

- PARECER –

Assunto: Proposta de lei 207/XII, de alteração dos arts. 368º/2 e /4 e 375º - d) do Código do Trabalho – CT (critérios a observar em caso de despedimento por extinção de posto de trabalho) – **versão de 21-2-2014**

1. O Código do Trabalho de 2009 (versão anterior à Lei 23/2012) consagrava, no seu art. 368º, que, no despedimento por extinção de posto de trabalho, havendo na secção ou estrutura equivalente a que pertencesse o trabalhador a despedir uma pluralidade de trabalhadores com idênticas funções, para concretização do posto de trabalho a suprimir se deveria observar uma determinada ordem de critérios (*grossa modo*, em torno da menor antiguidade e da menor categoria profissional).

O mesmo art. 368º mais estatuiu que tal despedimento só seria admissível se fosse “impossível a subsistência da relação de trabalho”. Considerava-se que esta impossibilidade se verificava sempre que o empregador não dispusesse de outro posto de trabalho compatível com a categoria do trabalhador a despedir; esta era uma redacção que vinha na senda do constante já do Dec. Lei 64-A/89 (LCCT).

2. A Lei 23/2012 veio alterar profundamente esta situação. Eliminou o **enunciado taxativo** dos ditos “critérios de preferência” na manutenção de postos de trabalho na secção ou estrutura equivalente para selecção do posto de trabalho a suprimir em caso de extinção de um deles, e substituiu-os por uma fórmula, pouco clara e não objectiva (como a Confederação do Comércio e Serviços de Portugal - CCP logo assinalou), que estatuiu que, para determinação do posto de

trabalho a extinguir, caberia ao empregador definir “critérios relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho” (art. 368º/2 CT).

Mais passou a consagrar a lei (art. 368º/4 CT) que se consideraria “impossível a subsistência da relação de trabalho” do trabalhador cujo posto de trabalho se extinguia sempre que o empregador tivesse observado os ditos “critérios relevantes e não discriminatórios”.

3. Na senda de posição expressa por abundante doutrina (por todos, cfr. Monteiro Fernandes, “Direito do Trabalho”, 16ª ed, 2012, pág. 509), a referida alteração normativa foi declarada **inconstitucional**. Sustentou-se – em perfunctória síntese – que fazer depender (e assentar) uma decisão de despedir apenas na observância dos famigerados “critérios relevantes e não discriminatórios” equivaleria (equivale) a considerar que a insubsistência da relação de trabalho do trabalhador a despedir se deveria ter por demonstrada e comprovada mesmo quando essa “impossibilidade prática”... **não se verificasse**, pela boa e simples razão de não ser verdadeira. Ou seja, *«reduzir a “impossibilidade prática” à observância de “critérios relevantes e não discriminatórios” na escolha do trabalhador a despedir reconduz-se à subjectivação do despedimento, ou seja, orienta o regime desta modalidade de despedimento em direcção oposta à sinalizada pelo art. 53º CRP (Constituição da República Portuguesa)»* (Monteiro Fernandes, ob. e loc. citt.).

Também o Tribunal Constitucional - TC (Acórdão 602/2013) se pronuncia no sentido da manifesta insuficiência do enunciado "critério relevante e não discriminatório" (vertido no art. 368º/2 CT pela Lei 23/2012) por substanciar - à revelia da proibição constitucional do despedimento sem justa causa - uma arbitrariedade na escolha do trabalhador a despedir: *«Com efeito, agora compete ao próprio titular do interesse no despedimento a formulação dos critérios que o justificam. No entanto, só a indicação legal rigorosa de parâmetros condicionantes e limitativos pode impedir a possibilidade de subjectivação 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. É, deste modo, manifesto que o enunciado normativo do n.º 2 do artigo 368º não satisfaz essa exigência.». E continua o TC: «Na verdade, nele apenas se estabelece que os critérios para determinação do posto de trabalho a extinguir devem ser “relevantes” e “não discriminatórios”, qualificações a ponderar, em ambos os casos, “face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”. Trata-se de conceitos vagos e indeterminados, desprovidos de um mínimo de precisão e de eficácia denotativas do tipo e conteúdo dos critérios aplicáveis, pelo que deles não se pode esperar que balizem suficientemente a margem de disponibilidade do empregador, retirando-lhe a possibilidade de seleção arbitrária do trabalhador a despedir.».

Considera, pois, a CCP que a mais elementar prudência legislante determina que se adopte, agora em 2014, no novo texto da lei, uma formulação criteriosa e juridicamente bem elaborada que definitivamente apague o juízo de censura constitucional que a anterior redacção mereceu.

4. Na proposta de lei em apreço, procura agora o Governo racionalizar e viabilizar esta importantíssima alteração legislativa, propondo uma nova redacção para os nºs 2 e 4 do art. 368º CT.

