



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Despedimento por causas objetivas:
em especial, o problema dos critérios de seleção nos despedimentos *por
eliminação de emprego***

Margarida de Carvalho Pisco

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Despedimento por causas objetivas:
em especial, o problema dos critérios de seleção nos despedimentos *por
eliminação de emprego***

Margarida de Carvalho Pisco

Sob orientação da Professora Doutora Milena Rouxinol

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024

À minha Avó Fátima,
Prometo que fiz tudo com *calma*.

Agradecimentos

Aos meus Pais, a quem devo tudo aquilo que sou, por me ensinarem o valor do Trabalho.

À minha Irmã, que me lembra de viver sem medo tudo aquilo que faço.

À Clara, a minha Amiga Genial, por ser sempre tudo aquilo que eu preciso.

Às Amigas da Vida, que acreditam mais em mim do que aquilo que eu achava possível.

Aos Amigos que fizeram de Lisboa uma casa, pelo vosso apoio e companhia.

À Professora Doutora Milena Rouxinol, por todo o apoio e disponibilidade na elaboração deste trabalho, que tornou tudo imensamente mais fácil.

Ao departamento de Corporate da CCA Law Firm, por torcerem por mim durante todo o processo.

Lista de Abreviaturas

Ac. / Acs. – Acórdão/Acórdãos

ACT – Autoridade para as Condições do Trabalho

art./arts. – Artigo/ Artigos

CC – Código Civil

Coord. - Cordenação

CRP – Constituição da República Portuguesa, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47/344

CT – Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12.02

Ed. – Edição

Vol. – Volume

LCCT – Regime jurídico da cessação do contrato individual de trabalho, incluindo as condições de celebração e caducidade do contrato de trabalho a termo

n.º/n.ºs – Número/Números

p./pp. – Página/Páginas

PME – Pequena e média empresa

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TJ – Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

Resumo

O despedimento coletivo e o despedimento por extinção do posto de trabalho configuram as modalidades mais relevantes do despedimento por motivos objetivos. Apesar de figuras semelhantes, os respetivos regimes jurídicos contam, ainda, com algumas diferenças estruturais, nomeadamente quanto à seleção dos trabalhadores a abranger pelo despedimento. Este trabalho visa analisar as vicissitudes provocadas pela aplicação prática destas modalidades de despedimento, assim como compreender as suas diferenças, ponderando a possibilidade de evolução para a sua regulamentação como uma figura unitária.

Palavras-chave: despedimento coletivo; despedimento por extinção do posto de trabalho; critérios de seleção.

Abstract

Collective dismissal and dismissal due to redundancy are the most prominent forms of dismissal for objective reasons. Although they are similar, the respective legal systems still have some structural differences, particularly regarding the selection of the workers to be covered by the dismissal. This paper aims to analyze the vicissitudes caused by the practical application of these forms of dismissal, as well as to understand their differences, considering the possibility of moving towards their regulation as a unitary figure.

Keywords: *collective dismissal; dismissal due to redundancy; selection criteria.*

Índice

1. Considerações introdutórias	8
2. O despedimento coletivo - noção e regime	9
2.1. O art. 338º-A CT: um novo requisito?	16
2.2. O elemento quantitativo	20
2.3. Os critérios de seleção	23
3. O despedimento por extinção do posto de trabalho	25
3.1. Noção e alguns traços de regime	25
3.2. Os critérios de seleção	29
4. Análise comparativa – <i>o despedimento por eliminação de emprego</i>	35
5. Conclusão	39

1. Considerações introdutórias

A relação laboral é inerentemente pessoal, marcada pelo binómio *trabalhador-empregador*, que obriga à conciliação de interesses aparentemente opostos, e de direitos fundamentais – o princípio da segurança no emprego (art. 53.º CRP) e o direito de livre iniciativa económica privada (art. 61.º CRP) – que facilmente entram em conflito.

Em particular, a cessação do contrato de trabalho é uma das matérias cuja complexidade e sensibilidade extravasam o plano jurídico, alargando-se a toda a vida social. Não é possível escrever sobre trabalho sem realçar a sua posição fundamental para qualquer trabalhador enquanto pilar do seu estatuto económico e social, e principalmente, enquanto meio de subsistência¹. Apesar de ser, muitas vezes, um meio de realização pessoal, a verdade é que o trabalho é, em primeira linha, um meio de sobrevivência para o trabalhador. Concebendo a função alimentícia do trabalho, facilmente se entende a caracterização do despedimento como um verdadeiro “*ato de violência do poder privado*”². Assim se justifica que o regime da cessação do contrato de trabalho seja verdadeiramente assimétrico: o trabalhador encontra uma liberdade de desvinculação muito superior à do empregador, que se encontra limitado por um conjunto de exigências e procedimentos para que possa pôr término ao contrato.

A proibição dos despedimentos sem justa causa, prevista no art. 53.º CRP, encontra obstáculos particulares no âmbito dos despedimentos por motivos objetivos. Desde logo, nestas formas de despedimento, o término da relação laboral não pode ser atribuído à conduta subjetiva do trabalhador, fundamentando-se, ao invés, em motivos económicos, estruturais e tecnológicos, alheios, também, à vontade do empregador. A impossibilidade de atribuição de culpa levanta desafios bastante particulares no âmbito da cessação do contrato. Por outro lado, é uma matéria que exige um compromisso por parte do legislador, de modo a restringir ao máximo as possibilidades de esta figura ser utilizada como um *cavalo de Tróia* para despedimentos ilícitos, e dos tribunais, a quem compete sindicarem estes procedimentos.

¹MONTEIRO FERNANDES, ANTÓNIO, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2023, 22.ª edição, pp. 608-609.

²BAYLOS, ANTONIO, PÉREZ REY, JOAQUÍN, *El despido o la violencia del poder privado*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, pp. 44.

O despedimento coletivo e o despedimento por extinção do posto de trabalho são as duas figuras de despedimento por justa causa objetiva que encontram uma maior aplicabilidade prática³. Apesar de serem motivados por razões idênticas, o procedimento delineado pelo legislador para cada uma destas modalidades de despedimento é bastante distinta, merecendo a nossa particular atenção a matéria relativa à seleção dos trabalhadores a despedir. Sabemos, ainda, que a tentativa de aproximação destes dois regimes neste ponto – através da supressão, também ao nível do despedimento por extinção do posto de trabalho, dos critérios legais de seleção a observar – foi considerada inconstitucional pelo TC, no Ac. 602/2013, de 20 de setembro, que se pronunciou sobre algumas das alterações trazidas ao regime laboral pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho. Perguntamo-nos, no entanto, se o contrário – a previsão de critérios de seleção e da obrigação de oferta de outro posto de trabalho para o despedimento coletivo – não seria a solução mais razoável.

Assim, o objetivo deste trabalho será o de compreender quais as diferenças entre os dois regimes de despedimento por motivos objetivos, e de perceber a razão que sustenta esta separação. Ainda, o de equacionar a possível aproximação entre ambos e a sua consideração como uma figura unitária designada, como propõe PEDRO FURTADO MARTINS, de despedimento por eliminação de emprego⁴.

2. O despedimento coletivo - noção e regime

Resulta, claramente, da noção de despedimento coletivo oferecida pelo art. 359.º CT que este é uma ferramenta ao dispor do empregador, perante a necessidade de redimensionamento da mão-de-obra, devido a motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos. O despedimento coletivo consiste na cessação, simultânea ou sucessiva, no período de três meses, de uma pluralidade de vínculos laborais, todos eles com fundamento comum. Este caracteriza-se, essencialmente, por dois elementos – um elemento de ordem qualitativa, relacionado com as motivações que levam à decisão de despedimento, e um elemento quantitativo, relacionado com o número de trabalhadores a abranger pelo despedimento⁵.

³Excluimos, desta análise, o despedimento por inadaptação, pela sua aplicação residual.

⁴FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação do Contrato de Trabalho*, Principia, Cascais, 2017, 4.º Edição, pp. 258-259.

⁵FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação...*p. 262.

Os conceitos de motivos de mercado, estruturais e tecnológicos, são bastante amplos, pelo que importa perceber em que consistem de modo a compreender em que situações terá o empregador legitimidade para proceder a um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho.

Em primeiro lugar, por motivos de mercado deve entender-se a redução da atividade da empresa resultante de uma diminuição geral da procura ou a impossibilidade de colocar esses bens no mercado. Relativamente aos motivos estruturais, estes consistem na instabilidade económico-financeira ou reestruturação da organização produtiva, que pode resultar numa redução de postos de trabalho, associando-se ao conceito de crise empresarial. Por último, os motivos tecnológicos remetem para fenómenos como a automatização ou informatização dos meios de produção. Todos estes motivos podem ser invocados pelo empregador como fundamento da decisão de proceder a um despedimento coletivo⁶. Perante este esclarecimento, é possível deduzir que o despedimento coletivo, na atual configuração que adota no ordenamento jurídico português, encontra-se vocacionado para duas situações em particular: uma situação de crise empresarial (que surge prevista sob a forma de motivos de mercado e estruturais), ou para situações de reorientação estratégica da empresa (prevista pelo legislador como motivos tecnológicos)⁷.

A questão de saber as finalidades legítimas para recorrer ao despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho é já antiga na doutrina e na jurisprudência e prende-se com o verdadeiro conflito de direitos fundamentais ínsito a este regime, ao obrigar o intérprete a conjugar o princípio da segurança no emprego (art. 53.º CRP), do qual resulta a proibição dos despedimentos sem justa causa, e o princípio da liberdade de iniciativa económica (art. 61.º), que confere aos empresários o direito de gerir a sua unidade produtiva de acordo com os seus objetivos económicos, dentro dos limites da lei.

Analisando a doutrina, torna-se claro que existem dois modos antagónicos de perspetivar os fundamentos admissíveis para o despedimento por motivos empresariais: uma posição mais liberal, que entende que qualquer decisão do empregador quanto à gestão da sua empresa tem legitimidade para conduzir à eliminação dos postos de trabalho; e, por outro lado, a que considera o recurso ao despedimento por motivos objetivos como solução de

⁶FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação...*284-285.

⁷PALMA RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2023, 9.º Edição, pp. 1064-63.

ultima ratio, quando não exista outra forma de concretizar a vontade do empregador. Antes de proceder à análise destas duas doutrinas, importa referir que a ideia de que o despedimento por motivos objetivos se reserva para as situações de verificada crise empresarial se encontra ultrapassada. O que se discute, na verdade, é a liberdade de o empregador dispor dessa figura, em qualquer contexto, independentemente de a viabilidade da empresa depender, ou não, da eliminação de postos de trabalho.

De facto, a perspetiva que, ao que se julga, recebe um maior acolhimento na doutrina e jurisprudência é aquela que entende, sob o conceito de liberdade de gestão empresarial, que todas as decisões do empregador que conduzam à eliminação de postos de trabalho serão admissíveis. Esta posição encontra a sua âncora na vertente de liberdade de empresa do princípio constitucional da livre iniciativa económica, que garante ao empresário, enquanto titular daquela empresa, o direito de a gerir, organizar e decidir livremente sobre ela⁸. Nas palavras de PEDRO ROMANO MARTINEZ, defensor desta tese, “*o empregador é [até] livre de empreender um caminho ruinoso*” na sua própria empresa⁹. Assim, considerando que a própria lei também não impõe essa restrição, entendem o despedimento coletivo (assim como o despedimento por extinção do posto de trabalho) como uma figura que pode ser utilizada para efeitos de reestruturação ou redimensionamento da empresa, sem que exija qualquer motivação adicional por parte do empregador, independentemente de existir uma situação de crise ou inviabilidade económica¹⁰.

