

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Faculdade de Direito | Católica Lisbon School of Business & Economics



**Os Critérios de Seleção no Despedimento por
Extinção de Posto de Trabalho**

Rodrigo Ramirez de Sousa Coutinho

Mestrado em Direito e Gestão

Sob a orientação da Prof.^a Doutora Rita Canas da Silva

Lisboa

Maio, 2020

Lista de Abreviaturas

Al(s).	Alínea(s)
Art(s).	Artigo(s)
CC	Código Civil
Cf.	Conferir
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho
LCCT	Regime jurídico da cessação do contrato individual de trabalho e da celebração e caducidade do contrato de trabalho a termo
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (obra citada)
P.	Página
Proc.	Processo
RP	Relação do Porto
RL	Relação de Lisboa
Ss.	Seguintes
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
<i>V.g.</i>	<i>Verbi gratia</i> (por exemplo)
Vol.	Volume

Índice

1. Introdução	3
2. Despedimento por extinção de posto de trabalho	4
2.1. Evolução	4
2.2. Noção e requisitos	7
2.3. Procedimentalização e ilicitude	10
3. Critérios de seleção	12
3.1. Evolução	12
3.2. Justificação	15
3.3. Hierarquização	17
3.4. Em concreto	18
3.4.1. Avaliação de desempenho	18
3.4.2. Habilitações académicas e profissionais	23
3.4.3. Onerosidade	27
3.4.4. Experiência	30
3.4.5. Antiguidade	33
3.5. No despedimento coletivo	36
3.6. Correlação com os motivos subjacentes ao despedimento	37
4. Análise crítica e conclusões	38
5. Bibliografia	41
6. Jurisprudência	44

1. Introdução

No despedimento por extinção de posto de trabalho ou no despedimento coletivo, pode dar-se o caso de o empregador ter de optar entre os trabalhadores que devem permanecer na empresa e os que devem ser despedidos. Para tanto, é necessário que, na mesma secção ou unidade abrangida pelo despedimento, existam vários postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico e, sendo eliminados apenas alguns deles, seja necessário escolher os trabalhadores a despedir.

Enquanto no despedimento coletivo inexistente qualquer indicação sobre o modo de seleccionar os trabalhadores a despedir, na extinção do posto de trabalho a lei impõe os critérios que devem guiar a decisão do empregador. Se a Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, tentou aproximar os regimes, abolindo os critérios que, até então, constavam no art. 368.º, n.º 2 do CT, substituindo-os pela exigência genérica de que o critério de seleção não fosse discriminatório, o Acórdão do TC n.º 602/2013, de 20 de setembro, declarou esta norma inconstitucional e a Lei n.º 27/2014, de 8 de maio, viria a definir novos critérios de seleção. Todavia, e apesar da maior importância que o novo elenco atribui a outros critérios em detrimento da antiguidade, as dúvidas em torno da interpretação e aplicação dos critérios subsistem.

Da nossa parte, procuraremos, com este trabalho, contribuir para a densificação do regime. Assim, explanados os traços gerais do despedimento por extinção de posto de trabalho, faremos uma breve menção às diferentes redações que o tema convocou, ao longo dos tempos. De seguida, daremos nota da sua importância, ordenação subsidiária e identificaremos os desafios que cada um dos critérios apresenta. Não terminaremos sem dar nota das possíveis leituras que o art. 368.º, n.º 2 pode seguir. Podemos, desde já, adiantar que a coerência entre os fundamentos do despedimento e os critérios de seleção é um aspeto fundamental do regime, mas a solução que hoje vigora em nada facilita a verificação de uma tal correlação.

2. Despedimento por extinção de posto de trabalho

2.1. Evolução

Começamos a nossa análise com uma referência ao modo como surgiu o despedimento por extinção de posto de trabalho, já que conhecê-lo é fundamental para compreender o atual regime jurídico¹.

Desde a sua versão originária que a atual CRP consagra, no art. 53.º, o princípio da segurança no emprego, apelando à justa causa como uma das condições de validade do despedimento, conceito este que é amplo e relativamente aberto², dando azo ao debate sobre os seus limites³.

Após alguma controvérsia⁴, sobretudo no seguimento do Acórdão do TC n.º 107/88, de 31 de maio⁵, o despedimento por extinção de posto de trabalho foi introduzido pela LCCT, embora aí não fosse designado por despedimento⁶, para corresponder a situações de inexigibilidade de manutenção do vínculo por razões atinentes ao funcionamento da empresa, mas que não se pudessem enquadrar na figura do despedimento coletivo.

Contudo, o clima de contestação em que a LCCT surgiu levou a que a figura da extinção de posto de trabalho viesse a ser consagrada em moldes de grande exigência e rigidez⁷, o que contribuiu para a reduzida operacionalidade da figura. A escassa jurisprudência que se encontra nesta matéria até hoje é o espelho da dificuldade da sua aplicação prática⁸, atempadamente anunciada por ABÍLIO NETO⁹.

¹ Furtado Martins, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 4ª edição, Principia, Cascais, 2017, p. 274.

² Cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Vol. I*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 709.

³ David Falcão e Tenreiro Tomás, *Lições de Direito do Trabalho – A relação individual de trabalho*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 304.

⁴ Em torno, sobretudo, da admissibilidade da justa causa objetiva de cessação do contrato de trabalho que, por razões de economia de espaço, não podemos desenvolver, mas que remetemos para Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 742-750.

⁵ Segundo o qual seriam proibidos os despedimentos individuais por causas objetivas (cf. Furtado Martins, *op. cit.*, pp. 160-162 e 259-260). Contudo, o TC, três anos mais tarde, no Acórdão n.º 64/91, de 4 de abril, inverteu esse entendimento mais restritivo, admitindo a possibilidade de o conceito de justa causa “cobrir factos, situações ou circunstâncias objetivas, não se limitando à noção de justa causa disciplinar”.

⁶ Segundo Furtado Martins, esta denominação deveu-se “à doutrina do Acórdão Constitucional n.º 107/88, de 31 de maio” (*op. cit.*, p. 259).

⁷ Palma Ramalho, *Tratado... cit.*, p. 900.

⁸ Menezes Cordeiro, *Direito do Trabalho*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2019, p. 997.

⁹ Diz o Autor: “tal como se encontra regulada, a possibilidade de despedimento de trabalhadores, por extinção de postos de trabalho, não abrangida por despedimento coletivo, não assume qualquer interesse prático, antes se poderá revelar uma autêntica armadilha para as entidades empregadoras que,

Já nessa altura se fazia depender a aplicação deste tipo de despedimento de um conjunto de condições, plasmadas no art. 27.º, n.º 1¹⁰. De um modo geral, verificamos que os requisitos não diferem dos que hoje estão em vigor. Devido ao rigor constitucional¹¹, a configuração originária do despedimento por extinção de posto de trabalho foi mantida pelo CT de 2003, que se limitou a introduzir algumas alterações de pormenor, sem repercussões no respetivo regime jurídico.

Quanto ao atual CT¹², este procedeu a alterações sistemáticas e alterou o prazo de aviso prévio deste despedimento, sem proceder, contudo, a nenhuma modificação substancial que contribuísse para uma maior operacionalidade da figura¹³.

Todavia, a Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, que pretendeu dar observância aos compromissos assumidos no Memorando de Entendimento assinado entre Portugal e a *Troika* (Fundo Monetário Internacional, Comissão Europeia e Banco Central Europeu), veio introduzir duas modificações substanciais significativas no regime deste instituto: os critérios de seleção do art. 368.º, n.º 2, foram substituídos por uma exigência genérica de que o critério de seleção não fosse discriminatório; o art. 368.º, n.º 4, foi também alterado, deixando de existir o dever de oferecer ao trabalhador um posto de trabalho alternativo, bastando que o empregador tenha demonstrado que observou critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção de posto de trabalho. O objetivo era claro: fomentar uma maior utilização prática desta figura, tornando-a menos exigente¹⁴. Porém, essas alterações foram julgadas inconstitucionais pelo Acórdão do TC n.º 602/2013, de 20 de setembro, por violarem a proibição constitucional de despedimentos sem justa causa: aumentavam a discricionariedade do empregador na definição do posto a extinguir e do trabalhador a despedir.

Esse juízo de inconstitucionalidade, ainda que assente em premissas questionáveis¹⁵, conduziu à aprovação da Lei n.º 27/2014, de 8 de maio, que definiu novos

eventualmente, dela venham a lançar mão” (*Despedimentos e Contratação a Termo – Notas e Comentários*, Petrony, Lisboa, 1989, p. 159).

¹⁰ “a) Os motivos invocados não sejam imputáveis a culpa do empregador ou do trabalhador; b) Seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho; c) Não se verifique existência de contratos a termo para as tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto; d) Não se aplique o regime previsto no artigo 16.º; e) Seja posta à disposição do trabalhador a compensação devida”.

¹¹ Tenreiro Tomás, *A Extinção de posto de trabalho: A Influência da Troika*, Atas da conferência: “Direito do Trabalho - Entre a Crise e a Liberalização - Análise às recentes alterações”, Revista Jurídica Portucalense, 2016, p. 227.

¹² Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

¹³ Palma Ramalho, *Tratado... cit.*, p. 900.

¹⁴ Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 1022.

¹⁵ Tanto em declarações de votos de vencido, como na doutrina, várias foram as vezes que discordaram da decisão do TC no que toca ao juízo de inconstitucionalidade do art. 368.º, n.º 2.

Quanto às primeiras, assinalam-se as declarações de voto de vencido dos Conselheiros Pedro Machete, Maria Lúcia Amaral e Maria de Fátima Mata-Mouros.

Damos especial atenção às razões constantes da declaração de voto do Conselheiro Pedro Machete: é indicado que, dado o alinhamento existente no que toca à objetividade dos fundamentos do despedimento por extinção do posto de trabalho e do despedimento coletivo, “pode justificar-se um tratamento paralelo ao previsto no artigo 360.º, n.º 2, al. c), quanto à definição dos critérios para seleção dos trabalhadores a despedir”, acrescentando que “a opção por uma enunciação mais ou menos densificada de tais critérios integra a liberdade de conformação do legislador”. Para além disso, demonstra o seu desacordo relativamente à importância dada à antiguidade e oferece uma lista exemplificativa de outros critérios que considera ser “tão relevantes, tão determinados e não discriminatórios como o da antiguidade”, a saber: “as habilitações, o custo do trabalhador para a empresa, a sua produtividade, os resultados da avaliação de desempenho ou a situação pessoal e familiar dos trabalhadores elegíveis”. Pedro Machete dá ainda conta do seu desacordo com a afirmação constante do texto do Acórdão, segundo a qual “só a indicação legal rigorosa de parâmetros condicionantes e limitativos pode impedir a possibilidade de subjetivação da escolha, assegurando, do mesmo passo, um efetivo controlo, pelo tribunal competente, da validade do despedimento”. Advoga que a exigência legal de fundamentação que resulta dos arts. 369.º, n.º 1, al. c), e 371.º, n.º 2, al. c), que obrigam o empregador a definir os critérios de seleção dos postos de trabalho a extinguir e a fazer a prova da sua aplicação, seria suficiente para garantir o “controlo judicial da objetividade, relevância e do caráter não discriminatório dos critérios eventualmente definidos pelo empregador”. Desta forma, conclui notando que o resultado final seria “plenamente sindicável pelo tribunal”.

Quanto à doutrina, entre outras vozes, Palma Ramalho admitiu a “infelicidade da redacção do preceito legal”, mas não sufragou a posição daquele tribunal. A Autora definiu dois critérios para uma aplicação da norma em sintonia com a CRP: um positivo, onde se exige uma relação estreita entre a causa objetiva que desencadeou o despedimento e o critério utilizado para a seleção; e um negativo, onde se impunha que o critério utilizado não violasse o disposto no art. 24.º, n.º 1, isto é, que não fosse discriminatório (*O Olhar do Tribunal Constitucional Sobre a Reforma Laboral – Algumas Reflexões, Para Jorge Leite - Escritos Jurídico Laborais*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 765-769). Também Carvalho Martins/ Canas da Silva não subscrevem a posição do TC, notando a “desarmonia” que se criava com o despedimento coletivo, argumentando, ainda, que o “despedimento por extinção de posto de trabalho pode, na verdade, assumir natureza mais coletiva que o despedimento coletivo”, já que no primeiro caso “a extinção pode abranger até quatro trabalhadores em empresas com cinquenta ou mais trabalhadores”, enquanto que no segundo pode-se “incluir apenas dois trabalhadores na empresas até quarenta e nove trabalhadores”. Por fim, os Autores apontam as “justificações meramente históricas” que levam à maior rigidez do regime da extinção de posto de trabalho e dão conta que “a experiência jurisprudencial mostra que os tribunais encontram-se munidos dos instrumentos necessários a um controlo eficaz da (in)adequação dos critérios acolhidos, em cada caso, pelo empregador” (*Despedimento Por Extinção Do Posto De Trabalho — A Revisão de 2012 e o Acórdão do Tribunal Constitucional de 2013, Para Jorge Leite — Escritos Jurídico-Laborais*, Vol. I, Coimbra editora, Coimbra, 2014, pp. 531-534 e 546-547). Deixamos um último exemplo, desta vez de Lobo Xavier, onde se diz que “embora em desacordo com a formulação escolhida”, pareceu-lhe “razoável não impor critérios de escolha quando o mesmo não ocorre no despedimento coletivo” (*Manual de Direito do Trabalho*, 3ª edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2018, p. 833).

Por outro lado, as vozes que se levantaram a favor da decisão de inconstitucionalidade deste preceito foram menos audíveis que as anteriores. Contudo, José João Abrantes, por exemplo, subscreve “por inteiro a posição do tribunal” (*A Jurisprudência Constitucional Recente em Matéria Laboral (Algumas Notas)*”, Para Jorge Leite — *Escritos Jurídico-Laborais*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 11-18). Também Freitas de Sousa conclui a sua análise em sentido favorável à decisão: “a declaração de inconstitucionalidade do art. 368.º n.º 2 e a sua fundamentação, vão ao encontro daquilo que é a *ratio* do princípio da segurança no emprego. Não se pode admitir que caiba ao empregador a definição de critérios de seleção do trabalhador a despedir, pela tremenda insegurança que isso pode causar nos trabalhadores a considerar” (*Despedimento por Extinção do Posto de Trabalho - Considerações Sobre a Evolução do nº 2 do Artigo 368.º do Código do Trabalho à Luz do Artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa*, 2015, disponível no repositório da UCP, p. 26). Por fim, também Bruno Mestre acompanha “plenamente e sem reservas a decisão do TC” (*A “Saga” do Despedimento por Extinção do Posto de Trabalho e as Repercussões do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 602/2013 — Algumas Notas*, QL, n.º 43, p. 206).

critérios na escolha de posto de trabalho a extinguir e repôs, desnecessariamente¹⁶, o enunciado primitivo do requisito da inexistência de posto compatível.

