Observações acerca da selecção social no procedimento de despedimento colectivo[1]

Filipe Fraústo da Silva

1. Delimitação do tema

Ao contrário do que sucede nas situações de encerramento da empresa, que implicam a queda da totalidade dos postos de trabalho, as situações de reestruturação envolvem, normalmente, uma diminuição previsional do volume de trabalho necessário à empresa reestruturada. Tal pode ser alcançado por diferentes mecanismos e, quando deva passar pela redução do nível de emprego e não sejam viáveis soluções consensuais (o que, com as novas regras de acesso ao subsídio de desemprego em caso de distrate, constantes do Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de Novembro, se tornou cada vez mais frequente[2]), deve seguir um procedimento típico – de despedimento colectivo – se o número de trabalhadores visado for de, pelo menos, dois em microempresa ou pequena empresa, ou cinco nas empresas de maior dimensão.

---

[1] Texto que serviu de base à intervenção do autor no Colóquio Anual Sobre Direito do Trabalho do Supremo Tribunal de Justiça, realizado no dia 14 de Outubro de 2009, anotado para publicação.

[2] Não só em razão das chamadas «quotas» estabelecidas no art. 10.º, n.º 4, deste diploma – como observa por exemplo António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 14.ª ed., Almedina (Coimbra, 2009), p. 636[1] -, como também por causa da penalização da pensão de velhice por antecipação da idade na sequência de desemprego de longa duração, quando a situação de desemprego decorra de cessação do contrato de trabalho por acordo, como estabelece o seu art. 58.º, n.º 4.

A individualização dos concretos trabalhadores a atingir por um despedimento colectivo para redução de pessoal coloca, desde sempre[3], problemas práticos e teóricos interessantes que, em grande medida, já merecem a atenção dos Tribunais. E bem, já que, acima de tudo, está em causa – para nós – um mecanismo parcelar de tutela dos trabalhadores a atingir que justifica, ainda assim, o adjectivo «social» que utilizámos no título[4].

Nesta pequena intervenção propomo-nos equacionar alguns desses problemas – referindo os da sindicabilidade judicial dos critérios de selecção social, da relação entre esses critérios e a fundamentação do despedimento colectivo, dos limites da empresa quanto aos critérios a utilizar, do âmbito a considerar na aplicação dos critérios escolhidos e, finalmente, das consequências e remédios em caso de irregularidade verificada no segmento procedimental de selecção social.

2. A sindicabilidade judicial dos critérios de selecção social

Explica-se por razões históricas[5] a questão da sindicabilidade judicial dos critérios de escolha dos concretos trabalhadores a atingir num despedimento colectivo: os primeiros diplomas que se referiram ao instituto nas décadas de 40 e 60 do século anterior não estabeleciam quaisquer critérios de selecção e, na prática, era o empregador[6] que escolhia os trabalhadores a despedir, com a mesma liberdade com que o faria para um despedimento individual. Como observa BERNARDO XAVIER, «*o regime geral à época de não sindicabilidade dos motivos da decla-*

---

[3] Desses problemas já dava nota MARIA DA CONCEIÇÃO TAVARES DA SILVA em 1962 em «Despedimento para redução do pessoal» in *Estudos Sociais e Corporativos*, n.º 3, Lisboa, 1962, pp. 25-58, retomando o tema em «Os trabalhadores idosos e os trabalhadores menos hábeis em face do despedimento colectivo» in *Estudos Sociais e Corporativos*, n.º 13, Lisboa, 1965, pp. 59-81. Cfr. ainda CARLOS ALBERTO LOURENÇO MORAIS ANTUNES e AMADEU FRANCISCO RIBEIRO GUERRA, *Despedimentos e Outras Formas de Cessação do Contrato de Trabalho*, Almedina (Coimbra, 1984), pp. 223-4.

[4] BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER considera algo incorrecta esta denominação, com o argumento de que a escolha é determinada pela empresa com escassa abertura a situações sociais – cfr. *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, Verbo (Lisboa/São Paulo, 2000), p. 449[202]. Não é, como resulta do texto, este o ponto de vista que nos leva a manter o adjectivo.

[5] Para uma detalhada revisão da evolução histórica do sistema pátrio quanto ao despedimento colectivo, cfr. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 43 e segs.

[6] Cfr. MÁRIO PINTO e PEDRO FURTADO MARTINS, «Despedimentos colectivos: liberdade de empresa e acção administrativa» in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.ºs 1-2-3-4, 1993, pp. 3-70, v. p. 16[21].

ração de ruptura era aplicável aos variados despedimentos individuais em que se especificava o despedimento colectivo»[7].

O Decreto-Lei n.º 783/74, de 31 de Dezembro, que estabeleceu regras sobre despedimentos colectivos no período revolucionário (e por isso, não terá tido grande aplicação[8]), estabelecia, ainda assim, no n.º 1 do seu art. 6.º, que sem prejuízo da necessidade de assegurar o funcionamento eficaz da empresa ou serviço, em caso de redução de pessoal, deveriam ter preferência na manutenção do emprego, ouvidos os sindicatos e dentro de cada categoria profissional, sucessivamente os trabalhadores mais antigos, mais idosos, com mais encargos familiares e finalmente, os mais capazes, experientes ou qualificados[9]. O art. 9.º do diploma considerava, inovatoriamente, os despedimentos efectuados contra o que nele se dispunha como nulos e de nenhum efeito.

Estes critérios permaneceram no regime introduzido pelo Decreto-Lei n.º 84/76 (que substituiu todo o capítulo V do Decreto-Lei n.º 372-A/75, de 16 de Julho), mas com a adição de uma nova categoria de trabalhadores com preferência na manutenção do emprego, à frente dos demais: os deficientes[10]. Igualmente se manteve a regra da invalidade do despedimento, mas agora limitada à violação de normas procedimentais, suscitando-se dúvida acerca da sanção para o desrespeito dos critérios (de preferência) estabelecidos.

