

## **Um balanço das alterações ao regime do despedimento por inadaptação**

As alterações à legislação laboral impostas ou “sugeridas” pela Tróica (e depois seguidas, e nalguns pontos até ultrapassadas, pelo Governo PSD/CDS) incidiram em cinco vertentes essenciais: facilitação e embaraçamento dos despedimentos e da contratação precária, em particular a termo; aumento substancial dos tempos de trabalho; diminuição forçada das condições, legais ou contratuais, com expressão pecuniária (e desde logo a retribuição do trabalho suplementar), grave restrição de direitos e prestações sociais (a começar no subsídio de desemprego e a terminar no Rendimento Social de Inserção, no Complemento Solidário para Idosos e no Abono de Família) e igual restrição e até mesmo derrogação da eficácia da contratação colectiva, buscando assim o objectivo da máxima individualização das relações laborais.

Tais alterações, no que aos despedimentos por causas “objectivas” diz respeito, foram introduzidas essencialmente pela Lei nº 23/2012, de 25/6, a qual foi aprovada pelo Parlamento com os votos favoráveis do PSD e do CDS e a abstenção do PS, logo promulgada em 18 de Junho pelo Presidente da República e rapidamente publicada para, nos termos do artº 11º do mesmo diploma, entrar em vigor cirurgicamente no dia 1 de Agosto seguinte, tendo sido depois completada pela Lei nº 69/2013, de 30/8.

E aqui haverá então e desde logo que se salientar que, nesta matéria de despedimentos, estas alterações ao Código do Trabalho trataram, antes de mais, de reduzir drasticamente o montante das compensações devidas por despedimento pelas tais causas ditas “objectivas” (sendo certo que – o que desde já se regista – também se começaram entretanto a ouvir referências cada vez mais explícitas no sentido de que, de igual modo, as indemnizações por despedimentos declarados ilícitos deveriam ser diminuídas...).

Assim, e precisamente, aplicando-se plenamente aos contratos celebrados após a sua entrada em vigor e, no que respeita a contratos de trabalho já em vigor, a todo o respectivo período de vigência posterior a 1/11/2012, o critério de cálculo passou a ser o de apenas 20 dias (e não já um mês) de retribuição base mais diuturnidades por cada ano de antiguidade, foi eliminado o limite mínimo de 3 meses, passou a ser imposto um limite máximo de 12 meses de compensação, sendo certo que a base de cálculo desta também impôs que a retribuição de referência nunca possa ser superior a 20 salários mínimos garantidos (o que significa que a

compensação de antiguidade passa assim a não poder nunca ser superior a  $12 \times 20 = 240$  remunerações mínimas garantidas, sejam quais forem, e mesmo que muito superiores a 20 salários mínimos e a 12 anos, a retribuição e a antiguidade do trabalhador).

E, pela Lei nº 69/2013, de 30/8, o valor da compensação por antiguidade passou a ser calculado, a partir da sua entrada em vigor (1/10/13), para os contratos de trabalho sem termo celebrados a partir de tal data (bem como relativamente ao período de tempo dessa data em diante para os contratos anteriores), e sempre com os limites já atrás referenciados, na base de apenas 12 dias de retribuição base e diuturnidade por cada ano completo de antiguidade.

Acresce ainda que, aliás em flagrante contradição com o critério de cálculo do valor da retribuição constante do artº 271º do próprio Código do Trabalho, o novo artº 6º, nº 3, al. b) da Lei nº 23/2012, de 25/6 veio estipular também que o valor diário será (apenas) o resultante da divisão por 30 da retribuição base mensal e diuturnidades.

Mas, do mesmo passo que baixou de forma muito acentuada o valor das compensações por despedimentos "objectivos", esta reforma do Código do Trabalho tratou agora também de os facilitar drasticamente, numa lógica de medidas legislativas que tinha por pressuposto ideológico básico a "banalização" do próprio desemprego e, logo, o abandono por parte do Estado da preocupação e do referencial essencial, constitucionalmente tutelados, da garantia e segurança no emprego (artº 53º da CRP), com o corolário lógico da vinculação do mesmo Estado à adopção de todas as medidas adequadas a, sempre que possível, evitar o desemprego, tido como um mal a evitar e a minorar, e não, como agora se pretende consagrar, como uma qualquer "normalidade", senão mesmo uma verdadeira banalidade social.

