

LUÍS MIGUEL MONTEIRO

NOTAS SOBRE ARTICULAÇÃO
ENTRE DIREITO NACIONAL
E DIREITO COMUNITÁRIO A PROPÓSITO
DA NOÇÃO DE DESPEDIMENTO COLECTIVO

Separata da Obra

“IX CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO” – MEMÓRIAS
ALMEDINA – COIMBRA 2007

**NOTAS SOBRE ARTICULAÇÃO
ENTRE DIREITO NACIONAL
E DIREITO COMUNITÁRIO A PROPÓSITO
DA NOÇÃO DE DESPEDIMENTO COLECTIVO**

Luís Miguel Monteiro

Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas

NOTAS SOBRE ARTICULAÇÃO ENTRE DIREITO NACIONAL E DIREITO COMUNITÁRIO A PROPÓSITO DA NOÇÃO DE DESPEDIMENTO COLECTIVO*

LUÍS MIGUEL MONTEIRO

*Instituto Superior de Ciências Sociais
e Políticas*

SUMÁRIO: §1. Introdução. §2. As noções comunitária e nacional de despedimento colectivo. §3. A recepção interna da noção comunitária de despedimento colectivo antes do Código do Trabalho. §4. A recepção da noção comunitária de despedimento colectivo pelo Código do Trabalho. §5. O “despedimento por equiparação”. §6. Interpretação conforme à Directiva do conceito de despedimento colectivo.

§1. Introdução

Em estudo publicado em 2002, Bernardo Lobo Xavier perguntava(-se) por que razão, sendo o despedimento colectivo a forma mais fácil de despedir, havia em Portugal tão poucos destes despedimentos¹.

* O texto corresponde, com alterações, à intervenção feita no IX Congresso Nacional de Direito do Trabalho, realizado em Lisboa, nos dias 10 e 11 de Novembro de 2005, sob a organização da Editora Almedina e coordenação científica do Professor Doutor António Moreira, a quem se reitera o agradecimento pelo convite formulado para a participação nos trabalhos e se saúda por mais esta relevante iniciativa. A intervenção então feita teve por título “O despedimento colectivo”.

¹ “A crise na empresa e o despedimento colectivo”, *Scientia Iuridica*, tomo LI, n.º 292, Janeiro-Abril, 2002, p. 119.

Sem prejuízo desta interrogação se afigurar, ainda hoje, pertinente, acumulam-se os indícios que permitem antecipar alteração significativa da situação descrita.

Para além dos dados disponíveis² mostrarem acréscimo significativo de todos os parâmetros de medida da realidade do despedimento colectivo – número de empresas envolvidas, universo de trabalhadores afectados, número de trabalhadores abrangidos e número de efectivos despedimentos – afigura-se provável que a conjugação de diversos outros factores possa redundar em presença mais visível deste fenómeno entre nós.

De facto, continuam reservadas as perspectivas de crescimento da economia portuguesa. Sobretudo, mostram-se inevitáveis fenómenos de transferência para o exterior de projectos de produção caracterizados pela exploração intensiva de mão-de-obra de baixo custo (as designadas “deslocalizações”), de resto aqueles cujo fim tem maior impacto social, por factores tão diversos como a relevância na taxa local ou regional de emprego, a inexistência de alternativas ocupacionais, o número de trabalhadores envolvidos, a diminuta habilitação escolar ou qualificação profissional destes.

Não conhecendo o nosso ordenamento jus-laboral a cessação *ad nutum* ou imotivada do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, os fenómenos de cessação em massa de contratos de trabalho só podem ser juridicamente enquadrados nas modalidades da revogação consensual ou do despedimento colectivo.

Ora, não só a disciplina legal do despedimento colectivo conheceu alterações que, para além de a clarificarem, tornam o instituto solução mais acessível e mais célere de resolução contratual, como a anunciada reforma da legislação sobre protecção no desemprego reduzirá o alcance de vantagem patrimonial que constituía aliciante da cessação negociada do contrato de trabalho.

No que respeita à revisão do regime do despedimento colectivo, recorde-se que o Código do Trabalho³ acolheu como “motivo de mer-

² Os quais podem ser compulsados no sítio da Direcção-Geral do Emprego e Relações de Trabalho na *Internet*, com o endereço www.dgert.msst.gov.pt. Na preparação da intervenção que esteve na origem do presente texto foram compulsados dados actualizados até Setembro de 2005.

³ A este diploma pertencem todas as disposições legais citadas sem indicação de origem.

cado” justificativo do despedimento colectivo a previsibilidade da diminuição da actividade da empresa⁴ [cfr. art.º 397.º/2, a)], enquanto o direito anterior exigia a comprovação daquela diminuição⁵ [Regime jurídico da cessação do contrato individual de trabalho e da celebração e caducidade do contrato a termo (LCCT), aprovado pelo DL 64-A/89, de 27 de Fevereiro, art.ºs 16.º e 27.º/2, a)]. Por outro lado, a reestruturação da organização produtiva surge agora como fundamento estrutural autónomo do despedimento [art.º 397.º/2, b)].

