

PARECER N.º 101/CITE/2010

Assunto: Parecer prévio ao despedimento de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, por facto imputável à trabalhadora, nos termos do n.º 1 e da alínea a) do n.º 3 do artigo 63.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro
Processo n.º 578 – DX/2010

I – OBJECTO

- 1.1. Em 27.07.2010, a CITE recebeu do Instrutor do processo disciplinar nomeado pela empresa ..., S.A., pedido de parecer prévio ao despedimento por facto imputável à trabalhadora, com a categoria profissional de Operadora 2, a exercer funções no ..., em Loures, ...
- 1.2. Da nota de culpa, comunicada à trabalhadora em 17.06.2010, constam as seguintes alegações:
 - *A arguente é uma sociedade comercial que, na prossecução do seu escopo social, se dedica ao comércio retalhista e armazenista, nomeadamente a exploração de centros comerciais, estabelecimentos de charcutaria, confeitaria, café, restaurante, padaria e talho e ainda a indústrias de confeitaria, padaria e salsicharia.*
 - *A arguida, por sua vez, foi admitida ao serviço da arguente mediante contrato de trabalho celebrado em 31 de Julho de 2006 e, actualmente, tem a categoria profissional de Operador 2.*
 - *Exerce as suas funções no estabelecimento da arguente, sito em ..., Loures, doravante designado por "Loja".*
 - *Obrigando-se a cumprir um período normal de trabalho de 40 horas semanais.*
 - *Competindo à arguente a fixação e/ou alteração do horário de trabalho consoante as necessidades do serviço.*

- Nos seguintes dias, a arguida não cumpriu na íntegra e seu horário de trabalho, designadamente:

Data	Tempo trabalho previsto	Tempo de trabalho realizado	Ausência
18-01-2010	8h00	0h00	8h00
19-01-2010	8h00	0h00	8h00
20-01-2010	8h00	0h00	8h00
21-01-2010	8h00	0h00	8h00
23-01-2010	8h00	0h00	8h00
25-01-2010	8h00	0h00	8h00
26-01-2010	8h00	0h00	8h00
27-01-2010	8h00	0h00	8h00
28-01-2010	8h00	0h00	8h00
30-01-2010	8h00	0h00	8h00
01-02-2010	8h00	0h00	8h00
02-02-2010	8h00	0h00	8h00
03-02-2010	8h00	0h00	8h00
04-02-2010	8h00	0h00	8h00
05-02-2010	8h00	0h00	8h00
21-04-2010	8h00	0h00	8h00
23-04-2010	8h00	0h00	8h00
24-04-2010	8h00	0h00	8h00
27-04-2010	8h00	0h00	8h00
28-04-2010	8h00	0h00	8h00
29-04-2010	8h00	0h00	8h00
30-04-2010	8h00	0h00	8h00
03-05-2010	8h00	0h00	8h00
04-05-2010	8h00	0h00	8h00
06-05-2010	8h00	0h00	8h00
07-05-2010	8h00	0h00	8h00
08-05-2010	8h00	0h00	8h00

10-05-2010	8h00	0h00	8h00
12-05-2010	8h00	0h00	8h00
13-05-2010	8h00	0h00	8h00
14-05-2010	8h00	0h00	8h00
15-05-2010	8h00	0h00	8h00
17-05-2010	8h00	0h00	8h00
18-05-2010	8h00	0h00	8h00
19-05-2010	8h00	0h00	8h00
20-05-2010	8h00	0h00	8h00
21-05-2010	8h00	0h00	8h00
24-05-2010	8h00	0h00	8h00
25-05-2010	8h00	0h00	8h00
26-05-2010	8h00	0h00	8h00
27-05-2010	8h00	0h00	8h00
		<i>Total:</i>	328h00m

