

PARECER N.º 649/CITE/2016

Assunto: Parecer prévio ao despedimento de trabalhadora grávida, 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, na redação conferida pela Lei n.º 27/2014, de 8 de maio
Processo n.º 2099 – DG-E/2016

I – OBJETO

- 1.1. Em 07.12.2016, a CITE recebeu da empresa ... pedido de parecer prévio ao despedimento da trabalhadora grávida especialmente protegida ..., no âmbito de um processo de despedimento por extinção de posto de trabalho, nos seguintes termos:

“Assunto: Pedido de parecer prévio ao despedimento de trabalhadora grávida, por extinção do posto de trabalho.

Ex.mos Senhores,

Vimos por este meio solicitar à Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE), um parecer prévio ao despedimento de trabalhadora grávida, por extinção do posto de trabalho. A comunicação da intenção de despedimento por necessidade de extinção do posto de trabalho foi transmitida à trabalhadora, por carta datada de 21 de novembro, e entregue pessoalmente no dia 21 de novembro. Mais informamos que a trabalhadora em causa não respondeu à carta entregue conforme o disposto no artigo 370.º/1 do Código do Trabalho, onde informa que dispõe de 10 dias a contar da receção da carta para emitir parecer fundamentado sobre os motivos invocados.

A necessidade de extinção do posto de trabalho deriva da empresa viver atualmente um período de dificuldades financeiras, motivadas pela diminuição

previsional dos serviços e volume de negócios/diminuição da faturação, pelo que a empresa terá de promover a cessação do contrato de trabalho por iniciativa própria, da trabalhadora ..., contribuinte fiscal n.º ...

A atual situação financeira da empresa impõe uma urgente redução dos seus custos fixos, de entre os quais o custo com o pessoal é um dos mais importantes a considerar. A não redução de tais custos ameaçará a estrutura da empresa e, conseqüentemente, a totalidade dos seus postos de trabalho.

A extinção do posto de trabalho, para a categoria de Primeira Caixeira, com as funções de vender mercadorias por telefone no comércio, por grosso ou a retalho, no departamento comercial e de marketing, é determinada por motivos de mercado, inerentes a uma redução da atividade da empresa, provocada pela diminuição previsional dos serviços e volume de negócios/diminuição da faturação, e por motivos estruturais, atentas as dificuldades financeiras que a empresa atravessa relacionados com o incumprimento de prazos de recebimento. A empresa face aos motivos supra mencionados não tem faturação suficiente e alguns trabalhadores encontram-se cedidos a outras empresas do grupo, como acontece com uma trabalhadora, ..., que está com a categoria de Segunda Caixeira, mas não exerce funções há mais de um ano para a ... O custo com essa trabalhadora é debitado numa outra empresa do Grupo, ..., cujos documentos aqui se anexam.

Desta feita, os critérios de seleção legalmente previstos no artigo 368.º/2 do Código do Trabalho não se aplicam ao caso concreto, na medida em que não há outros trabalhadores em igualdade de circunstâncias para selecionar. O seu é o único lugar a extinguir.

Não existe nenhuma razão de índole discriminatória (raça, sexo, etc.) que leve a escolha particular desta trabalhadora.

Face ao exposto, solicitamos à CITE que delibere em relação à oposição ou não, relativa ao despedimento por extinção do posto de trabalho, da trabalhadora grávida, promovido pela empresa ...

A Gerência

Em anexo: Cópia da carta da intenção de despedimento enviada à trabalhadora e uma fatura de cedência de trabalhadores.”.