Com a LCCT (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro) volta a deixar de haver consagração legal de critérios de selecção de trabalhadores ou de preferências gerais na manutenção do

---

[7] *Idem*, p. 57.

[8] É o que sugere Bernardo da Gama Lobo Xavier, *ob. cit.*, p. 87. Para uma visita ao ambiente laboral no período revolucionário, cfr., Maria de Lourdes Lima Santos, Marinús Pires de Lima e Vítor Matias Ferreira, O 25 *de Abril e as lutas sociais nas empresas*, Ed. Afrontamento (Porto, 1976), que se pode encontrar na Internet no endereço http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223912536X9tKN2tt9MI35AU3.pdf.

[9] A ordem e importância relativa destes critérios podiam ser modificadas por convenção colectiva, segundo o n.º 2 do mesmo preceito.

[10] Considerando-se deficientes os trabalhadores que se encontrassem nas condições previstas no n.º 3 da base I da Lei n.º 6/71, de 8 de Novembro, ou seja, «*os indivíduos que, por motivo de lesão, deformidade ou enfermidade, congénita ou adquirida, se encontrem diminuídos permanentemente para o exercício da sua actividade profissional ou para a realização das actividades correntes da vida diária*». A possibilidade de modificação por via convencional colectiva manteve-se também.

emprego[11], e assim permanece até ao presente[12]. Tais critérios passam a ser definidos livremente pelo empregador, alteração que é lida como opção pela prevalência, em absoluto, do interesse empresarial nessa selecção[13].

Além disso, quer na LCCT (art. 24.º), quer na legislação codicística ulterior (arts. 429.º e 431.º do Cód. Trabalho de 2003 e arts. 381.º e 383.º do Cód. Trabalho de 2009), o desrespeito pelos critérios de selecção de trabalhadores não integra, literalmente, a previsão de nenhuma das situações expressamente previstas como geradoras de ilicitude do despedimento colectivo[14].

Em consequência, chegou a estabelecer-se o entendimento doutrinal e judicial de que, embora a lei obrigasse o empregador a indicar os critérios de selecção dos trabalhadores a despedir nas comunicações de intenção iniciais, esses critérios (ou a sua inobservância) não podiam servir de base à impugnação do despedimento[15].

---

[11] Com duas relativas excepções (preferência de representantes sindicais e membros de comissões de trabalhadores na manutenção do emprego, hoje desaparecida, e, num formato diferente, a tutela dispensada a trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes – cfr. o art. 63.º do Cód. Trabalho) que aqui não se abordarão por limitação de espaço.

[12] Cfr. os arts. 336.º, n.º 1, al. *c)*, do Cód. Trabalho de 2003 e 360.º, n.º 2, al. *c)*, do Cód. Trabalho de 2009. Recorda-se aqui apenas que, ao contrário do que sucede no actual regime do despedimento colectivo, no despedimento por extinção do posto de trabalho o legislador impõe, quando exista uma «*pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico*» que o empregador observe os seguintes critérios de selecção do posto de trabalho a extinguir: menor antiguidade no posto de trabalho, menor antiguidade na categoria profissional, classe inferior da mesma categoria profissional e, finalmente, menor antiguidade na empresa. Visou o legislador neste caso facilitar o controlo jurisdicional mediante a imposição de critérios objectivos e de fácil manuseamento para impedir ou dificultar que o empregador atinja determinada pessoa sob a capa da extinção do seu posto de trabalho: cfr. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 332.

[13] Assim, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 108. Outra alteração importante consistiu no desaparecimento de uma preferência legal dos trabalhadores despedidos na reocupação dos postos de trabalho encerrados, caso fossem reabertos no ano seguinte ao despedimento.

[14] Embora outros dispositivos legais aludam a questões conexas, como seja a individualização discricionária – veja-se o art. 24.º, n.º 2, al. *c)* do Cód. Trabalho. Adiante se voltará a esta norma. Já no regime do despedimento por extinção do posto de trabalho, o legislador consagrou como fundamento específico de ilicitude o desrespeito pelos critérios de concretização de postos de trabalho a extinguir referidos no n.º 2 do artigo 368.º do Cód. Trabalho.

[15] Além da decisão a seguir mencionada no texto, o mesmo argumento tirado a partir do art. 24.º da LCCT havia sido invocado no Acórdão da Relação de Coimbra de 2 de Dezembro de 1993 (VICTOR DEVESA), *Colectânea de Jurisprudência*, 1993, Tomo V,

Assim se decidiu no Acórdão da Relação do Porto de 5 de Maio de 1997, em que se especificou não ser sequer possível reconduzir critérios de selecção a fundamentos do despedimento. Escrevendo sobre aqueles, entendeu-se neste aresto: «*são insindicáveis, o que se compreende uma vez que, contrariamente ao que acontecia com o Dec.-Lei n.º 372-A/75, de 16 de Julho, na redacção dada pelo Dec.-Lei n.º 84/76, de 28/1, a actual lei não estabelece critérios de preferência na manutenção dos postos de trabalho (...), deixando essa selecção aos critérios de gestão definidos pela entidade empregadora (...) critérios esses que, mesmo em relação aos fundamentos do despedimento, devem ser respeitados pelo juiz (art. 156-F, n.º 4 do C. P. Trabalho)*»[16].