Esta lógica de "fazer baixar a cotação do desemprego", na feliz e oportuna expressão de Monteiro Fernandes, tornando mais fáceis e mais baratos os despedimentos e atenuando drasticamente os factores de compensação pela situação de desemprego – para mais com a manutenção incólume da já citada solução legal (ainda que, a nosso ver, gritantemente inconstitucional) de que só o trabalhador que devolva "em simultâneo" ao empregador a compensação de antiguidade é que estaria em condições de impugnar o despedimento, já que o recebimento daquela continuava, e continua ainda agora, a ser entendido como aceitação do mesmo pelo legislador (artº 366º, nºs 4 e 5 do Código do Trabalho), ou seja, como representando a concordância por parte do trabalhador com o mesmo despedimento e, logo, a impossibilidade da sua impugnação – afigura-se-nos assim, e antes de tudo por representar

uma facilitação, desde logo pelo seu drástico embaratecimento, abaixo do patamar mínimo do constitucionalmente tolerável, estar em completa e incontornável contradição com o referencial constitucional atrás citado e, logo, ser violadora dos já supra referenciados artºs 53º e 59º, nº 1, al. a) da Constituição.

Por fim, a já referida facilitação drástica do decretamento dos próprios despedimentos foi operada de forma tão cirúrgica quanto igualmente violentadora da Lei Fundamental.

Na verdade, a admissibilidade constitucional dos despedimentos com as chamadas "justas causas objectivas" (não disciplinares) sempre assentou no pressuposto de que, sendo tais despedimentos uma última "*ratio*", para eles serem admissíveis tinha obrigatoriamente que ser demonstrado não haver, para o empregador, qualquer outra solução alternativa que permitisse a manutenção da relação contratual de trabalho. Dito de outra forma, para poder despedir validamente com base numa determinada situação que alegadamente justificaria a extinção dos vínculos de trabalho, o empregador tinha sempre que demonstrar a impossibilidade prática da subsistência daqueles, ou seja, tinha que se assegurar (e posteriormente fazer a respectiva demonstração) de que na Empresa não existia para o(s) trabalhador(es) atingidos uma ocupação alternativa e compatível com as suas qualificações.

Ora, com as alterações ao Código decorrentes da Lei nº 23/2012, houve desde logo uma sumária eliminação do chamado "ónus de ocupação substitutiva", tal como o impunha anteriormente o artº 368º, nº 4 do Código do Trabalho, para se passar a referir, no referente ao despedimento por extinção do posto de trabalho, que "cabe ao empregador definir, por critérios relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho", os trabalhadores a despedir, o que constituía um conceito de tal modo fluído e indeterminado que, com justeza, se tinha de considerar incompatível com o "*quantum*" mínimo de objectividade e de certeza que a Lei Fundamental exige para a admissibilidade do despedimento individual por causas não disciplinares, ou ditas "objectivas", sendo ainda certo, por outro lado, que a comprovação da prática impossibilidade da subsistência da relação de trabalho passava a resumir-se à demonstração pelo empregador de ter observado os ditos "critérios relevantes e não discriminatórios".

Por outro lado, e agora no que respeita ao chamado despedimento por inadaptação, também se verificava, com a revogação operada pela Lei nº 23/2012 da actual al. d) do nº 1 do artº 375º do Código do Trabalho, a mesma eliminação sumária do ónus de ocupação efectiva, ficando

assim o empregador com as mãos livres para despedir invocando uma alegada situação de inadaptação do trabalhador, isto mesmo quando existisse na empresa um outro posto de trabalho disponível e compatível com a sua qualificação profissional!