Em primeiro lugar e em síntese, insiste (o que, salvo o devido respeito, nos parece teimosia infeliz) na expressa referência à necessidade de observância do que continua a enunciar como “critérios relevantes e não discriminatórios” (para quê, uma vez que é estatuição do óbvio que, desde que os critérios sejam efectivamente relevantes e não discriminatórios, se torna ocioso apelidá-los de tal?), para depois exemplificar alguns: a saber, avaliação de desempenho, habilitações, custo do trabalhador, experiência, antiguidade. Parece-nos um passo no bom caminho (...para evitar nova declaração de inconstitucionalidade). Na verdade, o legislador

deixa de se limitar a remeter a decisão do empregador para uma avaliação sem parâmetros do que seja “relevante e não discriminatório”. E com isto, **indiscutivelmente, objectiva a decisão de despedir.**

Simplesmente, dever-se-ia ter cuidado mais do enunciado. Assim, apesar de ficar estatuído que a avaliação de desempenho deve ter “parâmetros previamente conhecidos pelo trabalhador” (art. 368º/2-a)), a que avaliação de desempenho se refere, em que data/com que antecedência deve esta ser realizada? Por outro lado, em que consiste – de objectivo – a “onerosidade pela manutenção do vínculo laboral” (art. 368º/2-c))? Ou com que critérios (minimamente objectivos, e se exceptuarmos pela antiguidade que é critério autónomo) se avalia a “experiência na função” (art. 368º/2-d))?

Impõe-se, assim, uma clarificação/explicitação do “sentido” em que deve ser valorado cada um dos critérios (como, aliás, fazia o CT 2009 até à revisão de 2012). É que deixar na indefinição tal sentido equivaleria a nada objectivar os critérios para despedir, o que se afigura - também constitucionalmente - incompatível com um despedimento por razões... **objectivas**, como este é por definição.

Por outro lado ainda, advogamos o carácter exemplificativo do enunciado de critérios. Far-se-ia bem em especificar que qualquer dos critérios, **isoladamente considerado e de *per se***, deve ser tido como bom e bastante para que se considere objectivada a preferência que determina a escolha “daquele” trabalhador e não de outro.

Finalmente, julgamos que deveria ter sido tida mais em conta a decisão do Tribunal Constitucional que considerou a alteração de 2012 inconstitucional neste ponto e que transcrevemos em excerto: *«Note-se que o controlo judicial da “justa causa” deverá incidir sobre o “nexo sequencial estabelecido entre a extinção do posto de trabalho e a decisão de*

extinguir um certo contrato, isto é, sobre o critério de escolha do trabalhador excluído” [...], pelo 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 nexo sequencial que terá permitido ao empregador chegar àquele concreto trabalhador, dificultando ou impossibilitando mesmo o controlo judicial desta decisão.» - realce e sublinhado nossos.

Consideramos, pois, que, para melhor se conformar ao juízo de (in)constitucionalidade, foi bem o legislador de 2014, ao introduzir um *nexo sequencial* entre os critérios que enuncia. Pensamos que, de entre os sugeridos na proposta de lei do Governo, a "avaliação profissional" deveria ser bastante: se o empregador, confrontado com a necessidade de extinguir um posto de trabalho, emprega mais do que um trabalhador na estrutura ou secção a extinguir, não lhe pode ser exigido que escolha para ficar outros que não os que revelaram/revelem melhor desempenho. Se, porém, se quiser estabelecer uma multiplicidade de parâmetros e uma "hierarquia" entre eles (o dito "nexo sequencial"), então que a ordem seja: a) avaliação de desempenho; b) experiência na função; c) habilitações; d) antiguidade; e) outros, também objectivos.

5. Na linha do que acima observamos, sempre tendo em vista também a conformação à Constituição da República, é mister que os critérios se objectivem o mais possível, reduzindo-se ao mínimo o risco de veleidades de arbitrariedade na escolha do trabalhador a despedir. Propomos, assim, que se **densifiquem (como agora se usa dizer) as referências aos critérios de selecção, ou seja, que se concretizem, na medida do possível, os termos e pressupostos do exercício de todas as acções que tendam à escolha do trabalhador a despedir por extinção do posto de trabalho.**

Assim, nomeadamente, deve especificar-se que, além de a *avaliação de desempenho* (1º critério relevante de selecção) dever obedecer a "parâmetros previamente conhecidos pelo

trabalhador" (como já consta do texto da proposta de lei), deve atender-se à média da(s) avaliação(ões) realizadas nos últimos três anos. Assim se contribui para objectivar o critério e retirar eventual arbitrariedade à decisão que a ele recorre.

Assim, também e por exemplo, para apurar o **custo do trabalhador para a empresa** (3º critério), deve considerar-se - e comprovar-se - o valor horário bruto da sua retribuição e encargos sociais suportados pelo empregador. Este valor deve compreender, para que seja fiel ao encargo que o empregador verdadeiramente suporta, todas as prestações pecuniárias ou em espécie realizadas pelo empregador ao trabalhador que constituem base de incidência das contribuições para a segurança social (art. 46º do respectivo Código Contributivo), bem como os encargos sociais.

Por fim, para determinar a **experiência na função** do trabalhador (4º critério) deve também atender-se aos elementos curriculares que este forneça, desde que devidamente comprovados.

6. Diga-se, por fim, que, ao retomar, no nº 4 deste art. 368º (e na alínea d) do n.º 1 do art. 375º, para o despedimento por inadaptação), a redacção *ante* 2012 que circunscreve a "impossibilidade de subsistência da relação de trabalho" à indisponibilidade de outro posto de trabalho compatível na empresa, salvaguarda-se inequivocamente a constitucionalidade da norma.

Este é salvo melhor, o nosso parecer.