- 1.2. Em 21/11/2016, a entidade empregadora notificou à trabalhadora a comunicação de intenção de extinção do posto de trabalho, conforme se transcreve:

“Assunto: Intenção de despedimento por necessidade de extinção do posto de trabalho

Ex.ma Senhora

A ..., sociedade limitada, NIPC ..., matriculada na Conservatória do Registo Comercial da ... sob o n.º ..., sediada no ..., Rua ..., Lote ..., na ..., e com o Capital Social de ..., afeta à atividade de comércio por grosso de outras máquinas e material de escritório, vem, por este meio, em tempo, e no enquadramento dos art.º 359.º, n.º 2, alíneas a) e b), art.º 367.º, 368.º e 369.º do Código do Trabalho comunicar a V.Ex.ª a intenção de despedimento, por extinção do posto de trabalho, uma vez que o posto de trabalho que vem ocupando será extinto por motivos de mercado, inerentes a uma redução significativa da atividade da empresa aliadas à diminuição previsional dos serviços e volume de negócios/ diminuição da faturação e, por motivos estruturais, nomeadamente, dificuldades financeiras que a empresa atravessa relacionados com o incumprimento de prazos de recebimento, que tornam desnecessária a existência da respetiva categoria profissional e conduziram a uma situação de insustentável manutenção do atual posto de trabalho.

Por essa forma, também os critérios de seleção legalmente previstos no artigo 368.º/2 do Código do Trabalho não se aplicam ao caso concreto, na medida em que não há outros trabalhadores em igualdade de circunstâncias para selecionar.

O seu é o único lugar a extinguir.

É assim claro e inequívoco que se tomou impossível a subsistência da relação laboral havida com V.Ex.ª e, em consequência, é intenção da ... realizar a cessação do contrato de trabalho celebrado com V.Ex.ª, extinguido o seu posto de trabalho.

Importa referir que não se trata de uma pretensão afeta a despedimento coletivo, nem tão pouco devida a conduta culposa de V.Ex.ª, não dispondo a empresa de qualquer outro contrato a termo relativo ao mesmo ou similar posto de trabalho.

Nos termos do disposto no artigo 370.º/1 do Código do Trabalho, dispõe de 10 dias a contar da receção desta carta para emitir parecer fundamentado sobre os motivos invocados.

Face ao exposto, vamos comunicar ao CITE — Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, a nossa intenção, na expectativa de boa resolução e compreensão.

A Gerência”.

1.3. De acordo com a informação da entidade empregadora “*a trabalhadora em causa não respondeu à carta entregue conforme o disposto no artigo 370.º/1 do Código do Trabalho (...)*”.

1.4. Em 9/12/2016, a CITE solicitou a seguinte documentação e informação à entidade empregadora, conforme se transcreve:

“Com referência ao assunto em epígrafe e na sequência do pedido de parecer prévio recebido nesta Comissão em 07.12.2016, respeitante ao despedimento por extinção do posto de trabalho da trabalhadora grávida ..., solicita-se, ao abrigo do n.º 2 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março, que estabelece a orgânica da CITE, a seguinte documentação e informação:

- a) Cópia do contrato de trabalho da trabalhadora grávida;*
- b) Anexo A do Relatório Único da empresa acompanhado da respetiva Tabela de Códigos e Descrições;*
- c) Cópia do(s) acordo(s) de cedência ocasional de trabalhadores/as com a mesma categoria profissional ou conteúdo funcional idêntico ao da trabalhadora grávida;*
- d) Outra informação que seja considerada pertinente, atendendo aos elementos agora solicitados.*

*Atendendo ao prazo legal para a emissão de parecer prévio pela CITE, os elementos solicitados deverão ser enviados a esta Comissão, com a máxima urgência, até ao dia 13.12.2016 (terça- feira), para o email **secretariado@cite.pt**, referindo o Processo n.º 2099-DG-E/2016.”*

1.5. Após solicitação da CITE a entidade empregadora, juntou ao processo o Anexo A do Relatório Único acompanhado das tabelas de códigos e respetivas descrições, cópia do contrato de trabalho da trabalhadora especialmente protegida e comunicação de transferência de uma trabalhadora endereçada ao Centro Distrital de Segurança Social de Castelo Branco.