Na ausência de limites legais explícitos acerca da definição dos critérios de selecção dos trabalhadores e de regras sobre a forma do seu exercício, gerou-se e manteve-se durante alguns anos uma ideia mais ou menos generalizada de que tais critérios não eram judicialmente sindicáveis, não só porque se deveriam considerar subtraídos da possibilidade de apreciação dos tribunais, como acima exemplificado, mas mais porque, em regra, os tribunais não tinham como apreciar eficazmente a procedência ou improcedência desses critérios. Por um lado, trata-se normalmente de critérios interessados à gestão empresarial, de inviável recusa perante a devolução ao empregador do poder da sua fixação, nos termos da lei. Por outro, raramente as empresas enunciam, no procedimento, os seus critérios de uma forma que permita o seu eficaz manuseamento por terceiros, o que é a normal consequência prática de, em grande medida, a indicação dos mesmos corresponder sobretudo a uma justificação *a posteriori* de escolhas já realizadas segundo processos de decisão que em muito transcendem a cega aplicação de um ou mais critérios objectivos de selecção[17]. Daí que, como observa BERNARDO XAVIER, quase sempre fosse feita «*uma vastíssima enunciação dos vários critérios «combinados», dos quais não se torna possível extrair (como da conclusão do silogismo) uma escolha concreta*».

O mesmo autor assinalava que, embora grave e sujeita a sindicabilidade judicial a irregularidade em que se traduzia o desrespeito pelos

---

pp. 89-92. Cfr. ainda PEDRO FURTADO MARTINS, Cessação do Contrato de Trabalho, Principia, 2.ª ed. rev. act. (Lisboa, 2002), p. 125[141].

[16] Aresto relatado por SOUSA PEIXOTO, disponível na *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXII – 1997, Tomo III, pp. 243-5.

[17] BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 449 e segs.

critérios colocados pelo próprio empregador, ela não invalidaria o próprio despedimento e apenas poderia relevar para efeitos indemnizatórios, até porque – afirmava – «*a solução de invalidação de um despedimento acarretaria a emanação de um outro despedimento, com a inerente deseconomia processual*». Acrescentava que «*(a)penas em casos em que se verifique uma discriminação ou qualquer outra lesão de direitos fundamentais é que se poderia defender solução diversa*», apelando à consideração de abuso de direito[18].

A este propósito, pronunciou-se o Tribunal da Relação de Lisboa em 2003[19] afirmando: «*É natural que as pessoas abrangidas pelo despedimento colectivo procurem sempre saber os motivos objectivos que determinaram a sua escolha e não a de outros trabalhadores. Mas, a verdade, é que no despedimento colectivo os critérios de escolha dos trabalhadores a despedir contêm sempre algo de subjectivo, porquanto é o próprio empresário que os enuncia e fá-lo normalmente em termos genéricos e combinados por forma a abranger os trabalhadores que já tem em mente vir a despedir* (...). *No caso vertente, os critérios de selecção indicados, apesar de envolverem um elevado grau de subjectividade, já que o "espírito de iniciativa" a "capacidade de adaptação a novos desafios" a "produtividade" são conceitos a apreciar pelo empregador, satisfazem os parâmetros exigidos pela lei.* (...) *De qualquer modo, a eventual falta de prestação de informações complementares sobre os critérios de escolha dos trabalhadores abrangidos pelo despedimento colectivo não constitui um fundamento susceptível de gerar a ilicitude do próprio despedimento colectivo, pois não integra nenhum dos fundamentos previstos no art. 24.º n.º 1 da LCCT.*»

Esta orientação veio a ceder – a nosso ver, correctamente.

---

[18] BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 689-93.

[19] Acórdão de 21 de Agosto de 2003 (SEARA PAIXÃO) disponível *on line* no sítio do ITIJ. Este aresto, tirado em sede de processo de suspensão de despedimento colectivo, seria secundado por decisão semelhante nos autos de impugnação do mesmo despedimento: veja-se o Acórdão de 2 de Novembro de 2005 (GUILHERME PIRES) no mesmo local, onde se argumenta citando a obra de referência de BERNARDO XAVIER que também vimos seguindo: «*Quanto aos critérios de selecção, e sem embargo do que acima se referiu, a Ré era obrigada a indicá-los, como efectivamente fez, não obrigando a lei que a indicação dos critérios seja suficientemente transparente, metódica e submetida a ponderações nos seus vários factores para que delas resulte matematicamente quem fica e quem sai*». Esta decisão não viria a ser confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça: cfr o acórdão de 18 de Outubro de 2006 (FERNANDES CADILHA) disponível *on line* no sítio do ITIJ.

O reconhecimento de que a cessação de contratos de trabalho é, em sede de despedimento colectivo, uma consequência de pressupostos objectivos relevantes (organizativos, técnicos, económicos) e não um fim e que, por conseguinte, se impõe a possibilidade de verificação externa desse facto que não se limite ao controlo de aspectos meramente formais, sob pena de se considerar violado o art. 53.º da Constituição, conduziu à conclusão de que o tribunal pode apreciar a adequação do despedimento de cada um dos trabalhadores atingidos à fundamentação do despedimento colectivo.

Cremos que esta nova perspectiva foi pela primeira vez enunciada pelo Supremo Tribunal de Justiça em acórdão de 18 de Outubro de 2006, secundada, pelo menos, em decisões de 17 de Janeiro de 2007, 27 de Junho de 2007 e 26 de Novembro de 2008, podendo considerar-se hoje pacífica.

Naquele primeiro aresto sustentou-se haver de aferir «*...se a causa de ilicitude prevista na alínea e) do n.º 1 do art. 24.º da LCCT se reporta apenas à enunciação (na decisão do despedimento) e à demonstração (na acção de impugnação do despedimento) dos fundamentos económico-financeiros que justificam a medida de gestão relacionada com a redução de efectivos, ou se abarca também os motivos que levaram à escolha em concreto de cada um dos trabalhadores que o empregador fez incluir no despedimento colectivo (ao concretizar, através deste, tal medida de gestão).* A esta questão responde o Supremo: «*(a)figura-se-nos que a única interpretação do preceito conforme com a Constituição é a segunda pois que a primeira potenciaria a existência de despedimentos individuais sem motivação, em desconformidade com a exigência constitucional constante do art. 53.º da CRP. Na verdade, ao prescrever que "são proibidos os despedimentos sem justa causa", o art. 53.º da CRP proíbe os despedimentos imotivados, ultrapassando o conceito restrito de justa causa subjectiva relacionada com o comportamento culposo do trabalhador*».