Já quanto à futura reforma do regime da protecção no desemprego⁶, atente-se na significativa redução da possibilidade de obtenção de subsídio de desemprego pelo trabalhador quanto o contrato de trabalho cessar por acordo. A reestruturação, viabilização ou recuperação da empresa continuam a constituir causas idóneas de revogação contratual com direito à percepção do subsídio de desemprego, mas aqueles conceitos conhecerão definição rigorosa, deixando de poder ser concretizados por multiplicidade de situações diversas. Já os acordos fundados em motivos que, não fora a cessação negociada do contrato, teriam permitido o despedimento colectivo, só permitirão o acesso ao mesmo subsídio até determinados limites quantitativos, dependentes da dimensão da empresa, contrariamente ao que agora acontece.

É de esperar, assim, que as adesões – por vezes maciças – de trabalhadores a acordos revogatórios dos respectivos contratos de trabalho, em alternativa a procedimentos de resolução contratual por despedimento colectivo, conheçam forte desincentivo, por já não permitirem beneficiar de prestação assistencial substitutiva do salário, a qual constitui, em muitos casos, uma das razões para a adesão do trabalhador à proposta de cessação contratual. A confirmar-se este cenário, o que antes se obtinha por acordo passará a alcançar-se por despedimento (colectivo), com o consequente incremento destes procedimentos.

⁴ Constituem motivos de mercado para efeitos de despedimento colectivo “a redução da actividade da empresa provocada pela diminuição previsível da procura de bens ou serviços ou impossibilidade superveniente, prática ou legal, de colocar esses bens ou serviços no mercado” [art.º 397.º/2, a)]. Mostrando-se suficiente que a diminuição da procura de bens ou serviços seja previsível, o efeito de redução da actividade da empresa não tem de ser actual, mas meramente futuro ou potencial, isto é, consequência expectável daquela diminuição. Sublinhando a importância desta alteração do texto legal no modo de apreciar os motivos do despedimento, Pedro Romano Martinez, *Apontamentos sobre a Cessação do Contrato de Trabalho à Luz do Código do Trabalho*, AAFLD, Lisboa, 2004, p. 115.

A análise do instituto do despedimento colectivo e, em concreto, do respectivo âmbito de aplicação reveste, por isso, crescente importância prática e igual interesse dogmático.

O presente estudo não pretende reflectir sobre todos os problemas suscitados pela noção de despedimento colectivo, mas tão só tecer algumas considerações sobre a forma como é construída no direito interno, à luz dos contributos proporcionados pelo ordenamento jurídico comunitário. Em concreto, analisar-se-á a interacção do ordenamento comunitário com o Direito nacional para extrair algumas conclusões sobre o modo de computar o número de trabalhadores abrangidos, para efeitos de aplicação da modalidade de cessação do contrato de trabalho que é o despedimento colectivo.

§2. As noções comunitária e nacional de despedimento colectivo

Como se sabe, a Directiva 98/59/CE do Conselho, de 20 de Julho de 1998⁷ (doravante, a “Directiva”), estabelece regras de protecção dos trabalhadores em caso de despedimento colectivo. *Grosso modo*, são instituídos procedimentos de informação e consulta dos representantes dos trabalhadores (art.º 2.º), de notificação e intervenção de autoridade pública com competência na matéria (art.º 3.º) e de diferimento da cessação contratual (art.º 4.º).

Para este efeito, despedimento colectivo é o efectuado pelo empregador, por um ou vários motivos não inerentes à pessoa dos trabalhadores, quando o número de contratos a cessar atinja determinados limites,

⁵ A lei anterior designava por “motivos económicos ou de mercado” a “comprovada redução da actividade da empresa provocada pela diminuição da procura de bens ou serviços ou impossibilidade superveniente, prática ou legal, de colocar esses bens ou serviços no mercado” (sublinhado nosso).

⁶ O projecto do diploma foi publicado, para apreciação pública, na separata n.º 6 do *Boletim do Trabalho e Emprego*, de 28 de Junho de 2006. O actual regime do subsídio de desemprego consta do DL 119/99, de 14 de Abril, estando concretamente em causa, para a questão referida no texto, o regime do art.º 7.º/1 e 5, regulamentado pelo Despacho n.º 18.080/99 do Secretário de Estado da Segurança Social e das Relações Laborais, de 30 de Agosto de 1999 (*Diário da República*, IIª Série, de 17 de Setembro de 1999).

⁷ Esta Directiva, publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L 225, p. 16, consolidou a Directiva 75/129/CEE do Conselho, de 17 de Fevereiro de 1975 (*Jornal Oficial*, L 48, p. 29), alterada pela Directiva 92/56/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1992 (*Jornal Oficial*, L 245, p. 3).

alternativos, fixados em função do intervalo temporal em que os despedimentos ocorrem, o número de trabalhadores abrangidos pela cessação contratual e o número de empregados a prestar serviço nas relevantes empresas ou estabelecimentos [Directiva, art.º 1.º/1, a)].