Em consequência, a jurisprudência tem vindo a adotar uma posição pouco invasiva ao sindicar as decisões do empregador que conduzem ao despedimento objetivo. Entende-se que, enquanto decisões tendentes ao redimensionamento e reestruturação da empresa, estas se encontram na esfera de competência do empregador, enquanto seu titular, pelo que o Tribunal se deve abster de considerações quanto ao mérito destas decisões¹¹.

Esta análise assenta, em primeira linha, numa avaliação do princípio da separação de poderes, que impõe que o poder jurisdicional não substitua o legislador em matérias que já foram, por este, reguladas. Entende a doutrina que o legislador consagrou o

⁸MEDEIROS, RUI; PATRÃO, AFONSO, SILVA, RITA CANAS DA, “Despedimento Coletivo: sindicabilidade judicial da motivação empresarial”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2021, n.º 1-4, p. 143.

⁹ROMANO MARTINEZ, PEDRO, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2023, 11.ª Edição, pp. 1018-1019.

¹⁰FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação...* p.285.

¹¹LEAL AMADO, JOÃO, SANTOS, CATARINA GOMES, “Cessaçã do Contrato”, in *Direito do Trabalho: Relaçã Individual*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 997-999.

despedimento coletivo como uma medida de gestão, que terá como objetivo permitir um redimensionamento ou reestruturação da empresa, independentemente dos motivos que a fundamentem. Sendo que o próprio legislador conferiu ao empregador esta liberdade, tal não poderá ser alvo de avaliação por parte do Tribunal. A atuação do juiz deve restringir-se a matérias de direito, devendo este abster-se de equacionar alternativas à eliminação dos postos de trabalho, uma vez que tal é uma decisão de gestão, que compete ao empregador exercer. O despedimento por motivos objetivos é, entre outras, uma consequência dessa decisão. Assim, é possível sintetizar de forma clara de que modo se deve conduzir a atuação dos tribunais na apreciação dos despedimentos por motivos empresariais, considerando que este deve avaliar (i) o cumprimento do procedimento legal e respetivas regras formais; (ii) a veracidade dos motivos invocados – o empregador tem liberdade na gestão da sua empresa, independentemente de essa resultar na eliminação de postos de trabalho, porém, essa decisão deve radicar em motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos reais. No entanto, hoje é consensual que os motivos invocados pelo empregador podem assentar em meras previsões, o que dificulta o controlo da sua veracidade¹²; (iii) a efetiva eliminação de emprego, de modo a evitar que o despedimento objetivo seja utilizado como um meio de substituição de trabalhadores; (iv) a existência de um nexo de causalidade suficientemente adequado entre os motivos invocados pelo empregador para efetuar o despedimento, e os postos de trabalho que se pretende eliminar.

Acompanhando este entendimento, PEDRO ROMANO MARTINEZ afirma que não compete ao juiz apreciar o mérito destas decisões por parte do empregador, sendo que este se deve limitar a avaliar a veracidade do motivo de despedimento e identificar situações de abuso de direito¹³. Tal intromissão do juiz na gestão empresarial significaria um atentado à

¹²A LCCT reconheceu a possibilidade de os tribunais controlarem o cumprimento normativo das decisões do empregador no âmbito do despedimento coletivo. Ademais, na redação atual do CT, o legislador previu que, sempre que o despedimento venha a ser apreciado judicialmente, deve o tribunal avaliar a procedência dos fundamentos invocados pelo empregador (art. 387.º/4) e, caso esta não se verifique, compete-lhe determinar a invalidade do despedimento (art. 381.º/b). Este entendimento foi reforçado pelo próprio legislador na alteração ao Código de Processo do Trabalho, introduzida pela Lei n.º 107/2019, de 9 de setembro, que veio autorizar a apreciação dos fundamentos substantivos da licitude do despedimento coletivo por parte do tribunal, inclusive em sede de providência cautelar de suspensão do despedimento. Assim, parece que não restam dúvidas que, mesmo que a motivação do despedimento assenta numa mera previsão por parte do empregador quanto às oscilações do mercado, estes devem ser fundamentados e comprovados pelo tribunal.

¹³ROMANO MARTINEZ, PEDRO, *Direito...*pp. 1018-1019.

liberdade de iniciativa económica, na sua modalidade de liberdade de empresa, e consequentemente, seria inconstitucional¹⁴.

Como referido, esta é a tese maioritária e, como tal, encontra um claro acolhimento na jurisprudência. A título de exemplo, o Ac. do STJ de 6.12.2011 adotou, expressamente, a posição de que o empregador não tem de comprovar os motivos que o levam a proceder ao despedimento.¹⁵ Uma vez que estes motivos não têm de ser comprovados, o controlo jurisdicional deve reservar-se para “*os casos de gestão inteiramente inadmissível ou grosseiramente errónea poderão ser postos em causa os critérios de gestão observados pelo empregador*”¹⁶. Esta posição, que nega em absoluto a sindicabilidade das decisões do empregador, encontra-se, porventura, em curso de superação. Na sua vez, surge uma posição de sindicabilidade mínima, em que, apesar de se considerar que o tribunal não deve substituir-se ao empregador, considera que se deve avaliar se este atuou de acordo com as regras da boa-fé. Esta foi a solução que prevaleceu no Ac. TRL 7.10.2015, que, porém, se insurge contra “*decisões maximalistas dos poderes judiciais nesta matéria*”¹⁷.

Mais recentemente, acompanhando a doutrina, denota-se uma preocupação da jurisprudência no sentido de avaliar o nexos de causalidade entre os motivos invocados pelo empregador para a reestruturação e os postos de trabalho a serem eliminados.¹⁸

Um Ac. do TRC de 26.06.2020 clarifica que a avaliação do nexos de causalidade e da proporcionalidade da decisão do empregador, face aos efeitos que deseja produzir na empresa, é um juízo essencial para garantir o cumprimento do princípio constitucional da liberdade de iniciativa económica, salvaguardando a segurança no emprego¹⁹. Entende esta posição que independentemente de o empregador conseguir, ou não, provar a veracidade dos motivos invocados para os despedimentos, destes deve resultar a necessidade de eliminação de emprego. Dispõe o Ac. do STJ de 19.02.2013, “*É de*

¹⁴MEDEIROS, RUI; PATRÃO, AFONSO, SILVA, RITA CANAS DA, “Despedimento...”, p. 206.

¹⁵“*Ao contrário do que era exigível no império da LCCT (cfr. v.g. n.º 2, a), do seu art. 26.º[3]), a redução da actividade, motivada por razões de mercado, reflectidas na crise económica empresarial, não tem ora que ser previamente comprovada.*” Acórdão STJ de 06.12.2011, relator Fernandes da Silva, disponível em <https://www.dgsi.pt/>.

¹⁶Ac. do STJ de 25.2.2009, relator Mário Pereira, disponível em <https://www.dgsi.pt/>.

¹⁷Ac. do TRL de 7.10.2015, relator Alves Duarte, disponível em <https://www.dgsi.pt/>.

¹⁸PALMA RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO, *Tratado...*, p. 1064.

¹⁹“*Além disso, tal controlo deve incidir sobre a proporcionalidade entre a motivação apresentada e a decisão de proceder ao despedimento coletivo e sobre a racionalidade dessa decisão, dada a exigência constitucional de justa causa (comprovada) para que haja despedimento e dado o necessário equilíbrio e compatibilização entre todos os interesses e valores constitucionais em jogo, designadamente a liberdade de iniciativa económica privada (art. 61º CRP) e segurança no emprego (art. 53º CRP).*”, cfr. Ac. TRC, relator Jorge Manuel Loureiro, disponível em <https://www.dgsi.pt/>.

considerar ilícito, por não justificado, o despedimento dos autores quando não ficou demonstrado que as apuradas razões de mercado invocadas pela ré para a reestruturação da empresa implicassem uma redução da sua actividade, que, implicasse, por sua vez, a necessidade de proceder ao despedimento dos autores.”²⁰. Como referido supra, esta posição tem predominado na jurisprudência mais recente. O Ac. STJ, 19.05.2021 entendeu que os motivos invocados pelo empregador têm de ser verdadeiros, e adequados à intenção do despedimento. Ademais, estes devem ser fundamentados devidamente e ser congruentes com os postos de trabalho a eliminar²¹.

A par da posição apresentada, surge uma doutrina minoritária, que entende que a intervenção do juiz deve ir mais longe do que a simples apreciação do procedimento adequado, veracidade dos motivos invocados e nexo de causalidade.

Apesar de considerar que não é exigível uma situação de crise para proceder ao despedimento por motivos objetivos, JÚLIO GOMES entende que deve, mesmo assim, o Tribunal avaliar a situação global da empresa, de modo a garantir a coerência da decisão que conduz ao despedimento, com as restantes decisões de gestão do empregador²². Se a doutrina maioritária defende que o juiz não tem legitimidade para proceder a um controlo do mérito das decisões do empregador, por esta ser uma área exclusiva do mesmo, a doutrina minoritária considera que esta posição é inconciliável com o art. 53.º da CRP. O princípio da segurança no emprego impõe uma proibição dos despedimentos arbitrários, o que resulta na obrigatoriedade de se verificar justa causa de despedimento. Ora, o conceito de justa causa seria completamente esvaziado da sua função se não existisse uma exigência de que esta pudesse ser comprovada pelo empregador, ou sindicada pelo tribunal. Esta é uma exigência que existe na justa causa subjetiva, em que o empregador tem o ónus de provar os motivos que o levam a proceder ao despedimento, e seria paradoxal que a mesma não se pudesse estender ao despedimento objetivo. Aliás, no despedimento por eliminação de emprego, seria crucial que a motivação invocada possa ser comprovada, porque, caso contrário, poderia não ser, verdadeiramente, uma justificação – um despedimento que se baseia numa vontade ou opinião do empregador nunca poderá ser objetivo. Aliás, a intromissão por parte do órgão jurisdicional nas decisões de gestão do empregador não é uma novidade no ordenamento jurídico laboral,

²⁰Ac. STJ, de 19.02.2013, relatora Isabel São Marcos, disponível em <https://www.dgsi.pt>.

²¹Ac. do STJ de 19.05.2021, relator Júlio Gomes, disponível em <https://www.dgsi.pt>.

²²GOMES, JÚLIO, *Direito do Trabalho – Volume I – Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 991-992.

uma vez que se reconhece a sindicabilidade em matérias como a transferência de trabalhadores e a alteração dos horários de trabalho. Assim, não parece que faça sentido que no despedimento, do qual resulta um impacto muito mais profundo, o tribunal se deva abster de apreciações de mérito.

No fundo, a grande novidade desta posição radica no reconhecimento de que o empregador, apesar da liberdade de gestão que lhe é reconhecida constitucionalmente, está sujeito a um princípio de boa-fé, que exige que este pondere soluções menos danosas para os direitos em causa na sua decisão, ou seja, que pondere soluções alternativas ao despedimento. Este deveria ser reservado para as circunstâncias em que, comprovadamente, não haja outra opção que permita ao empregador alcançar o mesmo objetivo.

Assim, deve ser assegurada, também, uma participação do trabalhador no processo de despedimento, no sentido de procurar uma solução da qual não resulte a eliminação de emprego. O procedimento de despedimento coletivo é um procedimento negocial, pelo que a hipótese em que o empregador pode livremente dispor da sua empresa, provocando a eliminação de postos de trabalho, esvazia de todo o sentido do procedimento de negociação que o legislador estipulou deve anteceder o despedimento coletivo.