2.2. Noção e requisitos

O instituto do despedimento por extinção de posto de trabalho encontra-se previsto nos arts. 367.º e ss. do CT e é definido como “a cessação de contrato de trabalho promovida pelo empregador e fundamentada nessa extinção, quando esta seja devida a motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, relativos à empresa”, sendo que estes motivos são definidos de forma idêntica ao previsto em sede de despedimento coletivo (arts. 367.º, n.º 2 e 359.º, n.º 2).

Este elenco, em si mesmo, “não é muito relevante”¹⁷. Como explica LOBO XAVIER, o objetivo fundamental destas referências é dar “cobertura à racionalidade económica na fixação a cada momento dos postos de trabalho necessários à empresa”¹⁸. Assim, e agora nas palavras de MONTEIRO FERNANDES, o “momento decisivo parece localizar-se não no feixe de ponderações técnico-económicas ou gestionários a que alude o art. 359.º, n.º 2 (e que são cobertas pela liberdade de iniciativa do titular da empresa¹⁹)²⁰, mas no próprio facto da extinção do posto de trabalho que se situa a jusante daquela”. Desta forma, o controlo da motivação invocada pelo empregador incidirá, nas palavras do mesmo Autor, “no nexos sequencial estabelecido entre a extinção do posto de trabalho e a decisão de extinção do contrato”, pelo que é “em relação a esse nexos e a cada um dos

¹⁶ “Pois a repriminção do regime anterior era consequência directa da inconstitucionalidade declarada” (Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 19ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 601).

¹⁷ Furtado Martins, *op. cit.*, p. 285.

¹⁸ Lobo Xavier, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, Verbo, Lisboa/São Paulo, 2000, p. 412.

¹⁹ Segundo Lobo Xavier, “a liberdade de empresa definida constitucionalmente, numa economia de mercado, não permite que se possa impedir os empregadores de encerrarem unidades produtivas, racionalizar a organização e assim eliminarem postos de trabalho” (*O Despedimento... cit.*, p. 609).

²⁰ Quanto a este entendimento, maioritário, de que a aferição das decisões a que alude o art. 359.º, n.º 2, é da competência do empresário, e que, ainda que más ou erradas, não são suscetíveis de um controlo de mérito por parte dos tribunais, Júlio Gomes apresenta uma proposta diferente, discordando do entendimento “que praticamente esvazia a necessidade de fundamentação do despedimento colectivo, o qual é apresentado como um acto de gestão praticamente insindicável pelo tribunal, ao ponto de converter em puro ritualismo, formal e inteiramente despido de sentido útil”. O Autor advoga que “o controlo judicial não pode deixar de incidir sobre a proporcionalidade entre a motivação apresentada e a decisão de proceder ao despedimento colectivo, à racionalidade desta decisão” (*Direito do Trabalho*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 901-996). Leal Amado dá “inteira razão” a Júlio Gomes (*Contrato de Trabalho*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 357, nota 391).

seus elementos que deve fazer-se a verificação dos requisitos fundamentais do art. 368.º, n.º 1”²¹.

Confirmando-se a extinção de posto de trabalho, o despedimento só pode ter lugar quando se verifiquem, cumulativamente²², os requisitos que constam do n.º 1 do art. 368.º.

Em primeiro lugar, exige-se que “os motivos indicados não sejam devidos a conduta culposa do empregador ou do trabalhador”. Quanto ao trabalhador, é pacífico²³ que o preceito visa excluir as situações em que a forma adequada de promover a cessação do contrato de trabalho é o despedimento por facto imputável àquele – nessas situações a modalidade apropriada é a do art. 351.º. Já o afastamento do despedimento no caso de atuação culposa do empregador afigura-se mais problemático²⁴, uma vez que a decisão de extinção de posto de trabalho é, como já vimos, uma decisão de gestão, cujos critérios são dificilmente sindicáveis. Assim, cremos que este requisito se deve limitar à exigência de que os motivos indicados pelo empregador não sejam meramente aparentes, disfarçando um despedimento com outro fundamento²⁵.

Em segundo lugar, exige-se que “seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho”. Este requisito também é referido a propósito do conceito de justa causa no despedimento disciplinar (art. 351.º, n.º 1), mas o paralelo literal é apenas aparente²⁶, já que na extinção de posto de trabalho o art. 368.º, n.º 4 concretiza o conteúdo do referido requisito. Assim, a impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho decorre da demonstração da factualidade que revele que, extinto o posto de

²¹ Monteiro Fernandes, *op. cit.*, p. 603.

²² Sobre a necessidade de cumulação de requisitos, entre outros, STJ, 29/05/2013 (Fernandes da Silva), Proc. 1270/09 e STJ, 06/04/2017 (Ferreira Pinto), Proc. 1950/14.

²³ Furtado Martins, *op. cit.*, p. 295; Romano Martinez, *op. cit.* p. 1020; Palma Ramalho, *Tratado... cit.*, p. 903; entre outros.

Contudo, Lobo Xavier vai mais longe, considerando “que pode haver culpa do trabalhador, ainda que leve, que conduza à extinção de posto de trabalho”, pela circunstância de, num caso destes, não se justificar o recurso ao despedimento com justa causa sem indemnizações (*Manual... cit.*, pp. 830-831). Já Palma Ramalho mostra-se contrária a este entendimento. Acompanhamos a posição da Autora quando nota que a extinção de posto de trabalho “só pode ficar a dever-se a razões económicas, sendo, por isso, independente da culpa do trabalhador”. A Autora acrescenta que, havendo “actuação culposa do trabalhador, ou esta tem a gravidade suficiente para consubstanciar uma situação de justa causa para despedimento (e então essa é a via a seguir) ou não tem e o despedimento por extinção de posto de trabalho também não será possível” (*Tratado... cit.*, p. 903, nota 454).

²⁴ Sobre as dificuldades da avaliação prática deste requisito, RP, 30/09/2013 (Paula Maria Roberto), Proc. 83/12: “é difícil formular um juízo de reprovação quanto à gestão empresarial, (...) para além dos casos de atuação completamente leviana, apenas naqueles em que os motivos indicados para a extinção de posto de trabalho sejam um disfarce para um despedimento com outro fundamento”.

²⁵ Palma Ramalho, *Tratado... cit.*, p. 903.

²⁶ Palma Ramalho, *Tratado... cit.*, p. 906.

trabalho, não existe outro compatível com a categoria²⁷ profissional do trabalhador (art. 368.º, n.º 4)²⁸.

Em terceiro lugar, exige-se que “não existam, na empresa, contratos de trabalho a termo para tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto”. Em bom rigor, a existência de contratos a termo, nas palavras de MENEZES LEITÃO, “põe em causa o requisito da impossibilidade prática de subsistência da relação de trabalho, dado que o empregador poderá sempre não renovar os contratos a termo em alternativa ao despedimento por extinção de posto de trabalho”²⁹. Para além disso, a *ratio* deste requisito está em privilegiar os vínculos laborais por tempo indeterminado sobre os contratos a termo, sendo que, quanto a este ponto, LOBO XAVIER advoga que esta preferência pela conservação dos contratos por tempo indeterminado é feita “em latitude dificilmente justificável”, notando que o posto de trabalho pode estar preenchido por um contrato de longo termo³⁰.

Exige-se, finalmente, “que não seja aplicável o despedimento coletivo”. As semelhanças entre o despedimento por extinção de posto de trabalho e o despedimento coletivo são inegáveis. Sem prejuízo da discussão em torno da criação de uma figura comum³¹, notamos que o único traço diferenciador não consta do art. 367.º, mas da delimitação negativa da noção que decorre da al. d) do n.º 1 do art. 368.º, onde se estabelece que esta modalidade de despedimento só pode ser utilizada quando “não seja aplicável o despedimento coletivo”, ou seja, o primeiro é subsidiário relativamente ao segundo. Se em termos de justificação ou de fundamentação não parece existir qualquer diferença material, o traço distintivo entre as duas figuras resume-se ao número de

²⁷ Quanto ao conceito de categoria, STJ, 29/05/2013 (Fernandes da Silva), Proc. 1270/09: “importará lembrar que a postulada compatibilidade categorial se refere à categoria interna, normativa, e não à categoria funcional”.

²⁸ Cabe ao empregador demonstrar que não dispunha de um outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador. Neste sentido, RL, 25/01/2012 (Paula Sá Fernandes), Proc. 66/09: “a ré não demonstrou que não dispunha de um outro posto de trabalho compatível com a categoria da Autora”, e STJ, 06/04/2017 (Ferreira Pinto), Proc. 1950/14: “o cumprimento dos critérios legais exigidos para a extinção do posto de trabalho não é suficiente para garantir a licitude do despedimento, sendo, também, necessário que o empregador prove a impossibilidade da manutenção do vínculo laboral, através do dever que impende sobre ele, por ser seu ónus, de demonstrar a inexistência de outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador”.

²⁹ Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 461.

³⁰ Lobo Xavier, *Manual... cit.*, p. 832.

³¹ Em sentido favorável à sua criação encontra-se Furtado Martins: “do regime legal do despedimento coletivo e do despedimento por extinção de posto de trabalho decorre que ambos se reconduzem a uma figura comum, que denominamos ‘despedimento por eliminação do emprego’” (*op. cit.*, p. 247). Em sentido contrário, Monteiro Fernandes compreende o “propósito de reduzir as duas figuras a subspecies de um mesmo mecanismo extintivo”, mas não lhe “parece susceptível de prosperar” (*op. cit.*, p. 599). Este seria um interessante tema a explorar, mas a limitação de espaço impede-nos de o fazer.

trabalhadores abrangidos por uma e outra medida: se o despedimento não abranger o número mínimo de trabalhadores fixado no art. 359.^{o32}, haverá lugar à extinção de posto(s) de trabalho³³.

Para além disso, condiciona-se a licitude do despedimento à colocação “à disposição do trabalhador a compensação devida, bem como os créditos vencidos e os exigíveis por efeito da cessação do contrato de trabalho” (art. 368.^o, n.^o 5), até ao termo do prazo de aviso prévio.

2.3. Procedimentalização e ilicitude

Como é comum às várias formas de despedimento, a efetivação do despedimento por extinção de posto de trabalho pressupõe a organização de um processo específico, o qual é relativamente complexo e demorado, semelhante ao do despedimento coletivo, que o CT regula nos arts. 369.^o a 371.^o. Por outro lado, o art. 381.^o regula os fundamentos gerais de ilicitude de todas as formas de despedimento e o art. 384.^o as causas específicas desta modalidade. Sem nos querermos alongar nestes pontos, importante é identificarmos os aspetos onde os critérios de seleção assumem um papel de destaque.

As garantias procedimentais legalmente estatuídas estão divididas em três fases³⁴ e, ao exigirem adequada exteriorização da decisão extintiva, passível de controlo³⁵, assumem especial relevância:

(i) Fase de comunicações (art. 369.^o) - o processo começa com a comunicação inicial, onde o empregador comunica, por escrito, às estruturas representativas dos trabalhadores e ao trabalhador envolvido, as necessidades de extinguir o posto de trabalho e de despedir o trabalhador a ele afeto (n.^o 1, als. a) e b)), bem como os critérios de seleção utilizados (n.^o 1, al. c));

³² “Considera-se despedimento colectivo a cessação de contratos de trabalho promovida pelo empregador (...) abrangendo, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respectivamente, de microempresa ou de pequena empresa, por um lado, ou de média ou grande empresa, por outro” (art. 359.^o, n.^o 1). Já o art. 100.^o, n.^o 1, define que se considera: “a) Microempresa a que emprega menos de 10 trabalhadores; b) Pequena empresa a que emprega de 10 a menos de 50 trabalhadores; c) Média empresa a que emprega de 50 a menos de 250 trabalhadores; d) Grande empresa a que emprega 250 ou mais trabalhadores”.

³³ Quanto ao momento decisivo para averiguar o número relevante de trabalhadores, Júlio Gomes, diz que “parece ser aquele em que o empregador decide avançar com o respectivo procedimento” (*op. cit.*, p. 989).

³⁴ Divisão proposta nestes termos por Palma Ramalho, *Tratado... cit.*, pp. 914-916.

³⁵ Carvalho Martins/ Canas da Silva, *op. cit.*, p. 511.

(ii) Fase de consultas (art. 370.º) - recebida a comunicação, os destinatários têm 15 dias para, caso queiram, transmitir o seu parecer fundamentado, opondo-se à medida do despedimento (n.º 1). Adicionalmente, nesta fase pode também ser solicitada, no prazo de cinco dias úteis após a comunicação inicial, a intervenção do serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área laboral³⁶, no sentido de verificar o preenchimento dos requisitos, entre outros, do art. 368.º, n.º 2 (n.º 2). No prazo de sete dias, o serviço em causa elabora um relatório que remete aos envolvidos (n.º 3);

(iii) Fase decisória (art. 371.º) - decorridos cinco dias do fim da fase de consultas, o empregador pode proferir decisão de despedimento (n.º 1), que deve ser proferida por escrito com uma série de elementos (onde se inclui a prova da aplicação dos critérios de determinação do posto de trabalho a extinguir, caso se tenha verificado oposição a este³⁷) e com indicação da disponibilidade de pagamento da compensação por efeito da cessação do contrato de trabalho (n.º 2). Esta decisão deve prever um prazo de antecedência mínima, variável com a antiguidade do trabalhador (n.º 3).

Quanto aos direitos do trabalhador abrangido pelo despedimento individual por extinção de posto de trabalho, este tem os mesmos direitos que a lei atribui àqueles que forem objeto de um despedimento coletivo, por remissão do art. 372.º. Assim, é-lhe conferido o crédito de horas, o direito a denunciar antecipadamente o contrato e o direito à compensação fixada no art. 366.º, que deve ser satisfeita até ao termo do prazo de aviso prévio (arts. 371.º, n.º 4, e 384.º, al. d)).