1.6. A entidade empregadora esclareceu, ainda, o seguinte:

“A ... vem por este meio enviar a documentação solicitada por vocês:

a) *Cópia do contrato de trabalho da trabalhadora grávida;*

b) *Anexo A do Relatório Único da empresa acompanhado da respetiva Tabela de Códigos e Descrições;*

c) *Cópia do(s) acordo(s) de cedência ocasional de trabalhadores/as com a mesma categoria profissional ou conteúdo funcional idêntico ao da trabalhadora grávida;*

Relativamente a este ponto o contrato de Cedência de mão de obra não existe.

O que é feito é a fatura referente ao valor mensal, cuja cópia de uma fatura foi enviada juntamente com o pedido de parecer.

d) *Outra informação que seja considerada pertinente, atendendo aos elementos agora solicitados.*

Relativamente ao Anexo A informamos o seguinte:

- Os trabalhadores ..., ... e ... estão incluídos na faturação de cedência de mão de obra para a ... a 100%.

- A trabalhadora ... está incluída até agosto na faturação de cedência de mão de obra para a ... a 100%.

Para esta trabalhadora foi feito o pedido de transferência de empresa, em setembro, para a ..., conforme comprovativo que se envia em anexo.”

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela resolução n.º 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979, e com entrada em vigor na ordem internacional a 3 de setembro de 1981, em conformidade com o artigo 27.º, n.º 1, assinada por Portugal a 24 de abril de 1980 e aprovada para ratificação pela Lei n.º 23/80, de 26 de julho, publicada no Diário da República I Série A, n.º 171/80 e em vigor na ordem jurídica portuguesa desde 3 de setembro de 1981, determina no seu artigo 11.º que:

"Os Estados Partes comprometem-se a tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres no domínio do emprego com o fim de assegurar, com base na igualdade dos homens e das mulheres, os mesmos direitos, em particular: (...)

Proibir, sob pena de sanções, o despedimento por causa da gravidez ou de gozo do direito a um período de dispensa do trabalho por ocasião da maternidade, bem como a discriminação nos despedimentos fundada no estado matrimonial; (...)

Instituir a concessão do direito a um período de dispensa do trabalho por ocasião da maternidade pago ou conferindo direito a prestações sociais comparáveis, com a garantia da manutenção do emprego anterior, dos direitos de antiguidade e das vantagens sociais (...)."

2.2. A Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5.07.2006 alude à construção jurisprudencial do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional. De acordo com os considerandos 23 e 24 da referida Diretiva é expressamente referido que: *Ressalta claramente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que qualquer tratamento desfavorável de uma mulher relacionado com a gravidez ou a maternidade constitui uma discriminação sexual direta em razão do sexo. (...) O Tribunal de Justiça tem repetidamente reconhecido a legitimidade, em termos do princípio da igualdade de tratamento, de proteger a condição biológica da*

mulher na gravidez e na maternidade e de adotar medidas de proteção da maternidade como meio de atingir uma igualdade concreta.

2.3. É, pois, jurisprudência uniforme do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias¹ que o despedimento de uma trabalhadora devido à sua gravidez constitui uma discriminação direta em razão do sexo, proibida nos termos do artigo 14.º n.º 1, alínea c) da Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional.

2.4. Na verdade, e de acordo com o já previsto na Diretiva 92/85/CEE do Conselho, de 19.10.92, artigo 10.º: “1. *Os Estados-membros tomem as medidas necessárias para proibir que as trabalhadoras (...) sejam despedidas durante o período compreendido entre o início da gravidez e o termo da licença de maternidade (...), salvo nos casos excecionais não relacionados com o estado de gravidez, admitidos pelas legislações e/ou práticas nacionais e, se for caso disso, na medida em que a autoridade competente tenha dado o seu acordo.*

2. Quando uma trabalhadora (...) for despedida durante o período referido no n.º 1, o empregador deve justificar devidamente o despedimento por escrito.”

2.5. Em sintonia com o princípio comunitário da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres 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 regalias².

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

¹ Ver, entre outros, os Acórdãos proferidos nos processos C-179/88, C-421/92, C-32/93, C- 207/98 e C-109/00).