Assim, os Estados-membros devem qualificar como despedimento colectivo o procedimento que num período de trinta dias, abranja (i) no mínimo dez trabalhadores, em estabelecimentos com habitualmente mais de vinte e menos de cem empregados, (ii) no mínimo 10% do número de trabalhadores, em estabelecimentos com um número habitual de trabalhadores igual ou superior aos cem mas inferior a trezentos, ou (iii) no mínimo trinta trabalhadores, em estabelecimentos com, pelo menos, trezentos trabalhadores habituais. Em alternativa, deve ser havido como despedimento colectivo o procedimento que num período de noventa dias, abranja no mínimo vinte trabalhadores, qualquer que seja o número dos habitualmente empregados nos estabelecimentos em questão [Directiva, art.º 1.º/1, a)].

No Direito português, o preceito legal em vigor qualifica como despedimento colectivo “a cessação de contratos de trabalho promovida pelo empregador e operada simultânea ou sucessivamente no período de três meses, abrangendo, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respectivamente, de microempresa e de pequena empresa, por um lado, ou de média e grande empresa, por outro, sempre que aquela ocorrência se fundamente em encerramento de uma ou várias secções ou estrutura equivalente ou redução de pessoal determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos” (art.º 397.º/1).

§3. A recepção interna da noção comunitária de despedimento colectivo antes do Código do Trabalho

Debruçando-se sobre a noção legal de despedimento colectivo anterior ao Código do Trabalho⁸, o Tribunal de Justiça das Comunidades

⁸ O art.º 16.º da LCCT definia despedimento colectivo como “a cessação de contratos individuais de trabalho promovida pela entidade empregadora operada simultânea ou sucessivamente no período de três meses, que abranja, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respectivamente, de empresas com 2 a 50 ou mais de 50 trabalhadores, sempre que aquela ocorrência se fundamente em encerramento definitivo da empresa, encerramento de uma ou várias secções ou redução de pessoal determinada motivos estruturais, tecnológicos ou conjunturais”.

Europeias (TJCE) decidiu, por acórdão de 12 de Outubro de 2004, que “ao restringir a noção de despedimentos colectivos a despedimento por razões estruturais, tecnológicas ou conjunturais e ao não alargar esta noção a despedimentos por todas as razões não inerentes à pessoa dos trabalhadores, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 1.º e 6.º da directiva (...)”⁹.

Em causa estavam determinados factos extintivos da relação de trabalho subordinado que a lei portuguesa então vigente não subsumia à noção de despedimento colectivo, nem submetia ao regime deste, mas que a Directiva mencionada considerou deverem beneficiar do sistema de protecção dos trabalhadores previsto para os casos “clássicos” de resolução contratual promovida pelo empregador por razões atinentes à actividade da empresa¹⁰.

Em concreto, foi apontada a desconformidade com a Directiva das soluções previstas no ordenamento jurídico português para a cessação do contrato de trabalho (*i*) em situação de declaração de falência, em processos de liquidação ou outros de natureza análoga, (*ii*) em caso de expropriação, (*iii*) por facto fortuito ou de força maior ou (*iv*) em resultado do falecimento do empregador.

§4. A recepção da noção comunitária de despedimento colectivo pelo Código do Trabalho

Estes específicos fundamentos da decisão condenatória do Tribunal de Justiça das Comunidades perderam actualidade face à disciplina do Código do Trabalho¹¹.

⁹ *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C 300, de 4 de Dezembro de 2004, p. 4. As conclusões do advogado-geral neste processo, apresentadas em 11 de Março de 2004, podem ser compulsadas na *Colectânea de Jurisprudência*, 2004, p. I-9387.

¹⁰ A transposição da Directiva pelo Reino Unido, operada pelo “Employment Protection Act” de 1975, foi igualmente objecto da censura do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, por acórdão de 8 de Junho de 1994 (*Colectânea de Jurisprudência*, 1994, p. I-2479). Para além de questões relativas à representação dos trabalhadores e às obrigações de consulta visando a obtenção de acordo ou tendentes a evitar ou reduzir os despedimentos, o Tribunal concluiu mostrar-se contrária à Directiva a limitação, decorrente do Direito britânico, da tutela dos trabalhadores aos despedimentos por motivos económicos.

¹¹ Contra, Paula Quintas, “A *difícil* transposição da Directiva 98/59/CE, do Conselho, de 20 de Julho de 1998 (despedimentos colectivos)”, *Scientia Iuridica*, tomo LIV, n.º 302, Abril-Junho, 2005, *maxime*, p. 335 e ss.

No que respeita ao primeiro deles, há que ter em conta que a insolvência do empregador não gera, como efeito directo e imediato, a cessação dos contratos de trabalho de que aquele seja parte (art.º 391.º/1).

Mediatamente, a insolvência pode gerar a caducidade dos contratos de trabalho, por impossibilidade de recebimento da prestação resultante do encerramento definitivo do estabelecimento (art.º 391.º/1 e 4). Antes deste encerramento, pode verificar-se outra causa de cessação que, apesar de regulada em secção dedicada à caducidade do contrato de trabalho, está materialmente próxima do despedimento colectivo¹², embora com fundamento autónomo¹³ – a dispensabilidade da colaboração dos trabalhadores para a manutenção do funcionamento da empresa (cfr. art.º 391.º/2).