Significa tudo quanto antecede que, para o Código do Trabalho, na versão da citada Lei nº 23/2012, o despedimento deixava de ser uma última "ratio", apenas utilizável pelo empregador naquelas situações em que não existe para aquele qualquer outra alternativa que não seja a de promover a extinção do vínculo. E, mais, que o conceito de justa causa objectiva é, por esta via, subrepticamente alterado. Assim, em vez de, como até aqui, tal conceito se identificar necessariamente com situações em que, por ausência de um outro posto de trabalho onde, em alternativa, o trabalhador pudesse ser colocado, é praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho, agora pretendia-se justificar o despedimento mesmo nos casos em que, porque existindo e estando disponível a dita "ocupação substitutiva", a referida subsistência do contrato de trabalho até era perfeita e praticamente possível!

Sendo assim manifesta a contradição desta solução legal com o conceito constitucional de justa causa, uma vez mais se revelava evidente a inconstitucionalidade material de tais normas, pois que, como sempre têm entendido a melhor doutrina e Jurisprudência, o legislador ordinário está condicionado pelos referidos conceito constitucional de justa causa e respectivas consequências em termos de conteúdo das soluções legais, não sendo por isso tal legislador ordinário livre de estabelecer o que bem entender por "impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho", tal como posteriormente o Tribunal Constitucional veio, e aqui bem, a consagrar.

Mas houve mais ainda no que respeita ao regime, que aqui sobretudo nos interessa, dos despedimentos por inadaptação do trabalhador, alargando-se agora o respectivo conceito – até aqui apenas aplicável às situações em que tivessem ocorrido modificações do posto de trabalho – também para os casos em que situações, por exemplo, de redução continuada de produtividade ou de qualidade ocorram sem modificação do posto de trabalho, mas apenas com modificação do desempenho do trabalhador. Ou seja, consagrou-se, enfim e ainda que de forma também relativamente camuflada, a tão desejada pelos patrões causa de cessação do contrato de trabalho por verdadeira ineptidão do trabalhador, uma vez que se passa a permitir o despedimento em todos os casos em que, alegadamente, se verifique uma redução das aptidões ou do grau de atenção ou de diligência do trabalhador mas de que este não tem qualquer culpa, ao menos em termos que sejam disciplinarmente relevantes.

Dito de outra forma ainda, o que esteve aqui em causa nesta alteração à legislação laboral foi, em boa verdade, criar uma (nova) forma de cessação do contrato que está como que a “meio caminho” entre o despedimento por causas objectivas e o despedimento por causas subjectivas ou disciplinares, funcionando como uma espécie de sucedâneo destes últimos – o trabalhador não rende tanto como o patrão quer, e se tal sucede porque aquele é supostamente menos diligente ou até “preguiçoso”, então há lugar ao despedimento com justa causa, mas se é simplesmente porque está mais velho e/ou cansado ou desmotivado, então aplica-se-lhe o despedimento por inadaptação. Porém e em qualquer caso, é sempre despedido!... E de forma singularmente barata, como atrás se viu!

É aliás exactamente por esta razão que todo o procedimento, regulado agora nos artºs 375º a 379º do Código, constitui, também ele, como que um sucedâneo do procedimento do despedimento disciplinar.

E assim temos que o empregador toma conhecimento da situação (por exemplo, a já referida “redução continuada da produtividade”), informa o trabalhador da apreciação que fez (e o trabalhador pode sobre ela pronunciar-se), de seguida dá-lhe ordens ou instruções para corrigir a execução do trabalho, e depois, se entender que afinal não houve correcção do comportamento, há lugar à comunicação da intenção de proceder ao despedimento, o trabalhador tem então o prazo de 10 dias úteis para juntar documentos e solicitar as diligências que entender adequadas, e no fim há uma comunicação fundamentada e por escrito da decisão final considerando verificados os requisitos do artº 375º, dos quais se tinha feito desaparecer, como se salientou já, o ónus da inexistência da ocupação substitutiva.