Por outro lado, não parece que faça sentido a existência de uma discrepância tão grande entre os vários tipos de despedimentos – se para o despedimento subjetivo, a prova é onerosa e sujeita a um escrutínio por parte do tribunal, não pode existir lugar para um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho insindicável²³. A lei e a racionalidade do Direito do Trabalho rejeitam, claramente, o despedimento arbitrário. A própria CRP consagra a garantia da segurança no emprego, da qual só pode resultar uma interpretação de rejeição face à dispensa de o empregador justificar o seu despedimento, e igualmente a sua isenção de o justificar de forma exaustiva, com base em fundamentos verdadeiros e ponderados. Assim, parece-nos que a resposta a esta questão terá de passar pela possibilidade de submissão das decisões do empregador ao “*escrutínio judicial*”, sob pena de atropelar, por completo, uma garantia constitucional²⁴.

²³GOMES, JÚLIO, *Direito do Trabalho*...pp. 992-996.

²⁴LEAL AMADO, JOÃO, “A proibição de recurso à terceirização de serviços e o despedimento-para-terceirizar: nótula sobre o novo artigo 338.º-A do Código do Trabalho”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 2023, n.º 4040, p. 313.

Como referido desde o início, esta é uma posição minoritária e que, até recentemente, não encontrava acolhimento na jurisprudência. Porém, o Ac. STJ de 11.12.2019²⁵ introduz uma viragem de paradigma na jurisprudência, ao abrir o precedente para um maior controlo jurisdicional das decisões gestonárias do empregador. Em causa estava o encerramento de um estabelecimento de uma empresa, e o conseqüente despedimento coletivo de todos os trabalhadores afetos ao mesmo, por motivos económicos e de diminuição da procura. O empregador justificava a seleção destes trabalhadores pelo facto de esta ser, de todas as suas lojas, aquela que apresentava um decréscimo mais acentuado de faturação. Apurando a veracidade dos motivos invocados, o STJ confirmou que, de facto, o estabelecimento havia registado um decréscimo no volume de vendas, e que o encerramento do mesmo permitiria reduzir os custos inerentes à exploração daquela atividade. Porém, entendeu que esta decisão não poderia ser considerada proporcional face ao dano da perda de emprego. Fundamentando a sua decisão, o STJ explica que uma mera necessidade de redução de custos não poderá justificar a eliminação do emprego destes trabalhadores e, ademais, que apesar de se dar como provada a redução das vendas, em momento algum o empregador demonstrou que esse fator colocava em causa, de forma significativa, a viabilidade do negócio. Deste modo, o Tribunal acolhe a posição proposta por JÚLIO GOMES, acrescentando um novo elemento que deve ser objeto de avaliação pelo juiz – a adequação e correção do despedimento para concretização do fim que se visa com aquela decisão²⁶.

2.1.O art. 338º-A CT: um novo requisito?

A discussão à volta da motivação do despedimento ganhou uma nova dimensão com a entrada em vigor da Agenda do Trabalho Digno, que veio introduzir o art. 338.º-A. Sob a epígrafe *Proibição da terceirização de serviços*²⁷, este artigo vem impedir que, nos doze meses que se seguem a um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho, o empregador externalize a atividade em causa, ou seja, recorra a elementos externos à empresa, através da contratação de serviços, para assegurar a mesma. Esta norma tem suscitado uma grande discussão, sendo considerada uma mudança de paradigma, e pelas

²⁵Ac. STJ, de 11.12.2019, relator António Leões Dantas, disponível em <https://www.dgsi.pt/>.

²⁶MEDEIROS, RUI; PATRÃO, AFONSO, SILVA, RITA CANAS DA, “DESPEDIMENTO...”, pp.122-125.

²⁷A epígrafe deste artigo foi alvo de inúmeras críticas, que a consideram desadequada. Na verdade, o legislador não proíbe verdadeiramente o recurso à “terceirização”, apenas limita o acesso à mesma. – *cf.* LEAL AMADO, JOÃO, ET AL, Artigo 338.º-A: no olho do furacão!, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2023/04/12/artigo-338-o-a-no-olho-do-furacao/>.

dúvidas de aplicação que o seu regime gera²⁸. No entanto, é de notar que o regime introduzido por este artigo não é uma novidade no ordenamento jurídico laboral, e que uma solução semelhante existe no regime do trabalho temporário, previsto no art. 175.º/5 CT, sem nunca ter suscitado tanta perplexidade como o art. 338.º-A²⁹.

Desde logo, surgiram relevantes dúvidas relativamente à interpretação a ser feita desta norma.

Segundo uma das leituras possíveis, o 338.º-A introduz um novo efeito acessório do despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho. Assim, esta regra deve ser entendida como um mero impedimento de o empregador terceirizar uma atividade nos doze meses seguintes a uma decisão de despedimento. Assim, a supressão de postos de trabalho correspondentes a necessidades que o empregador desejasse vir a suprir mediante terceirização ou *outsourcing* permaneceria como um fundamento para o despedimento, ficando, simplesmente, aquela vedada durante 12 meses, sob pena de contraordenação grave³⁰.

Outra perspetiva entende que o legislador pretendia operar aqui uma verdadeira proibição, pela qual a decisão de gestão do empregador de recorrer a um regime de *outsourcing* deixaria de constituir um fundamento possível para proceder ao despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho. O empregador não estaria, no entanto, proibido de terceirizar – simplesmente, não poderia recorrer ao despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho com este intuito. No fundo, o objetivo do legislador seria o de impedir que o despedimento coletivo fosse utilizado como um meio para atingir o fim, que seria o *outsourcing*³¹.

Relativamente à natureza desta norma, acompanhamos a posição de LEAL AMADO – permitir que uma decisão de gestão como a terceirização seja suficiente para legitimar um despedimento seria esvaziar de todo o seu sentido o princípio da segurança no emprego. Uma das seguranças garantidas por este princípio é de que os trabalhadores não estarão

²⁸LAMBELHO, ANA, “O Trabalho Temporário e Terceirização à Luz da Agenda do Trabalho Digno”, *Questões Laborais*, 2023, n.º 63, pp. 193-194.

²⁹O regime do trabalho temporário proíbe o empregador de celebrar um contrato de trabalho temporário para “*satisfação de necessidades que tenham sido asseguradas por trabalhador cujo contrato tenha cessado nos 12 meses anteriores por despedimento coletivo ou por despedimento por extinção do posto de trabalho.*” No entanto, a sanção associada a esta proibição é a nulidade do contrato de utilização, e sua conversão num contrato de trabalho sem termo (art. 176.º CT). LEAL AMADO, JOÃO, “A proibição...” ‘pp. 317-318.

³⁰PALMA RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO, *Tratado...*, p. 1083.

³¹LEAL AMADO, JOÃO, “A proibição...”, p. 313.

sujeitos a qualquer vontade do empregador, impedindo que estes sejam considerados apenas mais um elemento na cadeia de produção, que pode ser livremente eliminado caso surja uma solução que permita um resultado mais lucrativo.

No entanto, seja qual for o entendimento sobre a racionalidade desta norma, levantam-se questões transversais relativamente à sua aplicação prática³².

Desde logo, quanto à sanção associada à violação do art. 338.º-A, que consiste numa contraordenação grave a ser imputada ao beneficiário da prestação de serviços. Considerando que decorre desta norma uma verdadeira proibição de despedir para externalizar postos de trabalho, parece-nos que a consequência mais adequada seria a invalidade do despedimento. No entanto, o legislador não incluiu esta causa de ilicitude no elenco dos art. 383.º e art. 384.º do CT, que preveem, respetivamente, as causas de ilicitude do despedimento coletivo e por extinção do posto de trabalho. Mesmo assim, não deixamos de equacionar que a verdadeira consequência da violação desta norma seja, efetivamente, ilicitude do despedimento, por força de analogia com o art. 381.º/b), do CT³³. Ora, imaginando que o empregador procede a um despedimento coletivo, que justifica com a sua decisão gestionária de recorrer ao *outsourcing* de uma secção da empresa, com objetivo de reduzir custos – perante a nossa interpretação da racionalidade do art. 338.º-A, este fundamento deve ser considerado improcedente, e, em consequência, o despedimento deve ser determinado ilícito.

Outra crítica que tem sido apontada à aplicação prática desta norma prende-se com o facto de a norma estabelecer que a proibição decorre durante um prazo de *12 meses*. No entanto, o prazo estabelecido para a impugnação do despedimento coletivo e do despedimento por extinção de posto de trabalho é consideravelmente mais reduzido, correspondendo a 60 e 70 dias, respetivamente (art. 388.º e 387.º CT). Assim, parece que, após o decorrer destes prazos, apenas a ACT poderá impugnar estes despedimentos. No entanto, essa sanção irá operar num plano puramente contraordenacional, punindo o empregador, mas sem qualquer efeito prático na vida dos trabalhadores que foram despedidos³⁴.

Urgiria, ainda, saber quais os efeitos da invalidade do despedimento nos contratos de prestação de serviços celebrados consequentemente. Considerando que esta é uma norma

³²*Idem*, p. 316.

³³SANTOS, CATARINA GOMES, “Agenda do Trabalho Digno: o que há de novo no despedimento coletivo?”, *Questões Laborais*, 2023, n. 63., pp. 262-265.

³⁴LEAL AMADO, JOÃO, “A proibição...”, p.317.

imperativa, a sanção associada à sua violação seria a nulidade do contrato em consequência, por via do art. 294.º CC³⁵.

Opondo-se a esta conclusão, PEDRO ROMANO MARTINEZ considera que a violação desta norma não implica a ilicitude dos contratos de prestação de serviços celebrados posteriormente. O autor baseia-se numa interpretação literal da letra da lei – uma vez que esta não consta como causa de ilicitude do despedimento nos arts. 381.º e 383.º do CT, não poderá ser considerada como tal³⁶. Assim, a sanção seria apenas a contraordenação grave, imputada ao empregador, sem qualquer esforço de reposição da situação jurídica existente anteriormente. Como exposto em cima, não acompanhamos esta posição. Sendo o despedimento considerado ilícito por força da improcedência do motivo justificativo, devem seguir-se os trâmites normais da declaração de ilicitude da cessação do contrato de trabalho, reintegrando o trabalhador no seu posto de trabalho.

Na verdade, as questões suscitadas pelo art. 338.º-A vão além das dúvidas de aplicação do seu regime, e consistem em verdadeiras questões de conformidade constitucional. Estas dúvidas são partilhadas por grande parte da doutrina, que considera que o conteúdo da liberdade de iniciativa económica é gravemente posto em causa, uma vez que condiciona o empregador na gestão da sua empresa, principalmente no que diz respeito à decisão de como administrar os recursos humanos da sua empresa.³⁷ Aliás, em outubro de 2023, a Provedora de Justiça requereu ao TC a declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade da norma do art. 338.º-A, por considerar que esta impõe restrições desproporcionais ao direito fundamental da livre iniciativa económica.³⁸

Apesar de ser inegável que esta norma impõe uma limitação à livre iniciativa económica, tal não implica forçosamente a sua inconstitucionalidade. A CRP obriga a efetuar uma ponderação de valores perante qualquer conflito de direito, com base nas exigências da proporcionalidade (art. 18.º/2 CRP). Ora, uma análise honesta e proporcional destes dois

³⁵LAMBELHO, ANA, “O Trabalho...”, pp. 197-198.

³⁶No mesmo sentido, de os contratos celebrados na sequência serem lícitos, PALMA RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO, *Tratado...*, p.1020.

³⁷ROMANO MARTINEZ, PEDRO, SILVA, LUÍS GONÇALVES DA, “Constituição e Agenda do Trabalho Digno”, *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, 2023, n.º 4, pp. 301-305.