Já quanto à ilicitude, se no art. 381.º encontramos os seus fundamentos gerais, o art. 384.º, através de um jogo de remissões³⁸, prevê os fundamentos específicos da ilicitude do despedimento por extinção de posto de trabalho. Assim, este tipo de despedimento é ilícito se desrespeitar os requisitos do art. 368.º, n.º 1, *supra* explanados (al. a)); se não observar o disposto no art. 368.º, n.º 2, relativo aos critérios de seleção (al.

³⁶ Atualmente é a Autoridade para as Condições do Trabalho que tem esta competência.

³⁷ Não é líquido o que terá o empregador de fazer em concreto para o cumprimento deste dever. Na opinião de Furtado Martins, “não é exigível que se juntem à decisão final os elementos probatórios que demonstrem, por exemplo, os resultados da avaliação de desempenho ou as habilitações académicas e profissionais de todos os trabalhadores entre os quais foi realizada a seleção”. Para o Autor, basta que na decisão final se explicita “os elementos relevantes para aferir do cumprimento do critério utilizado”, ou seja, “deve identificar-se que trabalhadores foram tidos em consideração e os resultados da avaliação, ou, tendo-se utilizado o segundo factor de escolha (art. 368.º, 2, b)), as habilitações de cada um dos trabalhadores em causa.”. Segundo o Autor, este é o limite, já não lhe parecendo razoável que se exija o anexo dos documentos ou outros elementos probatórios que comprovem a explicitação do empregador. Situação diferente será, naturalmente, se tiver havido impugnação judicial do despedimento (*op. cit.*, pp. 369-370).

³⁸ Menezes Cordeiro, *op. cit.*, p. 1013.

b)); se não tiverem sido realizadas as comunicações previstas no art. 369.º (al. c)); e se não tiver sido colocada à disposição do trabalhador despedido, até ao termo do prazo do aviso prévio, a indemnização compensatória legalmente devida, bem como os créditos vencidos ou exigíveis em virtude da cessação do contrato de trabalho (al. d)).

Finalmente, da ilicitude do despedimento decorrem os efeitos previstos nos arts. 389.º e ss.. Estas normas são aplicáveis a todas as espécies de despedimento, desde que seja declarada a sua ilicitude. Simplificadamente³⁹, as suas consequências são: (i) a invalidade da cessação e a consequente manutenção do contrato de trabalho; (ii) o direito do trabalhador a ser indemnizado por todos os danos causados, patrimoniais e não patrimoniais, e a ser reintegrado, sem prejuízo da categoria e da antiguidade (art. 389.º, n.º 1, als. a) e b)), ou, em substituição desta reintegração, o direito a uma indemnização (arts. 391.º e 392.º); (iii) e o direito do trabalhador a receber as retribuições intercalares (art. 390.º).

3. Critérios de seleção

3.1. Evolução

Quando a LCCT introduziu, em 1989, o despedimento por extinção de posto de trabalho, determinava, no seu art. 27.º, n.º 2, que “a entidade empregadora, na concretização de postos de trabalho a extinguir, observará, por referência aos respectivos titulares, os critérios a seguir indicados, pela ordem estabelecida: 1.º Menor antiguidade no posto de trabalho; 2.º Menor antiguidade na categoria profissional; 3.º Categoria profissional de classe inferior; 4.º Menor antiguidade na empresa”. O CT de 2003, no art. 403.º, n.º 2, e o CT de 2009, no art. 368.º, n.º 2, mantiveram praticamente⁴⁰ inalterada esta ordem de critérios. A solução era objeto de críticas, designadamente por não se fazer o mínimo apelo a critérios de competência e de ordem económica ou que atendessem à situação social do trabalhador⁴¹.

³⁹ Para um maior aprofundamento desta matéria, cf. Lobo Xavier, *Manual... cit.*, pp. 873-884.

⁴⁰ Onde em 2003 se lia, no art. 403.º, n.º 2, 3.º critério, “categoria profissional de classe inferior”, em 2009 passou a ler-se, no art. 368.º, n.º 2, al. c), “classe inferior na mesma categoria profissional”.

⁴¹ Lobo Xavier, *Manual... cit.*, p. 833.

A justificação tradicionalmente dada para estes critérios era a necessidade de evitar a utilização deste despedimento para atingir um trabalhador em concreto – ou seja, encapotando um despedimento individual sem justa causa⁴². Por isso, fixavam-se legalmente critérios objetivos e facilmente controláveis, assentes na antiguidade⁴³.

Do Memorando de Entendimento assinado entre Portugal e a *Troika* constavam recomendações concretas em relação aos critérios de seleção. No ponto 4.5. desse Acordo, clarificava-se que a “proposta de reforma com o objectivo de introduzir ajustamentos aos casos de despedimentos individuais com justa causa”, que o Governo se comprometia a preparar, queria “combater a segmentação do mercado de trabalho e aumentar a utilização dos contratos sem termo”. Como medida concreta a adotar, dizia-se expressamente que os critérios de seleção “não devem necessariamente seguir uma ordem pré-estabelecida de antiguidade, se mais do que um trabalhador estiver destinado a funções idênticas (art. 368.º do CT)”, indicando-se que a “ordem pré-definida de antiguidade não é necessária desde que o empregador estabeleça um critério alternativo relevante e não discriminatório”⁴⁴, em aproximação ao regime do despedimento coletivo.

A Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, acolheu a referida recomendação e fez um acrescento final, exigindo que a relevância e o carácter não discriminatório dos critérios adotados pelo empregador se aferem “face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”. Assim, o art. 368.º, n.º 2, deixou de conter critérios pré-definidos, ali passando a constar a seguinte redação: “havendo, na secção ou estrutura equivalente, uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, para determinação do posto de trabalho a extinguir, cabe ao empregador definir, por referência aos respetivos titulares, critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”.

A fórmula encontrada para definir estes critérios de seleção não reuniu consenso⁴⁵, ainda que o propósito por detrás da alteração tenha sido acompanhado⁴⁶.

Este problema foi, como já vimos, ultrapassado, já que o TC considerou a nova redação do art. 368.º, n.º 2 contrária à CRP. O Acórdão n.º 602/2013 fundamentou a

⁴² Palma Ramalho, *Tratado... cit.*, p. 910.

⁴³ Furtado Martins, *op. cit.*, p. 309.

⁴⁴ Note-se que o idioma da versão original e oficial do Memorando é o inglês e que a versão em português, disponível em “https://aventar.eu/wp-content/uploads/2011/05/2011-05-18-mou_pt.pdf”, é da exclusiva responsabilidade do Governo português.

⁴⁵ Sobre a formulação escolhida, Palma Ramalho diz que “não era feliz” (*Tratado... cit.*, p. 910). No mesmo sentido Lobo Xavier, *Manual... cit.*, p. 833 e Furtado Martins, *op. cit.*, p. 309.

⁴⁶ Vimos em § 2.1., nota 15, que a generalidade das vozes discordou da posição do TC no Acórdão n.º 602/2013 porque via com bons olhos a solução encontrada pela Lei n.º 23/2012.

declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da seguinte forma: “o n.º 2 do art. 368.º (...) viola a proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no art. 53.º da Constituição, na medida em que não fornece as necessárias indicações normativas quanto aos critérios que devem presidir à decisão do empregador de seleção do posto de trabalho a extinguir. A norma impugnada, não só permite que essa escolha fique na disponibilidade do empregador, como funcionaliza a “relevância” dos critérios a escolher exclusivamente às razões subjacentes à decisão de extinção do posto de trabalho, alheando-as das razões que devem presidir à escolha do concreto posto de trabalho a extinguir (e do concreto trabalhador a despedir)”.

Apesar de toda a controvérsia gerada pela decisão, já mencionada⁴⁷, a Lei n.º 27/2014, de 8 de maio, surgiu para cumprir o caminho traçado pelo TC⁴⁸, que considerou que “só a indicação legal e rigorosa de parâmetros condicionantes e limitativos pode impedir a possibilidade de subjetivação da escolha, assegurando, do mesmo passo, um efetivo controlo, pelo tribunal competente, da validade do despedimento, considerando a verificação objetiva da motivação e a idoneidade daquela decisão e a sua consequente legalidade ou ilegalidade”⁴⁹. Por isso, a referida lei voltou a alterar o 368.º, n.º 2, introduzindo um conjunto de critérios de escolha do posto de trabalho a extinguir de entre vários de conteúdo funcional idêntico, que a própria lei qualifica como “relevantes e não discriminatórios”⁵⁰:

a) Pior avaliação de desempenho, com parâmetros previamente conhecidos pelo trabalhador;

b) Menores habilitações académicas e profissionais;

⁴⁷ Em § 2.1., nota 15, a propósito da evolução da figura do despedimento por extinção de posto de trabalho.

⁴⁸ Ao invés de se manter fiel às recomendações do Memorando de Entendimento, arriscando um segundo chumbo do TC – como nota Joana Vasconcelos “*this stand left the Portuguese legislator torn between sticking to the Mou and facing a second (and more than certain) refusal by the Constitutional Court, or following its doctrine to obtain its approval. The choice of this last path granted constitutional conformity, but at the price of giving up a long demanded paradigm change*” (“Economic Crisis and Labour Law Reforms in Portugal”, *paper* apresentado no ISL&ISSL European Regional Congress, Dublin, 17-19 de setembro de 2014 (disponível em <https://isssl.org/wp-content/uploads/2014/10/RoundTable2-Portugal-JoanaVasconcelos.pdf>)).

⁴⁹ Acórdão n.º 602/2013, 20 de setembro.

⁵⁰ Sobre esta qualificação, Maria Machado questiona o seu objetivo, identificando duas possibilidades: “ou o legislador está a declarar que os critérios de seleção que a seguir enuncia são relevantes e não são discriminatórios, ou está a dar instruções aos empregadores sobre a sua utilização. Como que admitindo, neste último caso, que os mesmos comportam uma carga de subjetividade que pode permitir ao empregador fazer deles um mau uso, por exemplo, com intuito discriminatório” (*A Lei n.º 27/2014, de 8 de Maio. Algumas Notas Sobre a 6.ª Alteração ao Código do Trabalho em Matéria de Despedimento por Extinção de Posto de Trabalho*, Revista Jurídica Portucalense / Portucalense Law Journal N.º 18, Porto, 2015, p. 72).

c) Maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa;

d) Menor experiência na função;

e) Menor antiguidade na empresa.

Esta nova ordem de critérios é a que hoje tem lugar no nosso ordenamento jurídico. Como veremos, esta solução voltou a não reunir consenso na doutrina, suscitando novas questões a analisar.

3.2. Justificação

Traçado o caminho percorrido até à redação atual, cumpre agora identificar as circunstâncias que conduzem à aplicação dos critérios de seleção, já que, como veremos, nem todos os despedimentos por extinção do posto de trabalho exigem a convocação do art. 368.º, n.º 2. Nesta matéria, faremos, ainda, por explanar os objetivos que subjazem à existência destes critérios.

O problema da seleção dos trabalhadores a despedir põe-se nos casos da extinção de um dos vários postos de trabalho, quando seja necessário optar, pela circunstância de haver trabalhadores em postos de conteúdo funcional idêntico em número superior ao dos despedimentos a realizar. Por outras palavras, verificados os requisitos do art. 368.º, n.º 1, extingue-se um posto de trabalho, mas é necessário selecionar, entre os vários trabalhadores que ocupam postos de trabalho idênticos, aqueles cujo contrato de trabalho se pretende fazer cessar⁵¹.

Desta forma, percebemos que é possível despedir um concreto trabalhador, no âmbito de um despedimento por extinção do posto de trabalho, sem que o problema da seleção se coloque. Assim, quando na base do despedimento estiver o encerramento de uma unidade organizacional, onde se atingirá todos os trabalhadores dessa unidade, não

⁵¹ Furtado Martins, *op. cit.*, p. 308.

é necessário fazer qualquer escolha⁵²; da mesma maneira, também não haverá qualquer escolha a fazer quando o posto de trabalho for único⁵³.

Dada a centralidade que o conceito de posto de trabalho ocupa neste art. 368.º, n.º 2, importa não avançarmos mais sem antes acertarmos o passo, clarificando a que se refere o legislador quando o emprega. Sobre o mesmo, apesar das dificuldades criadas pela cerca de meia centena de referências no CT⁵⁴ e pela inexistência de uma explicitação legal do respetivo sentido, NUNES DE CARVALHO adianta o núcleo fundamental desta noção: trata-se de “uma posição numa concreta organização produtiva, que é desenhada pelo titular desta e está sujeita às suas opções de gestão, posição que implica um certo conteúdo funcional, requer determinada qualificação profissional e/ou aptidão, envolve certos meios, equipamentos e riscos, pode ter associado um conjunto de condições de trabalho (designadamente, em termos de esquema temporal de realização da prestação) e à qual o trabalhador é afecto pelo empregador no quadro da execução do contrato de trabalho”⁵⁵. FURTADO MARTINS, por seu turno, nega a viabilidade da construção de uma “noção única ou geral a partir das múltiplas normas que a ela recorrem”. Em vez disso, oferece alguns traços gerais, sintetizados da seguinte forma: “o conceito de posto de trabalho coincide com a função ou o conjunto de tarefas localizado organizacionalmente - isto é, numa concreta organização produtiva, que é fruto do modo como o respetivo titular organiza e divide o trabalho necessário ao funcionamento da mesma -, de cuja execução é encarregue um trabalhador”⁵⁶.

Numa matéria como a dos despedimentos objetivos, e em especial no caso de despedimento por extinção de posto de trabalho⁵⁷, as preocupações do legislador em assegurar a objetividade do despedimento são evidentes. Assim, os critérios de seleção surgem precisamente como uma manifestação da vontade do legislador em limitar a

⁵² Situação diferente será aquela em que se encerra uma unidade, mas o empregador pretende conservar algum dos trabalhadores que aí prestavam serviço, deslocando-o para um posto de trabalho vago existente noutra unidade. Furtado Martins alerta para as diferenças de ambas as situações e defende que nesta “não se trata de escolher quem será abrangido pelo despedimento, mas qual o trabalhador que dele será excluído”. Para o Autor, as diferenças de ambas as hipóteses justificam a exclusão da aplicação das “regras estabelecidas para seleccionar os trabalhadores a despedir” (*op. cit.*, p. 308, nota 112).

