



## PARECER DA UGT

### SOBRE A PROPOSTA DE LEI Nº 207/XII (3ª) QUE PROCEDE À SEXTA ALTERAÇÃO AO CÓDIGO DO TRABALHO (DESPEDIMENTO POR EXTINÇÃO DO POSTO DE TRABALHO E DESPEDIMENTO POR INADAPTAÇÃO)

#### **1. APRECIÇÃO NA GENERALIDADE**

##### **1.1. Os antecedentes da Proposta de Lei**

O projecto de proposta de lei em análise tem por objectivo a introdução de alterações aos regimes dos despedimentos por extinção do posto de trabalho e por inadaptação na sequência da declaração de inconstitucionalidade de algumas das normas da Lei nº 23/2012 pelo Acórdão do Tribunal Constitucional nº 602/2013.

O Governo refere, na exposição de motivos, que as redacções introduzidas nos artigos em apreço pela Lei nº 23/2012 – e agora pela presente proposta de alteração legislativa – resultam dos compromissos assumidos em sede de concertação social, o que não contestamos.

Não deve ser porém esquecido que o referido acordo foi antes de mais condicionado, nomeadamente em matéria laboral, pelas imposições do Memorando de Entendimento, que são agora retomadas na presente proposta.

A UGT não pode ainda deixar de referir que o Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego (CCCE) foi um acordo que considerámos globalmente mais favorável aos trabalhadores, sobretudo por conter medidas importantes em áreas como o Crescimento e o Emprego. Nesse quadro, não podemos deixar de salientar que muitas das medidas que se revelariam mais relevantes não foram implementadas pelo Governo, criando profundos desequilíbrios no cumprimento do CCCE, facto que por repetidas vezes assinalámos.

Por outro lado, devemos aqui reiterar que a assinatura do acordo por parte da UGT não significou nunca uma concordância na generalidade com as alterações ao Código do Trabalho, as quais sempre afirmámos serem globalmente menos favoráveis que a legislação então em vigor, ou a não existência de fortes reservas face a algumas das alterações propostas.

Tais elementos, bem como a existência de um Acórdão do Tribunal Constitucional sobre as normas agora objecto de nova proposta, impuseram um redobrado juízo sobre a necessidade, cautela e adequação das propostas apresentadas, que esteve igualmente presente na análise e na discussão das propostas do Governo relativamente a esta matéria.

### ***1.2. O processo negocial***

No decurso das negociações que promoveu sobre esta nova alteração ao Código do Trabalho, o Governo apresentou diversas propostas e manteve contactos institucionais e informais, tendo a UGT mantido sempre uma postura aberta ao diálogo, tendo presente todos os já referidos antecedentes, mas apresentando uma posição firme de indisponibilidade para discutir qualquer alteração ao regime em causa que não cumprisse o objectivo fundamental de obstar a despedimentos discricionários e arbitrários por parte dos empregadores.

Essa sempre foi uma condição que, a não ser cumprida, não apenas poderia levar a soluções que colidisse com a letra e o espírito do Acórdão do Tribunal Constitucional, mas que contribuiriam para uma ainda maior desregulação do mercado de trabalho, sempre inaceitável.

As várias propostas do Governo foram sempre marcadas pela apresentação de critérios de selecção dos trabalhadores objecto de despedimento por extinção do posto de trabalho subjectivos e insuficientemente claros para permitir a sua aplicação de forma não discriminatória e/ou pela possibilidade de escolha dos critérios aplicáveis de forma casuística por parte do empregador.

A UGT sempre afirmou desde o primeiro momento que seria fundamental que as propostas apresentadas se encaminhassem no sentido de cumprir várias condições essenciais para cumprir o objectivo pretendido.