³⁸No pedido de fiscalização da constitucionalidade, pedido pela Provedora da Justiça ao Tribunal Constitucional, no dia 23 de outubro de 2023, refere expressamente que “o legislador de 2023 penetrou num domínio que se situa muito para além dos limites que são apostos pela Constituição, e pelo sistema [codificado] de direito ordinário, ao exercício da liberdade de iniciativa económica privada, na sua dimensão de liberdade de empresa [...]”, disponível em https://www.provedor-jus.pt/documentos/2023_10_23_Requerimento%20Tribunal%20Constitucional_agenda%20trabalho%20igno.pdf.

valores em causa – a livre iniciativa económica e a segurança no emprego – não pode deixar de ter em conta que a CRP reconhece à estabilidade no emprego uma dignidade e iminência que não permite que esta seja sacrificada, mesmo que existam outros bens constitucionalmente protegidos. A lógica constitucional em vigor, assim como o ordenamento jurídico laboral, primam pela ambição do pleno emprego, e pela proteção de vínculos laborais estáveis, negando que o trabalhador seja um elemento que possa ser descartado consoante as vontades do mercado. Deste modo, o art. 338.º-A vem apenas afirmar, apesar de o fazer de uma forma algo criticável, que vínculos laborais estáveis não podem ver-se precarizados com base no exercício de liberdade económica do empregador, na sua procura de maior eficiência e lucro. Tal seria um sacrifício desproporcional, imputado aquela que é a parte mais fraca do contrato de trabalho³⁹.

2.2. O elemento quantitativo

O elemento quantitativo é um dos principais elementos diferenciadores entre o despedimento coletivo e os restantes tipos de despedimento. Dir-se-ia mesmo que, no que respeita à noção, é o único elemento diferenciador. O que caracteriza verdadeiramente este tipo de despedimento é o elemento quantitativo, ou seja, o número de trabalhadores a abranger pelo despedimento, que varia consoante a dimensão da empresa.

Assim, no caso de micro e pequenas empresas, o despedimento coletivo deve abranger, no mínimo, dois trabalhadores, já nas médias e grandes empresas, deve abranger, pelo menos 5 trabalhadores. Neste âmbito, importa determinar o número de trabalhadores da empresa, cálculo para o qual o intérprete deve seguir as regras do art. 100.º do CT, particularmente o n.º 2 que indica que, para aferir este número, se atende “*à média civil do ano antecedente*”, considerando apenas os trabalhadores que estejam diretamente vinculados ao empregador.

O regime do despedimento coletivo resulta da transposição da diretiva 89/59/CE, do Conselho, que o caracteriza como um despedimento por motivos alheios à pessoa do trabalhador, a aplicar quando o número de contratos a cessar atinja um determinado número. Acontece que os valores indicados pelo legislador português são distintos dos estabelecidos pelo legislador europeu. Este último determinou, no art. 1.º/a), que os Estados-Membros devem qualificar o despedimento coletivo como aquele que ocorre quando: no período de 30 dias, se despede um mínimo de 10 trabalhadores, no

³⁹LEAL AMADO, JOÃO, “A proibição...”, pp. 318-320.

estabelecimento que empregue habitualmente mais de 20, e menos de 100 trabalhadores; o mínimo de 10% dos trabalhadores, no caso de empresas com o mínimo de 100 e menos de 300 trabalhadores, e o mínimo de 30 trabalhadores, quando a empresa empregue habitualmente o mínimo de 300 trabalhadores; ou quando, no período de 90 dias, se despeçam pelo menos 20 trabalhadores. A escolha do legislador português de um número tão inferior prende-se com as próprias características da economia portuguesa, onde predominam as micro e pequenas empresas. No entanto, a verdade é que os despedimentos que envolvem dezenas ou centenas de trabalhadores irão ter reflexos sociais e económicos muito mais acentuados, e que devem ser acautelados⁴⁰.

Importa, ainda, notar que noção de despedimento coletivo no ordenamento jurídico português foi apreciada pelo TJ, no acórdão de 12 de outubro de 2004. Este debruçou-se sobre a definição de despedimento coletivo prevista no art. 16.º da LCCT, considerando que a República Portuguesa não cumpriu as suas obrigações de transposição da diretiva, ao sujeitar a aplicabilidade do despedimento coletivo à verificação de motivos estruturais, tecnológicos e conjunturais, ao invés de a alargar a todos os motivos não inerentes aos trabalhadores.

Em particular, estava em causa a não aplicabilidade do regime do despedimento coletivo a situações de falência ou liquidação da empresa, força maior, ou falecimento do empregador, situações que, para efeitos da diretiva deveriam ser abrangidas pelo despedimento coletivo⁴¹. Como refere o Ac. referido, o conceito de despedimento deve ser entendido como englobante de *“qualquer cessação do contrato de trabalho não pretendida pelo trabalhador e, conseqüentemente, sem o seu consentimento.”*. No entanto, a diretiva não ignora a participação do trabalhador no despedimento, ao estabelecer o conceito de *“despedimento por equiparação”* no segundo parágrafo do art. 1.º/1. Esta disposição determina que são subsumíveis ao despedimento coletivo as situações de acordos revogatórios entre o empregador e o trabalhador, ou a denúncia do contrato, nomeadamente para efeitos do computo do número de trabalhadores.

De facto, esta é uma ideia que não encontra acolhimento no ordenamento jurídico português, o que nos impede de dizer que existe um cumprimento pleno da diretiva.

⁴⁰FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação...* p. 263.

⁴¹MONTEIRO, LUÍS MIGUEL, “Notas sobre a articulação entre Direito Nacional e Direito Comunitário a propósito da noção de despedimento colectivo”, in *IX Congresso Nacional de Direito do Trabalho* (coord. Doutor António Moreira), Almedina, 2007, pp. 167-177.

Ademais, o conceito de “*despedimento por equiparação*” não é acolhido pela doutrina portuguesa, que considera que tal significa desvirtuar a figura do despedimento, ao fazê-lo depender do consentimento do trabalhador⁴². Como realça PEDRO FURTADO MARTINS, esta solução poderia conduzir a que existisse um despedimento coletivo, sem que o empregador tivesse declarado qualquer tipo de despedimento, acabando por conduzir a soluções pouco razoáveis⁴³.

Na jurisprudência, o Ac. TRL 18.12.2013 considerou que os acordos revogatórios, precisamente por dependerem do consentimento do trabalhador, não poderão ser contabilizados para apurar a existência de um despedimento coletivo. Esclarece, o acórdão, que o despedimento é um ato unilateral do empregador, requisito que se encontra excluído a partir do momento em que o trabalhador consente ou entra em acordo com o mesmo⁴⁴. Em sentido oposto, o Ac. TRL de 24.06.2009, em que a juiz considerou que, apesar de formalmente terem sido celebrados acordos, pelos motivos indicados para a cessação dos contratos de trabalho, aliado ao número de trabalhadores a despedir, devia ter sido observado o procedimento de despedimento coletivo⁴⁵.

Este é, no entanto, um entendimento minoritário. Apesar de, em termos técnicos, não fazer sentido a equiparação entre a figura do acordo revogatório e do despedimento coletivo, a verdade é que o segundo permite ao trabalhador um acompanhamento por parte das estruturas representativas durante o processo de negociação, inclusive, a intervenção do Ministério responsável pela área do trabalho. Assim, mesmo que venha a ser celebrado um acordo, a observância deste procedimento resultará, certamente, numa aceitação mais esclarecida e informada do trabalhador relativamente aos seus direitos.

O número de trabalhadores a despedir no âmbito de um despedimento coletivo determina-se no início do processo. Este aspeto é importante porque, durante o procedimento de despedimento, é comum que vários contratos acabem por cessar por outras causas,

⁴²*Ibidem*.

⁴³Em *ultima ratio*, esta solução conduziria a situações desiguais. O autor oferece o exemplo de uma empresa onde estão empregadas 75 pessoas, e onde se encerra uma secção onde trabalham 6 trabalhadores. Se esses 6 contratos de trabalho cessarem por acordo revogatório, não estaremos perante um despedimento coletivo, estando o empregador dispensado de observar o procedimento do mesmo. No entanto, se 4 desses contratos cessassem por acordo revogatório, e os restantes por extinção do posto de trabalho, seria necessário proceder à equiparação dos despedimentos. Assim, o despedimento acabaria por ter de ser considerado ilícito, por não ter seguido a modalidade de despedimento coletivo.

⁴⁴Ac. do TRL, de 18.12.2013, relator Sérgio Almeida, disponível em <https://www.dgsi.pt/>.

⁴⁵Ac. do TRL, de 24.06.2009, relatora Maria João Romba, disponível em <https://www.dgsi.pt/>.

resultando que, muitas vezes, o número de trabalhadores a despedir seja inferior ao mínimo exigido pela lei⁴⁶.

2.3. Os critérios de seleção

O procedimento de despedimento coletivo exige, inevitavelmente, que o empregador avalie os trabalhadores que tem a seu cargo, e selecione aqueles que pretende abranger com o despedimento. A Lei dos Despedimentos demonstrava uma preocupação social no momento da escolha dos trabalhadores a despedir, estabelecendo que devia ser privilegiada a manutenção do vínculo laboral de trabalhadores em situações mais vulneráveis.⁴⁷ Mais tarde, a LCCT, aproximando-se do regime vigente, eliminou os critérios de seleção discriminados anteriormente, e criou a obrigação de incluir, na comunicação inicial de despedimento, os critérios com base nos quais pretende proceder à seleção de trabalhadores (art. 17.º/2/c) da LCCT). Permitia, porém, que os critérios fossem regulados via CCT. Esta norma não encontrava grande aplicabilidade prática, uma vez que a eficácia relativa dos CCT dificultava a imposições desses critérios, pelo que veio a ser corrigida com o CT de 2003.

No regime atual, os critérios de seleção dos trabalhadores a abranger pelo despedimento coletivo são elaborados pelo próprio empregador, que dispõe de uma ampla liberdade na sua escolha. Nos termos do art. 360.º/2/c) CT, estes devem ser transmitidos aos trabalhadores abrangidos pelo despedimento coletivo no momento da comunicação inicial. Os critérios definidos pelo empregador devem ser lícitos, e aptos a concretizar o objetivo do despedimento. Apesar de a margem de liberdade concedida ao empregador ser muito superior àquela concedida no despedimento por extinção do posto de trabalho, encontra-se, naturalmente, limitada pelo princípio da igualdade – de acordo com o qual

⁴⁶FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação...*, p. 263-267.

⁴⁷Lei dos Despedimentos, na redação da Lei n.º 84/76, de 28 de janeiro. O art. 18.º determina que teriam prioridade na manutenção de emprego os trabalhadores deficientes, aqueles com maior antiguidade, os mais idosos, aqueles com maiores encargos familiares e, por último, os mais capazes, experientes ou qualificados. Divergia, ainda, do regime atual pelo facto de a ordem de aplicação dos critérios não ser imperativamente sucessiva, possibilitando que fosse alterada via convenções coletivas de trabalho.

os critérios se devem aplicar de modo igual a todos os trabalhadores – e pela proibição de despedimentos fundados em motivos discriminatórios⁴⁸ (art. 381.º/a) CT)⁴⁹.

Geralmente, os critérios indicados pelo empregador tendem a centrar-se nos resultados da avaliação de desempenho⁵⁰, habilitações, produtividade e custo da permanência ou saída do trabalhador da empresa.