⁵³ Por exemplo, “não existindo, em toda a empresa, outros postos de trabalho com conteúdo funcional idêntico, não há que observar a ordem de critérios prevista no n.º 2 do art. 368º do CT” - RP, 18/12/2019 (Albertina Pereira), Proc. 3817/16.

⁵⁴ Furtado Martins, *op. cit.*, pp. 250-251.

⁵⁵ Nunes de Carvalho, “*Reflexões Sobre o Conceito Legal de Posto de Trabalho*”, Para Jorge Leite — *Escritos Jurídico-Laborais*, Vol. I, Coimbra editora, Coimbra, 2014, p. 132.

⁵⁶ Furtado Martins, *op. cit.*, pp. 251-252.

⁵⁷ Modalidade de despedimento introduzida em moldes de grande exigência e rigidez, como explicámos em § 2.1..

margem de discricionariedade do empregador. Com eles, o legislador pretende evitar que, através desta forma de despedimento, o empregador consiga atingir um trabalhador determinado, cujo contrato queria ver cessar⁵⁸, assim como facilitar o controlo da decisão daquele. Sobretudo se compararmos com a solução legal anterior, os critérios deverão, em teoria, facilitar a aplicação da norma, exigindo um menor “esforço interpretativo”⁵⁹. Finalmente, lembramos que os critérios são a resposta às já mencionadas orientações fixadas pelo TC no Acórdão n.º 602/2013 e devem, por isso, ser encarados a essa luz.

3.3. Hierarquização

Quanto à ordem da aplicação dos diferentes critérios de seleção, esta foi estabelecida segundo uma ordenação subsidiária, ou seja, a aplicação do critério seguinte depende ora da inaplicabilidade, ora da aplicabilidade ineficaz do critério anterior⁶⁰. Para uma melhor compreensão, importa transcrever a observação do STJ, segundo a qual os critérios “são sucessivos e hierarquizados”, pelo que só é “aplicável o seguinte se o anterior não se verificar ou se os trabalhadores visados reunirem os mesmos requisitos relativamente a esse critério”⁶¹. No entanto, como adiante veremos, concluir pela necessidade de aplicar um novo critério pode constituir um verdadeiro desafio.

Importa, ainda, não avançarmos sem antes darmos nota de que haverá casos em que se terá de usar mais de um critério, operando a seleção gradualmente e com fatores diferentes, na medida do necessário. Isto é, no cenário de um despedimento por extinção do posto de trabalho, onde o empregador tem de escolher dois de três trabalhadores que ocupam postos de trabalho iguais, por exemplo, poderá acontecer que a escolha tenha de ser feita com base em mais de um critério. No supramencionado cenário, se um dos três trabalhadores tiver uma avaliação de desempenho notoriamente inferior aos outros dois, que têm resultados iguais entre si, FURTADO MARTINS julga que “o primeiro critério será aplicado para escolher um dos trabalhadores a despedir” e, caso esse mesmo critério “não permita selecionar o segundo trabalhador a despedir, aplicar-se-á o factor seguinte,

⁵⁸ Palma Ramalho, *Tratado... cit.*, p. 909.

⁵⁹ Expressão de Palma Ramalho, *Tratado... cit.*, p. 912.

⁶⁰ Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *Os Critérios de Seleção no Despedimento por Extinção do Posto de Trabalho*, Transformações Recentes do Direito do Trabalho Ibérico, Biblioteca RED, 2016, p. 149.

⁶¹ STJ, 13/10/2016 (Ribeiro Cardoso), Proc. 314/15.

escolhendo, entre os outros dois, o que tiver menores habilitações académicas e profissionais”⁶². Acompanhamos o referido Autor nesta solução, à qual se contrapõe a opção de fazer a escolha dos dois trabalhadores a despedir com base num só critério, aplicável a todos os trabalhadores potencialmente abrangidos pelo despedimento. De acordo com esta segunda opção, que o Autor prontamente descartou, se o primeiro critério não for capaz de selecionar, de uma vez, os dois trabalhadores a despedir, usar-se-ia o segundo, ou seja, as habilitações, comparando os três potencialmente abrangidos.

Estamos agora, finalmente, em condições de analisar o conteúdo de cada um dos critérios de seleção que hoje vigoram no nosso ordenamento jurídico. A ainda escassa jurisprudência sobre o assunto leva a que os Autores reflitam, na maioria das vezes, sobre os potenciais desafios que os critérios poderão trazer, acabando por se verificar alguma dispersão quantos aos temas tratados. Só uma maior produção jurisprudencial circunscreverá os temas a discutir.

3.4. Em concreto

3.4.1. Avaliação de desempenho

O primeiro critério introduzido pela Lei n.º 27/2014 é substancialmente inovador, na medida que atribui relevância direta aos sistemas de avaliação de desempenho. Primeiramente, vamos procurar perceber em que contexto surgiram e que sistemas são estes. De seguida, abordaremos a sua pertinência enquanto critério de seleção, os seus contornos mínimos exigíveis e as principais questões procedimentais e substantivas que levanta.

Se é verdade que há muito que noutras áreas o assunto tem sido estudado e que muitas são as organizações que têm implementado mecanismos de aferição e comparação do desempenho dos trabalhadores, a mesma atenção não tem sido dada a estes sistemas no âmbito da legislação comum do trabalho⁶³. O ordenamento não tem sido indiferente à questão do rendimento do trabalhador: com o surgimento, em 1991, da figura do despedimento por inadaptação, passou a fazer-se referência à “produtividade ou

⁶² Furtado Martins, *op. cit.*, p. 318.

⁶³ Nunes de Carvalho, *op. cit.*, pp. 176-179.

qualidade” determinadas pelo modo de exercício de funções do trabalhador⁶⁴; o mesmo se verifica com a referência às “prestações decorrentes de factos relacionados com o desempenho ou mérito profissionais” (art. 260.º, n.º 1, al. c)). O assunto também não tem passado completamente ao lado dos tribunais, onde encontramos várias decisões que versam diretamente sobre as consequências da aplicação de esquemas de avaliação de desempenho⁶⁵. Não obstante, verificamos que são referências que não se debruçam verdadeiramente sobre o conteúdo e moldes destes mecanismos de avaliação. Ao invés, a sua definição e construção têm sido consideradas como temas reservados ao empregador e a análise tem-se centrado na simples aferição do seu cumprimento e efeitos jurídicos.

É, então, neste contexto, “sem que se conheça a existência de estudos sobre a efetiva natureza, solidez e conformidade dos sistemas de avaliação de desempenho existentes”⁶⁶, que a Lei n.º 27/2014 introduz, no âmbito do regime do despedimento por extinção de posto de trabalho, o critério da pior avaliação de desempenho como primeiro fator de desempate entre os trabalhadores a despedir. E fá-lo em “substituição do critério cego da antiguidade e de proteção dos trabalhadores mais antigos”⁶⁷, o que a generalidade da doutrina perspetivou positivamente⁶⁸.

Questão interessante, ainda a propósito do contexto do surgimento desta figura, é levantada por CARVALHO MARTINS e ABRUNHOSA E SOUSA, ao lembrarem que a estrutura empresarial portuguesa é fortemente marcada por microempresas⁶⁹. Desta forma, a pertinência deste critério estaria posta em causa, já que essas empresas não dispõem, presumivelmente, “de meios técnicos, financeiros e humanos ou de conhecimentos necessários para definir e executar” estes mecanismos. Os Autores esbatem, todavia, este argumento em três pontos. Em primeiro lugar, pese embora o esmagador predomínio das microempresas, as grandes (onde, lembram, a extinção do posto de trabalho pode abranger até 4 trabalhadores) empregam cerca de 22% das pessoas

⁶⁴ No art. 2.º, n.º 1, al. a) do DL 400/91, de 16 de outubro.

⁶⁵ Entre outros Acórdãos, veja-se: STJ, 21/04/2010 (Vasques Dinis), Proc. 1030/06, onde se nega que constitua prática discriminatória do empregador a não atribuição de um cabaz de Natal a um trabalhador com fundamento no desempenho deste; STJ, 12/10/2011 (Fernandes da Silva), Proc. 343/04, versando a sua análise sobre a preponderância da avaliação de desempenho na progressão nos escalões salariais da empresa; e STJ, 17/03/2016 (Ana Luísa Geraldes), Proc. 1274/12, relativamente às regras de atribuição de prémios anuais com base na avaliação de desempenho do trabalhador.

⁶⁶ Nunes de Carvalho, *op. cit.*, p. 181.

⁶⁷ Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, p. 149.

⁶⁸ A seu tempo (§ 3.4.5.) veremos as diversas posições sustentadas sobre esta opção.

⁶⁹ E bem, já que, entre 2004 e 2017, 99,9% eram micro, pequenas e médias empresas, sendo que dessas, 95%-96% eram micro (www.pordata.pt, acedido em 17/01/2020).

ativas⁷⁰. Em segundo lugar, este critério não é único, pelo que há uma ordem imperativa de critérios subsidiários a seguir. A inaplicabilidade do primeiro dos fatores de desempate a uma parte significativa da população ativa não conduz a uma desproteção dos trabalhadores. Por fim, se nos despedimentos com justa causa disciplinar e por inadaptação se aceita a qualidade do trabalho como fundamento ao despedimento⁷¹, não se vislumbra razão para que o mesmo não possa suceder para selecionar o trabalhador a despedir no âmbito de extinção do posto de trabalho⁷². Subscrevemos integralmente a posição dos Autores no que a este aspeto diz respeito.

Chegados a este ponto, parece-nos que a análise deste critério pressupõe um breve apontamento sobre os sistemas de avaliação de desempenho em si mesmos, desligados da função que agora lhes é atribuída. Assim, como salienta NUNES DE CARVALHO, “no núcleo da avaliação de desempenho está em causa uma operação dirigida à formulação de um juízo sobre os termos em que é feita a realização da prestação de trabalho por cada trabalhador”. Nesta operação analisa-se o modo como o trabalho é prestado na organização em causa, pelo que se exige a determinação dos parâmetros adequados a cada caso⁷³. É, pois, na definição desta métrica que reside a complexidade do problema. Para além de vários desafios de ordem prática⁷⁴, é pacificamente reconhecido que estes mecanismos visam finalidades muito variadas⁷⁵, que são determinantes na sua conformação. Isto é, havendo vários métodos de definição da grelha de avaliação, o objetivo que se estabelece é decisivo na escolha de um método em detrimento de outro. Assim, caberá ao empregador definir os critérios segundo determinada estratégia gestonária. Entre outras componentes do sistema, os objetivos estabelecidos serão determinantes na delimitação do objeto da avaliação, que tanto pode recair na relação do trabalhador com as suas funções, como na comparação com outros trabalhadores, ou dirigida a uma equipa e já não a um trabalhador em concreto (esta questão é decisiva para

⁷⁰ Números que aumentaram consecutivamente entre 2012 e 2017, atingindo os 22%. Entre 2004 e 2017 os valores oscilaram entre os 19% e os 22% (www.pordata.pt, acessido em 17/01/2020). Para este efeito é considerado todo o pessoal ao serviço na empresa.

⁷¹ O incumprimento do dever de promover ou executar os atos tendentes à melhoria da produtividade da empresa (art. 128.º, n.º 1, al. h)), por exemplo, quando torne inexigível a manutenção da relação de trabalho, pode justificar o despedimento com justa causa disciplinar (art. 351.º, n.ºs 1 e 3). Já a redução continuada de produtividade ou de qualidade do trabalho, por exemplo, pode justificar o despedimento por inadaptação (art. 374.º, n.º 1, al. a)).

⁷² Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, pp. 151-152.

⁷³ Nunes de Carvalho, *op. cit.*, pp. 184-185.

⁷⁴ Que remetemos para Nunes de Carvalho, *op. cit.*, p. 185.

⁷⁵ Nunes de Carvalho oferece inúmeros exemplos de possíveis finalidades (*op. cit.*, p. 186).

as funções atribuídas a estes instrumentos em sede de extinção do posto de trabalho, como veremos).

Dito isto, voltamos a apoiar-nos nas palavras de NUNES DE CARVALHO quando nota que “fica naturalmente dificultado o diálogo entre as abordagens jurídica, de uma parte, e a organizativa (...) de outra”⁷⁶, porquanto a segunda pode visar fins incompatíveis com a primeira. Ora, na verdade, a generalidade dos sistemas de avaliação de desempenho praticados não inclui, no seu leque de objetivos, o de servir de base à seleção de trabalhadores em caso de despedimento. Não é expectável que isso aconteça. Antes, enquanto atos de gestão, prestam-se à atribuição de prémios de desempenho ou à progressão nos escalões salariais de uma empresa, por exemplo. Como adiantámos, na análise dos critérios de seleção não podemos ignorar que estes são a resposta do legislador à decisão do TC n.º 602/2013. Desta forma, lembrando que se deve assegurar um “efetivo controlo, pelo tribunal competente, da validade do despedimento” e que a margem de disponibilidade do empregador deve ser balizada, “retirando-lhe a possibilidade de seleção arbitrária do trabalhador a despedir”, os sistemas de avaliação devem ir de encontro a estas exigências e assegurar a objetividade do despedimento.

Neste sentido, NUNES DE CARVALHO defende que a avaliação “apenas poderá incidir sobre aspectos relevantes para a viabilidade da relação laboral e com um grau de objectividade que se preste a controlo externo, o mesmo valendo para os respectivos critérios de aplicação desses parâmetros”⁷⁷. A mesma leitura não faz FURTADO MARTINS, e quanto a nós acertadamente, duvidando que a lei imponha “uma leitura tão restritiva dos parâmetros utilizáveis para que o sistema de avaliação seja usado como critério de selecção dos trabalhadores a despedir”. O Autor não exclui a exigência de objetividade, mas nega a necessidade de a avaliação incidir sobre os “aspectos relevantes para a viabilidade da relação laboral”, julgando-os, inclusive, de inviável antecipação⁷⁸.

A exigência de que os parâmetros da avaliação devem ser previamente conhecidos pelo trabalhador é mais um ponto controvertido. De uma parte, considera-se que o trabalhador deve ser informado sobre a possibilidade de os resultados apurados serem considerados num eventual despedimento por extinção do posto de trabalho⁷⁹; de outra, advoga-se de que estamos perante uma consequência legal, pelo que não há um dever de

⁷⁶ Nunes de Carvalho, *op. cit.*, p. 188.