Citando a jurisprudência mais recente do Tribunal da Relação de Lisboa: «*o controlo judicial da validade do despedimento colectivo implica, por parte do tribunal, não só a verificação objectiva da motivação invocada para justificar a redução global dos postos de trabalho, mas também a verificação da idoneidade de tal motivação para, em termos de razoabilidade, determinar a extinção dos concretos postos de trabalho, ou seja, implica também uma análise da adequação da motivação invocada para justificar o despedimento colectivo e a extinção de cada*

um dos contratos de trabalho que caem por efeito desse despedimento. Na verdade, só assim o despedimento de cada trabalhador se pode considerar justificado face ao disposto no art. 53.º da CRP»[20]. Igualmente se afirmou que «*é certo que não cabe ao Tribunal sindicar as opções de gestão empresarial (...) e que a selecção dos trabalhadores envolve sempre alguma margem de discricionariedade, mas a indicação dos critérios que servem de base à escolha dos trabalhadores a despedir permite que o Tribunal possa controlar se essa selecção não obedeceu a motivações puramente arbitrárias e discriminatórias, em vez de se fundar nas razões objectivas invocadas para o despedimento colectivo*», concluindo-se pela necessidade de tais critérios de selecção, por ser exigida a sua enunciação em sede procedimental, permitirem estabelecer uma clara inter-relação entre a situação funcional do trabalhador abrangido pelo despedimento e os motivos económico-financeiros que justificam a redução de pessoal, por forma a racionalmente compreender-se a razoabilidade do despedimento[21].

Pode, pois, constatar-se que, com algum recentramento do ponto de equilíbrio de interesses de trabalhadores (na estabilidade do emprego) e empregador (no exercício da empresarialidade)[22] prevalece actualmente a afirmação da sindicabilidade judicial dos critérios de selecção social como mecanismo parcelar de tutela dos primeiros; e, além disso (ou por causa disso), defendemos nós que, ao exigir a lei que a comunicação da decisão final de despedimento faça referência aos motivos da cessação do contrato, aí se inclui, não só a fundamentação económica do despedimento (comum a todos os trabalhadores abrangidos, e os factores em que se desdobre), mas também o motivo individual que determinou a escolha em concreto de cada trabalhador visado e destinatário dessa comunicação, ou seja, a indicação das razões que conduziram a que fosse ele o atingido pelo despedimento colectivo e não qualquer outro trabalhador, ainda que este último motivo possa, por vezes, considerar-se

---

[20] Acórdão de 12 de Março de 2009 (SEARA PAIXÃO) disponível *on line* no sítio do ITIJ.

[21] Acórdão de 25 de Março de 2009 (SEARA PAIXÃO) disponível *on line* no sítio do ITIJ. A conclusão é afirmada mesmo para o caso de os critérios não terem sido contestados pelos representantes dos trabalhadores na fase de informações e consultas.

[22] Contrariando, quiçá, a «*tendência bastante preocupante*» revelada no «*progressivo enfraquecimento dos mecanismos de controlo da (i)licitude de tais despedimentos*» (por causas objectivas), de que dava conta em 2004 JOÃO LEAL AMADO – cfr. «Algumas notas sobre o regime do despedimento *contra legem* no Código do Trabalho» in *Temas Laborais*, Coimbra Editora (Coimbra, 2005), pp. 109-131, max. p. 114.

implícito na descrição do factor estrutural ou tecnológico invocado, como sucederá, por exemplo, quando esteja em causa o encerramento da secção a que o trabalhador estava afecto, a descontinuação, por obsolescência, do equipamento que operava ou a externalização da função que vinha desempenhando[23].

Consideramos este entendimento em harmonia com as preocupações de transparência que presidiram à consagração legal da necessidade de enunciação formal no procedimento dos critérios empresariais de selecção e de comunicação a cada um dos trabalhadores visados dos motivos do seu despedimento. A individualização desta motivação seria desnecessária se visasse a mera reprodução dos fundamentos comuns do despedimento colectivo e não procurasse a possibilidade de, sobre a mesma, formular o trabalhador visado um juízo de adequação e conformidade jurídica que suporte uma decisão de aceitação (melhor, de conformação) ou de repúdio acerca da sua própria selecção[24]. E tem, segundo acreditamos,

---

[23] Cfr. os acórdãos da Relação de Lisboa de 13 de Dezembro de 2007 (RAMALHO PINTO) in *Colectânea de Jurisprudência*, 2007, Tomo V, pp. 156-8 e de 20 de Maio de 2009 (NATALINO BOLAS) disponível *on line* no sítio do ITIJ. O que se afirma não interfere com a possibilidade de se verificar uma pré-identificação dos visados antes mesmo do início do procedimento, quer a mesma seja ou não explicitada nas comunicações iniciais.

[24] Contra este entendimento militará porventura a circunstância de, a propósito do despedimento por extinção do posto de trabalho, o legislador ter expressamente exigido que o empregador demonstre, na decisão escrita de despedimento, ter aplicado o critério de prioridades previsto na lei, quanto tenha havido oposição (art. 371.º, n.º 2, al. *c)*, do Cód. Trabalho), não havendo semelhante previsão no caso do despedimento colectivo. É, porém, um argumento formal, que impressiona mas não nos demove. A este propósito, cabe invocar as reflexões vertidas por BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Procedimentos Laborais na Empresa. Ensinar e Investigar*, Universidade Católica Editora, Lisboa 2009, acerca da relação entre a motivação preliminar e a motivação final do procedimento de exercício deste poder empresarial (cfr. pp. 150-3) que pressupõe a exigência da exteriorização desta perante o trabalhador destinatário, sem a qual não haveria controlo possível da «*linha de razoável congruência*» (p. 153[260]) exigida entre ambas. Pensamos que a este caso se não aplicam as considerações acerca da possibilidade de «*fundamentação por referência*» ou «*suficiência de uma linha média de fundamentação*» (pp. 158-9) já que, mesmo usando de diligência e boa fé e aplicando-se os princípios gerais do sentido normal da declaração do art. 236.º do Cód. Civil, os trabalhadores alvo de despedimento colectivo não lograrão compreender, na grande maioria dos casos (diríamos que em praticamente todos aqueles em que o factor motivante não incorpora implicitamente o critério de selecção), as razões da sua escolha. Como se escreve na p. 170 dessa obra, «[*o trabalhador*] *é alguém que tem direito ao esclarecimento dos actos que o implicam. A ele deve ser dada uma satisfação objectiva, concreta, real e existente, o que em muitos casos tem a ver com a dignidade da pessoa*».