Os critérios definidos pelo empregador para a seleção dos trabalhadores a despedir devem constar da comunicação inicial à estrutura de representativa dos trabalhadores, em que este anuncia a sua intenção de proceder a um despedimento coletivo (art. 360.º/2/c) CT). A falta de comunicação destes critérios, ao contrário do que sucede no despedimento por extinção do posto de trabalho, não implica a ilicitude do despedimento, considerando que este fundamento não consta do elenco previsto no art. 383.º CT. No entanto, a disponibilização destes critérios será essencial para que o trabalhador se possa defender do despedimento, e também para que o Tribunal possa sindicá-lo a sua regularidade⁵¹. Neste sentido, o Ac. do STJ de 3.07.2010 determina que a ausência de indicação de critérios de seleção na comunicação de despedimento coletivo corresponde a uma mera irregularidade, que não determina a ilicitude do despedimento, e que pode ser suprida em qualquer momento do processo⁵². Em sentido contrário, cerca de um ano depois, o STJ veio considerar que esta irregularidade corresponde, na verdade, a uma omissão de formalidades essenciais da comunicação inicial do art. 360.º/2, que não pode ser diminuída uma vez que impede o trabalhador de conhecer as razões que o levam a ser

⁴⁸No âmbito do despedimento coletivo, os critérios aparentemente lícitos podem conduzir a despedimentos discriminatórios. A título de exemplo, remetemos para o caso apreciado no Ac. STJ 24.03.2021, onde, num despedimento coletivo de 21 trabalhadores, 20 eram sindicalizados. O critério de seleção indicado pelo empregador implicava o despedimento dos trabalhadores que não aceitassem um acordo em que vários dos seus direitos saíam prejudicados. Os trabalhadores filiados em sindicatos informaram-se junto dos respetivos e não aceitaram o acordo. O despedimento foi considerado ilícito. Disponível em <https://www.dgsi.pt/>.

⁴⁹FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação...*, p.313.

⁵⁰Os Tribunais têm reiterado a ideia de que, quando a decisão de seleção do trabalhador a despedir tenha fundamento na avaliação de desempenho, os elementos que foram avaliados devem estar incluídos na comunicação de despedimento, de modo que possa ser apreciada a sua idoneidade para cumprimento do objetivo do despedimento coletivo. A título de exemplo, o Ac. STJ 19.09.2023, relator Domingos José de Moraes, disponível em <https://www.dgsi.pt/>, em que o tribunal considerou que a ausência dos elementos de avaliação na comunicação de despedimento privou a trabalhadora alvo do despedimento do seu pleno direito de defesa, e impediu que o Tribunal pudesse, efetivamente, avaliar o nexo de causalidade entre os motivos na génese do despedimento coletivo e o despedimento desta trabalhadora. Concluiu o Tribunal que é imperioso garantir o acesso aos *“objetivos critérios e resultados das avaliações de desempenho dos trabalhadores comparáveis, para afastar qualquer eventual arbitrariedade, discricionariedade ou ilegalidade, incompatíveis com princípios estruturais do direito: os princípios da imparcialidade, da certeza e segurança jurídicas.”*

⁵¹FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação...*, pp. 314-317.

⁵²Ac. do STJ, de 3.07.2010, relator Vasques Dinis, disponível em <https://www.dgsi.pt/>.

alvo daquele despedimento, preterindo o seu direito de defesa. Assim, o Ac. conclui que a esta omissão deve estar associada a ilicitude do despedimento, que terá por consequência a subsistência do vínculo laboral do trabalhador alvo de despedimento⁵³. Apesar de esta última interpretação se alinhar, de forma mais coesa, com o princípio da segurança no emprego e a consequente proibição dos despedimentos arbitrários, não é a que predomina na doutrina, que tende a considerar que, de facto, esta omissão dos critérios definidos pelo empregador para a seleção dos trabalhadores a despedir implica uma mera irregularidade no procedimento de despedimento coletivo.

Discute-se, ainda, relativamente à fase decisória do despedimento coletivo, se o empregador tem de explicar fundamentadamente o motivo concreto que o levou a escolher aquele trabalhador como alvo do despedimento. Assim, para além de explicar o motivo de mercado, estrutural ou tecnológico que o levou a proceder ao despedimento, deveria ainda esclarecer com base em que critério selecionou aquele trabalhador em particular, e explicar de que modo é que esse critério se encontra preenchido. Apesar da crítica apontada de que a observância destas formalidades constituiria uma individualização do despedimento coletivo⁵⁴, parece-nos que a lógica aplicável à comunicação inicial pode ser transposta para esta fase do processo. Fará, então, sentido que o empregador observe estas diligências, de modo a facilitar a sindicabilidade do despedimento junto do tribunal, salvaguardando, assim, a sua decisão.

3. O despedimento por extinção do posto de trabalho

3.1. Noção e alguns traços de regime

O despedimento por extinção do posto de trabalho (art. 367.º e ss. CT) é, à semelhança do despedimento coletivo, uma das modalidades de cessação do contrato de trabalho por motivos objetivos que o empregador pode invocar, baseando as suas decisões em razões económicas, de mercado, estruturais e tecnológicas.

Esta figura foi introduzida pelo legislador na LCCT para corresponder às situações em que se verifica a inexigibilidade da manutenção do vínculo laboral, sem que fosse aplicável o despedimento coletivo. Inicialmente, a regulamentação desta figura indicava,

⁵³Ac. STJ 20.10.2011, relator Gonçalves da Rocha, disponível em <https://www.dgsi.pt/>.

⁵⁴PALMA RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO, *Tratado...*, pp. 1079-1090.

expressamente, o que se devia entender por motivos económicos, tecnológicos e estruturais (art. 26.º LCCT). Esta referência foi eliminada pelo CT, que passou a operar uma remissão para o regime do despedimento coletivo, onde estes conceitos se encontram igualmente definidos (art. 367.º/2 CT), evidenciando a proximidade entre as duas figuras⁵⁵. Já na sua versão originária, o despedimento por extinção do posto de trabalho distinguia-se do despedimento coletivo pelo facto de o seu âmbito material de aplicação não se limitar à verificação de motivos de racionalidade económica que justifiquem o despedimento, impondo-se determinados requisitos para que o empregador possa proceder à eliminação de emprego. Estas condições, que se devem verificar cumulativamente, acompanharam a evolução desta modalidade de despedimento, e sofreram, apenas, ligeiras alterações de redação, que conduziram à redação atual do art. 368.º CT⁵⁶.

Desde logo o art. 368.º/1/a) impõe que o despedimento não poderá ter fundamento numa atuação culposa do trabalhador. Esta clarificação visa salvaguardar que o comportamento do trabalhador não fundamenta a decisão de despedir e garantir que apenas o despedimento por justa causa é utilizado para esse efeito.

Na segunda parte da norma, excluem-se do âmbito de aplicação as situações de atuação culposa do empregador. Este requisito demonstra maiores complexidades na sua aplicabilidade prática. Na verdade, todos os despedimentos por extinção do posto de trabalho advêm de uma decisão que é imputada à vontade do empregador e será sempre difícil estabelecer uma censura face a uma decisão de gestão empresarial. Assim, parece-nos que existirá culpa do empregador quando a motivação do despedimento resulte de uma gestão imprudente, negligente⁵⁷. A jurisprudência tem entendido ser exigível ao empregador que prove que os motivos que justificam o despedimento não foram causados pela sua gestão. Como refere o Ac. do STJ de 17.03.2022, este seria um juízo complexo e implicaria a avaliação de diversos fatores, alguns até externos à empresa. Deste modo, o papel do Tribunal, em cumprimento das exigências desta alínea, seria apenas o de controlar a veracidade dos motivos invocados pelo empregador para o despedimento⁵⁸. Em sentido semelhante, o Ac. do TRL de 19.12.2018 considerou ilícito o despedimento em que o empregador não faz prova dos factos que conduzem à decisão de eliminação de

⁵⁵LEAL AMADO, JOÃO, SANTOS, CATARINA GOMES, “Cessação...”, pp. 1027-1028.

⁵⁶FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação...*, p. 294.

⁵⁷FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação...*, pp.295-298.

⁵⁸Ac. STJ 17.03.2022, relatora Paula Sá Fernandes, disponível em <https://www.dgsi.pt/>.

emprego⁵⁹. No mesmo sentido da ilicitude do despedimento por falta de prova por parte do empregador, o Ac. TRG de 25.06.2020 afirma claramente: “*É de considerar de ilícito o despedimento por extinção do posto de trabalho no caso de o empregador não ter logrado provar, nem a reestruturação da organização da empresa, nem o nexo de causal entre as necessidades acrescidas no sector da limpeza e a necessidade de extinguir o posto de trabalho da trabalhadora visada.*”⁶⁰.

Segue-se, na alínea b), a exigência de que a relação laboral seja praticamente impossível. Esta disposição é clarificada pelo art. 368.º/4, que explica que a manutenção da relação de trabalho é manifestamente impossível quando o empregador não tem outro posto de trabalho disponível. Este é um traço distintivo do despedimento por extinção do posto de trabalho, em que o empregador tem a obrigação de avaliar se, na empresa, existe um posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador a despedir. Este requisito remete para a LCCT, que, no art. 27.º/3, clarificava que a relação de trabalho apenas seria impossível quando não existisse na empresa um posto de trabalho compatível com a categoria. No caso de a resposta ser afirmativa, deve alocar esse trabalhador a esse posto; se, pelo contrário, esse posto não existir, então poderá prosseguir com o despedimento.

Este critério constitui um dos aspetos do regime do despedimento por extinção do posto de trabalho que se viu alterado pela Lei n.º 23/2012 de 25 de junho, que procedeu à sua exclusão, eliminando a obrigatoriedade de tentativa de transferência para outro posto de trabalho. Deste modo, o legislador passou a entender que subsistência da relação laboral seria impossível quando o “*empregador demonstre ter observado critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho*”.

Esta formulação foi amplamente criticada, principalmente, por esvaziar a utilidade prática deste requisito. Na verdade, a norma tornava-se, com a sua nova redação, redundante: em

⁵⁹Ac. TRL, de 19.12.2018, relator José Feteira, disponível em <https://www.dgsi.pt/>, “*o Réu passou por dificuldades económicas plasmadas nos resultados líquidos negativos de exercício então verificados, também é certo que em 2016 o mesmo apresentou já um resultado líquido positivo, demonstrando-se, por outro lado, que, dependendo da atividade do Réu, em grande medida e em termos de receitas, dos cursos de formação de fotografia, no ano de 2017, ou seja, precisamente no ano em que o Réu optou pela extinção do posto de trabalho do Autor e procedeu ao seu despedimento com base na necessidade dessa extinção, verificou-se um acréscimo na procura dos referidos cursos, o que significa uma forte possibilidade de consolidar a recuperação do Réu em termos económicos verificada em 2016, aspetos que se não compaginam com as alegadas dificuldades de solvabilidade a carecerem da adoção de medidas de reestruturação ou reorganização interna, mormente em termos de recursos humanos, que passasse pela necessidade imperiosa de extinção de postos de trabalho.*”

⁶⁰Ac. TRG, de 25.06.2020, relatora Vera Sottomayor, disponível em <https://www.dgsi.pt/>.

primeiro lugar, por ser uma mera repetição dos critérios de seleção indicados pelo empregador para selecionar os trabalhadores a despedir; em segundo lugar, porque seria o próprio interessado na cessação da relação laboral a definir quando é que esta se tornaria *praticamente impossível*⁶¹.

Esta redação foi considerada inconstitucional no Ac. do TC n.º 602/13, de 20 de setembro, que lembrou que o conceito de impossibilidade prática, no plano infraconstitucional, remete para uma ideia de *ultima ratio*, que nunca se encontraria verificada sem que o empregador avaliasse a possibilidade de alocar o trabalhador a outro posto de trabalho, evitando a eliminação de emprego. Perante a declaração de inconstitucionalidade por parte do TC, a redação anterior da norma foi reposta pela Lei n.º 27/2014 de 8 de maio, e consequentemente, reintroduzido o dever de oferta de outro posto de trabalho⁶². Importa, ainda, considerar que este requisito acentua o carácter de *ultima ratio* do despedimento por extinção do posto de trabalho, que põe em causa a conceção liberal do mesmo enquanto um mero instrumento de gestão da empresa, totalmente à disposição do empregador⁶³.

Ademais, não podem existir contratos de trabalho a termo para funções correspondentes à do posto de trabalho extinto (art. 368.º/1/c). A intenção do legislador seria a de proteger os vínculos laborais estáveis, ao invés daqueles que, por serem a termo, serão inerentemente mais precários.