⁷⁷ Nunes de Carvalho, *op. cit.*, p. 207.

⁷⁸ Furtado Martins, *op. cit.*, pp. 319-320.

⁷⁹ Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, p. 152.

o empregador a dar a conhecer expressamente⁸⁰. Acompanhamos a segunda posição, já que não se vislumbra nenhum indício na lei que faça deste um caso excepcional. Para além disso, para que o trabalhador possa adaptar-se às exigências do empregador, julgamos ser imprescindível que o primeiro tenha acesso aos parâmetros da avaliação⁸¹ em momento anterior ao seu início.

Outra dúvida prende-se com o âmbito temporal da avaliação a considerar. Dada a omissão do legislador sobre este aspeto, se ao empregador não for imposto um período mínimo para que o sistema possa servir como fator de desempate, poderíamos correr o risco de uma avaliação de desempenho com poucas horas servir de base a um despedimento. Julgamos, naturalmente, que esse é um cenário que incumprir com as exigências do princípio da segurança no emprego consagrado no art. 53.º da CRP. Assim, a avaliação deve permitir a aferição de um padrão de comportamento e, sempre que possível, nessa linha de pensamento, deve considerar o resultado médio obtido durante mais de um ciclo avaliativo⁸². Feito o esforço para encontrar um padrão de comportamento, caberá ao empregador, ao abrigo da sua margem de liberdade, definir se são três, cinco ou sete, as avaliações a considerar, sendo que lhe é exigido que fundamente objetivamente e racionalmente as suas opções⁸³.

Quanto à referência legal “pior avaliação de desempenho”, empregando uma expressão comparativa, deixa perceber que está em causa a realização de uma escolha. Neste caso, terá de ser feita uma escolha entre os trabalhadores que integram o universo disposto no proémio do art. 368.º, n.º 2, pelo que os critérios devem permitir uma graduação dos trabalhadores, “o que pressupõe a referência a um quadro unitário (para os trabalhadores a considerar) e aplicado em termos tais que se adequa a essa graduação”⁸⁴.

⁸⁰ Nunes de Carvalho, *op. cit.*, p. 206, nota 105. No mesmo sentido, Furtado Martins, *op. cit.*, p. 320. Concordamos com a recomendação deste Autor quando considera ser “aconselhável e conforme às boas práticas dar a conhecer aos trabalhadores todas as consequências possíveis da avaliação de desempenho”.

⁸¹ Aos parâmetros de avaliação e, preferencialmente, a outras informações, como o período sujeito a avaliação, o seu procedimento, o tipo de classificações a aplicar, entre outras (cf. Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, p. 153).

⁸² Se assim não for, corremos o risco de ver um trabalhador que tem registado incontestavelmente melhores resultados na avaliação durante vários semestres consecutivos ser despedido porque registou uma quebra excepcional nos resultados do último semestre.

⁸³ Sobre a questão em análise, Furtado Martins, *op. cit.*, p. 320, acompanha Nunes de Carvalho no reconhecimento de “uma certa margem de liberdade ao empregador” (*op. cit.*, p. 207). Por outro lado, Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa advogam que se exige “a aferição e comparação das médias de avaliação dos trabalhadores que ocupem postos de trabalho potencialmente abrangidos pela extinção em curso” (*op. cit.*, p. 154.). Da nossa parte, consideramos que esta é uma questão que caberá ao empregador definir, mas que, sempre que possível, deverá procurar encontrar e comparar padrões de comportamento.

⁸⁴ Nunes de Carvalho, *op. cit.*, p. 207.

Considerando tudo o que atrás foi dito e sem prejuízo de outras dúvidas que possam existir, concluímos que esta é uma fórmula que dificilmente se compatibiliza com a exigência do TC de que “só a indicação legal e rigorosa de parâmetros condicionantes e limitativos pode impedir a possibilidade de subjetivação da escolha”⁸⁵. De todo o modo, se o sistema de avaliação for, de facto, dotado de um grau de objetividade que permita aos tribunais controlarem a validade do despedimento, se o trabalhador tiver tomado conhecimento dos parâmetros da avaliação em momento anterior ao seu início de forma a que consiga adaptar-se às exigências do empregador, se o sistema de avaliação permitir a aferição de um padrão de comportamento e, ainda, se permitir a graduação dos trabalhadores alvos da avaliação, acreditamos que estas orientações levarão a uma redução do impacto que este preceito pode ter nas garantias do trabalhador. Sendo certo que, como nota LOBO XAVIER, o empregador “não pensa autonomamente em números de postos de trabalho a extinguir para só depois estabelecer critérios abstractos para concretizar tal extinção”, em vez disso, o que acontece na prática é que “utiliza um processo simbiótico, em que os postos de trabalho não estão desligados das pessoas, nem o organigrama se constrói sem pensar nos trabalhadores que têm de ficar e nas pessoas que hão de sair”⁸⁶. Na verdade, este facto não nos parece ser ilícito ou imoral⁸⁷, desde que o empregador consiga fundamentar racional e objetivamente as suas decisões. Em última análise, como sugere NUNES DE CARVALHO, devemos guiar-nos pela fórmula que hoje figura no proémio do art. 368.º, n.º 2: “critérios relevantes e não discriminatórios”. Ainda que haja uma margem inafastável de subjetividade, este excerto “sintetiza os parâmetros de controlo das decisões patronais em causa”⁸⁸.

3.4.2. Habilitações académicas e profissionais

Conforme vimos, os critérios de seleção foram desenhados segundo uma ordenação subsidiária, pelo que a aplicação deste segundo critério depende, necessariamente, da inexistência de um sistema de avaliação de desempenho ou, caso exista, da sua incapacidade em seleccionar eficazmente o trabalhador a despedir.

⁸⁵ No mesmo sentido: Bruno Mestre, *A “Saga”... cit.*, p. 207; Furtado Martins, *op. cit.*, p. 320; entre outros.

⁸⁶ Lobo Xavier, *O Despedimento... cit.*, pp. 449-450.

⁸⁷ Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, p. 150.

⁸⁸ Nunes de Carvalho, *op. cit.*, p. 208.

Em primeiro lugar, ao clarificarmos os conceitos de habilitações académicas e profissionais, resolveremos um dos problemas centrais⁸⁹ desta alínea. Assim, por um lado, quanto às habilitações académicas, o STJ oferece a seguinte definição: “A habilitação académica corresponde ao nível de ensino frequentado ou concluído com êxito, por referência ao ano de escolaridade (1º ano, 2º ano, 3º ano, etc., do ensino básico, secundário, complementar ou superior, licenciatura, bacharelato, doutoramento, etc.)”⁹⁰. Ainda no entender deste aresto, “tendo um trabalhador concluído com êxito o 9º ano de escolaridade e o outro apenas o 6º ano, para afeitos do art. 368º, nº 2, al. b) do CT, aquele é detentor de habilitação académica superior ainda que, tendo em consideração a respetiva data de nascimento, ambos sejam apenas detentores da escolaridade mínima obrigatória”. Por outro lado, o conceito de habilitações profissionais deve, segundo CARVALHO MARTINS e ABRUNHOSA E SOUSA, corresponder à noção de qualificações profissionais oferecida pelo art. 2.º, al. q), da Lei n.º 9/2009, de 4 de março⁹¹ e pelo art. 3.º, al. g), do Decreto-Lei n.º 37/2015, de 10 de março, que estabelecem que são qualificações destinadas ao acesso ou exercício de determinada profissão atestadas por título de formação, declaração de competência ou experiência profissional (reconhecimento formal de competências), sendo que a habilitação deve ser atestada por documento emitido pela entidade competente e o empregador deve ter tomado conhecimento desses factos, nomeadamente através de entrega de cópia dos certificados ou diplomas pelo trabalhador^{92/93}.

Antes de avançarmos, devemos procurar distinguir habilitações profissionais e experiência profissional. Uma vez que esta constitui um critério autónomo, indicado na

⁸⁹ Sem mais desenvolvimentos, Palma Ramalho coloca este assunto como um dos principais desafios colocados pelos critérios de seleção, admitindo que existe “dificuldade de operacionalizar alguns destes critérios, nomeadamente o da alínea b), que parece assimilar habilitações académicas e profissionais, quando são realidades diferentes” (*Tratado... cit.*, p. 912).

⁹⁰ STJ, 13/10/2016 (Ribeiro Cardoso), Proc. 314/15.

⁹¹ Alterada pelas Leis n.º 41/2012, de 28 de agosto, n.º 25/2014, de 2 de maio e n.º 26/2017, de 30 de maio.

⁹² Este ónus que recai sobre o trabalhador é de máxima importância (tanto para as habilitações profissionais como académicas). Como alerta Furtado Martins, “caso na comunicação inicial se anuncie que a selecção se fará com base neste critério (cf. art. 369.º, n.º 1, c)) e o trabalhador verifique que o empregador não conhece, nem tem obrigação de conhecer as respetivas habilitações, tem aquele o ónus de invocar e demonstrar as habilitações que possui sob pena de, não o fazendo, ficar impedido de contestar a validade do despedimento com fundamento na circunstância de não terem sido respeitados os critérios de selecção” (*op. cit.*, pp. 318-319).

Sobre o mesmo assunto, Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa lembram que “o ordenamento jurídico laboral não deve incentivar - antes deve reprimir - esquemas de conservação de trunfos na manga destinados a serem utilizados quando a contraparte der, inadvertidamente, um passo em falso” (*op. cit.*, p. 157, nota 42).

⁹³ Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, p. 157.

al. d) do n.º 2 do art. 368.º, não acompanhamos os Autores que não subscrevem esta distinção⁹⁴, tomando ambos os conceitos como sinónimos. Enquanto que na habilitação profissional devemos fazer a sua avaliação e respetiva comparação enquanto formação (ou qualificação) para o desempenho das funções⁹⁵, a experiência profissional corresponde “ao tempo de exercício na função concreta, que embora não atribua uma habilitação profissional, poderá conferir, ainda que não necessariamente, maior capacidade e facilidade no desempenho da função”⁹⁶. Aliás, note-se que é possível ao trabalhador adquirir experiência profissional sem que para isso tenha de possuir qualquer habilitação profissional na área de atividade. Não se quer com isto dizer que o critério da experiência profissional não tenha relevância, quer-se é clarificar que ele é valorado nouro âmbito. No atual art. 368.º, n.º 2, al. b), parece-nos evidente a intenção do legislador em valorizar a formação académica e profissional para o exercício de uma atividade profissional⁹⁷, pelo que outra leitura não estará em sintonia com a *ratio* deste preceito.

Importa agora atentar ao modo como este critério deve ser aplicado na prática. Como ponto de partida, repare-se que a lei utiliza a conjunção copulativa “e” entre os dois tipos de habilitações, o que significa que estamos na presença de um só fator e não de dois alternativos, pelo que, aquando da aplicação deste critério, somos obrigados a fazer uma ponderação entre os dois tipos de habilitações⁹⁸. Deste modo, ao invés de se fazer uma simples identificação dos trabalhadores com menores habilitações de um dos dois tipos, é o resultado daquela ponderação que servirá de base à seleção⁹⁹. No fundo, estamos na presença de dois subcritérios que devem ser aplicados de forma coordenada, isto é, o trabalhador a despedir deve ser aquele que, segundo uma avaliação global, revele ser o menos apto. E aqui urge fazer outro salto, que é o de notarmos que esta ponderação não

⁹⁴ Será esse o caso de Freitas de Sousa quando indica que um trabalhador mais antigo “terá claramente mais habilitações profissionais, fruto da experiência de trabalho que detém” (*op. cit.*, p. 30). Parece-nos, com o devido respeito, que em igual erro caem David Falcão e Tenreiro Tomás quando, na análise da al. b) do n.º 2 do art. 368.º, contrapõem experiência profissional e habilitações “obtidas muitas vezes desfasadas do saber profissional” (*op. cit.*, pp. 306-308).

⁹⁵ Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, pp. 156-157.

⁹⁶ STJ, 13/10/2016 (Ribeiro Cardoso), Proc. 314/15.

⁹⁷ Subscrevemos o entendimento de Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa quando consideram que “a necessária valorização da formação (ou qualificação) dos trabalhadores e o reconhecimento de que o empregador pode manter os trabalhadores mais qualificados, tendo em conta o interesse (legítimo) de modernização e de desenvolvimento da empresa” que subjaz este critério é uma opção que se mostra “adequada e equilibrada” (*op. cit.*, p. 155).

⁹⁸ De outra forma o despedimento é considerado ilícito, como sucedeu em RP, 27/06/2019 (Paula Leal de Carvalho), Proc. 1605/18, onde o empregador passou para o critério seguinte sem “comparar e apreciar das habilitações profissionais”, mas apenas das habilitações académicas.

⁹⁹ Furtado Martins, *op. cit.*, p. 321.

deve fazer-se em abstrato, olhando apenas às habilitações em si. O despedimento deve recair sobre o trabalhador que se mostre menos apto para desempenhar as tarefas correspondentes ao núcleo funcional essencial do posto de trabalho após a reestruturação empresarial¹⁰⁰. Ou seja, há que ter em conta os postos de trabalho que permanecem e as funções que lhe são inerentes, de forma a atender-se às habilitações requeridas para o seu exercício. Alertamos ainda para que, caso a reestruturação implique a redefinição do núcleo funcional do posto de trabalho que permanece, esta conexão deve ser feita em relação a estas novas funções e já não em relação às pretéritas¹⁰¹. Não reconhecer esta margem de liberdade ao empregador, negando-lhe a faculdade de, em função das circunstâncias de cada caso, atribuir maior peso a um tipo de habilitações do que a outro, poderá conduzir a “resultados absurdos”¹⁰², em nada compatíveis com o espírito que subjaz ao preceito.

Vejamos, num despedimento que atinge trabalhadores de uma empresa vinícola, onde o conteúdo funcional dos postos de trabalho é o controlo de qualidade da produção dos vinhos, sendo necessário escolher entre um trabalhador que tem um curso técnico-profissional em Viticultura e Enologia e outro que é doutorado em Direito, se a ponderação fosse feita em abstrato parece que ambos os trabalhadores teriam um subcritério a seu favor: o primeiro tem melhores habilitações profissionais; e o segundo melhores habilitações académicas. Deste modo, estaríamos perante um “empate técnico”¹⁰³ que obrigaria à passagem ao critério seguinte. Porém, acreditamos que, ao fazê-lo, estaríamos a descurar o elemento teleológico da norma, pelo que deveria ser dada a possibilidade ao empregador de seleccionar o segundo trabalhador, já que as suas habilitações académicas não têm qualquer ligação com a atividade.

