

Flexibilização dos despedimentos em contexto de crise: o fim da protecção do posto de trabalho? *

MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO **

1. Posicionamento do problema e sequência¹

I. Um dos reflexos mais relevantes da crise económica nas relações de trabalho traduz-se no aumento da taxa de desemprego, para o que concorre, como é sabido, um conjunto de factores diversos: a menor oferta de novos postos de trabalho, como consequência imediata da estagnação da economia; a não renovação dos contratos de trabalho a termo e/ou a não conversão de tais contratos em contratos de trabalho por tempo indeterminado no final do período de execução em curso; a cessação dos contratos de trabalho na sequência da entrada das empresas em situação de insolvência, seja por caducidade, seja através de despedimento colectivo ou de despedimento

JURISMAT, Portimão, n.º 7, pp. 139-153.

* O presente texto tem por base a comunicação apresentada pela autora no *Congresso Mediterrânico de Direito do Trabalho*, organizado pela APODIT - Associação Portuguesa de Direito do Trabalho, com a colaboração da AFDTS - Association Française de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale, da AEDTSS - Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, e da AIDTSS - Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale. Este Congresso teve lugar nos dias 14 e 15 de Maio, na Faculdade de Direito de Lisboa, e o presente estudo destina-se também a ser publicado nas respectivas Actas.

** Doutora e Agregada em Direito. Professora Catedrática da Faculdade de Direito de Lisboa. Presidente da APODIT – Associação Portuguesa de Direito do Trabalho.

¹ Abreviaturas utilizadas: Ac. – Acórdão; CRP – Constituição da República Portuguesa; CT – Código do Trabalho de 2009; CT de 2003 – Código do Trabalho de 2003; DL – Decreto-lei; L – Lei; LCCT – Regime da Cessação do Contrato de trabalho e dos Contratos a termo (1989) LD – Lei dos Despedimentos (1975); MoU – Memorando de Entendimento; Rel. Lab. – Relaciones Laborales; ROA – Revista da Ordem dos Advogados; TC – Tribunal Constitucional.

antecipado dos trabalhadores dispensáveis; e, nas situações de redimensionamento das empresas – que ocorrem, as mais das vezes, por motivos económicos – o recurso mais frequente ao despedimento colectivo e ao despedimento por extinção do posto de trabalho.

II. Perante estes reflexos da crise económica na taxa de desemprego, cabe interrogar o sistema jurídico para avaliar, por um lado, o seu grau de adaptação a esta conjuntura, mas para avaliar também e por outro lado, o nível de protecção que ele confere aos trabalhadores nestas eventualidades. É esta reflexão que procuraremos fazer, com reporte ao sistema juslaboral português.

Para esse efeito, passaremos em revista, muito brevemente, o desenho tradicional do nosso sistema em matéria de tutela no despedimento, chamando a atenção para as suas virtualidades mas também para alguns dos seus efeitos perversos. Num segundo momento, daremos conta da evolução recente do sistema nacional nesta matéria, com destaque para os desenvolvimentos ocorridos no âmbito do Programa de Assistência Financeira a Portugal, implementado entre 2011 e 2014. Por fim, deixaremos algumas questões sobre aspectos concretos do actual regime.

2. O desenho tradicional do sistema juslaboral português em matéria de protecção do posto de trabalho: um sistema de forte tutela do trabalhador na eventualidade do despedimento

I. O sistema juslaboral português é tradicionalmente apontado como um dos sistemas europeus que mais protege o trabalhador na eventualidade do despedimento, desde que foi consagrado o princípio da estabilidade do emprego e da proibição dos despedimentos sem justa causa no art. 9º nº 1 da Lei dos Despedimentos de 1975.²

Qualificado, logo em 1976, pela Constituição como direito fundamental dos trabalhadores (art. 52º b) da CRP, na versão originária) e elevado, logo na primeira revisão constitucional, à dignidade máxima de direito, liberdade e garantia dos trabalhadores (art. 53º da CRP, que se mantém até à versão actual da Lei Fundamental), o princípio da segurança no emprego e da proibição dos despedimentos sem justa causa constituiu o alicerce fundamental de um regime de tutela do posto de trabalho de elevado garantismo.

² Como é sabido, a Lei dos Despedimentos (LD) foi o primeiro regime jurídico em matéria de cessação do contrato de trabalho, no período posterior ao 25 de Abril. Este diploma, aprovado pelo DL nº 372-A/75, de 16 de Julho, veio a constituir a base de todo o regime jurídico nesta matéria, até ter sido substituído pelo novo Regime Jurídico dos Despedimentos e dos Contratos de Trabalho a Termo (LCCT), aprovado pelo DL nº 64-A/89, de 27 de Fevereiro.

