

PARECER N.º 219/CITE/2012

Assunto: Parecer prévio ao despedimento de trabalhadora lactante, por extinção de posto de trabalho, nos termos do n.º 1 e da alínea c) do n.º 3 do artigo 63.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho
Processo n.º 1013 – DL-E/2012

I – OBJETO

1.1. Em 30.10.2012, a CITE recebeu da empresa ..., LDA., pedido de parecer prévio ao despedimento da trabalhadora lactante ..., com a categoria de ajudante de copa, no âmbito de um processo de despedimento por extinção de posto de trabalho, nos seguintes termos:

“Lisboa, 29 de outubro de 2012

Exma. Sra.

..., Lda., com sede na Rua da ..., ..., em Lisboa, pessoa coletiva n.º ..., vem, nos termos e para os efeitos do art.º 63.º da Lei 7/2009, de 12 de fevereiro, e com as alterações produzidas pelas Leis n.º 53/2011, de 14 de outubro, e n.º 23/2012, de 25 de junho, solicitar parecer prévio ao despedimento por extinção do posto de trabalho da trabalhadora lactante ...

Para o efeito juntamos à presente, cópia da comunicação feita à trabalhadora, com os fundamentos da decisão.

Anexamos também Anexo A do Relatório Único de 2011.

Declaramos ainda que, no prazo legal, a trabalhadora nada comunicou à empresa sobre a oposição à extinção do posto de trabalho, nada tendo também informado sobre qualquer recurso à ACT.

Aguarda deferimento.”

- 1.1.1.** A comunicação prévia da extinção do posto de trabalho, recebida pela trabalhadora e datada de 15.10.2012, refere o seguinte que se transcreve:

“Lisboa, 15 de outubro de 2012

Exma. Sra.

..., Lda., com sede na Rua da ..., ..., em Lisboa, pessoa coletiva n.º ..., vem, nos termos e para os efeitos do art.º 369.º da Lei 7/2009, de 12 de fevereiro, e com as alterações produzidas pelas Leis n.º 53/2011, de 14 de outubro e n.º 23/2012, de 25 de junho; comunicar a sua decisão de proceder à extinção de um posto de trabalho na categoria de ajudante de copa, com os seguintes fundamentos:

- a) O posto de trabalho será extinto em virtude de a atividade da empresa ter sofrido uma redução bastante significativa, quer por força da crise económica que o País atravessa, quer por força da aplicação da taxa de IVA de 23% à restauração;*
- b) A extinção do posto de trabalho tornará impossível a subsistência da relação de trabalho com a trabalhadora, dado não existirem outros postos de trabalho suscetíveis de serem pela mesma preenchidos;*
- c) Não existem quaisquer contratos a termo celebrados com trabalhadores no posto de trabalho extinto;*

- d) *Não se trata de despedimento coletivo, segundo as regras do art.º 359.º do CT.*
- e) *Será calculada a V. Exa. a compensação devida nos termos do art.º 372.º do CT, a qual será posta à disposição na data da cessação do contrato de trabalho;*
- f) *Não existe nenhum trabalhador a desempenhar funções em posto de trabalho com funções idênticas ao posto extinto que tenha:*
- *Menor antiguidade neste posto de trabalho;*
 - *Menor antiguidade na categoria profissional;*
 - *Categoria profissional de classe inferior;*
 - *Menor antiguidade na empresa.”*

1.1.2. Em 15.11.2012, o responsável pela contabilidade da empresa junta o “Balancete do Razão”, referente ao mês de setembro nos anos de 2011 e 2012.

1.2. Consta, ainda, do processo cópia do Anexo A do Relatório Único relativo a 2011.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. A Constituição da República Portuguesa reconhece às mulheres trabalhadoras o direito a especial proteção durante a gravidez e após o parto, incluindo a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda de retribuição ou de quaisquer regalias.