a correspondência verbal mínima que o n.º 2 do art. 9.º do Cód. Civil exige, na referência do art. 363.º, n.º 1, do Cód. Trabalho à comunicação do despedimento «...*a cada trabalhador*...» com «...*menção expressa do motivo* (...) *de cessação do contrato*...», ou seja, do seu próprio contrato, do particular contrato desse trabalhador, o que envolve a enunciação, não apenas do ou dos factores económicos que a determinaram em comum aos demais identicamente abrangidos, mas ainda a dos critérios pelos quais esse individual trabalhador foi escolhido e do modo do seu funcionamento (quando se trate de uma matriz ou se a selecção não resulta automaticamente do factor invocado).

3. Relação entre critérios de selecção social e fundamentação do despedimento colectivo

A sindicabilidade judicial dos critérios de selecção social no despedimento colectivo, nos termos em que se coloca, obriga a alguma ponderação acerca da relação que deve existir entre esses critérios e a fundamentação do despedimento colectivo para redução de pessoal.

É conhecida a referência que se faz, a propósito, à *unicidade de motivo determinante*: o despedimento colectivo caracteriza-se, não tanto pela unicidade do acto, quanto por lhe estar subjacente uma motivação comum de redução do nível de emprego, assente em prognósticos construídos segundo critérios de racionalidade económica ou de organização produtiva[25].

O art. 359.º do actual Cód. Trabalho caracteriza o instituto na comum fundamentação da cessação de contratos de trabalho, descrevendo-a – exemplificativamente – com referências ao encerramento de uma ou várias secções ou estrutura equivalente ou à redução do número de trabalhadores determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos.

Assim, não basta existir uma motivação (ou um conjunto de factos e prognósticos complexivamente motivantes) de desaparecimento de postos de trabalho, e verificarem-se sequentes cessações de contratos de trabalho; é fundamental, *rectius*, fundamentante, que aquela motivação e os factores em que se analisa sejam causa comum a estas ou, o que é o mesmo, que estas cessações sejam a consequência daqueles, com exclusão de outras razões.

---

[25] Sobre o tema e a origem da expressão, cfr. MARIA DA CONCEIÇÃO TAVARES DA SILVA, «Despedimento...» *cit.*, p. 26[6] e BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo... cit.*, p. 400 e segs.

Cabe advertir, contudo, que devendo ser unitária e comum a motivação no que à queda de postos de trabalho respeita – resultante de uma decisão de gestão[26] – não é necessário que num mesmo procedimento de despedimento colectivo apenas se possa promover a cessação de contratos de trabalho relativos a postos de trabalho cuja queda seja retornável ao mesmo e único factor. A motivação é comum, os factores em que assenta podem ser plurais e heterogéneos. O que é frequente, aliás, é que, pelo impacto interno e externo que a todo o despedimento colectivo é inerente, a decisão de redução de nível de mão-de-obra que o empresário toma e serve de pano de fundo a todo o procedimento inclua várias situações identificadas como actual ou prospectivamente redundantes, ainda que o factor de redundância que a cada uma delas respeita seja diverso. Desse modo, o factor ou motivo próximo que justifica a selecção de um trabalhador para despedimento pode, ou não, coincidir com o que justifica o de outro. E pode, num caso, o factor pertinente não permitir a imediata identificação dos trabalhadores a considerar (por haver vários relativamente aos quais ele se verifica, não implicando a queda de todos os postos de trabalho a que respeita), obrigando ao manuseamento de critérios de escolha, e noutros isso pode já não suceder (o factor vale, ele próprio, como critério de selecção).

São estes factores e critérios que já foram indicados nas comunicações iniciais com que se inicia o procedimento, embora estas possam ter sido feitas a estruturas representativas e não aos próprios trabalhadores; esses factores e critérios, dizia, devem, segundo julgamos, ser enunciados também e levados ao conhecimento de cada um dos visados na decisão final, em termos que revelem a existência de uma relação de congruência (e não tanto de causalidade, no sentido naturalístico) entre fundamentos e decisão individual de despedimento; e quando os factores não sejam bastantes para identificar o ou os concretos postos de trabalho a extinguir, além desses factores haverá que aplicar (e evidenciar no procedimento, designadamente na comunicação de despedimento) os critérios de selecção escolhidos, demonstrando a sua razoabilidade ou seja, que, por força destes, o trabalhador despedido foi aquele que realmente se justificava, desde um ponto de vista objectivo e segundo uma opção empresarialmente aceitável de individualização[27] (ou, mais frequentemente, uma matriz

---

[26] BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *idem*.

[27] Não se trata, contudo, de uma exigência de «justa escolha» no sentido utilizado por MARIA DA CONCEIÇÃO TAVARES DA SILVA, «Despedimento...» *cit.*, p. 44; não é exigível

composta por diferentes opções ou critérios[28]), o que permitirá apreciar a ausência de tratamento discriminatório ou de decisões arbitrárias que possam aproveitar a vulnerabilidade natural dos trabalhadores perante a situação e detectar, mesmo, hipotéticos erros.