Desde logo, a UGT sempre reivindicou que qualquer proposta apresentada, para substituir os critérios em vigor, teria de conter critérios que não deixassem de atender a objectivos sociais na selecção dos trabalhadores a despedir, garantindo que os mesmos atendessem de facto à situação específica dos trabalhadores abrangidos e não apenas às necessidades e interesses das empresas.

Nesse sentido, rejeitámos desde logo a manutenção de dois dos critérios de selecção apresentados: o custo/onerosidade para a empresa da manutenção do vínculo do trabalhador

e a situação económica e familiar. Ambos os critérios potenciam efeitos gravosos, um por permitir despedir com base num critério de custo que apenas reporta à empresa e outro por se poder revelar potenciador de uma devassa da vida privada e familiar dos trabalhadores.

Mais, a UGT sempre considerou fundamental que uma alteração ao regime dos despedimentos procedesse a uma densificação/pormenorização de vários dos critérios propostos que, a não se verificar, não apenas não obstará a uma excessiva discricionariedade do empregador como, pelo contrário, a potenciaria.

Assim, assinalámos nomeadamente a necessidade de clarificar os termos em que a avaliação do trabalhador deveria realizar-se para poder ser usada como critério credível face a um universo de micro e pequenas empresas em que a avaliação simplesmente não existe ou de clarificar que a selecção de um trabalhador com base nas suas habilitações literárias e profissionais só faria sentido se as mesmas fossem pertinentes para o posto de trabalho a extinguir.

A UGT assinalou ainda como fundamental que os critérios a estabelecer fossem hierarquizados, única forma de garantir que o despedimento por extinção de posto de trabalho não se transformará na possibilidade de usar o critério que se afigurar mais conveniente num dado momento para o empregador poder despedir o trabalhador que já definiu *a priori*.

Mesmo tendo presente que estamos hoje num contexto muito diferente do que estivemos em 2012, com o fim à vista do programa de ajustamento e sem a pressão de um Memorando muito prejudicial na área laboral e com notórios desequilíbrios na implementação do acordo, a UGT nunca esqueceu e sempre respeitou, em todo o processo negocial, o espírito do compromisso tripartido que celebrou em 2012.

No entanto, e não obstante as propostas e a disponibilidade da UGT, nunca o Governo fez uma suficiente aproximação às mesmas, traduzindo-se os textos apresentados num grau de arbitrariedade para o empregador que sempre considerámos excessivo e inoportuno com uma real defesa e protecção dos trabalhadores que representamos.

Diga-se aliás que tal situação impediu o avanço da negociação sobre esta matéria, não se tendo sequer chegado ao ponto de ser debatida a ordem dos critérios de selecção que consideraríamos adequada no quadro da sua hierarquização.

Nesse quadro, o Governo optou por unilateralmente pôr termo a todo o processo negocial e proceder a esta alteração legislativa, o que consideramos desde logo extremamente negativo.

A UGT constata que a proposta de lei elimina um dos critérios inicialmente apresentados e que consideramos inaceitável (situação económica do trabalhador e sua família) e expressa a opção de introdução de um conjunto hierarquizado de critérios, condições que sempre julgámos necessárias para que este normativo merecesse a nossa concordância.

Sendo condições necessárias, nunca considerámos que fossem porém condições suficientes, como deixámos claro desde o primeiro momento.

Face ao exposto, e continuando a UGT a considerar que os critérios apresentados, a sua ordem e a ausência de uma suficiente densificação e objectividade dos mesmos, potenciam uma excessiva discricionariedade e uma inaceitável arbitrariedade do empregador na selecção dos trabalhadores a serem objecto de despedimento, **a presente proposta de alteração não pode senão merecer a nossa total e veemente rejeição.**

## **2. APRECIÇÃO NA ESPECIALIDADE**

### **2.1. Alteração ao regime do despedimento por extinção do posto de trabalho**

Numa análise em concreto das alterações ao artº 368º, e desde logo no que concerne aos critérios que podem e devem presidir à escolha de um trabalhador que seja objecto de despedimento por extinção do posto de trabalho, a proposta apresentada vem agora introduzir um novo conjunto de critérios que podem presidir a tal escolha, os quais importa analisar.