Por último, o legislador exige que não seja aplicável o despedimento coletivo. Assim, concluímos que o despedimento por extinção do posto de trabalho é uma modalidade subsidiária ao despedimento coletivo, apenas aplicável quando não se preencherem o

⁶¹FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação...*, pp. 294-295.

⁶²Leia-se, no Ac. do TC n.º 602/13 de 20 de setembro, relator Conselheiro Pedro Machete, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130602.html> “O vício de inconstitucionalidade assim detetado é agravado, devido à inadequação do critério que, em substituição daquele dever, o legislador consagrou no n.º 4 do artigo 368.º. Como já foi referido a propósito do n.º 2 do mesmo artigo, aquele critério – idêntico nos dois números ora considerados – apela a conceitos de tal modo indeterminados e vagos que equivale à inexistência de um critério legal, deixando a sua escolha na disponibilidade do empregador. Mas, mais do que isso, no caso do n.º 4 do artigo 368.º, uma vez que a “relevância” dos critérios a escolher pelo empregador está indexada “aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”, tais critérios, sejam eles quais forem, sempre se mostrarão alheios ao requisito que importa cumprir, e que é o da “impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho”. Na verdade, os “objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”, que não poderão deixar de estar ligados aos motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos que foram invocados pelo empregador para fundamentar a decisão de extinção de um posto de trabalho, mostram-se incapazes, só por si, de fundamentar a impossibilidade da subsistência de uma concreta relação de trabalho que, em consequência daquela decisão de extinção do posto de trabalho, se mostre afetada.”

⁶³LEAL AMADO, JOÃO, SANTOS, CATARINA GOMES, “Cessação...”, pp. 1033.

numerus clausus mínimos para o mesmo⁶⁴. A sua subsidiariedade é evidente pela sanção associada ao seu incumprimento – caso o empregador recorra à figura do despedimento por extinção do posto de trabalho, quando se encontrasse preenchido o requisito quantitativo para aplicação do despedimento coletivo, esse despedimento será inválido (art. 384.º/a)⁶⁵.

Este último requisito permite, ainda, deduzir algumas conclusões relativas ao elemento quantitativo do despedimento por extinção do posto de trabalho, que se delimita de forma negativa. Assim, o despedimento por extinção do posto de trabalho deve abranger até um trabalhador, no caso de micro ou pequena empresa, e até quatro quando se trate de uma média ou grande empresa.

3.2. Os critérios de seleção

O legislador estabeleceu, para o despedimento por extinção do posto de trabalho, um conjunto de critérios imperativos que devem guiar o empregador na seleção dos trabalhadores a despedir, caso existam vários contratos de trabalho com o mesmo conteúdo funcional, de modo a garantir a objetividade do despedimento. Estes não tiveram sempre a configuração que apresentam hoje.

A versão primitiva do CT de 2009 determinava, à semelhança do regime até aí vigente, que, existindo vários postos de trabalho com o mesmo conteúdo funcional, a decisão do empregador deveria basear-se num critério de antiguidade. Em primeiro lugar, deveria selecionar-se o trabalhador com menor antiguidade no posto de trabalho, de seguida, na categoria profissional e, por último, na empresa.

A opção pelos critérios de antiguidade não era consensual, desde logo, por estes não representarem nenhuma ligação com os motivos económicos ou de gestão que fundamentam este despedimento⁶⁶. Suscitava, ainda, questões relacionadas com a discriminação em razão da idade, considerando que o critério da antiguidade favorecia os trabalhadores mais velhos.

⁶⁴FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação...*, p. 273.

⁶⁵*Idem*, p. 268.

⁶⁶PALMA RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO, *Tratado...*, p. 1104.

A Lei n.º 23/2012 de 25 de junho apresentou uma solução mais próxima do despedimento coletivo, procedendo à substituição dos critérios legalmente estabelecidos pela regra de que o empregador deveria determinar os postos de trabalho a extinguir de acordo com “*critérios relevantes e não discriminatórios face à extinção do posto de trabalho*”, sendo que estes devem ser comunicados ao representante dos trabalhadores na fase inicial do processo de despedimento⁶⁷.

O pouco consenso face a esta nova solução culminou no pedido de fiscalização da constitucionalidade deste diploma, sobre o qual o TC se pronunciou no Ac. n.º 602/2013, de 20 de setembro. A posição assumida pelo TC neste acórdão é a de que a possibilidade de o empregador poder, *ad hoc*, elaborar os critérios com base nos quais irá selecionar os trabalhadores a despedir não garante a objetividade deste processo, colocando em causa o princípio da segurança no emprego e a proibição dos despedimentos sem justa causa, previstos no art. 53.º da CRP. Relembrando que o empregador é o mais interessado naquele despedimento, torna-se particularmente essencial que existam parâmetros que condicionem e limitem a sua decisão, sob pena de conceder ao empregador o poder de tomar decisões arbitrárias. Assim, considerando que se tratava de um enfraquecimento das garantias legais de que gozam os trabalhadores alvo de despedimento por extinção do posto de trabalho, o Tribunal considerou que esta alteração seria inconstitucional, uma vez que “*põe claramente em causa a admissibilidade constitucional desta forma de despedimento, na medida em que permitirá a realização de despedimentos arbitrários ou baseados na mera conveniência da empresa, absolutamente vedados pela Constituição nos termos do artigo 53.º*”⁶⁸.

O entendimento do Tribunal não foi consensual e mereceu voto de vencido do Conselheiro Pedro Machete, assente em três razões: em primeiro lugar, no facto de considerar que não deve haver diferenciação entre o despedimento coletivo e o despedimento por extinção do posto de trabalho. De facto, não existe qualquer tipo de razão aparente para que exista esta diferenciação – aliás, introduz-se uma incoerência no ordenamento jurídico laboral a partir do momento em que esta redação da norma é considerada inconstitucional, mas o regime do despedimento coletivo, que contém uma regra idêntica, permanece em vigor. O segundo motivo baseia-se no entendimento de que

⁶⁷PALMA RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO, *Tratado...*, pp. 1103-1106.

⁶⁸Ac. do TC n.º 602/2013, relator Conselheiro Pedro Machete, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130602.html>.

não existe qualquer justificação para que a antiguidade seja o critério de excelência para a seleção dos trabalhadores a despedir. Por fim, considera que o despedimento não se tornaria arbitrário, considerando que existe uma obrigação de fundamentação nos arts. 369.º/1/c) e 371.º/1/c). Na doutrina, diversos autores consideraram a posição do TC exagerada, considerando que o facto de o empregador ter discricionariedade para delimitar o seu próprio critério nunca impediu a sindicabilidade dos despedimentos coletivos por parte dos tribunais⁶⁹.

Este voto de vencido encontra, no entanto, algum eco nas alterações legislativas que se sucederam. A abrigo da Lei n.º 27/2014 de 8 de maio, que sucedeu ao Acórdão que declarou a inconstitucionalidade das alterações de 2012, foram introduzidos novos critérios para a seleção dos trabalhadores a despedir, que se afastavam do paradigma anterior, que considerava apenas a antiguidade. O novo elenco de critérios demonstra uma preocupação do legislador com a ideia de meritocracia, protegendo os trabalhadores mais produtivos, qualificados e experientes e, apenas em último lugar, os mais vulneráveis.⁷⁰

Esta solução foi amplamente criticada por BRUNO MESTRE, que apesar de reconhecer que nenhum critério será pacífico, uma vez que resultará sempre no despedimento de um trabalhador, considera que a antiguidade deve ser um critério preponderante e a proteger. A sua posição baseia-se em considerações de ordem social, que evidenciam que os trabalhadores mais velhos terão mais dificuldades em encontrar outro posto de trabalho e, muitas vezes, têm um conhecimento muito específico da área de negócio em que trabalham, que dificultam a sua inserção em qualquer outro trabalho⁷¹.

Passando para a análise dos critérios agora em vigor, é importante notar que estes obedecem a uma ordem sucessiva e hierarquizada, ou seja, *“a aplicação do critério seguinte depende ora da inaplicabilidade, ora da aplicabilidade ineficaz do critério anterior”*⁷².

O primeiro critério a ter em consideração é a avaliação de desempenho do trabalhador. O empregador deve equacionar qual o trabalhador que obteve um pior resultado na

⁶⁹PALMA RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO, *Tratado...*, pp.1104-1105. A autora considera que a redação desta norma era somente infeliz, não inconstitucional.

⁷⁰LEAL AMADO, JOÃO, SANTOS, CATARINA GOMES, “Cessação...”, p. 1046.

⁷¹MESTRE, BRUNO, “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*, n.º 43 (Julho-Dezembro 2013), pp. 204-205.

⁷²MARTINS, DAVID CARVALHO, ABRUNHOSA, DUARTE, “Os Critérios de Seleção no Despedimento por Extinção do Posto de Trabalho”, *Transformações Recentes do Direito do Trabalho Ibérico*, Biblioteca RED, 2016, p. 149.

avaliação de desempenho, tendo este critério o objetivo de salvaguardar o interesse da organização da empresa, permitindo ao empregador manter os trabalhadores mais produtivos e comprometidos ao cumprimento dos seus objetivos.

Uma das críticas tecidas a este artigo relaciona-se com a estrutura empresarial portuguesa, onde predominam as PME, realidades às quais este critério não se ajusta, por não terem meios que permitam, efetivamente, proceder à avaliação de todos os trabalhadores.

No entanto, esta será uma crítica a relativizar: em primeiro lugar, porque o critério pode sempre ser aproveitado para as grandes empresas, que têm de facto a capacidade para implementar estes processos de avaliação; em segundo lugar, a lei consagra uma ordem hierarquizada de critérios, o que significa que a não aplicação deste critério determina apenas a aplicação daquele que o sucede. Por outro lado, o desempenho das funções inerentes ao posto de trabalho pode ser relevante para despedimentos de justa causa disciplinar, ou por inadaptação. Assim, não faria sentido que não fosse um dos elementos a considerar no processo de seleção dos trabalhadores a despedir no âmbito do despedimento de vários trabalhadores.

Porém, para que este critério seja alvo de uma análise justa, e de modo a garantir a tutela da confiança, é necessário que, desde logo, os parâmetros da avaliação sejam conhecidos pelo trabalhador previamente⁷³, condição que a lei não impõe. Ademais, o empregador deve mencionar que o resultado destas avaliações pode vir a ser considerado no âmbito de um despedimento por extinção do posto de trabalho. É, ainda, importante que este método de avaliação seja composto por parâmetros que possam ser sindicáveis em tribunal. Ou seja, os critérios de avaliação não podem ser amplos, genéricos ou indeterminados, sob pena de o despedimento ser considerado ilícito. Devem pautar por garantir, na medida do possível, a objetividade e detalhe da avaliação, uma vez que só assim se poderá comparar os trabalhadores que ocupem postos de trabalho com conteúdo funcional idêntico⁷⁴. No entanto, este critério encontra uma das suas principais falhas no seu risco inerente de discriminação – os sistemas de avaliação tendem a basear-se em critérios de assiduidade e produtividade que serão mais exigentes para mulheres, trabalhadores com deficiências, trabalhadores idosos, entre outros⁷⁵.

⁷³O trabalhador deve conhecer, por exemplo, os objetivos que deve atingir, o método de avaliação, o período sujeito a avaliação, entre outros elementos.

⁷⁴MARTINS, DAVID CARVALHO, ABRUNHOSA, DUARTE, “Os Critérios...”, pp. 149-151.