No mesmo cenário, se ambos os trabalhadores tivessem o curso técnico-profissional em Viticultura e Enologia, mas um deles fosse licenciado em gestão e o outro mestre em história, a letra da lei levaria ao despedimento do primeiro. Uma vez mais, consideramos que o espírito do preceito atribui liberdade ao empregador para que este avalie a situação e conclua se há algum tipo de habilitação que considere ter maior

¹⁰⁰ Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, p. 155.

¹⁰¹ Ideia desenvolvida por Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, p. 155, nota 32. Como fundamentação a esta posição, os Autores advogam que “nada impede que tenhamos postos de trabalho com conteúdo funcional idêntico no momento da decisão gestonária e que, após a reestruturação, estes passem a ter uma diferente configuração ao nível das tarefas e atividades exigidas, tendo em conta a eficácia conformadora do poder de direção”. Acompanhamos estas ideias.

¹⁰² Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, p. 156.

¹⁰³ Expressão de Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, p. 158.

relevância para o conteúdo essencial do posto de trabalho que permanece. Neste caso, havendo equilíbrio quanto às habilitações profissionais, não nos pareceria descabido se o empregador optasse por atribuir maior importância à licenciatura em gestão do que ao mestrado em história, ainda que a primeira seja de grau inferior.

Em suma, a habilitação de grau inferior deve prevalecer sobre outra de grau superior, quando se mostre mais diretamente relacionada com o conteúdo funcional do posto de trabalho. Para que assim seja, cremos¹⁰⁴ que caberá ao empregador justificar fundamentadamente e em termos objetivamente controláveis, porque atribui maior importância a um tipo de habilitações do que a outro.

De todo o modo, ainda que percebamos a proposta de alguns Autores¹⁰⁵ quando consideram, de *iure condendo*, que os subcritérios devem ser consagrados em alternativa, atendendo à sua relação com o posto de trabalho a extinguir, não achamos que a atual fórmula legal deva impedir a aplicação do critério nos termos expostos.

Sem prejuízo de uma formulação mais feliz, parece-nos um critério equilibrado sob várias óticas, se aplicado segundo as orientações adiantadas. Na perspectiva das exigências do TC, este é um critério que permite aos tribunais um controlo efetivo da validade do despedimento; na perspectiva do empregador, é um critério que lhe dá alguma margem de liberdade, impedindo resultados desprovidos de sentido e em total desarmonia com os seus objetivos.

3.4.3. Onerosidade

A lei elegeu a maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa como terceiro critério. Não fugindo à lógica das duas alíneas anteriores, este é um critério onde é ainda mais evidente a “relevância dada pelo legislador aos interesses económicos do empregador”¹⁰⁶, ou, diríamos nós, onde é clara e manifesta a tentativa do legislador em zelar por esses interesses. Na verdade, ainda que seja tido como “mais fácil de concretizar”¹⁰⁷, este critério apresenta-se como problemático,

¹⁰⁴ Na mesma linha de Furtado Martins, *op. cit.*, p. 321.

¹⁰⁵ Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, p. 156, acrescentando, na nota 35, que “a formação académica pode ser mais relevante para funções de gestão ou em postos de trabalho que exijam determinado nível de habilitações académicas (v.g. em particular em áreas criativas ou de investigação científica). Por outro lado, em funções de índole eminentemente prática ou executiva, as habilitações profissionais podem assumir uma maior relevância”.

¹⁰⁶ Tenreiro Tomás, *op. cit.*, p. 231.

¹⁰⁷ Furtado Martins, *op. cit.*, p. 323.

sobretudo por haver o risco forte se estar a subverter o sistema, prejudicando, precisamente, os tais interesses económicos do empregador, como veremos.

Em primeiro lugar, o desafio da definição dos conceitos utilizados pelo legislador deve ocupar lugar central na discussão. Não parecem restar dúvidas que a maior onerosidade deve ser apreciada em relação à manutenção do vínculo e não em relação à sua cessação, isto é, para o efeito, os custos relacionados com o despedimento não devem relevar. Porém, os custos com a manutenção do vínculo do trabalhador não se confinam ao valor da retribuição, havendo que considerar também todos os custos laborais, sejam prestações com ou sem natureza retributiva (v.g. seguros de saúde, benefícios conexos com o uso de veículo da empresa e de instrumentos de comunicação - telemóvel e computador -, subscrição de acordos com ginásios ou a contribuição para planos de pensões).

Se para alguns Autores não restam dúvidas quanto à necessidade de consideração de todos os custos laborais associados à manutenção do vínculo¹⁰⁸, para outros essa linha interpretativa deve ser matizada¹⁰⁹. Esta segunda corrente considera que a comparação deve apenas incidir “sobre os elementos comuns aos trabalhadores potencialmente abrangidos pelo despedimento”, ainda que admita que devam ser consideradas “prestações retributivas não atribuídas a todos os trabalhadores se for coerente com o motivo subjacente ao despedimento”. Para além disso, também exclui da comparação os custos que “estejam diretamente relacionados com a organização do trabalho e que possam ser eliminados unilateralmente pelo empregador ou com o acordo do trabalhador”¹¹⁰, lembrando que, em caso de recusa deste até ao início do procedimento do despedimento, esse custo deve ser considerado na comparação.

Quanto a nós, parece-nos mais acertado o entendimento que não procede à extinção de posto de trabalho sem antes considerar a possibilidade do custo de uma prestação adicional que determinado trabalho aufere poder, ou não, ser excluído da comparação. Devemos ter em conta que os postos de trabalho em causa têm um conteúdo funcional idêntico e que a aferição desta onerosidade é feita segundo um juízo de prognose, pelo que, tendencialmente, os contratos de trabalho incluirão compensações e

¹⁰⁸ Neste sentido, Furtado Martins, *op. cit.*, p. 323.

¹⁰⁹ Posição de Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, p. 159.

¹¹⁰ Os referidos Autores dão os seguintes exemplos: i) a remuneração por trabalho (a) suplementar, (b) noturno ou (c) por turnos, e ii) o subsídio de isenção de horário de trabalho.

benefícios semelhantes¹¹¹. Não obstante, o cenário em que é dada a possibilidade ao trabalhador de alterar as condições de trabalho sob pena de, não o fazendo, poder ser despedido, parece-nos indesejável. Ainda que o empregador advirta o trabalhador para as possíveis consequências de uma recusa da alteração das condições do contrato, o que consideramos uma boa prática, parece-nos de repudiar o cenário onde há um incentivo a que o trabalhador não queira melhorar as suas condições remuneratórias. A situação agrava-se porque ao trabalhador só é permitido optar em momento anterior, obrigando-o a avaliar o risco de determinada componente remuneratória ser contabilizada. Onde nos critérios das alíneas a) e b), por exemplo, o trabalhador é incentivado a melhorar o seu desempenho, ou a investir na sua formação, no critério em discussão parece haver um incentivo a que o trabalhador não incremente as condições remuneratórias do seu contrato de trabalho.

Para além disso, também quanto aos custos diretamente relacionados com o desempenho parece não haver consenso. Por um lado, é-se perentório na afirmação de que “não devem ser contabilizados os custos diretamente relacionados com o desempenho, os bons serviços ou a produtividade”, correndo-se o risco de “ser despedido o trabalhador mais dedicado e produtivo”¹¹². Por outro lado, considera-se desnecessário fazer qualquer tipo de exclusão quanto a este tipo de custos. Esta abordagem compreende o risco atrás referido, mas entende que “esse é um resultado da própria imposição que o legislador fez, ainda que esta se afigure susceptível de conduzir a resultados prejudiciais para a organização”¹¹³.

Da nossa parte, consideramos que contabilizar os custos relacionados com “o desempenho, os bons serviços ou a produtividade” contraria o espírito da norma, nos seus elementos sistemático e teleológico¹¹⁴. Quanto ao primeiro, não podemos ignorar que esta

¹¹¹ Neste sentido, não se nos afigura possível o cenário de, na eliminação de um posto de trabalho noturno, o empregador poder contabilizar o subsídio de trabalho noturno nos custos totais de apenas um trabalhador, como proposto por Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, p. 159, nota 44. Respeitosamente, entendemos que se esse posto vai ser eliminado, segundo um juízo de prognose esse subsídio não será mais devido e não deverá, por isso, ser considerado. Da mesma maneira, esse subsídio também não deverá ser tido em conta no caso da extinção de um posto de trabalho diurno, porque, evidentemente, o trabalhador que auferir esse subsídio será penalizado em relação aos seus pares que não trabalham à noite.

¹¹² Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, p. 159.

¹¹³ Furtado Martins, *op. cit.*, p. 323.

¹¹⁴ Tidos no seguinte sentido: “b) o elemento sistemático que indica que as leis se interpretam umas pelas outras porque a ordem jurídica forma um sistema e a norma deve ser tomada como parte de um todo, parte do sistema; c) elemento racional ou teleológico que leva a atender-se ao fim ou objectivo que a norma visa realizar, qual foi a sua razão de ser (*ratio legis*)” - STA, 29/11/2011 (Pires Esteves), Proc. 0701/10.

norma é parte de um conjunto de critérios e, como tal, devemos ter em consideração o que estes estabelecem. Assim, considerando que o critério primeiro é a avaliação de desempenho, onde o trabalhador a despedir deve ser o que apresente piores resultados, não fará sentido que o terceiro critério da mesma listagem premeie situações onde o trabalhador com melhores resultados é, precisamente, quem sai prejudicado, numa lógica diametralmente oposta. Quanto ao segundo elemento, a razão de ser da norma é a de zelar pelos interesses económicos do empregador, pelo que despedir o trabalhador que mais produz é ir em direção contrária. Desta forma, acreditamos que legislador não quis que este critério conduzisse a resultados prejudiciais para a organização e que a interpretação que propomos está em sintonia com o espírito da norma.

Importa ainda notar que é inteiramente compreensível a preocupação de alguns Autores quanto à possibilidade de o empregador se aproveitar deste critério para despedir um determinado trabalhador. Perante o cenário de uma extinção de posto de trabalho, bastaria ao primeiro aumentar oportunisticamente a remuneração do segundo, o “que não só é um paradoxo como potenciará situações antagónicas ao princípio da boa-fé” (art. 126.º, n.º 1), “além de parecer claramente contrário à garantia prevista no art. 53.º” da CRP¹¹⁵. Porém, o nosso sistema jurídico está devidamente armado para combater este tipo de esquemas: caso o empregador leve a que a posição do trabalhador na escala de custos laborais seja alterada em momento anterior ao despedimento, esse aumento deverá ser desconsiderado, sob pena de abuso de direito (art. 334.º CC)¹¹⁶.

Em suma, se alguns Autores optam por não fazer qualquer distinção e acabam por permitir comparações injustas, outros fazem-nas sem oferecerem ferramentas que evitem situações onde o trabalhador é incentivado a abdicar de determinadas componentes remuneratórias em prol de uma extinção de posto de trabalho, o que poderá, ou não, revelar-se decisivo para o seu despedimento. Este é um critério que torna premente uma posição esclarecida dos tribunais, que tratarão, esperemos, de esclarecer estas inquietações. Enquanto isso não sucede, registamos sérias dúvidas quanto à aplicabilidade e possíveis efeitos da norma.

3.4.4. Experiência

¹¹⁵ David Falcão e Tenreiro Tomás, *op. cit.*, p. 307.

¹¹⁶ Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, p. 160.

A menor experiência na função dá corpo ao quarto critério e, à semelhança do quinto, parece um “resquício”¹¹⁷ do regime anterior. Quanto a este critério, parece-nos claro que se está a reportar ao conjunto de atividades essenciais que integram o conteúdo funcional do posto de trabalho que permanece¹¹⁸, o que levará a que o empregador faça um juízo de prognose sobre as tarefas que integrarão o conteúdo funcional do posto de trabalho pós-reestruturação. Porém, se quanto a este ponto não restam muitas dúvidas, o cerne da discussão em torno deste critério tem sido o de saber se esta experiência deve ser determinada tendo em conta todo o percurso do trabalhador na função, independentemente de qual o empregador para o qual prestou a atividade, ou apenas quanto aos serviços prestados na entidade empregadora que realiza o despedimento.

CARVALHO MARTINS e ABRUNHOSA E SOUSA posicionam-se a favor da primeira solução. Os Autores notam que a noção de antiguidade pode “constituir um elemento interpretativo importante na concretização da experiência na função”¹¹⁹. Contudo, ainda que seja um elemento que pode ajudar nesta determinação, os mesmos Autores advogam que deve ter-se em conta que existem várias situações onde ambos os conceitos – antiguidade e experiência na função – não são equivalentes. Para tal, basta imaginar o cenário onde o trabalhador A tem 5 anos de antiguidade no empregador X e o trabalhador B apenas 3 anos no mesmo empregador, contudo verifica-se que o trabalhador A exerce as funções de técnico informático há apenas 2 anos, enquanto que o trabalhador B desempenha as mesmas funções há 3 anos. Também no cenário onde um trabalhador vê o seu contrato suspenso não há qualquer interrupção na contagem da antiguidade¹²⁰, mas a experiência na função não pode ser tida em conta, porquanto não existe efetiva prestação de trabalho. Assim, os Autores consideram que esta experiência deve ser determinada tendo em conta o tempo de serviço para o “empregador, actual ou anterior, no qual foi exercido o mesmo conteúdo de actividades”.

Por outro lado, FURTADO MARTINS compreende esta posição, mas não a acompanha por duas ordens de razão: em primeiro lugar, considera que a interpretação dada não se compagina com a construção da disposição legal, referindo que “a referência da experiência “à função” parece reportar-se à actividade correspondente ao posto de trabalho existente na empresa que realiza o despedimento e não ao desempenho da

¹¹⁷ Expressão de Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, p. 160.

¹¹⁸ Relembrando o que dissemos em § 3.4.2., nota 101.

¹¹⁹ Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, p. 161.