Este garantismo é imputado, habitualmente, à conjugação de três características:

- em primeiro lugar, a restrição do direito de despedir às situações de justa causa (ou seja, a inadmissibilidade do denominado despedimento com aviso prévio), mas interpretando-se tais situações muito restritivamente (tradicionalmente, elas abrangiam apenas a justa causa disciplinar e o despedimento colectivo (art. 10º nº 1 e art. 13º nº 1 da LD);
- em segundo lugar, a imposição de um formalismo processual rigoroso como condição de validade de qualquer despedimento, podendo um vício processual relevante inquinar o despedimento, independentemente da subsistência do respectivo fundamento substantivo (arts. 11º, 12º, 14º e ss. e 22º da LD, e já no âmbito da LCCT, arts. 12º e 24º);
- e, por fim, a previsão de uma indemnização compensatória pelo despedimento (excepto no caso do despedimento disciplinar (art. 20º da LD e, no âmbito da LCCT, art. 23º nº 1), compensação essa de valor elevado, porque embora seja calculada apenas com base na retribuição base e nas diuturnidades, é indexada à antiguidade do trabalhador e não tinha, tradicionalmente, qualquer tecto máximo, mas apenas um limite mínimo.

Em suma, tradicionalmente em Portugal, o despedimento de um trabalhador era difícil, moroso e caro.

Acresce que, no nosso sistema, a consolidação do vínculo de trabalho ocorria numa fase muito precoce, por força da fixação do período experimental em 15 dias sobre o início da execução do contrato (regra instituída pelo art. 28º da Lei dos Despedimentos de 1975 e que se manteve até ao advento da LCCT, em 1989). Ora, tendo em conta que apenas durante o período experimental pode o empregador, sem particulares exigências de fundamentação ou de processo, pôr fim ao contrato, a fixação de tal período num tempo tão reduzido permitia que o trabalhador acesse assim muito rapidamente à tutela máxima do seu posto de trabalho na eventualidade do despedimento.³

II. A protecção do trabalhador em matéria de despedimento é, obviamente, um dos aspectos mais relevantes do sistema de tutela laboral, cuja importância para o trabalhador não deve ser menosprezada. Na sua origem está a necessidade de evitar a cessação arbitrária, infundada ou discriminatória de um contrato, no qual a esmagadora maioria dos trabalhadores assenta a sua subsistência e a da sua família e no qual o trabalhador ocupa uma posição de subordinação perante a outra parte. Uma e outra razões justificam a protecção acrescida do trabalhador por ocasião do despedimento.

³ Para mais desenvolvimentos sobre a evolução histórica e o pendor tradicionalmente garantístico do sistema jurídico português em matéria de cessação do contrato de trabalho, *vd* M. R. PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II – *Situações Laborais Individuais*, 5ª ed., Coimbra, 2014, 890 ss.

Contudo, uma vez assente a necessidade de tutela do trabalhador nesta situação, não podemos deixar de ponderar alguns efeitos perversos desta tutela, sobretudo com o elevado grau de rigidez que atingiu no sistema juslaboral português instituído em 1975.⁴

Como é sabido, o principal efeito perverso do rigoroso sistema de protecção dos trabalhadores em matéria de despedimentos foi a explosão da contratação laboral a termo, entre 1975 e 1989: todos os trabalhadores passaram a ser contratados a termo, já que o contrato a termo é a única modalidade de contrato de trabalho que, pela sua natureza precária, pode ser feito cessar pelo empregador sem especiais condicionantes.

Assim e por outras palavras, a elevada protecção no despedimento para os trabalhadores com contrato de trabalho por tempo indeterminado resultou na disseminação da contratação laboral precária, para além dos parâmetros para que está geneticamente concebida (i.e., as necessidades temporárias de trabalho) e, obviamente, sem qualquer tutela do posto de trabalho desses trabalhadores, uma vez que o respectivo contrato cessa por caducidade no termo do prazo.

E, deve ter-se em conta que, se o recurso massificado ao contrato de trabalho a termo neste contexto não era, em si mesmo ilícito (uma vez que a Lei do Contrato a Prazo então vigente⁵ não estabelecia particulares exigências de fundamentação do contrato, excepto nos contratos de duração inferior a seis meses – art. 1º nº 2 deste diploma), já a eternização destas situações, com sucessivas renovações e práticas de fraude à lei para evitar a conversão do contrato em contrato por tempo indeterminado no final do prazo máximo de duração permitida pela lei (3 anos, nos termos do art. 3º nº 1), eram ilícitas.