² Artigo 68.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa.

- 2.7.** 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.
- 2.8.** O Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, foi objeto de alterações introduzidas pela Lei n.º 27/2014, de 8 de maio. Tais alterações foram significativas no que respeita à cessação de contrato de trabalho por extinção de posto de trabalho.
- 2.9.** Neste sentido, e para efeitos do n.º 1 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/a trabalhador/a;
 - 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.
- 2.10.** Nos termos do n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho, havendo na secção ou estrutura equivalente uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, para determinação do posto de trabalho a extinguir, a decisão do empregador deve observar, por referência aos respetivos titulares, a seguinte ordem de critérios relevantes e não discriminatórios:
- a) Pior avaliação de desempenho, com parâmetros previamente conhecidos pelo trabalhador;
 - b) Menores habilitações académicas e profissionais;
 - c) Maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa;
 - d) Menor experiência na função;
 - e) Menor antiguidade na empresa.

2.11. De acordo com o n.º 4 do artigo 368.º do mesmo Código, considera-se que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador não disponha de outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador/a.

2.12. 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/as a despedir.

2.13. 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 53º 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. 397º nº 2³ (e que são cobertas pela liberdade de iniciativa do titular

³ Atual n.º 2 do artigo 359.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

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)”.

Isto, porque o nº 3 do artigo 403º do Código do Trabalho⁴ objetiva o conceito de impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho reconduzindo-o à situação do empregador não dispor de outro que seja compatível com a categoria do trabalhador.⁵

Sendo isto certo para a apreciação da justa causa (repete-se), importa sempre, contudo, a nosso ver que antes se verifique que houve uma relação causal entre a decisão gestionária inicial e a decisão organizativa intermédia de extinção do posto de trabalho. Sob pena de não se poder controlar a efetiva verificação da existência de uma decisão gestionária que implique a segunda.

Tal não significa controlar a bondade da decisão gestionária. Significa apenas determinar se ela existiu de forma a ter relação com a segunda decisão.

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.”

⁴ Atual n.º 4 do artigo 368.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

⁵ (...) Como refere Maria do Rosário Palma Ramalho (*Direito do Trabalho, Parte II, pag. 885*) a referência da lei à categoria deve entender-se como reportada à categoria interna e não à categoria funcional do trabalhador. Ou seja, “não está em causa a manutenção da mesma função (ou seja, a aceção horizontal da categoria ou categoria funcional), sob pena da total inoperacionalidade do preceito” (a favor desta posição

2.14. No caso de se verificar, na mesma secção ou estrutura equivalente uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, e para a concretização do posto de trabalho a extinguir, há, ainda, que atender à ordem de critérios determinados no n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho.

No que respeita à observação da ordem dos critérios definida na lei refere-se, a título de exemplo, e ainda com atualidade, pese embora as alterações legislativas, o que decorre da jurisprudência constante no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09.03.2005. Assim: *“A noção de conteúdo funcional idêntico, para efeitos do critério de prioridade na extinção do posto de trabalho já foi desenvolvida na Jurisprudência do STJ, designadamente do AC de 26 de maio de 1999, publicado na CJ Tomo II, pág. 289, o qual refere que “o n.º 2 do artigo 27º não se refere a funções iguais, nem às mesmas categorias profissionais, nem sequer a categorias profissionais idênticas, refere-se antes a «postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico» - o que logo pressupõe funções diferentes e distintas, mas com identidade de conteúdo funcional. Aliás, só assim é que se compreende a forma como o legislador hierarquizou os critérios de prioridades na extinção do posto (...)*
(...)

Pretende-se assim que a extinção do posto de trabalho objetivamente fundamentada não se confunda com a extinção do posto de trabalho que vise a cessação de contratos de trabalho dirigida a trabalhadores em concreto (...)”