- O que perfaz 328h em falta conforme se verifica pelo mapa de picagens junto ao processo disciplinar.
- Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 248.º do Código do Trabalho, tais ausências correspondem a mais de 41 (quarenta e um) dias de faltas.
- A arguida não pediu autorização para não cumprir integralmente o horário nos dias em questão,
- Não avisou previamente a arguente que iria faltar,
- Nem apresentou, em devido tempo, qualquer justificação para tais ausências.
- Ao faltar sem aviso prévio, a Arguida provocou à Arguente perturbações no planeamento do trabalho,
- Obrigando os seus colegas de trabalho e a sua chefia a um esforço acrescido.
- O que conduziu necessariamente a uma degradação da qualidade de várias tarefas que estão a cargo de toda equipa de trabalho.
- A arguida foi recentemente alvo de um processo disciplinar pelo mesmo motivo, o qual se encontra agora em fase judicial.

- *Não obstante tal processo, a arguida continua sem cumprir os seus deveres junto da arguente.*
- *O comportamento reiterado da arguida consubstancia numa violação dos deveres de assiduidade, pontualidade, de zelo e diligência, violando as alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 128.º do Código do Trabalho.*
- *A gravidade dos factos e as consequências provocadas tornam prática e imediatamente impossível a subsistência da relação de trabalho,*
- *Pelo que, integrando tais factos justa causa de despedimento, nos termos do disposto no n.º 1 e na al. g) do n.º 2 do artigo 351.º do Código do Trabalho,*
- *É, de facto, intenção da arguente proceder ao despedimento do arguido com justa causa.*
- *Concede-se à arguida o prazo de 10 dias úteis para, querendo, deduzir a sua defesa por escrito.*

1.3. A entidade empregadora informou a CITE de que a trabalhadora não apresentou resposta à nota de culpa, e que *teve um parto há menos de um ano.*

1.4. Do presente processo disciplinar constam, ainda, os seguintes elementos:

- Relatório final e proposta de sanção, de 22.07.2010;
- Participação disciplinar, de 28.05.2010;
- Despacho para nomeação de instrutor;
- Mapa de picagens de Janeiro, Fevereiro, Abril e Maio de 2010.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. *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 directa 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 adoptar medidas de protecção da maternidade como meio de atingir uma igualdade concreta.¹

2.2. É jurisprudência uniforme do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias² que o despedimento de uma trabalhadora devido à sua gravidez constitui uma discriminação directa em razão do sexo, proibida nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 14.º da Directiva 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 actividade profissional.

2.3. A Constituição da República Portuguesa reconhece às mulheres trabalhadoras o direito a especial protecção durante a gravidez e após o parto, incluindo a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda de retribuição ou de quaisquer regalias³.

2.3.1. Como corolário deste princípio, o artigo 63.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, determina uma especial protecção no despedimento.

Nos termos da lei, o despedimento de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou de trabalhador no gozo de licença parental carece de parecer prévio da entidade que tenha competência na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres.

2.3.2. Determina, ainda, este normativo que o despedimento por facto imputável a trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou trabalhador no

¹ Considerandos 23 e 24 da Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5.07.2006.

² Ver, entre outros, os Acórdãos proferidos nos processos C-179/88, C-421/92, C-32/93, C-207/98 e C-109/00).

³ N.º 3 do artigo 68.º da Constituição da República Portuguesa.

gozo de licença parental se presume feito sem justa causa.

2.4. Compete à CITE, por força da alínea e) do n.º 1 do artigo 496.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, e da alínea s) do n.º 6 do artigo 12.º da Lei n.º 7/2009, de 12 e Fevereiro, emitir o parecer referido.

2.5. O procedimento para despedimento por facto imputável ao trabalhador encontra-se tipificado e, em regra, reveste-se de natureza imperativa, salvo nos casos expressamente previstos⁴.

A nota de culpa delimita o objecto do processo disciplinar, tanto em termos factuais como temporais. Por isso, a análise da presunção de inexistência de justa causa terá não só de se circunscrever às infracções indicadas naquele documento, sua valoração e nexos de causalidade, como considerar a prova realizada.