⁷⁵ROUXINOL, MILENA, *Direito Antidiscriminação nas Relações Laborais*, Almedina, 2024, pp. 86-87. Partindo do exemplo das mulheres, será fácil reconhecer que critérios como a assiduidade serão mais difíceis de atingir considerando as responsabilidades familiares que normalmente assumem. Apesar de ser reconhecido que tem existido um esforço, por parte do legislador, para mitigar esta discrepância –

O critério que se segue determina que deve ser extinto o posto de trabalho ocupado pelo trabalhador com menores habilitações académicas e profissionais. Desde logo, importa perceber o que se entende por habilitações académicas e profissionais. O STJ⁷⁶ define habilitações académicas como o “*nível de ensino frequentado ou concluído com êxito, por referência ao nível de escolaridade*”. Num sentido mais amplo, DUARTE ABRUNHOSA E SOUSA e DAVID CARVALHO MARTINS, entendem que devem ser avaliadas as habilitações académicas em referência às qualificações atribuídas pelos sistemas de ensino e aprendizagem nacionais⁷⁷.

Ainda no âmbito do acórdão suprarreferido, o STJ define habilitação profissional como “*habilitação profissional corresponde à habilitação académica mínima exigida para o desempenho de determinada profissão ou função, complementada ou não com a obtenção de aprovação no curso destinado a conferir competências específicas para o cabal exercício dessa profissão ou função, concedendo, muitas vezes, um cartão de identificação profissional ou um título profissional*”. Importa, ainda, esclarecer a diferença entre habilitações profissionais e experiência profissional, que é um critério autónomo. Assim, de acordo com o STJ, a experiência profissional representa o tempo de exercício da atividade concreta e, por isso, pode conceder uma maior facilidade no desempenho das funções, apesar de não conferir qualquer habilitação profissional, pelo que experiência profissional pode ser adquirida por quem não seja titular da respetiva habilitação⁷⁸.

Em segundo lugar, importa perceber se os dois subcritérios – habilitações académicas e profissionais – devem ser considerados cumulativamente, ou em alternativa, face às especificidades do posto de trabalho. A intenção do legislador parece ser clara na letra da lei, e propõe uma solução coordenada – deve ser despedido o trabalhador que se revele menos apto para desempenhar as tarefas correspondentes ao núcleo funcional do posto de trabalho após reestruturação empresarial, devido às suas habilitações académicas e profissionais⁷⁹. Assim, parece fazer sentido conferir ao empregador que a sua ponderação permita a valorização de um tipo de habilitações em detrimento da outra, apesar de o texto da lei as colocar em posição de igualdade. Outra solução poderia levar a circunstâncias

nomeadamente, o art. 31.º/5 que exige que a avaliação assente em critérios objetivos, iguais para homens e mulheres, e o art. 27.º que permite a discriminação positiva face a trabalhadores que apresentem um fator de discriminação.

⁷⁶Ac. STJ, de 13.10.2016, relator Ribeiro Cardoso, disponível em <https://www.dgsi.pt/>.

⁷⁷MARTINS, DAVID CARVALHO, ABRUNHOSA, DUARTE, “Os Critérios...”, p. 157.

⁷⁸FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação...*, pp. 321-322.

⁷⁹MARTINS, DAVID CARVALHO, ABRUNHOSA, DUARTE, “Os Critérios...”, pp. 155-156.

absurdas, em que, apreciando apenas o grau de habilitações, o empregador não consideraria a utilidade que essas habilitações teriam para aquela função. Por este motivo, é importante que seja reconhecida uma margem de liberdade ao empregador, de modo que possa decidir qual dos tipos de habilitações fará mais sentido valorizar, sendo igualmente exigível que venha a justificar a sua decisão em termos objetivos⁸⁰.

O critério seguinte é o da maior onerosidade da manutenção do vínculo para o empregador, ou seja, deve o empregador proceder à análise dos custos que envolve a manutenção de um determinado trabalhador, incluindo quer a retribuição, como outras prestações. Importa chamar à atenção para o facto de que deve apreciar-se qual dos vínculos laborais será mais dispendioso manter, e não qual dos trabalhadores será mais dispendioso despedir. Para efeitos de cálculo dos custos de manutenção do trabalhador, alguns autores entendem que devem apenas considerar-se elementos comuns aos trabalhadores considerados pelo despedimento. Assim, não seriam de considerar os custos relacionados com o desempenho, como prémios, ou custos relacionados com a organização do trabalho que possam ser eliminados unilateralmente pelo empregador⁸¹. PEDRO FURTADO MARTINS considera que esta interpretação não tem qualquer apoio na lei, e que se deve aferir todos os custos, independentemente de não serem iguais aqueles que o trabalhador com que está a ser comparado aufere. Quanto à questão de não considerar os custos relacionados com o desempenho, parece-nos que o despedimento dos trabalhadores com um resultado de desempenho superior aos dos restantes já se encontra acautelado nas alíneas anteriores; de qualquer das formas, resulta diretamente da letra da lei⁸².

Os dois últimos critérios são herança do regime anterior. Em quarto lugar, o empregador deve apreciar quais os trabalhadores com menor experiência na função. A menor experiência não se confunde com a antiguidade do trabalhador e, como suprarreferido, também não corresponde ao conceito de habilitações profissionais.

A principal dúvida suscitada por este critério é o de saber se apenas será relevante o tempo de serviço para aquele empregador, ou se deve englobar também o período em que o trabalhador exerceu as mesmas funções, para outro empregador. Pela construção da disposição legal, parece ser de concluir que o legislador pretendeu referir-se à atividade

⁸⁰*Ibidem*.

⁸¹MARTINS, DAVID CARVALHO, ABRUNHOSA, DUARTE, “Os Critérios...”, p. 159.

⁸²FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação...*, pp.323.

correspondente ao posto de trabalho existente na empresa, e não à experiência profissional global do trabalhador⁸³.

Quanto a este critério, parece-nos que uma análise mais ampla seria mais adequada, considerando também o exercício das mesmas funções para outros empregadores. Na verdade, o que este critério pretende acautelar é que o empregador possa manter na empresa os trabalhadores com um *know-how* mais aprofundado, competências e conhecimentos mais consolidados, independentemente do momento em que esta experiência tenha sido adquirida⁸⁴.

Por último, caso nenhum dos outros critérios conduza à seleção dos trabalhadores a despedir, deve ser considerada a antiguidade. Importa, desde logo, esclarecer que tem vindo a ser consensual o entendimento que defende que o legislador se refere à antiguidade legal, ou seja, o tempo de duração da relação jurídica de trabalho. Ou seja, deve ser selecionado o trabalhador que tenha menos tempo de serviço na entidade empregadora que realiza o despedimento, desconsiderando-se a antiguidade convencionada⁸⁵.

Analisados os critérios de seleção impostos pelo legislador, torna-se claro que estes não vinculam o empregador de forma excessiva. Na verdade, este continua a encontrar uma ampla margem de liberdade na seleção dos trabalhadores a despedir, desde logo, pelo facto de o primeiro fator a considerar assentar num sistema de avaliação construído pelo *próprio empregador*. Como vimos, os restantes critérios também não são unívocos, permitindo uma interpretação bastante maleável do seu teor. Deste modo, os critérios de seleção no despedimento por extinção do posto de trabalho não representam *verdadeiramente* padrões restritivos⁸⁶.

4. Análise comparativa – o despedimento por eliminação de emprego

Sendo o despedimento coletivo e o despedimento por extinção do posto de trabalho as duas principais figuras do despedimento por motivos objetivos, é impossível não estabelecer um paralelo entre o despedimento coletivo e o despedimento por extinção do posto de trabalho.

⁸³FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação...*, pp.324.

⁸⁴MARTINS, DAVID CARVALHO, ABRUNHOSA, DUARTE, “Os Critérios...”, p. 162.

⁸⁵FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação...*, pp. 326-328.

⁸⁶LEAL AMADO, JOÃO, SANTOS, CATARINA GOMES, “Cessação...”p. 1051.

Esta comparação, aliás, encontra algum fundamento na evolução histórica da figura do despedimento por extinção do posto de trabalho, que surge pela primeira na LCCT, sob a epígrafe “*cessação do contrato de trabalho, por extinção de postos de trabalho, não abrangida pelo despedimento coletivo*”⁸⁷. Apesar de se ter autonomizado, em parte, do despedimento coletivo, esta característica de subsidiariedade mantém-se, como suprarreferido na análise dos pressupostos de aplicação do despedimento por extinção do posto de trabalho.

A relação entre estes dois tipos de despedimento levanta interpretações diferentes na doutrina, relativamente à sua natureza. MONTEIRO FERNANDES concebe o despedimento por extinção do posto de trabalho como uma figura híbrida, que conjuga a individualidade do despedimento com justa causa, com os fundamentos do despedimento coletivo. Porém, apesar de reconhecer a semelhança entre estas duas modalidades, nomeadamente quanto aos seus fundamentos, considera que devem ser entendidos como figuras autónomas, que não se confundem⁸⁸.

Distintamente, e com uma perspetiva que tendemos a acompanhar, PEDRO FURTADO MARTINS propõe uma análise conjunta do despedimento coletivo e por extinção do posto de trabalho, agrupando-os na modalidade que designa como “*despedimento por eliminação de emprego*”. Este entendimento radica na ideia de que as diferenças entre estes dois tipos de despedimento reconduzem-se a questões meramente externas à motivação do despedimento, pelo que não poderão ser razão suficiente para as autonomizar. Na verdade, a grande diferença entre estas duas figuras situa-se no elemento quantitativo, ou seja, no número de trabalhadores a abranger no despedimento. Esta divisão é enfatizada pelo facto de o despedimento por extinção do posto de trabalho ser subsidiário ao despedimento coletivo, e muitas vezes, perspetivado como a vertente individual do mesmo. No entanto, é importante notar que o despedimento por extinção do posto de trabalho e o despedimento coletivo podem alcançar, exatamente, o mesmo número de trabalhadores, considerando que o despedimento coletivo pode abranger, apenas, dois trabalhadores, e o despedimento por extinção do posto de trabalho pode abranger até dois trabalhadores, evidenciando que pode acontecer que ambos sejam igualmente coletivos⁸⁹.

⁸⁷*Idem.* pp. 258-259.

⁸⁸MONTEIRO FERNANDES, ANTÓNIO, *Direito...*p. 789.

⁸⁹FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação...*, pp. 257-258.

Relativamente ao regime do despedimento coletivo e por extinção do posto de trabalho, há duas questões que causam estranheza e merecem a nossa análise: a previsão de critérios de seleção para os trabalhadores a despedir, e o dever legal de oferta de um posto de trabalho compatível, que existem no despedimento por extinção do posto de trabalho, mas não no despedimento coletivo.

De facto, no despedimento por extinção do posto de trabalho, o empregador está obrigado a seguir uma série de critérios hierárquicos e sucessivos, que irão reconduzir à seleção dos trabalhadores a despedir, ao passo que, no despedimento coletivo, o empregador está obrigado a observar critérios relevantes e não discriminatórios, que deve indicar na comunicação inicial de despedimento.

Em 2012, como se viu, o regime do despedimento por extinção do posto de trabalho foi alterado, de modo a promover a sua aproximação ao despedimento coletivo, a seleção dos trabalhadores a despedir ficou sujeita a critérios designados pelo empregador, relevantes e não discriminatórios. Ora, esta alteração foi declarada inconstitucional, por se considerar que o interessado no despedimento não poderia ter o poder de delinear quais os critérios que conduziriam à seleção dos trabalhadores a despedir, sob pena de facilitar que o despedimento por extinção do posto de trabalho fosse utilizado como arma contra um trabalhador em específico. Esta análise levanta, de imediato, uma questão importante – se esta redação foi considerada inconstitucional, por não cumprir as exigências do art. 53.º da CRP, não deve a mesma interpretação ser realizada face ao regime do despedimento coletivo, que conta com uma redação idêntica?