É certo que pelo seu Acórdão nº 602/2013, de 20/9/13, o Tribunal Constitucional declarou entretanto a inconstitucionalidade (apenas) das normas que eliminavam o tal ónus da demonstração de inexistência de ocupação substitutiva quer no despedimento por extinção do posto de trabalho, impondo a sua reposição legal [cfr. nova redacção dos artºs 368º, nº 4 e 375º, nº 1, al. d), respectivamente, do Código do Trabalho, na redacção dada pela Lei nº 27/2014, de 8/5] quer no despedimento por inadaptação. Bem como da norma que, no despedimento por extinção do posto de trabalho, substituíra o critério legal do trabalhador a despedir por um critério (“relevante e não discriminatório”, ou seja, vago e indeterminado) do empregador. E, já agora, também de três dos preceitos do artº 7º da Lei nº 23/2012 – ou seja, dos que declaravam a nulidade das convenções colectivas anteriores que estabeleçam descansos compensatórios ou que estipulem majoração das férias (neste caso, se posteriores

ao início da vigência do Código de Trabalho de 2003) e do que impunha a automática “redução” de cláusulas anteriores que estabeleçam remunerações por trabalho suplementar mais favoráveis do que as da lei e que, depois de dois anos de suspensão, não tivessem sido alteradas em conformidade com a mesma lei,

Significa porém isto que todas as outras normas da Lei nº 23/2012, designadamente as respeitantes aos bancos de horas individual e grupal, à eliminação dos descansos compensatórios e redução das retribuições acrescidas por trabalho suplementar, à eliminação de feriados obrigatórios e da majoração por assiduidade das férias mas, sobretudo, à consagração da atrás assinalada nova modalidade de “inadaptação”, sem modificação do posto de trabalho, e baseada simplesmente em “uma prestação laboral de menor qualidade ou rendimento”, sem culpa do trabalhador, foram afinal julgadas pelo Tribunal Constitucional conformes à Lei Fundamental do País.

E a verdade é que este mesmo Acórdão nº 602/2013 do Tribunal Constitucional, exactamente ao contrário do que foi por diversas vezes apregoado, consagra afinal uma constitucionalmente insustentável e estarrecedora tese, assente no pretense “princípio da prevalência dos interesses da gestão”, aos quais os direitos e interesses individuais dos trabalhadores se deveriam considerar subordinados (?!), mesmo quando respeitam a valores fundamentais como os direitos à segurança no emprego, ao repouso e à defesa da sua vida familiar e à conciliação desta com a vida profissional.

Isto, do mesmo passo que o Tribunal Constitucional igualmente assume e dá como boa a teoria – errónea e indemonstrada – de que o aumento dos tempos de trabalho se justificaria para “aumentar os níveis de produtividade, contribuindo para o incremento da competitividade e para a aproximação, nesta matéria, de Portugal dos restantes países europeus” (sic). E, mais, proclama mesmo a bondade da teoria do “nivelamento por baixo” para procurar justificar desse modo a constitucionalidade da norma que declara nulas cláusulas de convenções anteriores sobre compensações por despedimento, tudo isto sob o argumento de que tal “assegura para todas as situações a efectividade da diminuição das compensações”.

Em suma, pode dizer-se relativamente a este Acórdão do Tribunal Constitucional, tal como uma vez mais certamente referiu António Monteiro Fernandes, na sua intervenção no XVII Congresso Nacional de Direito do Trabalho, o seguinte, e cita-se:

- a)** *As decisões tomadas assumem como referência fundamental o quadro de "emergência" financeira e económica do país;*
- b)** *Elas atribuem carácter primordial ao objectivo da "redução dos custos do trabalho e dos tempos de repouso", na perspectiva do "aumento da produtividade e da competitividade da economia";*
- c)** *As decisões constantes do Acórdão ignoram totalmente a situação actual de desproporção agravada dos poderes contratuais entre trabalhadores e empregadores, ligada ao desemprego e ao enfraquecimento dos sindicatos;*
- d)** *Elas exprimem uma sistemática desvalorização ou secundarização dos direitos fundamentais dos trabalhadores no confronto com os "interesses de gestão" e o valor da eficácia das medidas em relação aos objectivos visados."*

Tendo presente tudo quanto antecede, forçoso se torna concluir, desde logo, que as opiniões que procuram atribuir ao Tribunal Constitucional uma pretensa posição de obstrução ou de bloqueio à acção do Governo da época e de indiferença ou até de irrealismo perante a difícil situação do País apenas por ignorância crassa, ou por refinada má fé, ou por ambas, se podem explicar.