Em ambos os casos, são aplicáveis as regras procedimentais do despedimento colectivo (art.º 391.º/3), mostrando-se quanto ao mais irrelevante, para efeitos de ordenamento comunitário, a modalidade de cessação contratual adoptada em concreto. Abre-se excepção para as micro-empresas (art.º 391.º/3), a qual é admitida pela própria Directiva [cfr. art.º 1.º/1, a)].

Por seu turno, a liquidação da empresa determina o seu encerramento definitivo, que o nosso Direito trata como situação de caducidade contratual (art.ºs 390.º/3 ou 391.º/1 e 4), mas a que manda aplicar o procedimento de despedimento colectivo (art.ºs 390.º/3 ou 391.º/3).

No que respeita os efeitos da expropriação sobre a subsistência das relações laborais, se aquela atingir a totalidade da unidade produtiva, há caducidade dos correspondentes contratos de trabalho, sujeita porém à aplicação do procedimento de despedimento colectivo (art.º 390.º/3). Se a expropriação afectar apenas parte da empresa ou estabelecimento, constituirá, em abstracto, fundamento para o despedimento colectivo dos trabalhadores a ela afectos (cfr. art.º 397.º/1).

Factos fortuitos ou de força maior, como a destruição das instalações por catástrofe natural, também podem estar na origem da cadu-

¹² Trata-a expressamente como causa de caducidade do contrato de trabalho Romano Martinez, *est. cit.*, p. 51 e ss., *maxime* p. 55.

¹³ No sentido da autonomia deste fundamento de cessação face aos motivos comuns de cessação do contrato por iniciativa do empregador, Maria do Rosário Palma Ramalho, “Aspectos laborais da insolvência. Notas breves sobre as implicações laborais do regime do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, *Questões Laborais*, n.º 26, 2005, pp. 157 e 158.

cidade dos contratos de trabalho dos que nelas prestam serviço, se o empregador decidir pela não prossecução da laboração; porém, a caducidade sempre estará sujeita à prévia observância das regras do despedimento colectivo (art.º 390.º/3). Se os mesmos factos apenas parcialmente atingirem a empresa, pondo em causa a subsistência dos contratos de trabalho, são uma vez mais as regras do despedimento colectivo – na dupla dimensão de fundamento e de procedimento – que o empregador deve observar para resolver aqueles contratos (art.º 397.º/1).

O falecimento da pessoa física e a extinção da pessoa colectiva que sejam partes, como empregadores, na relação de trabalho, podem constituir causa de caducidade dos respectivos contratos de trabalho. Porém, isso apenas acontece quando a actividade não deva prosseguir, assumida pelos herdeiros do empregador falecido ou em resultado da transmissão *inter vivos* da empresa ou estabelecimento (art.º 390.º/1 e 2).

Por isso, embora sejam formas específicas de caducidade, ambas exigem o encerramento definitivo da actividade da empresa, sendo por isso defensável a aplicação do procedimento regulado no art.º 419.º e seguintes, aplicado *ex vi* art.º 390.º/3 e com as adaptações que a situação exige. De todo o modo, o legislador prevê expressamente o efeito compensatório emergente destas causas de caducidade (art.º 390.º/5).

Não obstante estas considerações, a adequação do direito nacional ao direito comunitário exige interpretação conforme a este de alguns conceitos empregues pelo legislador nacional.

Assim, nos casos de caducidade referidos, a remissão para as regras procedimentais do despedimento colectivo deve abranger as relativas ao aviso prévio a que fica sujeita a eficácia extintiva da declaração do empregador (art.º 398.º), obrigando a leitura correctiva dos art.ºs 390.º/3 e 391.º/3, pois estes preceitos remetem apenas para a aplicação dos art.ºs 419.º e seguintes¹⁴.

Na mesma linha, a noção de “empresa” utilizada no artigo 397.º do Código do Trabalho não pode lida como sinónimo de organização pro-

¹⁴ Neste sentido, Catarina Carvalho, *Intervenção no IX Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Lisboa, 11 de Novembro de 2005. De todo o modo, as normas que sujeitam a cessação contratual a aviso prévio são, materialmente, também normas procedimentais (cfr. Pedro Romano Martínez e Outros, *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, Coimbra, 2005, nota III. ao art.º 398.º, p. 660).

dutiva com fim lucrativo¹⁵, pois a tutela assegurada pela Directiva também contempla as resoluções contratuais operadas por entidades sem fins lucrativos, v.g., sindicatos, outras associações, fundações, cooperativas ou organizações não governamentais.

Já a falta de referência aos grupos de empresas na actual e na anterior disciplina do despedimento colectivo tem sido entendida por alguma doutrina como manifesta deficiência na transposição do texto comunitário em apreço¹⁶.