2.15. 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.

cita o Ac. do STJ de 22-06-2005, in www.dgsi.pt, proc. 05S923) (...), In Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11.11.2008, Processo n.º 27/07.1TTFIG.C1, em www.trc.pt.

⁶ “ Atual n.º 2 do artigo 403.º do Código do Trabalho.” Tal preceito legal corresponde, no Código do Trabalho de 2009 ao n.º 2 do artigo 368.º.

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)⁷⁷

2.16. Neste sentido, a lei exige por um lado motivos objetivos relativos à necessidade invocada para proceder a despedimento/s, a sua relação com o/s posto/s de trabalho afetado/os pela medida adotada e a escolha, quando exista uma pluralidade de postos de trabalho com conteúdo funcional idêntico, do/s posto/s em concreto por observância dos critérios legalmente definidos, sendo certo que a escolha, através da aplicação dos critérios legais, da extinção de determinado posto de trabalho, por si só, não é suficiente para garantir a licitude do despedimento, sendo necessário, ainda, determinar a impossibilidade da manutenção do vínculo laboral através do cumprimento do dever de impende sobre o empregador de demonstrar a inexistência de outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional do/a trabalhador/a.

2.17. Quando o posto de trabalho a extinguir é ocupado por uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante acresce aos requisitos mencionados uma especial proteção

⁷⁷ 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.

legal imposta pela Constituição e concretizada 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).

- 2.18.** 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.
- 2.19.** 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.
- 2.20.** À CITE incumbe, por força das suas atribuições (alínea b) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março), aferir se o empregador fundamentou concretamente o/s motivo/s para a necessidade de extinção do posto de trabalho escolhido, se demonstrou o cumprimento dos requisitos legais para a extinção do posto de trabalho, e se demonstrou, quando exista uma pluralidade de posto de trabalho com conteúdo funcional idêntico, o critério de seleção aplicado para determinar o/a trabalhador/a a despedir, por forma a concluir pela existência ou inexistência de indícios de discriminação em razão da maternidade.

2.21. 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 aplicação dos critérios para escolha do/a trabalhador/a a despedir, quando se verifique a existência de uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico.

2.22. 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)⁸, 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/a trabalhador/a nas micro (até 9 trabalhadores/as) ou pequenas (de 10 trabalhadores/as até 49 trabalhadores/as) empresas, ou até quatro trabalhadores/as, nas médias (de 50 trabalhadores/as até 249 trabalhadores/as) ou grandes (de 250 trabalhadores/as ou mais) empresas⁹, o legislador determina que não existam na empresa contratos de

⁸ “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.

⁹ 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.

trabalho a termo para as tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto e que resulte impossível a manutenção da relação laboral por inexistência de outro posto de trabalho compatível com a categoria do/a trabalhador/a afetado/a.

- 2.23.** Igualmente, impende sobre o empregador o dever de comunicar ao/à trabalhador/a os motivos para o seu despedimento, assim como os critérios de seleção dos trabalhadores/as a despedir, de forma a possibilitar o exercício do princípio do contraditório pelo/a trabalhador/a.
- 2.24.** No caso em análise a entidade empregadora desenvolve a atividade de comércio por grosso de outras máquinas e material de escritório e comunicou, à trabalhadora grávida que motivos de mercado, redução significativa da atividade da empresa, diminuição previsional dos serviços e volume de negócio e faturação, assim como motivos estruturais de dificuldades financeiras motivadas pelo incumprimento de prazos de recebimento justificaram a necessidade de extinção do posto de trabalho ocupado pela trabalhadora e desnecessária a categoria profissional.
- 2.25.** A entidade empregadora informou a trabalhadora sobre a não aplicabilidade dos critérios de seleção previsto no n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho, por o único lugar a extinguir ser o por si ocupado, inexistindo outros trabalhadores em igualdade de circunstâncias.
- 2.26.** À CITE a entidade empregadora referiu que: *“A extinção do posto de trabalho, para a categoria de Primeira Caixeira, com as funções de vender mercadorias por telefone no comércio, por grosso ou a retalho, no departamento comercial e de marketing, é determinada por motivos de mercado, inerentes a uma redução da atividade da empresa, provocada pela diminuição previsional dos serviços e volume de negócios/diminuição da faturação, e por motivos estruturais, atentas as dificuldades financeiras que a empresa atravessa relacionados com o incumprimento de prazos de recebimento. A empresa face aos motivos supra mencionados não tem faturação suficiente e alguns trabalhadores encontram-se cedidos a outras empresas do grupo, como acontece com uma trabalhadora, ...,*