Por outro lado, e face ao que antecede, também não era de esperar que o mesmo Tribunal Constitucional – que já declarou, e voltou a declarar, como vimos antes, a constitucionalidade de normas clarissimamente inconstitucionais, e que aliás já cometera, no Acórdão nº 353/12, a suma ofensa à Constituição de admitir a produção para o futuro (!?) de efeitos de normas que ele próprio acabara de declarar contrárias à Lei Fundamental do País (como sucedeu com o corte dos subsídios de Natal de 2012)!... – viesse, para mais cercado como se encontrava por um autêntico coro de declarações, observações e pressões absolutamente chantagistas, a nível nacional e a nível internacional, a adoptar uma posição conseqüente de completa e firme defesa da Constituição face aos desmandos legislativos dum Poder Político que julgava poder fazer tudo o que entendesse (ou o que a Tróica lhe determinasse ou sugerisse), para tanto lhe bastando invocar que tal é para combater o défice e a dívida ou, pior ainda e ao estilo salazarento do "manda quem pode, obedece quem deve", que é para cumprir o chamado Memorando da Tróica, como se esta fosse uma Fonte de Direito e, mais, uma Fonte de Direito superior à própria Constituição da República Portuguesa...

E o certo é que o Governo de então logo tratou de preparar um novo projecto de diploma que passou a prever uma lista de critérios ditos "relevantes e não discriminatórios" para os

despedimentos, à cabeça dos quais vêm as insindicáveis e insindicadas avaliações de desempenho e de entre os restantes se destaca a “maior onerosidade” do trabalhador para o empregador (ou seja, o primeiro a ser despedido é o que tiver o salário mais alto, o que constitui um novo elemento de pressão para o abaixamento remuneratório). E tal projecto, havendo sido, como aliás se esperava que fosse, aprovado, deu origem à nova redacção do artº 368º do Código do Trabalho, introduzida pela Lei nº 27/2014, de 8/5.

É certo que, ainda agora, os “despedimentos por inadaptação” constituem uma percentagem numericamente pouco relevante (inferior a 1%) de todas as causas de cessação de contratos de trabalho.

Mas as alterações introduzidas pela citada Lei nº 23/2002, de 25/6, mesmo ressalvadas as que mereceram juízo de inconstitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional (no seu citado Acórdão nº 602/2013, de 20/9) e foram retiradas ou reformuladas pela posterior Lei nº 27/2014, de 8/5, valem sobretudo pelo seu valor simbólico e pioneiro e pelo fraco ou mesmo inexistente juízo de verificação de constitucionalidade por parte do mesmo Tribunal Constitucional.

Tornando tudo isto lastimavelmente claras duas coisas.

Por um lado, a de que, mesmo ao mais alto nível das instâncias jurisdicionais, a famigerada tese de que “os fins justificam os meios” veio para ficar e no primeiro momento de um novo aperto financeiro, ela servirá para justificar o mesmo ou até um mais grave tipo de soluções jurídicas como as que foram construídas em 2012 e 2013.

Por outro, que também nessas instâncias se pretende mesmo erodir a natureza de “última ratio” dos despedimentos e impôr, cada vez mais, o não sindicar, pelas instâncias jurisdicionais, da realidade e da veracidade das razões ditas de racionalidade económico-financeira invocadas pela gestão empresarial privada para justificar os mesmos despedimentos.

É a velha e relha estratégia de “competitividade” da economia portuguesa baseada em trabalhadores instáveis e temerosos e muito mal pagos. Cuja inveracidade de fundamentos e cujos resultados desastrosos, quer económicos, quer sociais, estão afinal cada vez mais à vista. Mas que muitos juristas, sempre tão ciosos de proclamar a sua “neutralidade” face à Política e à Economia, logo trataram de adoptar e impôr sem reflexão ou discussão alguma.

E não é nem ética nem constitucionalmente admissível que os juristas, quais guardas de Auschwitz, invocando "ordens superiores" (ou seja, a sua cega obediência às mais bárbaras e brutais soluções legais), não esbocem um juízo crítico sobre as mesmas e antes se prestem a aplicá-las automaticamente, como se a legitimidade de tais leis decorresse do simples facto de terem sido produzidas e a sua pretensa fundamentação económico-financeira fossem um dogma indiscutível e imune à necessidade da sua demonstração...

António Garcia Pereira