Apesar de colocada de forma oposta, esta foi uma questão levantada pelo voto de vencido no Ac. do TC: esta solução garante ao empregador uma margem de discricionariedade muito superior no despedimento coletivo, que não tem qualquer justificação. Apesar de o entendimento do Conselheiro Pedro Machete ser que se deve garantir a mesma liberdade no despedimento coletivo e no despedimento por extinção do posto de trabalho, aquilo que causa verdadeira estranheza na nossa análise é precisamente o facto de o TC reconhecer que a redação segundo a qual o empregador pode delinear os próprios critérios com base nos quais irá proceder à eliminação de postos de trabalho é excessivamente onerosa para a segurança no emprego no despedimento por extinção do posto de trabalho, mas não no despedimento coletivo⁹⁰. Sem prejuízo das competências do TC, parece-nos

⁹⁰MESTRE, BRUNO, “A “saga”...”, p. 204.

que esta solução gera um problema de igualdade entre os trabalhadores alvo de um despedimento coletivo, versus aqueles que são alvo de um despedimento por extinção do posto de trabalho.

Perante a crítica, a justificação apresentada, e que merece compreensão, prende-se com o facto de os procedimentos de despedimento coletivo e por extinção do posto de trabalho conferirem garantias e proteções diferentes aos trabalhadores. De facto, o procedimento de despedimento coletivo exige um verdadeiro procedimento de negociação, que envolve estruturas representativas de trabalhadores e o próprio Ministério responsável pela área laboral. No despedimento por extinção do posto de trabalho, o processo passa pela elaboração de um parecer fundamentado por parte do empregador, que é entregue ao trabalhador. Não existe uma fase de verdadeira negociação⁹¹.

Apesar de ser evidente que o procedimento no despedimento coletivo permite outro tipo de garantias aos trabalhadores a despedir, não nos parece, contudo, que tal seja justificação para a não existência de critérios de seleção a cumprir pelo empregador. A fase da negociação destina-se, de facto, à proteção do trabalhador, mas tal não significa que este não deva estar protegido na fase de decisão de despedir. Parece-nos que estas garantias não têm razão para ser exclusivas, e que podem coexistir. Aliás, a segurança no emprego é uma garantia constitucional, que visa proteger os trabalhadores em todos os momentos da vida de um contrato de trabalho. Da sua aplicação plena apenas poderia resultar uma maior proteção face à discricionariedade do empregador, que seria garantida pela previsão de critérios de seleção no despedimento coletivo. Ademais, a previsão destes critérios – como se vê pelo despedimento por extinção do posto de trabalho – não seria uma intrusão excessiva na esfera da liberdade de gestão do empregador. Os critérios oferecidos pelo legislador, apesar das suas limitações, consideram as necessidades da empresa ao prever elementos como a os resultados da avaliação de desempenho, a produtividade, e as habilitações profissionais. Parece-nos que um empregador diligente, que pretende o sucesso e a viabilização da sua empresa, terá interesse na aplicação destes critérios.

No mesmo sentido, o legislador estabelece, relativamente ao despedimento por extinção do posto de trabalho, a obrigatoriedade de avaliar se existe, na empresa, um posto de trabalho que possa ser ocupado pelo trabalhador que é alvo de despedimento.

⁹¹*Ibidem.*

Mais uma vez, este foi eliminado em 2012, no sentido de aproximação ao regime do despedimento coletivo, e veio a ser repostado após declaração de inconstitucionalidade. Surge, portanto, a dúvida de se esta exigência poderá ser aplicada ao regime do despedimento coletivo, por via de analogia. Ora, este requisito assenta na ideia de que apenas se deve prosseguir para o despedimento quando a manutenção da relação laboral seja insustentável, ou seja, quando não existam postos de trabalho alternativos na empresa. Esta é uma ideia que facilmente pode ser transposta para o despedimento coletivo e, apesar de o legislador não o consagrar expressamente, parece-nos difícil conceber que esta obrigação não seja exigível, também, no despedimento coletivo. Assim, dir-se-ia que também no despedimento coletivo o empregador deve avaliar os postos de trabalho vagos, com um conteúdo funcional idêntico, antes de proceder à cessação do contrato de trabalho. Decorrendo esta obrigação do princípio constitucional da segurança no emprego, não faria sentido que este apenas se aplicasse ao despedimento por extinção do posto de trabalho, e não ao despedimento coletivo. Os despedimentos objetivos são decisões de *ultima ratio*, que o empregador toma de modo a viabilizar e assegurar a sobrevivência da empresa. Assim, devem ser feitos os esforços necessários para evitar a cessação dos contratos.

As mesmas considerações se aplicam à questão dos contratos a termo. No despedimento por extinção do posto de trabalho, o legislador é claro quando, no art. 368.º/1/c), estabelece que o despedimento por extinção do posto de trabalho de um trabalhador contratado a termo indeterminado só será admissível se não existirem, na empresa, contratos a termo para o desempenho das mesmas funções associadas ao contrato extinto. Mais uma vez, o legislador omitiu esta mesma exigência no regime do despedimento coletivo, por via da racionalidade do regime legal e do princípio da segurança no emprego, consideramos que o empregador que procede a um despedimento coletivo está abrangido por este mesmo requisito.

Deste modo, parece-nos que deve, pelo menos, ser equacionada a possibilidade de o despedimento coletivo estar sujeito às mesmas exigências que se encontram previstas para o despedimento por extinção do posto de trabalho⁹².

5. Conclusão

⁹²FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação...*, p. 295.

No início deste trabalho, o objetivo traçado era o de perceber as diferenças que motivavam a existência de regimes distintos para o despedimento coletivo e por extinção do posto de trabalho, nomeadamente no que diz respeito aos trabalhadores a despedir.

De facto, relativamente à sua noção, não podemos afirmar que sejam figuras distintas. Pelo contrário, o despedimento coletivo e o despedimento por extinção do posto de trabalho inserem-se no mesmo contexto, e encontram o mesmo fundamento – o de reestruturação ou reorganização empresarial, fundada em motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos. Partindo desta ideia, abre-se de imediato a possibilidade de agrupar as duas figuras, e seguindo a proposta de PEDRO FURTADO MARTINS, concluir que possam ser consideradas como uma unidade e designadas de despedimento por eliminação de emprego. No entanto, não concordamos com a afirmação de que, nestes termos, o despedimento por extinção do posto de trabalho será modalidade individual do despedimento coletivo. Como tivemos a oportunidade de analisar, pode acontecer que acabem por abranger, precisamente, o mesmo número de trabalhadores.

A conclusão em cima referida, no entanto, contribui para a perplexidade com que vemos as diferenças de regime e procedimentos destas duas figuras. Desde logo, como vimos, não se encontra justificação suficiente para a não consagração de critérios legais para a seleção dos trabalhadores no despedimento coletivo. Apesar de conferir mais garantias aos trabalhadores durante o procedimento, não nos parece que tal deva excluir a previsão legal de critérios orientadores da seleção do empregador. Aliás, existindo uma figura como o despedimento por extinção do posto de trabalho, que realiza um fim semelhante ao do despedimento coletivo, e que encontra previstos estes critérios, torna-se difícil compreender esta opção do legislador.

Ainda, o facto de existir, para o despedimento por extinção do posto de trabalho, a obrigação de avaliar se na empresa existe um posto alternativo que possa ser ocupado pelo trabalhador alvo de despedimento, parece-nos uma obrigação que deveria ser transposta para o regime do despedimento coletivo também. Aceita-se, no entanto, a sua aplicação por via da analogia, que nos parece ser a única solução que garanta a coesão do regime jurídico. No entanto, abrindo o precedente do recurso à analogia entre estas duas figuras, perguntamo-nos se fará sentido aplicar, nos mesmos termos, os critérios previstos para o despedimento por extinção do posto de trabalho ao despedimento coletivo. Apesar de nos parecer uma solução plausível, até à luz do princípio da igualdade, não acreditamos que a intenção do legislador possa ter sido essa.

Importa, no entanto, salvaguardar que os critérios estabelecidos para a seleção dos trabalhadores alvo de despedimento por extinção do posto de trabalho está longe de ser uma solução perfeita. Como vimos, estes encontram algumas dificuldades práticas de aplicação. Porém, é necessário reconhecer que existiu um esforço do legislador para garantir a imparcialidade do despedimento, sem sacrificar em demasia os interesses do empregador – tal é evidente através da estipulação de critérios que privilegiam a boa avaliação de desempenho, a produtividade, entre outros.

Em suma, como caminho a seguir, parece-nos que a aproximação da figura do despedimento coletivo e do despedimento por extinção do posto de trabalho se configura como uma vantagem. A cessação do contrato de trabalho e as consequências associadas ao mesmo na vida familiar e pessoal dos trabalhadores exigem que lhe sejam conferidas o máximo de garantias possíveis, sem prejudicar em demasiada o direito fundamental de livre iniciativa económica. Assim, subscrevemos uma solução que passe pela previsão de critérios de seleção no despedimento coletivo, e que clarifique a exigência de oferta de outro posto de trabalho, quando exista essa opção na empresa.

Bibliografia

BAYLOS, ANTONIO, PÉREZ REY, JOAQUÍN, *El despido o la violencia del poder privado*, Editorial Trotta, Madrid, 2009

FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação do Contrato de Trabalho*, Principia, Cascais, 2017, 4.º Edição

GOMES, JÚLIO, *Direito do Trabalho – Volume I – Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

LAMBELHO, ANA, “O Trabalho Temporário e Terceirização à Luz da Agenda do Trabalho Digno”, *Questões Laborais*, 2023, n.º 63, pp. 181-206

LEAL AMADO, JOÃO, “A proibição de recurso à terceirização de serviços e o despedimento-para-terceirizar: nótula sobre o novo artigo 338.º-A do Código do Trabalho”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 4040, 2023, pp. 312-320

LEAL AMADO, JOÃO, ET AL Artigo 338.º-A: no olho do furacão!, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2023/04/12/artigo-338-o-a-no-olho-do-furacao/>.

LEAL AMADO, JOÃO, SANTOS, CATARINA GOMES, “Cessação do Contrato”, in *Direito do Trabalho: Relação Individual*, Almedina, Coimbra 2019, pp.913-1134

MARTINS, DAVID CARVALHO, ABRUNHOSA, DUARTE, “Os Critérios de Seleção no Despedimento por Extinção do Posto de Trabalho”, *Transformações Recentes do Direito do Trabalho Ibérico*, Biblioteca RED, 2016, p. 141-163

MEDEIROS, RUI; PATRÃO, AFONSO, SILVA, RITA CANAS DA, “Despedimento Coletivo: sindicabilidade judicial da motivação empresarial”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2021, n.º 1-4, pp. 109-2018

MESTRE, BRUNO, “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*, n.º 43 (Julho-Dezembro 2013), pp.197-208

MONTEIRO FERNANDES, ANTÓNIO, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2023, 22.^a edição

MONTEIRO, LUÍS MIGUEL, “Notas sobre a articulação entre Direito Nacional e Direito Comunitário a propósito da noção de despedimento colectivo”, in *IX Congresso Nacional de Direito do Trabalho*” (coord. Doutor António Moreira), Almedina, 2007

PALMA RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2023, 9.º Edição

ROMANO MARTINEZ, PEDRO, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2023, 11.º Edição

ROMANO MARTINEZ, PEDRO, SILVA, LUÍS GONÇALVES DA, “Constituição e Agenda do Trabalho Digno”, *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, 2023, n.º 4, pp. 279-362

SANTOS, CATARINA GOMES, “Agenda do Trabalho Digno: o que há de novo no despedimento coletivo?”, *Questões Laborais*, 2023, n.º 63, pp. 240-267

ROUXINOL, MILENA, *Direito Antidiscriminação nas Relações Laborais*, Almedina, Coimbra, 2024