O art.º 2.º/4 da Directiva estatui que “as obrigações previstas nos n.ºs 1, 2 e 3 [de informação e consulta aos representantes dos trabalhadores] são aplicáveis independentemente de a decisão dos despedimentos colectivos ser tomada pelo empregador ou por uma empresa que o controle. Quanto às alegadas infracções às obrigações de informação, consulta e notificação previstas na presente directiva, não será tomada em consideração qualquer justificação do empregador fundamentada no facto de as informações necessárias não lhe terem sido fornecidas pela empresa cuja decisão deu origem dos despedimentos colectivos”.

Como melhor se verá *infra*, em §6., interpretação do Direito nacional conforme à Directiva exige que seja havido como despedimento qualquer cessação contratual não pretendida pelo trabalhador. Daí que mesmo sem referência expressa à realidade do grupo económico, empresarial ou societário, a circunstância de a decisão de despedir ter origem em iniciativa da entidade que controla o empregador e não deste, não descaracteriza como colectivo o despedimento. De resto, o centro de imputação da

¹⁵ A limitação das obrigações de informação e consulta em matéria de despedimento colectivo aos empregadores com fins lucrativos determinou a condenação da Itália por deficiente transposição da Directiva (acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 16 de Outubro de 2003; *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C 289, de 29 de Novembro de 2003, p. 6).

¹⁶ Catarina Carvalho, “Cessaçãõ do contrato de trabalho promovida pelo empregador com justa causa objectiva no contexto dos grupos empresariais”, AAVV, *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 236 e 237. A mesma lacuna fora apontada, ainda a propósito da Directiva 92/56/CEE, por Jorge Leite, in “A transposição das Directivas comunitárias sobre despedimento colectivo”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, Actualização n.º 55, Abril-Junho, 1998, pp. 49 e 50. Contra, Bernardo Lobo Xavier, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, Verbo, Lisboa, 2000, p. 471, nota 243.

vontade juridicamente apta a fazer cessar os contratos de trabalho é a pessoa do empregador; neste sentido, a decisão de despedir é *sempre* tomada pelo empregador.

A questão suscitada reduz-se, por isso, à extensão do dever de informar, sendo que “não será tomada em consideração qualquer justificação do empregador fundamentada no facto de as informações necessárias não lhe terem sido fornecidas pela empresa cuja decisão deu origem dos despedimentos colectivos” (Directiva, art.º 2.º/4, 2.º§).

O dever de informar cumpre-se pela prestação da informação disponível, designadamente sobre os motivos (de mercado, estruturais ou tecnológicos) da resolução contratual. O cumprimento daquele dever não exige a revelação de todo o percurso decisório que conduziu ao anúncio da intenção de despedir, mas tão só dos factos que, em concreto, integram os elementos que acompanham a comunicação inicial do despedimento (art.º 419.º/2). Assim, ressalvados os casos em que o empregador omite por completo a prestação das informações expressamente referidas no texto legal (art.º 419.º/2) ou não promove a fase de informações e negociação com a estrutura de representação colectiva dos trabalhadores abrangidos pelo despedimento (art.º 420.º), afigura-se difícil – mesmo à luz do critério com que o mesmo dever é construído no texto comunitário – reconhecer na prestação pelo empregador de informação insuficiente ou deficiente, causa para a invalidade do despedimento.

De resto e sem prejuízo da necessidade de dar a conhecer os elementos referidos no art.º 419.º/2, entre eles os “motivos invocados para o despedimento colectivo”, o dever de informação respeita em larga medida, no Código do Trabalho como na Directiva, a momentos posteriores à decisão de despedir e respectiva fundamentação – estão em causa a “dimensão”, os “efeitos” e as alternativas àquela decisão (cfr. art.º 420.º/1).

Por tudo isto se entende que da falta de referência aos grupos empresariais não decorre deficiente transposição da Directiva¹⁷.

¹⁷ Questão distinta é a de saber se na avaliação da dimensão do “estabelecimento” para efeitos de cálculo do limite mínimo de cessações contratuais a partir do qual há despedimento colectivo, devem ser levados em conta apenas os trabalhadores da empresa ou também o número total dos empregados pelo grupo empresarial correspondente. No acórdão de 7 de Dezembro de 1995, proferido no processo Rockfon A/S c. Specialarbejderforbundet i Danmark (*Colectânea de Jurisprudência*, 1995, p. I-4291), o Tribunal

§5. O “despedimento por equiparação”

Não obstante, a latitude da noção comunitária de despedimento colectivo continua a suscitar algumas dúvidas, particularmente pertinentes num ordenamento jurídico como o português.

A Directiva trata como despedimento qualquer cessação contratual não pretendida pelo trabalhador¹⁸. Entre nós, a prática ensina que muitas cessações contratuais que requerem a participação do trabalhador ocorrem por iniciativa do empregador, a que o primeiro adere tendo designadamente em vista a atribuição de benefício, em regra pecuniário. É o caso, óbvio, da revogação por acordo das partes¹⁹.