III. A partir de 1989 (ou seja, com a aprovação da LCCT), este quadro alterou-se, como é sabido, essencialmente em três pontos. Assim:

- i. Quanto às modalidades de despedimento, as causas objectivas de despedimento foram alargadas em dois momentos: a LCCT introduziu, a par do despedimento colectivo, a figura do despedimento por extinção do posto de trabalho (arts. 26º e ss. deste diploma); e, dois anos mais tarde, foi admitido o despedimento por inadaptação do trabalhador a uma alteração relevante do posto de trabalho (DL nº 400/91, de 16 de Outubro).
- ii. Quanto ao período experimental, a LCCT alargou a respectiva duração (60 dias, para a generalidade das empresas, e 90 dias para as empresas com

⁴ Em especial sobre este ponto, M. R. PALMA RAMALHO, *Insegurança ou diminuição do emprego? O caso português*, in M. R. PALMA RAMALHO, *Estudos de Direito do Trabalho I*, Coimbra, 2003, 95-106, e ainda *Tratado de Direito do Trabalho cit.*, II 897 ss.

⁵ DL nº 781/76, de 28 de Outubro.

menos de vinte trabalhadores – art. 55º), atrasando assim o momento da consolidação inicial do vínculo de trabalho.

- iii. Por fim e em compensação, o regime do contrato de trabalho a termo - que foi inserido da própria LCCT (arts. 41º e ss.), assumindo assim o legislador a relação directa entre esta modalidade de contrato de trabalho e o tema da cessação do vínculo laboral - foi fortemente restringido, com a exigência de fundamentos substanciais apertados para a celebração deste contrato, com a imposição de um regime mais severo em matéria de duração, renovações e conversão do mesmo, e ainda com a instituição do direito a uma indemnização compensatória pelo fim do contrato.⁶

O resultado imediato destas alterações foi, como se sabe, a drástica redução da contratação laboral a termo. Assim, deste ponto de vista, o legislador atingiu o objectivo de conter aquela modalidade de contrato de trabalho dentro dos parâmetros de utilização que correspondem à sua vocação tradicional, i.e., como um instrumento destinado a fazer face a necessidades eventuais e transitórias de trabalho nas empresas e não como um meio de contornar a rigidez do regime dos despedimentos.

Já o alargamento das modalidades de despedimento por motivos objectivos não teve efeitos práticos relevantes, porque, como é sabido, foi admitido apenas em termos muito limitados e rodeado de um formalismo processual muito exigente, para não correr riscos de inconstitucionalidade perante o art. 53º da CRP. O resultado foi a escassa utilização da figura da extinção do posto de trabalho durante anos e a total inaplicabilidade da figura da inadaptação até hoje, a provar que a «abertura» a novas causas de despedimento por motivos de gestão não passou da letra da lei.

Por outro lado, não são negligenciar dois outros fenómenos, que se disseminaram justamente a partir da reforma restritiva do regime do contrato a termo de 1989: o fenómeno da proliferação dos acordos revogatórios e das denúncias do contrato em branco, preparados no momento da celebração do contrato de trabalho, e que o empregador se limitava a preencher e a datar quando queria pôr fim ao contrato; e o ressurgimento da prestação de serviços como alternativa ao contrato de trabalho (num fenómeno que M. RODRIGUEZ PIÑERO denominou, expressivamente, como a «fuga do direito do trabalho»⁷), sendo certo que, na maior parte dos casos, esse ressurgimento da prestação de serviços corresponde a trabalho falsamente independente, porque o trabalhador faz exactamente o mesmo que fazia antes, como titular de um contrato de trabalho – é o problema que ficou conhecido, entre nós, como o problema dos «falsos recibos verdes». Ora, independentemente de serem ilícitas

⁶ Como é sabido, a LCCT foi um dos primeiros diplomas da Concertação Social. A excepcionalização da figura do contrato de trabalho a termo constituiu a «moeda de troca» da introdução da figura do despedimento por extinção do posto de trabalho.

⁷ M. RODRIGUEZ-PIÑERO, *La huida del Derecho del Trabajo*, Rel.Lab., 1992, I, 85-92.

(justificando, por isso, a legislação repressiva subsequente⁸), estas práticas são também reveladoras dos efeitos perversos de um regime excessivamente rígido de tutela do trabalhador no despedimento.

Em suma, e como decorre do exposto, uma interpretação muito restritiva do princípio constitucional da proibição dos despedimentos sem justa causa deu lugar à proliferação dos contratos de trabalho a termo, que, obviamente, vão contra aquele princípio no sentido em que não conferem qualquer protecção ao trabalhador no despedimento. Mas, por seu turno, a restrição da contratação laboral a termo, que se seguiu, potenciou situações de evasão do próprio contrato de trabalho, que, obviamente protegem ainda menos o trabalhador do que se ele tivesse um contrato de trabalho, ainda que a termo.

IV. Este quadro manteve-se, sem alterações significativas, no Código do Trabalho de 2003 e no Código do Trabalho actual.

É, pois, perante ele que devem ser situadas as alterações em matéria de despedimentos, introduzidas no Código do Trabalho de 2009, no âmbito do Programa de Assistência Financeira a Portugal, entre 2011 e 2014, que vamos passar em revista de imediato.