que está com a categoria de Segunda Caixeira, mas não exerce funções há mais de um ano para a ... O custo com essa trabalhadora é debitado numa outra empresa do ..., cujos documentos aqui se anexam.

- 2.27.** Face à informação prestada pela entidade empregadora surge como necessário à análise do processo o enquadramento jurídico da factualidade descrita. O Capítulo V do Código do Trabalho dedicado às vicissitudes contratuais regula a matéria sobre cedência ocasional de trabalhador/a.
- 2.28.** De acordo com a lei em vigor, *“A cedência ocasional consiste na disponibilização temporária de trabalhador, pelo empregador, para prestar trabalho a outra entidade, a cujo poder de direção aquele fica sujeito, mantendo-se o vínculo contratual inicial.”* – artigo 288.º do Código do Trabalho.
- 2.29.** Em matéria de regime de prestação de trabalho de trabalhador/a cedido *“Durante a cedência ocasional, o trabalhador está sujeito ao regime de trabalho aplicável ao cessionário no que respeita ao modo, local, duração de trabalho, suspensão do contrato de trabalho, segurança e saúde no trabalho e acesso a equipamentos sociais.”*- n.º 1 do artigo 291.º do Código do Trabalho.
- 2.30.** Quanto ao enquadramento de trabalhador cedido, clarifica o n.º 1 do artigo 293.º do Código do Trabalho que: *“O trabalhador cedido não é considerado para efeito da determinação das obrigações do cessionário que tenham em conta o número de trabalhadores empregados, exceto no que respeita à organização dos serviços de segurança e saúde no trabalho.”*.
- 2.31.** Como melhor concretiza Luís Menezes Leitão: *“(...) A cedência ocasional implica que um trabalhador, que se mantém no quadro de pessoal do empregador, é cedido a outra entidade, que passa a exercer sobre ele o poder de direção (...) O devedor da retribuição continua a ser a empresa cedente, ainda que possa ser acordado o pagamento pela empresa cessionária. (...) Uma vez que se mantém o vínculo laboral entre o trabalhador e o empregador cedente (291.º), é manifesto*

*que o cessionário, embora beneficiário direto da prestação laboral, não é parte no contrato de trabalho, não assumindo assim a qualidade de empregador. (...)*¹⁰

2.32. Maria do Rosário Palma Ramalho, aborda a cedência ocasional de trabalhadores no âmbito de situações empresariais de grupo como: *“I. Uma outra vicissitude modificativa do contrato de trabalho, por razões de gestão, é a denominada cedência ocasional de trabalhadores. A cedência ocasional é uma figura de mobilidade dos trabalhadores típica do contexto dos grupos de empresas ou no quadro de colaboração empresarial. Neste contexto específico, a figura da cedência ocasional permite ultrapassar as dificuldades de movimentação dos trabalhadores entre as empresas, que decorrem das suas garantias gerais em matéria funcional (o princípio da invariabilidade da prestação – art. 118.º n.º 1 do CT) e em matéria geográfica (o princípio da inamovibilidade – art. 129.º n.º 1 f) do CT). (...)*¹¹.