2.2. Como corolário deste princípio, o artigo 63.º do Código do Trabalho determina uma especial proteção no despedimento.

- 2.3.** Assim, nos termos da lei, o despedimento de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante carece de parecer prévio da entidade que tenha competência na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres.
- 2.4.** De acordo com o enquadramento legal realizado pela entidade empregadora a cessação do contrato de trabalho ocorre por extinção do posto de trabalho de ajudante de copa em virtude da atividade da empresa ter sofrido uma redução bastante significativa.
- 2.5.** O Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, foi objeto de alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, que no respeitante à cessação de contrato de trabalho por extinção de posto de trabalho revestiram relevante importância.
- 2.6.** Assim sendo, e para efeitos do artigo 368.º do Código do Trabalho, o despedimento por extinção do posto de trabalho só pode ter lugar desde que se verifiquem os seguintes requisitos:
- Os motivos indicados não sejam devidos a conduta culposa do empregador ou do trabalhador;
 - Seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho;
 - Não existam, na empresa, contratos de trabalho a termo para tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto;
 - Não seja aplicável o despedimento coletivo.
- 2.6.1.** Havendo na secção ou estrutura equivalente, uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, para a determinação do posto de trabalho a extinguir, cabe ao empregador definir, por referência

aos respetivos titulares, critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho.

2.6.2. Uma vez extinto o posto de trabalho, considera-se que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador demonstre ter observado critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho.

2.6.3. No caso de despedimento por extinção de posto de trabalho, e nos termos previstos no artigo 369.º do Código do Trabalho, o empregador comunica, por escrito, ao/à trabalhador/a envolvido/a a necessidade de extinguir o posto de trabalho, indicando os motivos justificativos e a secção ou unidade equivalente a que respeita; indica a necessidade de despedir o trabalhador/a afeto/a ao posto de trabalho a extinguir e a sua categoria profissional e comunica os critérios para seleção dos trabalhadores a despedir.

2.7. De acordo com o que melhor se explica, a título exemplificativo, no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11.11.2008, Processo n.º 27/07.1TTFIG.C1, em www.trc.pt:

“Importa ter presente o princípio geral de conservação da relação laboral que se pode extrair do artigo 53.º da Constituição, sob a epígrafe “segurança no emprego”, e que estabelece a proibição de despedimentos sem justa causa, com a qual a figura de despedimento que analisamos, por justa causa objetiva, é conciliado através da relativa rigidez dos seus pressupostos e, sobretudo, da exigência que seja requisito para o despedimento o de ser praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.

(...)

Como salienta Monteiro Fernandes (Direito do Trabalho, 12ª edição,

pags. 587 e 588), a apreciação da justa causa objetiva, que tratamos, há de incidir, sobretudo, no nexo sequencial entre a decisão de extinção do posto de trabalho e a decisão de extinguir o contrato. Tendo presente que “o «momento» decisivo, sob o ponto de vista do regime do despedimento – isto é, da sua motivação relevante - parece localizar-se, não no feixe de ponderações técnico-económicas ou gestionárias a que alude o art. 397.º n.º 2¹ (e que são cobertas pela liberdade de iniciativa do titular da empresa), mas no próprio facto da extinção do posto de trabalho que se situa a jusante daquela e que é, ele próprio, o produto de uma decisão do empregador. Está-se (...) perante uma forma de despedimento que culmina uma cadeia de decisões do empregador situadas em diferentes níveis mas causalmente interligadas: esquematicamente, uma decisão gestionária inicial, uma decisão organizativa intermédia (a da extinção do posto) e uma decisão «contratual» terminal (a do despedimento)”.

(...)

Ou seja, como se no refere Ac. do STJ de 4-7-2002, in www.dgsi.pt, proc. JSTJ000, é importante “verificar se a extinção dos postos de trabalho decorre causalmente dos motivos invocados - os quais o empregador terá obviamente de alegar e demonstrar - e não tanto aferir da legitimidade da decisão gestionária inicial”.