3. As recentes alterações introduzidas ao regime do despedimento

I. Como é sabido, no âmbito do Programa de Assistência Financeira a Portugal, delineado pelo Memorando de Entendimento acordado entre o Estado Português, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, em Maio de 2011 (MoU), foram introduzidas, em várias fases, alterações no regime dos despedimentos.

Estas alterações incidiram em quatro pontos essenciais: no valor da indemnização compensatória pela cessação do contrato de trabalho; no regime de pagamento dessa

⁸ Foi o caso da reposição do direito do trabalhador ao arrependimento e da consagração de exigências de forma acrescidas para os acordos revogatórios e para a denúncia do contrato de trabalho por iniciativa do trabalhador, pela L. n.º 38/96, de 31 de Agosto. O direito ao arrependimento, que tinha sido inicialmente previsto na LD (art 7.º) mas retirado pela LCCT, foi reposto pelo diploma acima referido justamente para evitar a prática dos acordos revogatórios e das denúncias do contrato de trabalho preenchidas em branco. E, com o objectivo de evitar as fraudes na contratação e a (re)contratação de trabalhadores a termo, a L. n.º 18/2001, de 3 de Julho, proibiu os contratos a termo sucessivos. Na verdade, a persistência destes fenómenos evasivos, levou o CT de 2003 e o actual CT a manterem estas medidas, com pequenas modificações (cfr., no CT actual, arts. 143.º, 350.º, 397.º e 402.º).

compensação; no regime do despedimento por extinção do posto de trabalho; e no regime do despedimento por inadaptação.

Vejamos então, resumidamente, estes pontos:

- i. O valor da indemnização compensatória a pagar por força da cessação do contrato com fundamento em despedimento por motivo objectivo (i.e., despedimento colectivo, despedimento por extinção do posto de trabalho e despedimento por inadaptação), mas também nos casos de caducidade do contrato, incluindo o contrato a termo, foi reduzido de 30 para 12 dias por cada ano de antiguidade (art. 366º nº 1 do CT), embora em várias fases⁹ e com ressalva do tempo de contrato decorrido anteriormente à entrada em vigor de cada alteração¹⁰ – o que, aliás, dá hoje lugar às maiores dificuldades no cômputo destas indemnizações. Além disso, a indemnização passou a ser limitada por um tecto máximo, que não existia anteriormente (art. 366º nº 2), e foi deixado cair o limite mínimo de três meses de indemnização previsto desde 1975.

Neste ponto, as alterações introduzidas no âmbito do MoU saldaram-se, pois, numa diminuição directa e muito significativa, ainda que sem efeitos retroactivos, dos custos do despedimento do trabalhador.

- ii. A responsabilidade pelo pagamento destas indemnizações compensatórias passou a ser partilhada, em partes iguais, pelo empregador e por um fundo (o Fundo de Compensação do Trabalho) ou por mecanismo equivalente, suportado por contribuições obrigatórias dos empregadores

Destinada a garantir o efectivo recebimento das compensações pelos trabalhadores despedidos, esta medida foi prevista no Código do Trabalho, pela L. nº 23/2012, de 25 de Junho (art. 366º nº 3 do CT), mas apenas se concretizou com a aprovação do diploma que regulamentou o

⁹ Respectivamente pela L. nº 53/2011, de 14 de Outubro, que fez uma primeira redução dos valores da indemnização compensatória dos 30 para os 20 dias, por cada ano de antiguidade do trabalhador, mas a aplicar apenas aos novos contratos de trabalho (art. 366º-A do CT); pela L. nº 3/2012, de 10 de Janeiro, que alterou o regime de indemnização compensatória aplicável aos contratos a termo; pela L. nº 23/2012, que estendeu a redução operada pela L. nº 53/2011 aos contratos de trabalho em execução (art. 366º do CT); e, pela L. nº 69/2013, de 30 de Agosto, que operou a segunda redução no valor da compensação, agora para os 12 dias por cada ano de antiguidade (em nova alteração ao art. 366º do CT). Para uma apreciação mais desenvolvida desta evolução, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho cit.*, II, 907 ss.

¹⁰ Art. 6º da L. nº 23/2012, de 25 de Junho, e arts. 5º e 6º da L. nº 69/2013, de 30 de Agosto.

dito Fundo (L. n° 70/2013, de 30 de Agosto), aplicando-se, aliás, apenas aos novos contratos de trabalho.