2.33. Refere a autora que *“No que toca às relações entre a entidade cedente e o trabalhador cedido, o princípio geral é o da manutenção do contrato de trabalho com o empregador cedente (...). Na verdade, subjacente a este princípio geral, está tecnicamente uma situação de suspensão do contrato de trabalho, que retoma o seu cumprimento normal, uma vez finda a situação de cedência (ou porque decorreu o prazo para ela previsto ou porque, antes do decurso desse prazo, a entidade cessionária cessou a atividade ou se extinguiu) (...) No caso da suspensão do contrato de trabalho com origem na cedência ocasional, é ainda este alcance limitado da suspensão que explica o facto de o poder disciplinar laboral se manter na esfera do empregador, não se deslocando para a entidade cessionária, ao contrário do que sucede com o poder diretivo (...); e é também este alcance limitado da figura da suspensão do contrato de trabalho que justifica que a*

¹⁰ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “Direito do Trabalho”, 2ª Edição, Edições Almedina, janeiro 2010, págs. 414 e 415.

¹¹ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais”, 3ª Edição Revista e Atualizada ao Código do Trabalho de 2009”, Edições Almedina S.A., maio de 2010, pág. 776.

antiguidade do trabalhador continue a contar na empresa de origem durante todo o tempo de cedência (...).¹²

2.34. No estudo desenvolvido pela autora resulta esclarecido que: *“(...) Tendo em conta que a cedência ocasional não interfere na qualidade de empregador – que continua a caber à entidade cedente (...) – entende-se que as vicissitudes económicas que fundamentam quer os despedimentos por motivo económico, quer as medidas de lay-off, só podem atingir os trabalhadores cedidos quando ocorram na empresa de origem do trabalhador (...) Questão diversa é a de saber se um trabalhador cedido ocasionalmente a outra empresa do grupo pode ser afetado por uma medida de reestruturação económica que ocorra na sua empresa de origem, durante a sua ausência, e que redunde na cessação do seu contrato de trabalho [1029 Naturalmente, não consideramos neste contexto a possibilidade de aplicação a este trabalhador das medidas de redução do tempo de trabalho ou de suspensão do contrato de trabalho, por motivo de crise empresarial. Uma vez que o contrato deste trabalhador já está suspenso, por efeito do acordo de cedência ocasional, a aplicação das medidas de lay off não faz sentido.]*

A nosso ver, a resposta terá que ser afirmativa, uma vez que o contrato de trabalho se mantém durante a cedência ocasional, embora suspenso e, como decorre do regime geral da suspensão do contrato de trabalho, a situação de suspensão não obsta a que qualquer das partes faça cessar o contrato, nos termos gerais (...). Assim, verificados os fundamentos substanciais do despedimento por motivos económicos na empresa de origem, o contrato de trabalho deste trabalhador poderá cessar com esse fundamento.(...) cessando o contrato de trabalho na empresa de origem do trabalhador, desaparece a base sobre a qual foi celebrado o negócio jurídico acessório desse mesmo contrato (i.e. o acordo de cedência ocasional), pelo que tal negócio pode ser resolvido por alteração das circunstâncias (art. 437 n.º 1 do CC). (...).¹³

¹² MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Grupos Empresariais e Societários. Incidências Laborais”, Edições Almedina S.A., julho 2008, págs. 504 e 505.

¹³ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Grupos Empresariais e Societários. Incidências Laborais”, Edições Almedina S.A., julho 2008, págs. 585 e 586.