Por resultarem da iniciativa do empregador, *maxime* por razões atinentes à actividade da empresa, poder-se-ia entender serem também estas ocorrências subsumíveis à noção de despedimento colectivo, para efeitos da Directiva em análise. O que levaria a concluir pela persistência de deficiente adaptação do direito nacional ao texto comunitário, pois, entre nós, a revogação consensual e a denúncia do contrato pelo trabalhador não constituem formas de despedimento promovido pelo empregador, nem lhes é aplicável o procedimento do despedimento colectivo.

A dúvida não tem, neste plano, razão de ser. O consentimento do trabalhador, isto é, a manifestação de vontade relevante para efeitos de cessação contratual, descaracteriza necessariamente a extinção da relação de trabalho como despedimento colectivo, mesmo na acepção da Directiva. Há (pode haver) despedimento colectivo ainda que as respectivas causas não correspondam ou não sejam domináveis por acto de vontade do empregador; não há despedimento se a cessação do contrato envolve a participação da vontade ou o consentimento do empregado. Esta tem

de Justiça das Comunidades Europeias considerou que a circunstância de a empresa (ou estabelecimento) estar integrada num grupo empresarial carecia de relevância para a avaliação da respectiva dimensão, pelo que para esta não podia ser computado o número total de trabalhadores afectos ao grupo.

¹⁸ “O referido conceito [de despedimento] deve ser interpretado no sentido de que engloba qualquer cessação do contrato de trabalho não pretendida pelo trabalhador e, consequentemente, sem o seu consentimento. Não exige que as causas subjacentes correspondam à vontade do empregador” (acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 12 de Fevereiro de 2004 *cit.*, §52).

¹⁹ Mas podia igualmente ser o da denúncia do contrato por iniciativa do trabalhador, com respeito pelo período de aviso prévio ou com dispensa deste pelo empregador.

sido jurisprudência pacífica do Tribunal de Justiça, de resto reiterada no citado acórdão de 12 de Fevereiro de 2004, que condenou o Estado português por deficiente transposição do texto comunitário²⁰.

Porém, as situações de cessação por acordo de contratos de trabalho não são irrelevantes para o regime jurídico do despedimento colectivo, pois são acolhidas na Directiva sob o conceito de “despedimento por equiparação” (cfr. art.º 1/1, 2.º§), com relevância na aplicação do critério quantitativo presente na noção de despedimento.

Dito de outro modo: os “despedimentos por equiparação”, designadamente as revogações de contratos de trabalho por acordo das partes, se em número mínimo de cinco e fundadas na iniciativa do empregador, não constituem “despedimento” na acepção da Directiva, mas entram para o cômputo do número de despedimentos necessários para a aplicação do conceito comunitário de despedimento.

De modo a tornar mais explícita esta ideia, tome-se como hipótese de trabalho empresa que pretende diminuir em trinta os cem trabalhadores que emprega. Como habitualmente acontece, inicia contactos para obter dos trabalhadores a adesão a soluções consensuais de ruptura contratual, o que consegue com vinte e seis trabalhadores.

À luz da Directiva, a resolução dos restantes (quatro) contratos de trabalho exige o cumprimento dos deveres de informação e consulta que seriam aplicados caso os trabalhadores a despedir ainda fossem trinta. Ou seja, há que fazer cessar por despedimento colectivo os contratos ainda subsistentes, não obstante o número destes ser inferior àquele a partir do qual há despedimento colectivo, mesmo na acepção comunitária.

Sublinhe-se que não se trata de cumprir os procedimentos previstos na Directiva relativamente aos contratos de trabalho que terminaram por acordo, mas tão só manter a tutela proporcionada pelo regime do despedimento colectivo quanto à ruptura contratual com os trabalhadores remanescentes, os quais, de outro modo, dela não beneficiariam, atento o seu reduzido número.

O Direito comunitário não se alheia do processo de formação da decisão de despedir. Reconhece dimensão colectiva à decisão que revela determinada potencialidade de eliminação de emprego, ainda que

²⁰ “O referido conceito [de despedimento] deve ser interpretado no sentido de que engloba qualquer cessação do contrato de trabalho não pretendida pelo trabalhador e, consequentemente, sem o seu consentimento” (acórdão *cit.*, §50, com sublinhado nosso).

superior à que acaba por provocar. É a natureza unitária da decisão do empregador que está em causa, não obstante as vicissitudes que a sua aplicação possa conhecer.

A aplicação estrita dos preceitos do Direito nacional conduziria a decisão diferente. Tomando o mesmo exemplo, a cessação dos quatro contratos remanescentes seria promovida ao abrigo das normas que regulam os efeitos contratuais da extinção de postos de trabalho – se verificados os respectivos pressupostos (art.º 401.º) – e já não nos termos do regime do despedimento colectivo.

Esta diferença não corresponde necessariamente a desconformidade material entre Direito nacional e Direito comunitário, se se constatar que o regime português de despedimento por extinção de posto de trabalho oferece aos trabalhadores garantia idêntica à proporcionada pela disciplina aplicável ao despedimento colectivo – obviamente, não a de Direito português, mas a de Direito comunitário. O que permitiria concluir que a transposição da Directiva comunitária teria sido feita, pelo legislador português, a “dois tempos” – através do instituto do despedimento colectivo e por via do regime do despedimento por extinção de postos de trabalho.