- iii. O regime do despedimento por extinção do posto de trabalho foi alterado pela L. n° 23/2012, de 20 de Junho (art. 368° do CT) em dois pontos: por um lado, eliminou-se o requisito da inexistência de um posto de trabalho alternativo, como condição de licitude do despedimento; e, por outro lado, na eventualidade da existência de vários postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico e querendo extinguir-se apenas um ou alguns desses postos de trabalho, substituiu-se o critério tradicional da antiguidade, que determinava o posto ou os postos de trabalho a extinguir, por um critério enunciado de forma pouco clara, mas que dava mais latitude ao empregador na escolha do posto de trabalho a extinguir (art. 368° n° 2 do CT).
- iv. Por fim, o regime do despedimento por inadaptação (arts. 373° ss. do CT) foi alterado em dois aspectos pela L. n° 23/2012, de 20 de Junho: por um lado, eliminou-se o requisito da inexistência de um posto de trabalho alternativo, como condição de licitude do despedimento; por outro lado, admitiu-se uma nova modalidade de inadaptação, que não pressupõe uma alteração anterior do posto de trabalho a que o trabalhador se não adapta, mas apenas uma superveniente, grave e definitiva perda de aptidão do trabalhador para o desempenho da função que vinha exercendo (art. 375° n° 2 do CT).

Como é sabido, à excepção da criação do Fundo de Compensação do Trabalho, todas estas alterações foram objecto de escrutínio por parte do Tribunal Constitucional, que se pronunciou sobre elas no Ac. n° 602/2013, de 20 de Setembro.

Neste Acórdão, o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela constitucionalidade da redução do valor das indemnizações compensatórias por despedimento e da nova modalidade de despedimento por inadaptação, que prescinde do requisito da prévia modificação do posto de trabalho. Mas pronunciou-se no sentido da inconstitucionalidade da supressão do dever de oferta de um posto de trabalho alternativo, como condição de licitude dos despedimentos por extinção do posto de trabalho e por inadaptação (por entender que esta solução ia contra o princípio de *ultima ratio* da figura do despedimento, que inere ao art. 53° da CRP); e pronunciou-se ainda pela inconstitucionalidade dos novos critérios de escolha do posto de trabalho a extinguir, que considerou vagos e insatisfatórios.¹¹

¹¹ Para uma apreciação mais desenvolvida e crítica dos fundamentos desta decisão do Tribunal Constitucional, M. R. PALMA RAMALHO, *O olhar do Tribunal Constitucional sobre a reforma laboral – Algumas reflexões*, in JOÃO REIS / LEAL AMADO / LIBERAL

Em resultado deste Acórdão, o Código do Trabalho voltou, pois, a ser alterado nesta matéria, pela L. n.º 27/2014, de 8 de Maio. Este diploma repôs o requisito da inexistência de um posto de trabalho alternativo como um dos requisitos do despedimento por inadaptação e da extinção do posto de trabalho (arts. 375.º n.º 1 d) e 368.º n.º 4 do CT, respectivamente, na redacção dada pela L. n.º 27/2014), e redefiniu os critérios a seguir na escolha do posto de trabalho a extinguir (art. 368.º n.º 2 do CT, na redacção dada pela L. n.º 27/2014, de 8 de Maio).

II. Recordadas as alterações introduzidas, cabe apreciar.

No que toca à redução do *valor da indemnização compensatória devida por despedimento, ou por outra causa de cessação do contrato de trabalho da iniciativa do empregador*, ela traduz a vontade do legislador de reduzir os custos do despedimento para o empregador. Este objectivo faz sentido numa conjuntura de recessão económica profunda como era, ao tempo, o caso de Portugal e foi, aliás, enfatizado pelo Tribunal Constitucional na sua confirmação da constitucionalidade desta solução.

Por outro lado, uma vez que a solução legal ressalva o sistema anterior de cálculo da compensação, para os períodos anteriores à entrada em vigor das novas regras, crê-se que é uma solução razoável – até porque, na maioria dos casos, estamos perante trabalhadores com uma antiguidade relevante, pelo que nem serão muito afectados pelo novo regime.

Ainda assim, não deixamos de observar que, com referência aos novos contratos, com as novas regras de cálculo das compensações por despedimento, Portugal deixou, em definitivo, de estar entre os países com compensações de despedimento mais altas, para passar a estar abaixo da média europeia, não só porque o valor da compensação por ano diminuiu drasticamente, mas também por força da respectiva base de cálculo, que apenas tem em conta a retribuição base e as diuturnidades (e não, como sucede noutros países, a retribuição efectiva do trabalhador).

III. No que toca ao *requisito da oferta de um posto de trabalho alternativo ao trabalhador, que condiciona quer o despedimento por extinção do posto de trabalho, quer o despedimento por inadaptação*, estamos em total sintonia com o juízo de inconstitucionalidade formulado pelo Tribunal Constitucional.

É que, como referiu o Tribunal, embora o princípio constitucional da segurança no emprego (art. 53.º da CRP) seja compatível com a admissibilidade de despedimentos por motivos objectivos (como é o caso destas modalidades de despedimento), este mesmo princípio exige também que estejam esgotadas as possibilidades de ocupação

FERNANDES / REGINE REDINHA (coord.), *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais*, I, Coimbra, 2014, 757-778.

alternativa do trabalhador na empresa antes de se enveredar pelo caminho do despedimento.