¹²⁰ “O tempo de redução ou suspensão conta-se para efeitos de antiguidade” (art. 295.º, n.º 2).

atividade em si mesma, independentemente do contexto organizativo em que é exercida”; em segundo lugar, acredita que a solução proposta por aqueles Autores levará a que, em muitos casos, seja “difícil comprovar que a função noutras organizações se desenvolveu em condições equivalentes, que permitam comparar a experiência dos diferentes trabalhadores entre os quais se tem de realizar a seleção”¹²¹.

Na nossa opinião, a posição que mais se coaduna com a *ratio* da norma é a primeira, onde se valoriza a experiência profissional em si mesma. Se assim não for, se apenas considerarmos o tempo de serviço prestado no empregador que despoleta o despedimento, seremos cúmplices de situações onde, por exemplo, um experientíssimo talhante com mais de 25 anos de carreira naquela função, mas há apenas 1 ano ao serviço daquele empregador, vê o seu contrato de trabalho cessar porque tem “menor experiência na função” que outro talhante que exerce as mesmas funções há apenas 2 anos, mas todos ao serviço do mesmo empregador. Acreditamos que a intenção do legislador com este critério é a de permitir conservar os trabalhadores mais experientes, com *know-how* superior. Não obstante, não podemos ignorar as preocupações de índole prática associadas à leitura que defendemos. Provar a experiência profissional anterior pode ser um desafio, mas CARVALHO MARTINS e ABRUNHOSA E SOUSA fornecem preciosas sugestões nesse sentido: devemos “(i) apurar a existência de um nexo de causalidade entre a contratação e a experiência do trabalhador para a função em causa”, o que se torna numa tarefa fácil quando o recrutamento exige experiência anterior na função; e “(ii) verificar se o trabalhador entregou ao empregador cópia dos certificados de trabalho emitidos por empregadores anteriores que atestem a experiência na função”¹²².

Por fim, damos ainda conta de uma linha de pensamento que defende que esta alínea deveria ocupar o lugar do segundo critério, ou seja, considera que deveria haver uma inversão da ordem entre o critério das menores habilitações académicas e profissionais e o critério da menor experiência na função. Esta sugestão decorre da premissa de que é mais justo valorizar a experiência e o *know-how* superior dos trabalhadores¹²³. Percebemos as preocupações, mas não as subscrevemos. Parece-nos que, se o argumento poderá valer a curto prazo, uma maior qualificação académica e

¹²¹ Furtado Martins, *op. cit.*, p. 324.

¹²² “Cessando o contrato de trabalho, o empregador deve entregar ao trabalhador: a) Um certificado de trabalho, indicando as datas de admissão e de cessação, bem como o cargo ou cargos desempenhados” (art. 341.º, n.º 1, al. a)).

¹²³ Freitas de Sousa, *op. cit.*, p. 32.

profissional levará a que esse trabalhador possa chegar mais rapidamente a patamares produtivos superiores.

3.4.5. Antiguidade

Finalmente, a menor antiguidade na empresa é o último critério, só aplicável caso nenhum dos anteriores consiga identificar o trabalhador a despedir. Como já vimos, este critério decorre do regime anterior, mas se aí a antiguidade assumia o papel de “pedra angular na hora de determinar o posto de trabalho a extinguir”¹²⁴, na atual formulação passou a ser o único a fazer-lhe referência expressa.

Importa ter presente que é hoje pacífico que o conceito de antiguidade pode ser utilizado em sentidos diferentes¹²⁵, sendo que apenas um interessa para efeitos de seleção do trabalhador a despedir. Devemos, então, proceder à distinção entre os conceitos de antiguidade legal e antiguidade convencional.

Por um lado, FURTADO MARTINS adianta, a partir das várias referências que a lei faz à antiguidade¹²⁶, uma noção legal que coincide com o “tempo de duração da relação jurídica de trabalho ou o tempo de ligação à empresa”, isto é, “com o tempo de serviço, entendido como tempo de duração do contrato de trabalho”. Este conceito assume especial relevância na medida em que lhe estão associados determinados efeitos que se reportam essencialmente à cessação do contrato de trabalho¹²⁷: aspetos ligados às compensações devidas ao trabalhador, à duração do aviso prévio de denúncia e aos critérios de seleção no despedimento por extinção de posto de trabalho¹²⁸.

Por outro lado, sabemos que os sujeitos da relação laboral, dentro dos limites legais, podem fixar um regime diferente para a antiguidade, seja diretamente no contrato de trabalho, seja através da contratação coletiva. Podem fazê-lo associando-lhe efeitos específicos que a lei não trata, como os sistemas de progressão salarial e de promoções

¹²⁴ David Falcão e Tenreiro Tomás, *op. cit.*, p. 308.

¹²⁵ Por todos, Lobo Xavier, *Manual... cit.*, pp. 432-433.

¹²⁶ Para um elenco exaustivo destas referências, cf. Furtado Martins, *op. cit.*, pp. 324-325.

¹²⁷ Interessante raciocínio desenvolve Monteiro Fernandes a este propósito, quando nota que as matérias da antiguidade e da cessação do contrato de trabalho estão ligadas pelo facto de se relacionarem “intimamente com o risco de rutura: quanto maior a duração do contrato, mais profunda a integração psicológica do trabalhador na empresa, mais indesejável ou perturbadora, portanto, a possibilidade de cessação do contrato. Assim, a antiguidade cria e vai acrescentando uma expectativa de segurança no trabalhador” (*op. cit.*, p. 209).

¹²⁸ Furtado Martins, *op. cit.*, pp. 325-326.

automáticas. É neste contexto que surge a antiguidade convencional, “em que está em jogo um regime jurídico distinto do regime legal, uma outra disciplina jurídica, em regra estabelecida nas convenções coletivas de trabalho”¹²⁹.

Todavia, ainda que nada impeça que as partes acordem em reconhecer ao trabalhador uma antiguidade maior do que a correspondente à duração efetiva do contrato de trabalho, esta antiguidade convencional não pode ter repercussões no regime legal da cessação do contrato de trabalho, atendendo à inderrogabilidade desse regime (art. 339.º)¹³⁰. Desta forma, a antiguidade legal é a que releva para a seleção dos trabalhadores a despedir, pelo que o trabalhador selecionado deve ser o que tenha menos tempo de serviço em benefício do empregador que realiza o despedimento¹³¹. No entanto, para uma aferição rigorosa desta antiguidade não bastará ter em conta os períodos em que o trabalhador executou efetivamente a prestação de trabalho. O CT obriga a uma análise atenta dos vários preceitos que exigem incluir, ou excluir, determinadas situações da contagem da antiguidade. Desta forma, manda a lei que se contabilize na antiguidade os períodos das diversas licenças, faltas e dispensas associadas à parentalidade (art. 65.º), das ausências justificadas ao trabalho (art. 255.º, n.º 1), de suspensão do contrato de trabalho (art. 295.º, n.º 2) e das licenças sem retribuição (art. 317.º, n.º 4). Porém, já não deverão ser considerados os períodos de faltas injustificadas (art. 256.º, n.º 1) e os que decorrem de sanções disciplinares com suspensão do trabalho com perda de retribuição e de antiguidade (art. 328.º, n.º 1, al. e)).

Uma vez clarificada a que antiguidade se refere o legislador, e não obstante o “papel mais secundário”¹³² que o critério hoje ocupa, vários são os pontos de discussão que esta alínea ainda suscita¹³³.

Em primeiro lugar, não é consensual que a Lei 27/2014 tenha andado bem ao retirar importância à antiguidade. Em sentido contrário a essa opção, BRUNO MESTRE justifica o seu desacordo dando nota da realidade difícil que os trabalhadores mais velhos têm de enfrentar: “os trabalhadores mais velhos têm maior dificuldade em encontrar outro posto de trabalho; os trabalhadores mais velhos são normalmente menos habilitados e são esmagadoramente afectados pelo desemprego; os trabalhadores mais velhos têm

¹²⁹ Furtado Martins, *op. cit.*, pp. 326-327.

¹³⁰ Furtado Martins, *op. cit.*, p. 328.

¹³¹ É também este o entendimento de Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, p. 162.

¹³² Tenreiro Tomás, *op. cit.*, p. 232.

¹³³ Ainda que já não sejam válidas as críticas de outros tempos ao facto de não se fazer qualquer referência a critérios de competência, e até de economicidade.

conhecimentos específicos da área de negócio daquela empresa específica (...) que é dificilmente transponível para outra empresa”. Desta forma, o Autor considera que os restantes critérios só devem ser chamados à colação para “selecionar trabalhadores com a mesma antiguidade”¹³⁴. São ideias interessantes e preocupações que merecem a maior atenção, mas não podemos deixar de concordar com a ideia de que esta é uma matéria que deve ser resolvida pelo Direito da Segurança Social, onde a proteção no desemprego constitui uma das pedras basilares¹³⁵. Ao empregador já é exigido um esforço significativo nas contribuições para o sistema previdencial, pelo que esta não deve constituir uma responsabilidade sua¹³⁶. Em sentido favorável à retirada de importância à antiguidade, PALMA RAMALHO não vislumbra a razão para que esta deva prevalecer sobre outros critérios objetivos, como a produtividade ou a assiduidade do trabalhador, tendo em conta que a extinção do posto de trabalho é “motivada por razões económicas ou de gestão”¹³⁷.

Em segundo lugar, CARVALHO MARTINS e CANAS DA SILVA alertam para o problema da discriminação indireta em função da idade que este critério pode potenciar¹³⁸. De facto, o nosso ordenamento jurídico, nos arts. 23.º e ss., oferece proteção contra este tipo de discriminações, onde o empregador está claramente proibido de “praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta” (art. 25.º, n.º 1) em razão nomeadamente dos fatores referidos no art. 24.º, n.º 1. Neste último preceito, faz-se referência expressa, entre outras, à idade e, no n.º 2, al. c) do mesmo artigo, proíbe-se a seleção de trabalhadores a despedir com base nesses fatores. Desta forma, parece-nos que a relação da antiguidade com a idade será difícil de negar, pelo que o recurso à primeira vai propiciar situações de discriminação, ainda que indireta, dos trabalhadores mais novos, que verão o seu posto de trabalho mais vulnerável em relação aos trabalhadores mais velhos. Assente que o critério de seleção em análise conduz a um tratamento diferencial dos trabalhadores com base na idade, resta saber se este é um preceito “objectivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam

¹³⁴ Bruno Mestre, *A “Saga”... cit.*, pp. 204-205.

¹³⁵ Seja através de medidas ativas, como o “pagamento, por uma só vez, do montante global das prestações de desemprego com vista à criação do próprio emprego”, ou de medidas passivas, como a “atribuição de subsídio de desemprego” (arts. 3.º e 4.º do DL n.º 220/2006).

¹³⁶ Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, pp. 149-150, nota 22.

¹³⁷ Palma Ramalho, *O olhar do... cit.*, p. 767. Como já referido em § 2.1., Carvalho Martins/ Canas da Silva acompanham este entendimento e acrescentam que o critério da antiguidade “não encontra sustentação racional que o legitime como fórmula-padrão, de aplicação indistinta”, muitas vezes “não se afigurando ajustado à motivação subjacente à extinção” (*op. cit.*, pp. 547-548).

¹³⁸ Carvalho Martins/ Canas da Silva, *op. cit.*, pp. 534; 547-548.

adequados e necessários” (art. 23.º, n.º 1, al. b))¹³⁹. Certo é que “a idade representa um critério complexo de discriminação cujo reconhecimento raramente tem sido pacífico”¹⁴⁰, contando com uma série de problemas que a fragilizam em relação aos diversos elementos potencialmente discriminatórios¹⁴¹, pelo que, mais do que tomarmos uma posição, queremos deixar o mote para uma discussão cuja extensão e exigência não possibilitam aprofundamento nesta sede¹⁴².

Assim, desde a imposição de uma contagem meticulosa da antiguidade, à questão não consensual da sua importância entre os vários critérios de seleção, passando pelo problema de uma eventual discriminação indireta em função da idade, concluímos que também este critério não foge à regra dos anteriores e afigura-se desafiante para o intérprete-aplicador.

3.5. No despedimento coletivo

Não podendo ocupar lugar central neste trabalho, o contexto do despedimento coletivo interessa tão só para darmos nota de que a ausência de critérios pré-determinados não tem impedido os tribunais de sindicarem esses despedimentos, quer quanto à motivação, quer, sobretudo, no que toca aos critérios de seleção eleitos pelo empregador para escolher os trabalhadores a despedir¹⁴³.

Na verdade, e ao contrário do que o TC sugeriu, a jurisprudência laboral encontra-se munida dos instrumentos necessários a aferir da adequação dos critérios de seleção acolhidos em cada hipótese, pelo empregador¹⁴⁴. Em Acórdão de 15/07/2015, a RL elencou os objetivos da indicação dos critérios de seleção utilizados, entre os quais consta o de “permitir a sindicabilidade, pelo tribunal, da aplicação concreta desses critérios”. No mesmo Acórdão, o tribunal acabou por considerar o despedimento ilícito “por, na sua

¹³⁹ Sobre os 3 requisitos que a norma impõe para a justificação do tratamento diferencial – (i) justificação objetiva, (ii) legitimidade do fim e (iii) proporcionalidade dos meios – cf. Bruno Mestre, *Discriminação em função da idade – análise crítica da jurisprudência comunitária e nacional, Para Jorge Leite — Escritos Jurídico-Laborais*, Vol. I, Coimbra editora, Coimbra, 2014, pp. 595-599.

¹⁴⁰ Bruno Mestre, *Discriminação... cit.*, p. 572.

¹⁴¹ Que, por razões de economia de espaço, não podemos desenvolver, mas que remetemos para Canas da Silva, *Discriminação Laboral em Função da Idade in Congresso Europeu de Direito do Trabalho*, Coordenação Científica do Professor Doutor José João Abrantes, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 242-245.

¹⁴² Sobre o tema, entre outros, Canas da Silva, *Discriminação... cit.*, pp. 237-289 e Bruno Mestre, *Discriminação... cit.*, pp. 569-624.

¹⁴³ Lobo Xavier, *Manual... cit.*, p. 832.