A tutela dispensada ao emprego pelo art. 53.º da Constituição, enquanto subsistir, torna, a nosso ver, ilegítimo o exercício do direito de despedimento colectivo e de escolha dos critérios de selecção social pelo empresário quando falhe de forma manifesta esta relação de congruência entre o motivo determinante, unitário e geral, os factores em que esse motivo se desenvolva na concretização dos postos de trabalho que caem e, sendo o caso, a razoabilidade empresarial dos critérios ou matriz de critérios de escolha dos concretos trabalhadores a despedir, sempre que um daqueles factores não seja, por si só, suficiente para identificação dos trabalhadores a abranger. Ocorreria então exercício abusivo daqueles direitos, o que constituirá, aliás, matéria de conhecimento oficioso do tribunal. A "transformação de números em nomes" – na eloquente expressão de MARIA DA CONCEIÇÃO TAVARES DA SILVA[29] – legitima-se, assim, pelas suas congruência e razoabilidade empresarial, à luz da motivação que subjaz ao despedimento colectivo.

4. Limites da empresa quanto aos critérios a utilizar

Na prática, a afirmação da necessidade de congruência entre o motivo determinante, o ou os concretos factores económicos considerados e, quando necessários, os critérios finais de selecção e a razoabilidade destes segundo padrões de gestão empresarial, deixa, é claro, ainda uma amplíssima margem de manobra ao empregador na sua definição.

A esse espaço de escolha opõe a lei alguns limites. Desde logo, não poderá o empresário eleger critérios que devam considerar-se, à luz do

---

opor os argumentos sociais aos de eficiência ou racionalidade económica, mas apenas de exigir a estes transparência, equilíbrio e adequação perante a motivação que os enquadra. O trabalhador em situação pessoal, familiar e social relativamente desfavorável não tem de merecer a preferência do empregador na manutenção do emprego. Mas exige-se *proporcionalidade* e *adequação* na *discricionariedade da escolha* – cfr. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Procedimentos Laborais... cit.*, pp. 173 e 183 e segs.

[28] Veja-se um exemplo concreto, ainda que datado, de uma tal matriz, em anexo ao artigo de MARIA DA CONCEIÇÃO TAVARES DA SILVA. «Os trabalhadores idosos...» *cit.*, p. 77 e segs., matriz que, aliás, utiliza, pelo menos, um elemento discriminatório: o da nacionalidade.

[29] MARIA DA CONCEIÇÃO TAVARES DA SILVA, «Despedimento...» *cit.*, p. 26.

disposto nos arts. 23.º e segs. do Cód. Trabalho, directamente discriminatórios, ou seja, que se realizem tendo em conta as circunstâncias pessoais dos trabalhadores a que se refere o n.º 1 do art. 24.º daquele diploma: ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical. Na al. *c)* do n.º 2 do art. 24.º do Cód. Trabalho refere-se expressamente que o direito à igualdade de tratamento em razão destes *factores de discriminação* respeita também à selecção de trabalhadores a despedir, o que é uma referência directa à questão que nos ocupa; note-se que o n.º 5 do art. 25.º do mesmo diploma determina que cabe a quem alega discriminação indicar o trabalhador ou trabalhadores em relação a quem se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer factor de discriminação, o que representa uma importante inversão do ónus de prova nesta matéria.

Igualmente se mostram inaceitáveis critérios que se prendam com a expressão e divulgação do pensamento dos trabalhadores, ou com dimensões relevantes da sua vida privada, com o resultado de testes ou exames médicos a que se tenham submetido, com o desempenho profissional aferido por meios de vigilância à distância ou com quaisquer informações obtidas com violação da reserva e confidencialidade de mensagens pessoais ou informação de carácter não profissional, ou quando se vise, por qualquer modo, afectar o livre exercício de qualquer outro direito fundamental.

Já se consideram susceptíveis de aproveitamento critérios – desde que proporcionem métodos objectivos de quantificação e aplicação que não dependam da subjectiva apreciação do empresário e, além disso, na condição de essa quantificação e aplicação se mostrarem evidenciadas no procedimento em termos que permitam a sua compreensão pelos trabalhadores visados e a sua sindicabilidade judicial – que se liguem, por exemplo, à produtividade, à adaptabilidade, à assiduidade, à aptidão (nível de qualificação, de formação ou de experiência detido, por exemplo), ao nível retributivo, ao passado disciplinar, ao custo de indemnizações, etc., isolada ou combinadamente entre si e, como se afigura desejável mas não legalmente exigível, também com critérios de pendor social, como a situação pessoal ou familiar do trabalhador, a empregabilidade, etc.

Não podem, contudo, ser utilizados critérios que, embora aparentemente aceitáveis e neutros do ponto de vista da não discriminação, sejam susceptíveis de, no caso concreto, colocar um trabalhador, por motivo de um daqueles factores de discriminação, numa posição de desvantagem comparativamente com outros, a não ser que esses critérios sejam objectivamente justificados por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários – está aqui em causa a hipótese de discriminação indirecta, a que se alude nos art. 23.º, n.º 1, al. *b)*, e 25.º do Cód. Trabalho.

Na apreciação destas questões, importará ter presente o chamado principio de menor danosidade, de acordo com o qual certos critérios poderão encontrar legitimação na circunstância de o despedimento se mostrar menos danoso para os trabalhadores que identifique do que para outros, em face de outros meios de tutela disponível a que possam aceder com exclusão dos demais[30].

O problema da discriminação indirecta é ainda pouco discutido. Em teoria, a mesma pode verificar-se, até, relativamente a critérios fixados pelo próprio legislador, como sucede relativamente ao procedimento por extinção de posto de trabalho[31]: efectivamente, o critério de selecção dos trabalhadores com menor antiguidade na empresa, se desligado de qualquer outro, pode, no limite, envolver discriminação em razão da idade; o critério de selecção dos trabalhadores em regime de tempo parcial pode implicar discriminação em razão do sexo; e por aí em diante.