Nessa análise, não podemos deixar de ter presentes princípios e orientações que resultam da jurisprudência, nomeadamente do já citado Acórdão do Tribunal Constitucional nº 603/2013, o qual aponta claramente no sentido de que “(...) só a indicação legal rigorosa de parâmetros condicionantes e limitativos pode impedir a possibilidade de subjetivação da escolha (...)”, alertando ainda que apenas tal obsta a que “essa escolha (dos critérios) fique na disponibilidade do empregador”.

Por outro lado, deve ter-se igualmente presente a indicação do mesmo órgão de soberania no sentido de se não dever funcionalizar “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)”.*

Esta questão, presente na decisão de inconstitucionalidade da redacção da norma introduzida pela Lei nº 23/2012, claramente indica a necessidade dos critérios estabelecidos se distanciarem, na sua motivação, da motivação subjacente à decisão de despedimento, devendo atender-se na sua formulação à situação particular de um trabalhador que possa levar a preterir um outro, o que apenas se entende como razoável se estiverem presentes razões de natureza eminentemente social.

O primeiro dos critérios elencados – pior avaliação de desempenho – deve desde logo ser confrontado com a realidade prática do nosso País, de forma a avaliar cabalmente da sua pertinência e da sua objectividade.

Com efeito, a esmagadora maioria do tecido empresarial português (micro e pequenas empresas) não tem instituídos e implementados sistemas e mecanismos formais e continuados de *avaliação de desempenho*.

Tal facto resultará ou na impossibilidade de aplicação deste critério ou numa insustentável subjectividade, pela sua aplicação *ad hoc*, que se estenderá à selecção dos trabalhadores a serem despedidos, a qual se poderá ser discriminatória e arbitrária, solução que poderá colidir com o espírito da interpretação realizada pelo Tribunal Constitucional.

Mais se diga que a “densificação” que é tentada na proposta – “*com parâmetros previamente conhecidos pelo trabalhador*” – não contribui para qualquer objectivação do critério, antes se revelando, na ausência de outros elementos que poderiam contribuir para a sua maior objectividade (vg. existência de um sistema formal, continuado no tempo), quase uma redundância. Seria manifestamente aberrante que pudesse ser considerada relevante, para este ou para qualquer efeito, uma avaliação com parâmetros desconhecidos *a priori* pelo trabalhador.

Não podemos ainda deixar aqui de recordar que a questão da utilização de critérios associados ao desempenho foi já objecto de algumas reflexões por parte do Supremo Tribunal de Justiça, nomeadamente no Acórdão nº 674/05.6TTMTS.S1 de 03 de Março de 2010, o qual, no âmbito de um processo de despedimento colectivo, se pronunciou da seguinte forma:

*“No caso, já se viu, a empregadora indicou, na comunicação inicial, como critério de selecção dos trabalhadores a despedir, a «avaliação do mérito do desempenho, efectuado pelos responsáveis seus superiores hierárquicos, tendo em conta as necessidades de recursos».*

*O critério assim indicado não contém, na sua definição, qualquer factor de discriminação — dos que se prendem com a ofensa ao princípio da igualdade — nem qualquer elemento de puro arbítrio do empregador, antes implica que, na sua aplicação, sejam utilizados métodos objectivos relativos, por exemplo, ao apuramento da assiduidade e da produtividade, o que permite a sua compreensão pelos trabalhadores visados e, conseqüentemente, o controlo do modo como, durante o procedimento, a selecção é efectuada, e, bem assim, o controlo quanto à correcção do resultado final, maxime, para efeito de impugnação judicial.”*

Ao analisar tal acórdão, resulta claro que a utilização de um critério associado ao desempenho, sem se encontrar devidamente balizado e definido, resultará num elevado grau de incerteza que levará a que apenas em sede judicial se possa vir a apurar, em cada caso concreto, da ilicitude ou não ilicitude do despedimento em função da existência de parâmetros mais ou menos claros e objectivos definidos e aplicados pelo empregador.