Aliás, não deixa de se observar que a oferta de um posto de trabalho alternativo, como condição prévia ao despedimento por motivos económicos, é a regra geral em sistemas jurídicos muito menos rígidos em matéria de cessação do contrato de trabalho do que o sistema português. É certo que esta exigência coloca, na prática, um problema de prova negativa, já que o empregador tem sempre dificuldade em provar que não dispõe na empresa de um posto de trabalho alternativo e compatível com as qualificações do trabalhador. Mas, se assim é, a solução deveria, a nosso ver, ter passado pela facilitação da prova e não pela erradicação da exigência legal.

Em suma, faz sentido a oferta ao trabalhador de um posto de trabalho alternativo e compatível com a sua qualificação, ou a demonstração, pelo empregador, da inexistência de tal posto de trabalho. Por isso, compreende-se a reposição desta condição de licitude do despedimento em ambas as figuras, pela L. n.º 27/2014, de 8 de Maio.

Ainda assim, chama-se a atenção para um detalhe do novo regime da inadaptação nesta matéria: é o facto de não ser previsto o requisito da inexistência de posto de trabalho alternativo, no que se refere à modalidade do despedimento por inadaptação não precedida da alteração do posto de trabalho (é o que decorre, *a contrario sensu*, do art. 368.º n.º 2 d) do CT).

Esta omissão já foi criticada por alguns sectores, considerando que se justificaria o requisito da inexistência de um posto de trabalho alternativo. Quanto a nós, entendemos que, não se fundando esta modalidade de inadaptação em qualquer alteração do posto de trabalho imputável ao empregador, mas numa alteração substancial da prestação do trabalhador a que o empregador é alheio, não é exigível ao empregador que procure um posto de trabalho para o trabalhador, que seja diferente daquele para o qual o contratou. A solução legal neste caso específico é, pois, na nossa opinião, a mais adequada.

IV. Ainda na matéria do despedimento por extinção do posto de trabalho, mas especificamente no que respeita à *substituição do critério da antiguidade na escolha do posto de trabalho a extinguir, entre uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico*, o juízo de inconstitucionalidade sobre o art. 368.º n.º 2, na redacção introduzida pela L. n.º 23/2012, de 20 de Junho, baseou-se no carácter vago de tais critérios, que não demonstraria a impossibilidade de subsistência do vínculo laboral, inerente ao art. 53.º da CRP. Por outras palavras, o princípio constitucional da segurança no emprego exigiria uma maior concretização dos critérios da escolha do posto de trabalho a extinguir.

Na nossa opinião, o critério da antiguidade como critério de escolha do trabalhador a atingir no despedimento por extinção do posto de trabalho era, de facto, criticável, atenta a justificação objectiva desta modalidade de despedimento. É que a motivação económica ou de gestão, que está na base deste despedimento, pode tornar mais relevantes outros critérios, igualmente objectivos, como os critérios da produtividade ou da assiduidade do trabalhador ou o critério do custo do posto de trabalho a extinguir. Contudo, a verdade é que a solução encontrada pela L. n.º 23/2012 para substituir o critério da antiguidade foi vaga e opaca, o que justificou a declaração de inconstitucionalidade da norma.¹²

Este problema foi superado pela nova formulação do art. 368.º n.º 2 do CT, introduzida pela L. n.º 27/2014, de 8 de Maio. Assim, para escolher o posto de trabalho a extinguir, numa multiplicidade de postos de conteúdo idêntico, o empregador deve utilizar, sucessivamente, os critérios relativos à avaliação de desempenho, às habilitações do trabalhador, à onerosidade do posto de trabalho em questão, à experiência do trabalhador na função e à sua antiguidade na empresa.

Mas se é certo que, tal como estão enunciados, estes critérios ultrapassam o problema da inconstitucionalidade, no nosso entender este enunciado coloca um problema de adequação e um problema de praticabilidade.