Afigura-se duvidoso que assim seja. Desde logo, no que respeita à informação transmitida às estruturas representativas dos trabalhadores²¹

²¹ Em primeira linha, a comissão de trabalhadores (CT, art.º 419.º/1), representante de todos os empregados da empresa (art.º 461.º). Na falta desta, a comissão [ou comissões – cfr. art.º 476.º/g)] intersindical ou as comissões sindicais, que, na empresa, representam os trabalhadores a abranger pelo despedimento (art.º 419.º/1). Esta formulação explicita o que já era verdadeiro à luz da legislação anterior ao CT: os sindicatos – e, consequentemente, as estruturas através das quais a acção sindical é exercida nas empresas (art.º 496.º) – apenas representam os trabalhadores neles filiados, pelo que a existência de comissões intersindicais ou sindicais não dispensa o empregador que promove o despedimento de comunicar, individualmente, aos trabalhadores não filiados nos sindicatos assim organizados ou mesmo não sindicalizados, a intenção de proceder ao respectivo despedimento (art.º 419.º/4). A estes trabalhadores a lei faculta a designação de comissão representativa, a qual pode, por isso, intervir na fase de informações e negociação do *mesmo* despedimento colectivo, a par de comissões intersindicais ou sindicais. Não sendo constituída aquela comissão *ad hoc*, o empregador deve mesmo assim enviar a cada trabalhador os demais elementos que acompanham a decisão de despedir (cfr. 419.º/2), elementos através dos quais se concretiza, neste domínio particular, o dever geral do empregador informar o trabalhador sobre aspectos relevantes do contrato de trabalho (art.º 97.º/1). Embora com dúvidas, entende-se que a falta de estrutura representativa dos

com legitimidade para intervirem no procedimento de cessação contratual. A informação a prestar no início do procedimento de despedimento colectivo, definida por preceito (art.º 419.º/2) que praticamente reproduz a Directiva (art.º 2.º/3), é substancialmente mais exigente da prevista no procedimento de despedimento por extinção de posto de trabalho (art.º 423.º/3).

A isto acresce o regime de intervenção pública, que a Directiva também impõe. Segundo esta, o empregador deve comunicar à autoridade pública competente o projecto de cessação contratual (art.º 3.º/1), como se encontra previsto entre nós (art.º 419.º/3). Porém, em sede de extinção de posto de trabalho, a informação obrigatoriamente a comunicar aos serviços competentes do Ministério responsável pela área laboral é apenas a da decisão fundamentada do despedimento (art.º 425.º/2, *in fine*).

Mais relevante ainda se afigura o facto de, subjacente ao regime contido na Directiva, se encontrar um apelo a verdadeira negociação entre empregador e representantes dos trabalhadores, naquilo que é “um procedimento de autocomposição de interesses (...) publicamente assistido”²². Este objectivo encontra-se plasmado no Direito português a propósito do despedimento colectivo (art.º 420.º), mas não está, minimamente reflectido no procedimento do art.º 423.º e seguintes do Código.

Se o procedimento de despedimento por extinção de posto de trabalho previsto na lei portuguesa não assegura – em termos de informação, consulta e participação dos trabalhadores e seus representantes, bem como de intervenção de entidade pública²³ – o mesmo nível de protecção dos trabalhadores envolvidos reclamada pela Directiva comunitária, não é possível considerar que a transposição desta também se fez por via daquele procedimento.

trabalhadores desonera o empregador do dever de prestar as informações adicionais e de promover a negociação a que alude o art.º 420.º do CT, por se tratar de fase do procedimento assente no carácter supra-individual dos interesses a prosseguir e que, em termos práticos, só é viável com número restrito de interlocutores.

²² Jorge Leite, *est. cit.*, p. 43.

²³ O problema não reside na circunstância de o despedimento por extinção de posto de trabalho ser de maior ou menor dificuldade de verificação que o despedimento colectivo. O objectivo da Directiva não é, pelo menos directamente, limitar os despedimentos, mas introduzir mínimo denominador comum às legislações de todos os Estados-membros, cujo acento tónico reside nos mecanismos de informação dos trabalhadores e seus representantes e de tutela daqueles, *caso seja iniciado procedimento com vista ao despedimento colectivo*.

§6. Interpretação conforme à Directiva do conceito de despedimento colectivo

A protecção acrescida resultante da directriz comunitária não pode ser invocada por trabalhador português perante o seu empregador. Fazê-lo, equivaleria a reconhecer que as normas constantes de directivas comunitárias poderiam, por si só, criar obrigações para particulares e, por isso, ser invocadas nas relações entre eles. O mesmo é dizer que produziriam o *efeito directo horizontal* que lhes tem sido negado de forma reiterada²⁴.

Isso não obsta, porém, a que deficiente transposição das directivas comunitárias assumam relevância no Direito interno, mesmo no plano das relações entre particulares.