(...)

Na verdade, como se refere no Ac. do STJ já referido, de 4-7-2002, a cessação do contrato de trabalho feita pelo empregador com fundamento na necessidade de extinguir o posto de trabalho ocupado pelo trabalhador, tem que ser baseada em motivos concretos e claros, não bastando a invocação pelo empregador de ter necessidade de diminuir os custos.”

¹ Atual n.º 2 do artigo 359.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

2.8. Já no que respeita ao cumprimento do requisitos formais têm entendido os nossos tribunais superiores que:

“3. As exigências formais que condicionam o despedimento por extinção do posto de trabalho visam assegurar o esclarecimento do trabalhador abrangido, garantir o exercício do contraditório e tutelar a segurança jurídica, bem como permitir o posterior controlo jurisdicional desses fundamentos.

4. Os motivos da extinção do posto de trabalho devem estar devidamente especificados, nas comunicações (...), e na decisão final do processo, nelas devendo figurar todas as circunstâncias e factos concretos que integram esses motivos.

5. Sem a alegação destes elementos, trabalhador fica sem conhecer os factos que determinaram a extinção do seu posto de trabalho e sem o mínimo de elementos que lhe permitam pronunciar-se sobre os motivos da extinção e sobre a impossibilidade de subsistência da sua relação de trabalho, ficando, dessa forma, seriamente prejudicado o exercício do contraditório e o seu direito de defesa.

6. Além disso, o tribunal fica sem possibilidade de exercer qualquer controlo jurisdicional sobre a verificação dos motivos da extinção e sobre as razões que a levaram o empregador a concluir pela impossibilidade prática da subsistência da relação.

(sumário elaborado pelo Relator)²

2.9. A lei exige, para além da objetividade entre a necessidade invocada para extinguir o posto de trabalho e a escolha do posto em concreto, a existência de critérios para seleção do/a trabalhador/a a despedir,

² In Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10-10-2007, Processo: 6853/2007-4, disponível em www.dgsi.pt. Em sentido idêntico Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27-09-2006, Processo: 5107/2006-4, disponível em www.dgsi.pt.

quando exista uma pluralidade de postos de trabalho com conteúdo funcional idêntico, tendo tal critério de ser relevante e não discriminatório.

Nos termos do n.º 2 do artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.”.

No âmbito laboral, o artigo 24.º do Código do Trabalho, sobre o direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho, prevê expressamente que “1 – O trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de 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, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos.”

O mesmo normativo refere que: “2 – O direito referido no número anterior respeita, designadamente:

(...)

c) A retribuição e outras prestações patrimoniais, promoção a todos os níveis hierárquicos e critérios para seleção de trabalhadores a despedir.”

- 2.10.** Quando o posto de trabalho a extinguir é ocupado por uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante acresce, aos requisitos mencionados, uma especial proteção legal imposta pela Constituição e espelhada no n.º 1 do artigo 63.º do Código do Trabalho, como forma de evitar qualquer discriminação com base no sexo em virtude da maternidade, na aceção das Diretivas 92/85/CEE do Conselho, de 19.10.1992 (artigo 10.º) e 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5.07.2006 (Reformulação), (Considerandos 23 e 24 e artigo 14.º, n.º 1, alínea c).
- 2.11.** Nos casos de despedimento por extinção de posto de trabalho, a lei não determina a existência de uma presunção legal apenas ilidível com apresentação de prova em contrário (como acontece no caso de se verificar a intenção de despedimento por facto imputável a uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante). A especial proteção consagrada nesta modalidade de cessação do contrato de trabalho traduz-se na obrigação, que impende sobre a entidade empregadora, de fundamentar e demonstrar objetivamente que as medidas adotadas não se traduzem direta ou indiretamente numa discriminação ou num indício de discriminação por razões relacionadas com o estado de gravidez, de puerpério ou de lactância da trabalhadora a despedir.
- 2.12.** De acordo com a alínea c) do n.º 3 do artigo 63.º do Código do Trabalho, no caso de despedimento por extinção do posto de trabalho de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, o processo deve ser remetido à CITE depois das consultas referidas no n.º 1 do artigo 370.º do Código do Trabalho.
- 2.13.** À CITE cabe, por força das suas atribuições (alínea b) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março), averiguar a objetividade da fundamentação através da análise das razões concretas que motivaram

