download_file?p_name=F1854330697/Livro_Razao.pdf
- FALCÃO, D. e TOMÁS, S., “Regime do despedimento por extinção do posto de
trabalho - Análise da Proposta de Lei n.º 207/XII”, in *Questões Laborais*, n.º 44,
janeiro/junho 2014, Coimbra: Coimbra Editora, p. 41-48;
- FALCÃO, D. e TOMÁS, S., *Lições do Direito do Trabalho - A Relação
Individual de Trabalho*, 6.º edição, Almedina, 2019;
- FURTADO MARTINS, P., *Cessação do Contrato de Trabalho*, 4.ª ed., Cascais,
Principia, 2017;
- FURTADO MARTINS, P., “Alterações ao regime do despedimento por extinção
do posto de trabalho”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1/2, 2012;
- GOMES, J., *Direito do Trabalho*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007;

- LEAL AMADO, J., *Contrato de Trabalho*, 3.^a Edição, Coimbra: Coimbra Editora, agosto 2011;
- LEAL AMADO, J. e GOMES SANTOS, C. – “Cessação do Contrato”, in J. AMADO/ M. ROUXINOL/ J. N. VICENTE / C. G. SANTOS/ T. C. MOREIRA - *Direito do Trabalho – Relação Individual*, Almedina, Edições Almedina, 2019;
- LIBERAL FERNANDES, F., “Breves considerações sobre o acórdão n.º 602/2013 do Tribunal Constitucional”, in *Revista Electrónica de Direito*, dezembro 2013, disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/82608/2/102002.pdf>;
- LOBO XAVIER, B. com a colaboração de MARTINS, PEDRO FURTADO/ CARVALHO, ANTÓNIO NUNES/ VASCONCELOS, JOANA/ ALMEIDA, TATIANA GUERRA - *Manual de Direito do Trabalho*, 4.^a ed., Rei dos Livros, 2020.
- LOBO XAVIER, B., *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, Verbo, Lisboa/São Paulo, 2000.
- MACHADO, M. J., “A Lei n.º 27/2014, de 8 de maio - Algumas notas sobre a 6.^a alteração ao Código do Trabalho em matéria de despedimento por extinção de posto de trabalho”, in *Revista Jurídica Portucalense*. Porto 2015, n.º 18, pp.58-78;
- MENEZES CORDEIRO, A., *Direito do Trabalho - II - Direito individual*, Almedina, 2019;
- MESTRE, B. - “A “saga” do despedimento por extinção do posto de trabalho e as repercussões do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 602/2013 – algumas notas”, *Questões Laborais - in A reforma das leis laborais: reformatio in pejus?* n.º 43, julho/dezembro de 2013, Coimbra: Coimbra Editora, p. 197- 208;
- MONTEIRO FERNANDES, A., *Direito do Trabalho*, 21.^o ed., Almedina, 2019;
- NUNES DE CARVALHO, A., “Esboço de uma abordagem juslaboral da avaliação de desempenho” in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao prof. António Monteiro Fernandes*, I, Famalicão, Nova Causa, 2017;
- NUNES DE CARVALHO, A., “Reflexões sobre o conceito legal de posto de trabalho” in J. REIS/ J. LEAL AMADO/ LIBERAL FERNANDES/ REGINA REDINHA, *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais*, I, Coimbra, Coimbra Ed., 2014;

- PALMA RAMALHO, M.R., *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 8.ª edição, Coimbra: Almedina, 2021;
- PALMA RAMALHO, M.R., “O Olhar do Tribunal Constitucional sobre a Reforma Laboral” in J. REIS/ J. LEAL AMADO/ LIBERAL FERNANDES/ REGINA REDINHA, Para Jorge Leite. *Escritos Jurídico-Laborais, I*, Coimbra, Coimbra Ed., 2014;
- ROMANO MARTINEZ, P., “Anotação ao artigo 368.º” in *Código do Trabalho Anotado*, 13.º ed., Almedina, 2020;
- ROMANO MARTINEZ, P., *Da Cessação do Contrato*, 3ª ed., Almedina 2020;
- ROMANO MARTINEZ, P., *Direito do Trabalho*, 10.ª ed., Almedina 2022;
- SOUSA, M. e MACHADO, J. M., “Breves notas sobre o despedimento por extinção de posto de trabalho” in *Revista Jurídica Portucalense* n.º 21, Universidade Portucalense Porto 2021, disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/20009/18497>