Por um lado, justamente porque estão ordenados sequencialmente, estes critérios podem não se adequar ao fundamento da extinção do posto de trabalho no caso concreto. Com efeito, se a extinção do posto de trabalho é determinada por razões económicas, o critério preferencial deveria ser o do custo do posto de trabalho, ao passo que, se na origem da extinção do posto de trabalho estiver um motivo tecnológico, deveria ser mais valorizado o critério das habilitações ou o da experiência na função. Em suma, embora se justifique a existência de vários critérios para a escolha do

¹² Em todo o caso, não acompanhámos este juízo do TC, porque nos parecia possível uma leitura da norma compatível com a CRP, por interpretação do requisito da impossibilidade prática da subsistência do vínculo: assim, e em primeiro lugar, cabe reportar este requisito aos motivos de gestão que estão na base do despedimento e que não podem deixar de ser os que, no caso, decorrerem do motivo estrutural, conjuntural ou de mercado que levou à extinção do posto de trabalho, nos termos do art. 367.º do CT; e, por outro lado, cabe delimitar negativamente este requisito, através da verificação de que a extinção do posto de trabalho em concreto não corresponde a um acto discriminatório, nos termos exigidos pelo próprio art. 368.º n.º 2 do CT – para o que relevam obviamente, todos os factores de discriminação enunciados no art. 24.º n.º 1 do CT (incluindo a idade, o estado de saúde ou de gravidez ou a deficiência).

Por esta via, a norma podia, pois, na nossa óptica, ter uma leitura consentânea com o princípio constitucional da segurança no emprego, tanto mais que, nesta matéria, é impossível prescindir por completo de conceitos indeterminados para efeitos da verificação da licitude do despedimento. Aliás, são estes mesmos motivos estruturais, conjunturais e de mercado que constituem o fundamento do despedimento colectivo, cuja constitucionalidade não foi questionada. Para mais desenvolvimentos sobre esse ponto, vd o nosso *O olhar do Tribunal Constitucional sobre a reforma laboral cit.*, 766 s.

posto de trabalho a extinguir, a exigência de utilização sequencial dos mesmos pode ser contraproducente em relação ao fundamento concreto da extinção do posto de trabalho.

Por outro lado, tal como estão enunciados, nem sempre estes critérios são praticáveis (assim, por exemplo, muitas empresas não têm uma avaliação de desempenho parametrizada) e, noutros casos, o critério não é claro (é o caso da referência às «habilitações académicas e profissionais»). Acresce que a ordem dos critérios exigirá sempre que o empregador comprove porque é que afasta um critério antes de poder passar para o seguinte, o que dificulta todo o processo.

Em suma, embora se compreenda o objectivo da lei no enunciado de todos estes critérios – trata-se de evitar que, a coberto de uma extinção do posto de trabalho, supostamente motivada por razões económicas ou de gestão, se persiga um determinado trabalhador – a sua aplicação prática coloca alguns problemas.¹³

V. *Last but not least* impõe-se uma referência à nova modalidade de despedimento por inadaptação do trabalhador (art. 375º nº 2 do CT, na redacção introduzida pela L. nº 23/2012, de 20 de Junho).

Nos termos desta norma, o despedimento por inadaptação pode agora ocorrer sem modificação prévia do posto de trabalho, desde que concorram os seguintes requisitos substanciais e procedimentais: que tenha ocorrido uma «modificação substancial da prestação de trabalho» do trabalhador, revelada na baixa relevante de produtividade ou em avarias repetidas nos instrumentos de trabalho, e que tal modificação tenha um carácter previsionalmente definitivo; e, verificada esta condição, desde que seja seguido um procedimento bastante estrito, que passa por comunicações do empregador ao trabalhador, pelo direito de defesa deste, e pelo acesso do trabalhador a formação profissional específica e a um período de adaptação à função.

A primeira questão colocada por esta nova modalidade de inadaptação é a da sua admissibilidade, no quadro do regime constitucional de tutela do trabalhador no despedimento.

Quanto a este ponto, o Tribunal Constitucional pronunciou-se no sentido da conformidade desta causa de despedimento com a Lei Fundamental, considerando tratar-se de uma justa causa objectiva de despedimento e entendendo que uma inadaptação superveniente, grave e permanente do trabalhador à sua função torna, de facto, ine-

¹³ Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, *vd* o nosso *Tratado de Direito do Trabalho cit.*, II, 1059 ss.

xigível ao empregador a continuação do vínculo.¹⁴ Por outro lado, o Tribunal considerou que os requisitos procedimentais exigidos para operacionalizar esta nova modalidade de despedimento por inadaptação são suficientemente vigorosos e restritivos para impedir a utilização da figura de forma abusiva ou persecutória.

Acompanhamos este entendimento, que, pela primeira vez, abre a porta à aplicação de um regime que, até agora, tem sido «letra morta», pela reconhecida dificuldade de operacionalizar os seus requisitos, quando é bem certo que tem o seu lugar no elenco das situações de justa causa de despedimento.

Com efeito, na ausência desta figura, a inadaptação superveniente do trabalhador ao seu posto de trabalho, de uma forma grave e permanente, apenas poderia levar à cessação do contrato de trabalho por uma de duas vias: a via do despedimento disciplinar, mas apenas se a quebra anormal de produtividade constituísse infracção disciplinar, para o que teria que ser causada pelo trabalhador de uma forma ilícita e culposa – o que, obviamente, pode não ser o caso; ou a via da caducidade do contrato de trabalho, com fundamento na impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar o seu trabalho – o que é uma situação diferente da falta grave de produtividade, e, como situação-limite, é também muito difícil de operacionalizar.