a extinção do posto de trabalho; o critério de seleção aplicado para determinar o/a trabalhador/a a despedir, assim como, a demonstração da observação dos critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho, por forma a concluir pela existência ou inexistência de indícios de discriminação em razão da maternidade.

2.14. Em síntese, nos procedimentos para extinção de posto de trabalho, importa considerar três momentos relevantes, cuja inobservância pode determinar a ilicitude do despedimento, nos termos previstos nos artigos 381.º e 384.º do Código do Trabalho:

- a) Relação causal entre os motivos invocados para a extinção de um posto de trabalho e a escolha do posto a extinguir;
- b) Verificação dos requisitos previstos no n.º 1 do artigo 368.º do Código do Trabalho;
- c) A definição de critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho, quando se verifique a existência de uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico.

2.15. Neste contexto legal, a entidade empregadora veio, de forma sucinta, alegar, na comunicação dirigida à trabalhadora lactante, que *“em virtude de a atividade da empresa ter sofrido uma redução bastante significativa, quer por força da crise económica que o País atravessa, quer por força da aplicação da taxa de IVA de 23% à restauração”*, tem necessidade de extinguir o posto de trabalho de ajudante de copa, tornando-se impossível a subsistência da relação de trabalho *“dado não existirem outros postos de trabalho suscetíveis de serem pela mesma preenchidos.”*



2.16. À CITE, a empresa esclarece que a trabalhadora “*nada comunicou à empresa sobre a oposição à extinção do posto de trabalho, nada tendo também informado sobre qualquer recurso à ACT*”.

2.17. Esclarece ainda a entidade empregadora que: “*Não existe nenhum trabalhador a desempenhar funções em posto de trabalho com funções idênticas ao posto extinto que tenha menor antiguidade neste posto de trabalho; menor antiguidade na categoria profissional; categoria profissional de classe inferior; menor antiguidade na empresa.*”

2.18. Conforme esclarecido no parecer, o despedimento por extinção do posto de trabalho não se encontra isento de justa causa, sendo esta, necessariamente, justa causa objetiva e, por isso, independente do comportamento dos sujeitos (empresa/trabalhador/a)³, justificada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos que, devidamente enunciados, fundamentam a medida de gestão adotada, e demonstram a relação causal entre o motivo invocado e a decisão de extinção de um posto de trabalho determinado, verificados que estejam os requisitos previstos no n.º 1 do artigo 368.º do Código do Trabalho.

Para a extinção de posto de trabalho, que pode afetar no máximo um trabalhador nas micro ou pequenas empresas, ou quatro trabalhadores, nas médias ou grandes empresas⁴, o legislador determina que não

³ “3. A necessidade imposta pelo legislador (...), dos motivos indicados para o despedimento por extinção de posto de trabalho não se deverem a conduta culposa do empregador ou do trabalhador justifica-se, quanto ao empregador, porquanto havendo culpa sua, deve ser este a sustentar os efeitos da sua conduta, até porque o risco corre por sua conta. Já quanto à conduta culposa do trabalhador, quando esta se verifique, deve reconduzir-se ao despedimento por justa causa subjetiva, ou seja, ao despedimento por facto imputável ao trabalhador, cfr. Artigo 351.º e segs.”. In DIOGO VAZ MARECOS, Código do Trabalho Anotado, 1ª Edição, setembro de 2010, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, pág. 911.