A discricionariedade e subjectividade deste critério, que parece poder retirar-se do texto do acórdão, tornam-no manifestamente desadequado à sua consagração como critério legal numa matéria em que a certeza e a segurança jurídicas desempenham um papel fundamental para garantir um nível constitucionalmente desejável de protecção no emprego.

No que concerne ao segundo dos critérios apontados – menores habilitações académicas e profissionais -, consideramos que o mesmo, por si e de forma isolada, é desadequado enquanto critério relevante para responder às finalidades do despedimento por extinção do posto de trabalho.

Nesse sentido, parece-nos que o referido critério pretende visar, de forma indirecta, um conjunto de trabalhadores, o que parece tão mais claro se considerarmos que não estamos sequer perante um critério que assegure que a selecção é feita em função da relevância das habilitações para o posto de trabalho a extinguir.

O critério da *maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral para a empresa* foi um dos que mereceu desde sempre a total rejeição da UGT e que assinalámos como uma condição essencial para um entendimento mínimo nesta matéria.

O critério não apenas se afigura revelar uma visão redutora e instrumentalizada do trabalhador no contexto empresarial, como suscita fortes reservas quanto à sua constitucionalidade.

Com efeito, a referida onerosidade não se distancia ou distingue do custo para a empresa, sendo que é precisamente a redução do custo para a empresa que preside *ab initio* à necessidade de realização do despedimento por extinção do posto de trabalho, pelo que tal critério não pode presidir à selecção do trabalhador a despedir.

Nesse sentido, tal critério parece-nos contrariar o acórdão do Tribunal Constitucional na medida em que funcionaliza “a ‘relevância’ dos critérios a escolher exclusivamente às razões subjacentes à decisão de extinção do posto de trabalho”, facto para o qual, como já referimos, aquele órgão bem alerta.

Igualmente o critério da *menor experiência na função* suscita dúvidas diversas, desde logo no que se refere à forma como tal experiência poderá ser aferida, que o artigo não esclarece. Mais, não podemos deixar de alertar que este critério introduz um factor adicional de distorção, o qual dificultará a interpretação e de alguma forma retira coerência a todo o artigo 368º.

Assim, e se o critério em análise reporta para o conceito de função, todo o restante articulado reporta para conceitos diversos, como o de posto de trabalho, que se afiguram porventura mais relevantes para cumprir o objectivo do normativo de conferir uma maior protecção ao trabalhador, não o penalizando pela intensificação de novas realidades laborais, como a da polivalência funcional, usada – e porventura abusada – com cada vez maior frequência.

Por fim, não podemos deixar de suscitar a questão da hierarquização dos critérios tal como se encontra proposta. A ordem de critérios proposta, e não obstante a já analisada subjectividade e arbitrariedade que encerram os vários critérios, indicia claramente uma opção do legislador pela manutenção de postos de trabalho que se venham a subsumir no fundo a um único objectivo, a de redução de custos para a empresa pela manutenção dos trabalhadores com salários mais baixos. Esta é uma opção ideológica que não subscrevemos e que, em última instância, colide nesta proposta com a já referida orientação do Tribunal Constitucional de aos critérios a estabelecer deverem presidir interesses diversos do da empresa.

Face a tudo o exposto, pela desadequação dos critérios, os quais ignoram a protecção do trabalhador como um factor relevante para o seu estabelecimento, pela sua subjectividade,

pela excessiva discricionariedade e pela arbitrariedade que potenciam e que originam fortes riscos de inconstitucionalidade, a UGT recusa a alteração proposta para o artigo 368º do Código do Trabalho.