Perante este quadro, uma figura como o despedimento por inadaptação é, na verdade, a única forma de reacção do empregador a situações de grave e permanente quebra de produtividade dos trabalhadores. Mas, como é sabido, o condicionamento deste despedimento à verificação de uma prévia alteração do posto de trabalho diminui consideravelmente o seu âmbito de aplicação, deixando de fora um conjunto de outras situações em que, apesar de não ser precedida de uma alteração do posto de trabalho, a inadaptação do trabalhador à sua função é suficientemente grave e permanente para que se torne, de facto, inexigível ao empregador a manutenção do vínculo. É, pois, este tipo de situações que passa a ser coberto por esta modalidade do despedimento por inadaptação.¹⁵

¹⁴ Em sentido contrário, alguns autores já vieram sustentar que se trata de uma nova causa subjectiva de despedimento (um despedimento sem culpa motivado pela perda de produtividade do trabalhador), uma vez que prescinde de qualquer alteração prévia no posto de trabalho, e suscitam, com essa base, a questão da constitucionalidade da norma – nesta linha, por exemplo, J. LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, 4ª ed., Coimbra, 2014, 397, bem como JÚLIO GOMES, *Alguma reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho*, ROA, 2012, Abr/Set., 575-617 (591).

¹⁵ Para mais desenvolvimentos sobre o entendimento perfilhado quanto a este ponto, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *O olhar do Tribunal Constitucional sobre a reforma laboral cit.*, 768 s. e *Tratado de Direito do Trabalho cit.*, II, 1074 s.

É certo que o juízo de constitucionalidade desta norma não resolve todos os problemas colocados por esta modalidade de inadaptação.

Por um lado, também aqui há problemas de operacionalidade, sobretudo pelo carácter indeterminado do conceito de «modificação substancial da prestação» do trabalhador, e também porque este despedimento envolve um juízo de prognose do empregador sobre o carácter presumivelmente definitivo da inadaptação do trabalhador à prestação, que é sempre subjectivo (art. 375º n.º 2 a) do CT).

Por outro lado, porventura por excesso de cautelas (o fantasma da proibição constitucional do despedimento sem justa causa está sempre presente na evolução do sistema normativo nesta matéria), o processo para efectivar este despedimento é particularmente exigente e tem alguns lugares paralelos com o procedimento disciplinar para despedimento, que são desadequados numa situação de justa causa objectiva, como é o caso desta.

À doutrina e, sobretudo, à jurisprudência, caberá a tarefa de estabelecer as balizas para uma aplicação razoável desta figura, bem como a tarefa de integrar o conteúdo dos conceitos indeterminados que ela envolve. Mas, se houver a oportunidade de desempenhar tais tarefas, já há, quanto a nós, um avanço dogmático, porque tal significa que a figura do despedimento por inadaptação – que, repetimos, tem o seu lugar no universo das causas objectivas de cessação do contrato de trabalho – está, finalmente, a deixar de ser letra morta e a ser aplicada na prática.

5. Notas de conclusão

Os pontos expostos permitem deixar três notas de conclusão, que não são mais do que pistas para uma reflexão mais profunda sobre esta matéria.

A primeira nota é para constatar que o regime português em matéria de despedimentos se flexibilizou, de facto, um pouco, sobretudo com a admissibilidade da nova modalidade do despedimento por inadaptação, e apesar de ser ainda cedo para fazer um juízo sobre os reais efeitos práticos desta flexibilização. Em todo o caso, trata-se, a nosso ver, de uma abertura moderada e que não belisca o princípio constitucional da segurança no emprego e da proibição dos despedimentos sem justa causa. Neste ponto, Portugal continua a não estar entre os países onde é mais fácil despedir.

A segunda nota é para acentuar o facto de os despedimentos por motivos objectivos ou de gestão se terem tornado, de facto, menos onerosos em Portugal, com a redução dos valores das indemnizações compensatórias. Sendo certo que os efeitos das novas regras nesta matéria apenas se farão sentir no futuro, por força do mecanismo de

ressalva dos direitos adquiridos, a evolução neste sentido está consumada e não pode mais dizer-se que em Portugal é muito caro despedir um trabalhador.

A terceira e última nota é para referir que a necessidade de uma válvula de escape para um regime restritivo do despedimento – que é o que ainda temos – se mantém, sob pena de continuarem a proliferar situações fraudulentas e ilícitas na contratação laboral, que deixam, essas sim, os trabalhadores sem nenhuma protecção. A nosso ver, tal válvula de escape passa pela diminuição das restrições ao regime legal do contrato de trabalho a termo. Mas essa é a parte da reforma laboral que ainda falta fazer.