O papel dos tribunais no preenchimento destes conceitos indeterminados face a cada situação concreta e a possibilidade da sua intervenção oficiosa sempre que se configure uma conduta abusiva do empresário, antevê-se da maior relevância.

---

[30] Seria, por exemplo, o caso de se seleccionarem trabalhadores com mais de 54 anos com o argumento de que, após o período de concessão de subsídio de desemprego, podem aceder sem penalização à pensão de velhice por antecipação da idade. Cfr. IGNACIO CAMPOS TARANCÓN / INÉS MOLERO NAVARRO, «Tramitación de los despidos colectivos» in AA.VV. (dir. ANTÓNIO V. SEMPERE NAVARRO), *Medidas Laborales para Empresas en Crisis*, Editorial Aranzadi (Navarra, 2009), pp. 331-78, max. p. 342.

[31] Ou em sede de convenção colectiva. Uma ampla discussão acerca da eventual de discriminação indirecta em razão da idade – em prejuízo, neste caso, dos mais novos – por efeito de aplicação de um critério «LIFO» («Last In, First Out») de origem convencional, em Inglaterra, pode apreciar-se na recente decisão do caso ROLLS ROYCE PLC v UNITE THE UNION, de 22 de Janeiro de 2009, concluindo-se pela sua admissibilidade por representar meio proporcional de atingir um fim legítimo ([2009] EWCA Civ 387; [2009] WLR *(D)* 157). Pode consultar-se um sumário em http://www.lawreports.co.uk/.

5. Âmbito a considerar na aplicação dos critérios escolhidos

Outra questão que a lei não resolve e suscita interrogações, até pela latitude dos poderes do empregador na definição dos limites de selecção, prende-se com o âmbito a considerar na aplicação desses critérios. Apenas se faz referência ao ponto, aflorando exemplos que não esgotam o problema. Assim: em princípio, o encerramento de uma secção ou várias secções da empresa (ou estruturas equivalentes) levará a abranger no despedimento colectivo todos os trabalhadores afectos a essa ou essas estruturas. Tratar-se-ia de um daqueles casos em que o factor económico (encerramento de certa secção) dispensa a ulterior definição de critérios de selecção social, porquanto eles estariam pressupostos: caindo os postos de trabalho daquela secção, são despedidos todos os trabalhadores que os ocupavam. Simplesmente, poderá o empregador ter interesse legítimo em conservar alguns desses trabalhadores ao seu serviço, noutra secção ou estrutura. A questão que se coloca é a de saber se, nesse caso, poderá, em contrapartida, incluir no despedimento colectivo um trabalhador de outra secção, por troca com aquele que poupou, cujo posto de trabalho, este último, daí em diante passará a ocupar.

Afigura-se-nos que nada obsta a que o empregador poupe alguns dos trabalhadores da estrutura a encerrar – podê-lo-ia fazer na fase de informações e negociação, pelo que, por maioria de razão, esse pode ser o seu ponto de partida. O sacrifício de outros trabalhadores, esse, já dependerá, cremos, dos termos em que se encontrar motivado o despedimento colectivo (o encerramento de certa secção parece-nos que será, por si só, insuficiente) e carecerá da verificação dos pressupostos da congruência e razoabilidade empresarial atrás referidos.

O que nos parece inviável é que a mera invocação de encerramento de uma (ou mais) secções ou estruturas equivalentes possa, sem mais desenvolvimentos habilitantes, permitir o despedimento de trabalhadores não afectos às mesmas; quando, como é frequente, o encerramento de uma secção resulte na queda de postos de trabalho em estruturas empresariais de vocação central ou partilhada, então cabe incluir na justificação a identificação do correspondente factor económico e enunciar e aplicar os critérios de selecção dos trabalhadores dessas estruturas centrais ou partilhadas que serão abrangidos.

Ainda quanto a este tema, cabe perguntar se, definindo o empregador um critério ou uma matriz de escolha que se possa considerar transversal

a toda a empresa[32], designadamente em função das categorias ou perfis funcionais envolvidos, lhe é lícito circunscrever o âmbito da escolha a algum ou alguns departamentos, sejam eles definidos por critérios territoriais ou de especialização, com ou sem a provocação simultânea ou sequente de mecanismos de mobilidade adequados à reorganização pretendida.

Analogamente, ocorrendo queda de postos de trabalho em mais do que uma secção ou estrutura equivalente, poderá questionar-se a possibilidade de os critérios de selecção relativos a cada uma delas poderem não coincidir, total ou parcialmente.

Trata-se de questões de difícil consideração em abstracto. O nosso entendimento, ainda assim, mantém-se: no pressuposto da manutenção de relações de congruência e razoabilidade empresarial, não se afigura forçoso que a territorialidade ou especialização da estrutura empresarial a que os trabalhadores pertencem possa, por si só, limitar o âmbito de aplicação dos critérios de selecção, ou que estes tenham de se manter invariáveis quando esteja em causa uma pluralidade de estruturas individualizáveis.

6. Consequências e remédios em caso de irregularidade no segmento procedimental de selecção social

Como resulta do que se referiu, os tipos de irregularidade que se podem configurar acerca dos critérios de selecção social no despedimento colectivo são de vária ordem: falta de indicação de critérios na comunicação de intenção prevista no art. 360.º do Cód. Trabalho; utilização de critérios directa ou indirectamente discriminatórios, incongruentes, não razoáveis ou por outra forma considerados abusivos por desvio ao fim económico que justifica a concessão ao empregador do correspondente poder; mau exercício da selecção por erro (mesmo que não intencional) na aplicação de critérios objectivamente congruentes e razoáveis, conduzindo à escolha indevida de um trabalhador em lugar de outro.

---

[32] Pergunta que por si só coloca em jogo o conceito de empresa e até a questão da relevância dos grupos empresariais na aplicação do regime do despedimento colectivo. Cfr. sobre este tema o estudo de CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, «Cessação do contrato de trabalho promovida pelo empregador com justa causa objectiva no contexto dos grupos empresariais» in AA.VV. (coord. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES), *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea*, Almedina (Coimbra, 2004), pp. 205-39, e a obra de MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Grupos Empresariais e Societários. Incidências Laborais*, Almedina (Coimbra, 2008), p. 571 e segs.