⁴ A opção pelo procedimento de cessação de contratos de trabalho por despedimento coletivo ou extinção de posto de trabalho deve observar o disposto nos artigos 359.º, n.º 1 e 368.º, n.º 1, alínea d) do Código do Trabalho, sendo, no essencial, a opção por ou por outro uma questão relacionada com o tipo de empresa (artigo 100.º) e o número de trabalhadores abrangidos pelo despedimento.

existam na empresa contratos de trabalho a termo para as tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto e confere ao empregador, desde a entrada em vigor das alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, o direito a definir o/os critério/s que servem de base à seleção dos trabalhadores a despedir.

- 2.19.** Na verdade, uma vez decidida a necessidade de extinguir um posto de trabalho é, igualmente, necessário que a entidade empregadora, na seleção do posto que pretende extinguir, demonstre ter observado critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho, de forma a justificar a impossibilidade da subsistência da relação de trabalho.
- 2.20.** Igualmente, impende sobre o empregador o dever de comunicar ao/a trabalhador/a os motivos para o seu despedimento, assim como os critérios de seleção dos trabalhadores a despedir, de forma a possibilitar o exercício do princípio do contraditório pelo/a trabalhador/a.
- 2.21.** Neste sentido, e de acordo com a documentação junta ao processo e com a informação que do mesmo consta verifica-se o seguinte:
- a) A entidade empregadora tem ao seu serviço seis trabalhadores com as seguintes categorias profissionais e profissões:
 - i) Dois empregados de mesa/balcão de self service de 2, com a profissão de empregados de bar;
 - ii) Um empregado de mesa/balcão de self service de 2, com a profissão de empregado de mesa;
 - iii) Uma cozinheira de 3, com a profissão de cozinheira;
 - iv) Duas ajudantes de todas as secções, com a profissão de ajudante de cozinha;
 - b) A existência de presumível redução do volume de prestações de

serviços registados na “*conta 72 – Prestações de serviços*”, no “*Balancete do Razão*”, por comparação dos meses de setembro de 2011 e 2012, muito embora os valores aí indicados sejam valores aparentemente negativos.

2.22. Do que é possível apurar no presente processo, a empresa comunicou quais os critérios aplicados para a escolha da extinção do posto de trabalho da trabalhadora lactante e comprovou, através do Anexo A do Relatório Único e do Contrato Coletivo de Trabalho, publicado no Boletim do Trabalho e Emprego, n.º 3, de 22.01.2011, ter observado critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho em virtude da decisão dessa extinção decorrer da alegada redução da atividade da empresa e a trabalhadora lactante ser a que tem menor antiguidade no posto de trabalho de ajudante de cozinha (copa) e na categoria profissional de ajudante de todas as secções, a que detém categoria profissional de classe inferior⁵ e menor antiguidade na empresa.

2.23. Pese embora a ausência de parecer fundamentado da trabalhadora especialmente protegida, e em face da descrição factual que se retira dos elementos que compõem o processo, não se afiguram indícios de discriminação por motivo de maternidade, na escolha do posto de trabalho ajudante de copa, ocupado pela trabalhadora lactante.

⁵ O Anexo II, sobre enquadramento em níveis de remuneração, do Contrato Coletivo entre a AHRESP – Associação da Hotelaria, Restauração e Similares de Portugal e a FETESE – Federação dos Sindicatos dos Trabalhadores de Serviços – Revisão Global, publicado no BTE, n.º 3, de 22.01.2011, incorpora no Nível IV a categoria profissional de ajudantes de todas as secções, e no Nível VI as categorias de empregado de mesa/balcão de self-service de 2ª, com dois ou mais anos e cozinheiro de 3ª.

III – CONCLUSÃO

Face ao que antecede, a CITE não se opõe ao despedimento, por extinção do posto de trabalho, da trabalhadora lactante ..., promovido pela empresa ..., LDA.

**APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA
REUNIÃO DA CITE DE 26 NOVEMBRO DE 2012**