¹⁴⁴ Carvalho Martins/ Canas da Silva, *op. cit.*, p. 533.

fundamentação, ter usado, no que respeita aos critérios de seleção dos trabalhadores abrangidos, conceitos vagos e genéricos, por não permitirem ao tribunal um controlo efetivo das razões por que foram selecionados”¹⁴⁵. O regime do despedimento coletivo exige que o empregador densifique e fundamente os critérios utilizados, por forma a permitir o escrutínio judicial.

Assim, o empregador dispõe de assinalável liberdade na definição dos critérios de seleção, sem prejuízo de os critérios terem de ser congruentes com os motivos do despedimento e terem de respeitar os limites impostos pela lei. Quanto à primeira exigência, em Acórdão de 11/12/2019, o STJ estatuiu que lhe compete controlar “da existência de uma relação de congruência entre aqueles fundamentos e o despedimento, por forma a que, segundo juízos de razoabilidade, tais fundamentos sejam aptos e proporcionalmente adequados a justificar a decisão de redução de pessoal através do despedimento coletivo”¹⁴⁶. Segundo FRAÚSTO DA SILVA, é o próprio art. 53.º da CRP que torna “ilegítimo” o despedimento coletivo onde esta relação de congruência falha de forma manifesta, constituindo “matéria de conhecimento oficioso do tribunal”¹⁴⁷. Quanto à segunda, o empregador não pode eleger critérios que devam considerar-se discriminatórios à luz do disposto nos arts. 23.º e ss.¹⁴⁸.

3.6. Correlação com os motivos subjacentes ao despedimento

A coerência entre os fundamentos do despedimento e os critérios de seleção aplicados é, no nosso entender, um aspeto fundamental¹⁴⁹. A não compatibilidade entre uns e outros pode levar, em alguns casos, a resultados absurdos. Imagine-se o caso do empregador X que se dedica à venda de eletrodomésticos e que registou uma quebra de 35% do volume de vendas no último ano, pelo que pretende proceder a um despedimento por extinção do posto de trabalho de um dos seus dois trabalhadores. O trabalhador A foi admitido em 2010 e vende, em média, 30 eletrodomésticos por mês, ao passo que o trabalhador B foi admitido em 2012 e vende, em média, 55 eletrodomésticos por mês.

¹⁴⁵ RL, 15/07/2015 (Isabel Tapadinhas), Proc. 2567/07.

¹⁴⁶ STJ, 11/12/2019 (António Leões Dantas), Proc. 7031/16.

¹⁴⁷ Fraústo da Silva, *Observações Acerca da Seleção Social no Procedimento de Despedimento Colectivo*, Direito e justiça - Vol. Especial, Vol. I, Lisboa, 2011, p. 552.

¹⁴⁸ Sobre os limites da empresa quanto aos critérios a utilizar, cf. Fraústo da Silva, *op. cit.*, pp. 552-554.

¹⁴⁹ No mesmo sentido, Furtado Martins, *op. cit.*, p. 311.

Agora, não existindo qualquer mecanismo de avaliação de desempenho e procedendo à aplicação subsidiária dos critérios, constata-se que o trabalhador a despedir é, por força da sua menor antiguidade, o trabalhador B. Este é, infelizmente, um resultado possível, dada a atual formulação do art. 368.º, n.º 2. Se a eliminação de um posto de trabalho é fundamentada na redução do volume de vendas, um juízo de congruência conduziria ao despedimento do trabalhador que registasse menor média de eletrodomésticos vendidos¹⁵⁰.

Assim, se no despedimento coletivo é, como vimos, ponto assente entre tribunais e doutrina, que esta correlação é condição *sine qua non* para a licitude do despedimento, o facto de ser atribuída ao empregador margem de liberdade na escolha dos critérios de seleção a utilizar facilita a compatibilização entre os motivos do despedimento e tais critérios. Já no âmbito de uma extinção de posto de trabalho, como bem nota PALMA RAMALHO, há uma dificuldade de ligação entre uns e outros, “uma vez que os critérios são apresentados por ordem que se impõe ao empregador, qualquer que seja o motivo do despedimento”¹⁵¹. Desta forma, tomamos posição diametralmente oposta à do TC, quando advoga que, “ao permitir que a decisão seja baseada num amplíssimo “critério relevante e não discriminatório” e fixado em função dos objetivos empresariais subjacentes à extinção do posto de trabalho, o legislador está a esvaziar a fundamentação do nexos sequencial que terá permitido ao empregador chegar àquele concreto trabalhador, dificultando ou impossibilitando mesmo o controlo judicial desta decisão”. Conforme vimos, a experiência sedimentada a respeito da definição dos critérios de seleção no despedimento coletivo, assim como o escrutínio judicial que é efetivamente exercido neste âmbito, desmentem aquela posição.

4. Análise crítica e conclusões

Aqui chegados, cabe-nos apreciar globalmente o tema escolhido para este trabalho: os critérios de seleção no despedimento por extinção de posto de trabalho. Fazemo-lo com dois objetivos: por um lado, procurando evidenciar as principais fragilidades apresentadas pela letra do art. 368.º, n.º 2; por outro, *de iure condendo*,

¹⁵⁰ No mesmo sentido, Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, p. 148, nota 17.

¹⁵¹ Palma Ramalho, *Tratado... cit.*, p. 913.

procurando outros caminhos para mais eficazmente responder ao desafio da seleção do(s) trabalhador(es) a despedir.

Quanto ao primeiro, pudemos ver os inúmeros desafios que cada um dos critérios coloca ao intérprete-aplicador. No rescaldo de uma decisão do TC, onde se quis garantir que o preceito “fornece as necessárias indicações normativas quanto aos critérios que devem presidir à decisão do empregador”, parece-nos que a atual letra da lei dá, efetivamente, essas indicações normativas, mas fá-lo com pouca habilidade. Encontrámos, do primeiro ao último critério, dificuldades de interpretação e aplicação que podem comprometer a sua utilização. Em concreto, conclui-se que o elemento literal do preceito não acompanha o seu elemento teleológico, obrigando a um esforço interpretativo grande na procura da *ratio* de cada um dos critérios. Numa matéria sensível, como é qualquer aspeto do regime de um despedimento, esta não é uma situação desejável. Sinalizamos, ainda, a dificuldade que a ordem imperativa dos critérios subsidiários traz para o objetivo, quanto a nós determinante, da congruência entre os fundamentos do despedimento e os critérios de seleção aplicados.

Quanto ao segundo, partimos do pressuposto de que o atual modelo de seleção dos trabalhadores a despedir não é eficaz. E não é eficaz, quanto a nós, por uma razão principal: dificulta a congruência entre os fundamentos do despedimento e os critérios de seleção aplicados. Independentemente da nossa opinião, não podemos ignorar o Acórdão n.º 602/2013, do TC, pelo que voltar a propor uma fórmula como a que foi introduzida pela Lei n.º 23/2012 não seria viável. Assim sendo, consideramos melhor solução a proposta adiantada por CARVALHO MARTINS e ABRUNHOSA E SOUSA, quando sugerem um “catálogo exemplificativo de critérios sem uma ordem de preferência apriorística, abstrata e desprovida de relação com a realidade”, v.g.: “produtividade, adaptabilidade, assiduidade, aptidão ou qualificação profissional, níveis remuneratórios ou custos remuneratórios fixos ou previamente determinados, passado disciplinar, custo do despedimento, situação pessoal (v.g. proximidade à idade de reforma) e familiar (v.g. evitar o despedimento do casal, mantendo um dos contratos de trabalho), entre outros”¹⁵². Nesta solução, corresponder-se-ia ao repto do TC, prevendo-se os únicos “critérios que devem presidir à decisão do empregador”, e defender-se-iam os interesses do empregador, permitindo-lhe eleger o critério que melhor se ajusta ao fundamento que subjaz ao despedimento, em linha com a solução do despedimento coletivo.

¹⁵² Carvalho Martins e Abrunhosa e Sousa, *op. cit.*, p. 148, nota 17.

De todo o modo, na formulação que hoje vigora já não impera o critério cego da antiguidade, e esse foi, quanto a nós, o que de melhor esta solução trouxe. Também reconhecemos o esforço na procura de critérios que preservem os trabalhadores mais produtivos, habilitados e competentes nas suas funções. Em particular, não podemos deixar de considerar positiva a inclusão da avaliação de desempenho como critério primeiro do catálogo, ainda que reconheçamos a preponderância da existência de um sistema de avaliação que cumpra a exigências do primeiro critério.

Em suma, como caminho a seguir, consideramos que a busca do espírito do preceito quando a letra for inábil deve ser prosseguida pelo intérprete-aplicador e deve ser ativamente promovida pelos tribunais. Alternativamente, *de iure condendo*, a previsão de uma lista exemplificativa de critérios alternativos, permitindo que o empregador possa eleger os critérios que melhor se ajustam ao fundamento do despedimento, é uma solução que subscrevemos.

5. Bibliografia

ABRANTES, José João, “A Jurisprudência Constitucional Recente em Matéria Laboral (Algumas Notas)”, *Para Jorge Leite — Escritos Jurídico-Laborais*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada* – Vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

CARVALHO, António Nunes de, “Reflexões Sobre o Conceito Legal de Posto de Trabalho”, *Para Jorge Leite — Escritos Jurídico-Laborais*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

CORDEIRO, António Menezes, *Direito do Trabalho*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2019.

FALCÃO, David; TOMÁS, Sérgio Tenreiro, *Lições de Direito do Trabalho – A Relação Individual de Trabalho*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.

FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 19ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.

GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito do Trabalho*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.

MACHADO, Maria João, *A Lei n.º 27/2014, de 8 de Maio. Algumas Notas Sobre a 6.ª Alteração ao Código do Trabalho em Matéria de Despedimento por Extinção de Posto de Trabalho*, *Revista Jurídica Portucalense / Portucalense Law Journal* N.º 18, Porto, 2015.

MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.

MARTINS, David Carvalho; SILVA, Rita Canas da, *Despedimento por Extinção do Posto de Trabalho — A Revisão de 2012 e o Acórdão do Tribunal Constitucional de 2013, Para Jorge Leite — Escritos Jurídico-Laborais*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

MARTINS, David Carvalho; SOUSA, Duarte Abrunhosa e, *Os Critérios de Seleção no Despedimento por Extinção do Posto de Trabalho*, Transformações Recentes do Direito do Trabalho Ibérico, Biblioteca RED, 2016.

MARTINS, Pedro Furtado, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 4ª edição, Principia, Cascais, 2017.

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*, QL, n.º 43.

MESTRE, Bruno, *Discriminação em Função da Idade — Análise Crítica da Jurisprudência Comunitária e Nacional, Para Jorge Leite — Escritos Jurídico-Laborais*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

NETO, Abílio, *Despedimentos e Contratação a Termo — Notas e Comentários*, Petrony, Lisboa, 1989.

RAMALHO, Rosário Palma, *O Olhar do Tribunal Constitucional Sobre a Reforma Laboral — Algumas Reflexões, Para Jorge Leite - Escritos Jurídico Laborais*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

RAMALHO, Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II — Situações Laborais Individuais*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2016.

SILVA, Filipe Fraústo da, *Observações Acerca da Seleção Social no Procedimento de Despedimento Colectivo*, Direito e justiça - Vol. Especial, Vol. I, Lisboa, 2011.

SILVA, Rita Canas da, *Discriminação Laboral em Função da Idade*, in *Congresso Europeu de Direito do Trabalho*, Coordenação Científica do Professor Doutor José João Abrantes, Almedina, Coimbra, 2012.

SOUSA, Tiago André Freitas de, *Despedimento por Extinção do Posto de Trabalho - Considerações Sobre a Evolução do nº 2 do Artigo 368.º do Código do Trabalho à Luz do artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa*, Porto, 2015, disponível no repositório da UCP https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18678/1/disserta%C3%A7%C3%A3o_ver%C3%A3ofinal.pdf.

TOMÁS, Sérgio Tenreiro, *A Extinção de Posto de Trabalho: A Influência da Troika*, Atas da conferência: “Direito do Trabalho - Entre a crise e a Liberalização - Análise às recentes alterações”, Revista Jurídica Portucalense, 2016.

VASCONCELOS, Joana, “*Economic Crisis and Labour Law Reforms in Portugal*”, paper apresentado no ISL&ISSL European Regional Congress, Dublin, 17-19 de setembro de 2014. Disponível em <https://islssl.org/wp-content/uploads/2014/10/RoundTable2-Portugal-JoanaVasconcelos.pdf>.

XAVIER, Bernardo Lobo, com a colaboração de MARTINS, Pedro Furtado; CARVALHO, António Nunes de; VASCONCELOS, Joana; ALMEIDA, Tatiana Guerra, *Manual de Direito do Trabalho*, 3ª edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2018.

XAVIER, Bernardo Lobo, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, Verbo, Lisboa/São Paulo, 2000.

6. Jurisprudência

Tribunal Constitucional

Acórdão n.º 107/88, de 31 de maio

Acórdão n.º 64/91, de 4 de abril

Acórdão n.º 602/2013, de 20 de setembro

Supremo Tribunal Administrativo

Acórdão de 29/11/2011 (Pires Esteves), Proc. 0701/10

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 21/04/2010 (Vasques Dinis), Proc. 1030/06.4TTPRT.S1

Acórdão de 12/10/2011 (Fernandes da Silva), Proc. 343/04.4TTBCL.P1.S1

Acórdão de 29/05/2013 (Fernandes da Silva), Proc. 1270/09.4TTLSB.LA.S1

Acórdão de 17/03/2016 (Ana Luísa Gerales), Proc. 1274/12.0TTPRT.P1.S1

Acórdão de 13/10/2016 (Ribeiro Cardoso), Proc. 314/15.5T8BRR.L1.S1

Acórdão de 06/04/2017 (Ferreira Pinto), Proc. 1950/14.2TTLSB.L1

Acórdão de 11/12/2019 (António Leones Dantas), Proc. 7031/16.7T8FNC.L1.S1

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão de 25/01/2012 (Paula Sá Fernandes), Proc. 66/09.8TTLSB.L1-4

Acórdão de 15/07/2015 (Isabel Tapadinhas), Proc. 2567/07.3TTLSB.L1-4

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão de 30/09/2013 (Paula Maria Roberto), Proc. 83/12.0TTBCL.P1

Acórdão de 27/06/2019 (Paula Leal de Carvalho), Proc. 1605/18.9T8VLG.P1

Acórdão de 18/12/2019 (Albertina Pereira), Proc. 3817/16.T8BRR.L2-4