A falta de indicação de critérios na comunicação da intenção de despedimento é um vício geral do procedimento que, a ser procedente[33], o afecta globalmente. Parece razoável o entendimento de BERNARDO XAVIER, segundo o qual se trata de falta que pode comprometer todo o procedimento, mas que a sua verificação na própria comunicação inicial não acarreta, necessariamente, a nulidade ou ineficácia da mesma, desde que a falta venha a ser ulteriormente suprida e a informação possa ser tida utilmente em conta[34] – caso em que igualmente se nos afigura que não haveria ilícito de mera ordenação social a considerar para os efeitos do disposto no n.º 6 do art. 360.º do Cód. Trabalho. Por outro lado, quando – como é frequente – todos os trabalhadores a atingir se encontrem desde logo nomeados, a omissão de enunciação de critérios de escolha poderá ser irrelevante quando esses critérios decorram implicitamente da conjugação dos motivos invocados com a lista de escolhidos.

A utilização de critérios discriminatórios, incongruentes, irrazoáveis ou abusivos afecta o despedimento na sua individualização e pode, por conseguinte, conduzir a juízos de improcedência limitados aos trabalhadores afectados por ela: o seu despedimento será ilícito, com as consequências gerais previstas no n.º 1 do art. 389.º do Cód. Trabalho.

Mais melindroso é saber a consequência da individualização feita com base em critérios válidos definidos pelo empregador mas irregularmente, ou seja, em que o empregador desrespeita os critérios que ele próprio definiu, mesmo que de forma não dolosa.

---

[33] Permanece a dúvida quanto à necessidade de prestar directamente aos trabalhadores as informações previstas no n.º 2 do art. 360.º do Cód. Trabalho quando no procedimento não intervenha qualquer estrutura representativa, por inexistência de comissão de trabalhadores, comissão intersindical ou comissões sindicais e não ter sido constituída a comissão representativa *ad hoc* prevista no n.º 3 do mesmo artigo. Por nós, resolvemos a dúvida afirmativamente, por razões pragmáticas. Mas tem sido entendido de outro modo: cfr. o Acórdão da Relação do Porto de 7 de Outubro de 2002 (SOUSA PEIXOTO), onde se entende que, por não previsto na letra da lei, o direito a essa informação não existe. No sentido que se sustenta, cfr. o Acórdão da Relação de Évora de 19 de Fevereiro de 2008 (CHAMBEL MOURISCO). Ambos os arestos estão disponíveis no sítio do ITIJ.

[34] BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *O Despedimento.... cit.*, pp. 579-80 e *Procedimentos Laborais...cit.*, pp. 199-200. Cfr. ainda PEDRO FURTADO MARTINS, *ob. cit., loc. cit.* No Acórdão da Relação do Porto de 18 de Maio de 1998 (SOUSA PEIXOTO), de que apenas o sumário está disponível *on line* no sítio do ITIJ, ter-se-á decidido que apenas a omissão da comunicação da intenção de despedir pode tornar ilícito o despedimento, mas já não a falta dos elementos que a devem acompanhar.

Para BERNARDO XAVIER, esta irregularidade, embora judicialmente sindicável, apenas constituiria o trabalhador lesado em direito a indemnização, com o argumento de que a solução de invalidar um tal despedimento assim irregular acarretaria a emanação de um outro despedimento, como já acima se citou[35], solução desconhecida no nosso direito laboral adjectivo.

Em reforço da sua tese, o mesmo autor chamava à colação o regime então aplicável à contravenção da preferência legal na manutenção do emprego de que, nestes casos, gozavam os dirigentes sindicais e membros de comissões de trabalhadores, hoje desaparecida: não era sancionada com a nulidade do despedimento mas, por remissão para a lei sindical, com tutela meramente ressarcitória, embora acrescida[36].

Esta tese não veio a ser acolhida na jurisprudência e, de acordo com as decisões conhecidas, cremos que se pode constatar consenso no sentido de que, mesmo nestes casos, o despedimento dos trabalhadores que se devam considerar afectados é não só ilícito mas também inválido, nos termos gerais. Só essa solução se afigura tolerada pela tutela constitucional da estabilidade do emprego.

Deste modo, a questão difícil coloca-se para jusante: como pode reagir o empregador perante a reintegração forçada de um trabalhador cujo posto de trabalho caiu? É tema para uma futura oportunidade de reflexão[37].

Outubro de 2009

---

[35] Cfr. nota 13 e, ainda, do mesmo autor, «Regime do despedimento colectivo e as alterações da L n.º 32/99» in AA.VV. (coord. PEDRO ROMANO MARTINEZ), *Estudos de Direito do Trabalho*, Vol. III, Almedina (Coimbra, 2002), 225-60, Max. p. 246. A questão volta a ser aflorada e afirmada em *Procedimentos Laborais...cit.*, pp. 202[330] e sobretudo 207-8[332] onde se escreveu: «*...Certos problemas, como por exemplo os do controlo do sistema de selecção apresentado pelo próprio empregador em despedimentos colectivos* (...) *não têm como solução adequada a invalidade. De facto, havendo consequências indemnizatórias, nem sempre pode o trabalhador lesado, quando inobservados os critérios colocados pelo próprio empregador, impugnar o acto em termos de ele ser considerado inválido*». Sentimos reservas a este entendimento, na perspectiva do direito constituído.

[36] Cfr. os arts. 23.º, n.º 5 (depois da Lei n.º 32/99, de 18 de Maio, passou a n.º 4) e 24.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 215-B/75, de 30 de Abril.

[37] Veja-se a alusão feita em MÁRIO PINTO e PEDRO FURTADO MARTINS, cit., p. 47.