Verificada a desconformidade entre solução normativa constante de directiva comunitária e preceito equivalente do Direito português, este último não deveria ser aplicado na medida em que conduziria a resultado contrário ao pretendido pelo instrumento de Direito comunitário em causa. É o que comumente se designa por “efeito de exclusão”.

No caso concreto, chamado a pronunciar-se sobre a qualificação de determinada modalidade de cessação contratual e não obstante o alcance residual apontado à diferença entre as noções comunitária e nacional de despedimento colectivo, o juiz nacional não deveria aplicar a norma do art.º 397.º/1 do CT, na medida em que desta resultasse solução oposta à ditada pela norma comunitária equivalente.

A recusa de aplicação da norma de Direito interno contrária ao preceito comunitário pode conduzir ao reconhecimento de lacuna, presumivelmente a integrar de harmonia com a solução material constante da norma que impõe aquela recusa, por ser – atento o primado do Direito comunitário – “a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema” (Código Civil, art.º 10.º/3).

Pode, porém, entender-se que na parte em que refere os trabalhadores “abrangidos” pelo despedimento e ainda que de modo imperfeitamente expresso, a letra do preceito do CT em causa (art.º 397.º/1) comporta sentido coincidente com o resultante da norma comunitária

²⁴ Cfr., v.g., o acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no processo Faccini Dori c. Recreb (*Colectânea de Jurisprudência*, 1994, p. I-3325).

referida. O que permitiria atribuir àquela regra do art.º 397.º/1 conteúdo coincidente, nesta parte, com o decorrente do preceito comunitário (Código Civil, art.º 9.º).

Afigurando-se possível, por uma das vias referidas, adequar ambos os regimes jurídicos, da interpretação do Direito nacional conforme ao Direito comunitário resultará, no que respeita ao concreto problema em apreço, que sempre que (i) o número de trabalhadores a despedir seja inferior a cinco ou a dois, conforme os casos²⁵, mas (ii) no período de três meses, (iii) outros trabalhadores tenham já acordado a cessação dos respectivos contratos de trabalho, no âmbito de processo negocial impulsionado pelo empregador, e (iv) se mostrem *verificados os restantes elementos constitutivos da noção comunitária de despedimento colectivo*, o procedimento a adoptar para fazer cessar aqueles contratos de trabalho é o do despedimento colectivo. Voltando à hipótese de trabalho que se vem utilizando, é ao despedimento colectivo que deve recorrer-se para extinguir os quatro contratos de trabalho remanescentes, alcançada que foi a adesão dos restantes vinte e seis trabalhadores para cessações consensuais dos respectivos vínculos.

Os restantes elementos constitutivos da noção comunitária de despedimento colectivo são, por um lado, a celebração de pelo menos cinco acordos de cessação contratual reconduzíveis à mencionada categoria de “despedimento por equiparação” e, por outro, a ocorrência de despedimentos em número suficiente para que sejam qualificados como colectivos à luz dos critérios da Directiva (Directiva, art.º 1.º/1).

Sublinhou-se este aspecto porquanto a adequação do regime constante do CT à Directiva não se faz através da aplicação cumulativa dos elementos constitutivos dos dois conceitos de despedimento colectivo – o nacional e o comunitário. Se é da Directiva comunitária o conceito de despedimento por equiparação, este apenas é relevante para aferir se o número de cessações contratuais preenche o critério quantitativo da noção comunitária de despedimento colectivo. Se o número daquelas cessações, resultantes quer de despedimento *stricto sensu*, quer de despedimento por equiparação, ficar aquém do limite comunitário, a mencionada equiparação torna-se irrelevante.

²⁵ Consoante se trate, respectivamente, de média e grande empresa, por um lado, ou de microempresa e de pequena empresa, por outro (art.º 397.º/1).

Regresse-se ao exemplo dado: há que lançar mão do procedimento de despedimento colectivo, em empresa com cem trabalhadores, para extinguir os últimos quatro contratos de trabalho de um conjunto de trinta, uma vez obtido o acordo dos restantes vinte e seis trabalhadores para a revogação dos respectivos contratos. Mas apenas na medida em que há despedimento colectivo nos termos da Directiva comunitária, seja porque num período de trinta dias cessaram pelo menos dez contratos de trabalho (10% dos cem), seja porque o mesmo aconteceu com vinte ou mais trabalhadores num período de noventa dias [art.º 1.º/1, a)].

Porém, estando somente em causa, em empresa da mesma dimensão, a cessação de nove contratos de trabalho e havendo apenas que promover o despedimento de quatro trabalhadores por cinco deles já terem acordado na revogação dos respectivos contratos, o procedimento a seguir já não seria o de despedimento colectivo, nem face à letra do artigo 397.º/1 do CT, pois o despedimento abrange menos de cinco trabalhadores, nem computando para este limite os cinco contratos que terminaram por acordo, pois o número total de trabalhadores em causa (nove) não atinge o limite mínimo a partir do qual há despedimento colectivo no critério comunitário.

Lisboa, Outubro de 2006