- 2.35.** Analisado, em traços gerais, o regime que se afigura aplicável à factualidade descrita pela entidade empregadora no âmbito da solicitação do parecer prévio a emitir por motivo de despedimento de trabalhadora grávida em virtude da extinção do seu posto de trabalho, cabe agora verificar que elementos resultam demonstrados no processo.
- 2.36.** Assim, e de acordo com o contrato de trabalho junto ao processo, a trabalhadora grávida foi contratada para prestar atividade correspondente às categorias de Segunda Caixeira.
- 2.37.** Verificado o conteúdo do Anexo A do Relatório Único, junto ao processo pela entidade empregadora, constata-se que a empresa dispõe de um quadro de pessoal com 9 trabalhadores/as, tendo a trabalhadora grávida a categoria profissional de Residual (inclui ignorado) e a profissão de outros trabalhadores relacionados com vendas, n.e..
- 2.38.** Na empresa existem mais três trabalhadores/as com a mesma categoria profissional da trabalhadora, dos quais duas trabalhadoras têm igualmente a mesma profissão.
- 2.39.** De acordo com a informação da entidade empregadora uma dessas trabalhadoras, a trabalhadora ..., deixou de pertencer aos seus quadros, a partir de 1.09.2016, tendo sido transferida para a empresa ...
- 2.40.** Quanto à trabalhadora ..., a entidade empregadora esclareceu que *“o contrato de cedência de mão de obra não existe. O que é feito é a fatura referente ao valor mensal, cuja cópia de uma fatura foi enviada juntamente com o pedido de parecer.”*.
- 2.41.** Nos termos previstos no artigo 290.º do Código do Trabalho a cedência ocasional de trabalhador/a depende de acordo entre cedente e cessionário, sujeito a forma

escrita que deve conter, entre outros elementos a declaração de concordância do/a trabalhador/a. Nos termos do artigo 292.º do mesmo Código, a cedência ocasional de trabalhador/a fora das condições em que é admissível, ou a falta do acordo nos termos do n.º 1 do já referido artigo 290.º confere ao/à trabalhador/a cedido/a o direito de optar pela permanência ao serviço do cessionário em regime de contrato de trabalho sem termo.

- 2.42.** Tal como ficou esclarecido, durante a cedência de trabalhadores/as entre empresas do mesmo grupo o contrato de trabalho existente com a empresa cedente fica suspenso durante o período da referida cedência. De facto, e nos termos previstos nos n.º 1 e n.º 3 do artigo 295.º do Código do Trabalho, durante a suspensão do contrato de trabalho mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efetiva prestação de trabalho e não obsta a que qualquer das partes faça cessar o contrato nos termos gerais.
- 2.43.** No que se refere ao caso agora analisado, o direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho respeita, entre outros, aos critérios para a seleção de trabalhadores/as a despedir, conforme determinado na alínea c) do n.º 2 do artigo 24.º do Código do Trabalho.
- 2.44.** Neste sentido, ao extinguir o posto de trabalho de uma trabalhadora grávida sem cumprir o previsto no n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho, ou seja sem aplicar os critérios aí mencionados aos titulares de uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico que existam numa dada secção ou estrutura equivalente, ainda que algum deles possam ter o seu contrato de trabalho suspenso por motivo de cedência ocasional, ou como se afigura, esteja a exercer a sua atividade noutra empresa sem a tutela de um acordo escrito que o legitime, a entidade empregadora está a aplicar um tratamento desigual aos/às trabalhadores/as daquela secção ou estrutura equivalente, sem justificação legal e objetiva que, no caso, indicia prática discriminatória na extinção do posto de trabalho ocupado pela trabalhadora grávida, especialmente protegida.

2.45. Acresce, ainda, à análise realizada que do processo de extinção de posto de trabalho remetido a esta Comissão não se retira com clareza a necessária relação causal entre os motivos de mercado e estruturais invocados pelo empregador e a escolha do posto de trabalho relacionado com vendas, atendendo ao universo de oito posto de trabalho atualmente existentes na empresa. Ou, ainda, que seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho pelo facto de o empregador não dispor de outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional da trabalhadora grávida, quando se verifica que existe pelo menos um posto de trabalho para as mesmas funções, ocupado por trabalhadora com contrato de trabalho suspenso em virtude de cedência ocasional.

III – CONCLUSÃO

Face ao que antecede, a CITE emite parecer desfavorável ao despedimento, por extinção do posto de trabalho da trabalhadora grávida ..., promovido pela empresa ..., porquanto se evidência indícios de prática discriminatória em função da maternidade na extinção do posto de trabalho ocupado pela trabalhadora especialmente protegida.

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 21 DE DEZEMBRO DE 2016, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENCAS ANEXA À MESMA ATA.