## **2.2. Alteração ao regime do despedimento por inadaptação**

A Lei n.º 23/2012 (alteração ao CT que motivou a decisão do Tribunal Constitucional) veio ainda revogar a alínea d) do n.º 1 da norma do artigo 375º CT.

Ou seja, deixou de ser requisito para que se pudesse proceder a um despedimento por inadaptação o facto de não existir na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador.

O Tribunal Constitucional declarou esta revogação inconstitucional, justificando a sua decisão da seguinte forma:

*“(...) o despedimento por causas objetivas deve ser configurado como ultima ratio, o que não é compatível com a dispensa do dever de integrar o trabalhador em posto de trabalho alternativo, quando este exista. A mesma exigência pode extrair-se do princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição do excesso.*

*No âmbito da modalidade de despedimento por justa causa objetiva, agora em apreço, impõe-se igualmente o cumprimento destes princípios, não se permitindo que o trabalhador inadaptado a um determinado posto de trabalho que sofreu modificações, seja despedido quando haja outro posto de trabalho disponível e compatível com a sua qualificação e aptidão profissional. A revogação do preceito em análise é, em razão do exposto, inconstitucional, uma vez que viola a proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53.º da Constituição”.*

O Governo, com a redacção alternativa apresentada, tenta contornar o chumbo do Tribunal Constitucional sem responder, na íntegra, às preocupações suscitadas no Acórdão.

A proposta apresentada visa consagrar a existência de posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador para aferir da impossibilidade de manutenção do vínculo laboral (e não a qualificação profissional, como na norma em vigor), o que nos parece profundamente desadequado num caso em que o despedimento encontra o seu fundamento em razões como as que são estabelecidas no artº 374º, directamente relacionadas com a prestação do trabalhador.



Entendemos que, existindo na empresa um posto de trabalho susceptível de ser ocupado pelo trabalhador em causa (por este ter aptidão para o ocupar e qualificações para exercer a actividade profissional em causa), o despedimento por inadaptação deverá ser afastado.

Tal é aliás tão mais evidente se considerarmos a necessidade, no regime do despedimento por inadaptação, da existência de formação prévia dada pelo empregador.

A alteração parece poder resultar na quase impossibilidade prática de manutenção do vínculo laboral, podendo contrariar assim a jurisprudência constitucional que fala expressamente de *“qualificação e aptidão profissional”* e colocar em causa a proibição de despedimentos sem justa causa.

Mais, parece-nos que, a verificar-se uma harmonização entre as condicionantes do despedimento por inadaptação e do despedimento por extinção do posto de trabalho, e apesar dos motivos subjacentes a estas duas formas de despedimento serem substancialmente diferentes (prestação do trabalhador vs. motivos relacionados com o contexto empresarial), a mesma se deveria encaminhar no sentido oposto ao da proposta de lei.

Com efeito, num momento em que se pretende esbater a ligação entre a categoria profissional e o despedimento por extinção do posto de trabalho (nomeadamente no plano dos critérios relativos à selecção do posto de trabalho a extinguir) e face às actuais características da prestação de trabalho, em que a polivalência é crescente, a utilização da categoria profissional nestes casos se pode revelar restritiva e limitadora, parecendo-nos cada vez mais necessário, para aferir da existência de uma impossibilidade de subsistência da relação laboral que dê adequada consubstanciação à pretendida protecção constitucional, atender às qualificações e aptidão dos trabalhadores.

Face ao exposto, a proposta de alteração ao nº 2 do artº 368º merece a rejeição da UGT, na medida em que nos parece poder colidir com o direito fundamental à segurança, no entendimento de que *“a violação da proibição constitucional de despedimentos sem justa causa pode resultar tanto da previsão de fundamentos inadequados, como da previsão de regras que não acautelem suficientemente a defesa da posição do trabalhador perante a invocação de fundamentos adequados”*, conforme bem destaca o Acórdão nº 602/2013.