2.6. O artigo 350.º do Código Civil esclarece que as presunções legais podem ser ilididas mediante prova em contrário.

Assim, a presunção de inexistência de justa causa, consignada no n.º 2 do artigo 63.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, só pode ser ilidida mediante apresentação de prova que confirme que este despedimento é justificado.

2.7. A infracção disciplinar configurada pelo empregador traduz-se na ocorrência de 41 faltas injustificadas entre Janeiro e Maio de 2010.

2.8. Refira-se a propósito da infracção invocada alguma jurisprudência relevante dos tribunais superiores no que respeita designadamente:

2.8.1. À obrigatoriedade do empregador iniciar o procedimento disciplinar nos sessenta dias subsequentes ao conhecimento da infracção, de acordo com o previsto no n.º 2 do artigo 329.º do Código do Trabalho, e sobre a qual se tem interpretado que:

⁴ Artigos 339.º, 351.º e seguintes do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12.02.

- *É dentro do ano civil em que são dadas que as faltas assumem particular relevância – e até maior ou menor relevância consoante o seu número acima dos referidos – pelo que perfeitamente se compreende que só depois de decorrido um ano se haja de iniciar o prazo de caducidade. As faltas injustificadas interpoladas podem verificar-se até ao seu termo e não é irrelevante a contumácia nelas por parte do trabalhador para avaliação do seu absentismo com todos os riscos que dele podem advir para a empresa. Isto só não seria, porventura, assim, se a 5.ª falta seguida ou a 10.ª interpolada, injustificadas, integrassem sempre, quaisquer que fossem as circunstâncias, justa causa de despedimento, o que não se aceita.*

Conclui-se, portanto, que no caso em apreço, ainda não estava decorrido e nem sequer iniciado o prazo de caducidade da acção disciplinar quando esta foi exercida (...), Acórdão do STJ, de 23-04-1982 (Proc. n.º 280).

Mais recentemente o Acórdão da Relação de Lisboa, de 18-12-2002 (Rec. N.º 9068/4/2002) considerou que: (...) *Com efeito, a jurisprudência é pacífica no sentido de que instaurado processo disciplinar por dez ou mais faltas interpoladas ao trabalho, não justificadas, durante o ano civil, o início do respectivo prazo de caducidade verifica-se no primeiro dia do novo ano.*

2.8.2. *À avaliação da conduta de um/a trabalhador/a que incorra na prática de 5 faltas seguidas ou 10 interpoladas, injustificadas, no mesmo ano civil, designadamente quando se afirma que:*

O (...) comportamento previsto [actualmente na alínea g) do n.º 3 do artigo 396.º do Código do Trabalho]⁵, faltas não justificadas ao trabalho que determinem directamente prejuízos ou riscos graves para a empresa ou, independentemente de qualquer prejuízo ou riscos, quando o número de faltas injustificadas atingir, em cada ano, cinco seguidas ou dez interpoladas”, não implica a verificação automática da justa causa de despedimento, impondo-se averiguar do preenchimento da cláusula

⁵ Actual alínea g) do n.º 2 do artigo 351.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.

geral contida no n.º 1 do mesmo preceito, Acórdão do STJ, de 15-02-2006 (Proc. 05S2844).

Neste sentido, tem-se entendido que:

Numa primeira leitura dessa norma é-se tentado a admitir que, ante a literalidade da dita, o legislador se ficou pela exigência da simples materialidade do comportamento do trabalhador para integrar a noção de justa causa de despedimento, nos casos de as faltas injustificadas atingirem, em cada ano civil, as 5 seguidas ou as 10 interpoladas (prescindindo da existência/demonstração de qualquer prejuízo ou risco para a empresa). Quer a doutrina quer a jurisprudência vêm entendendo que assim não é, tornando-se também necessário demonstrar que o comportamento do trabalhador, pela sua gravidade e consequências, torna imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.

Assim, no caso específico da alínea g) do n.º 3 do artigo 396.º⁶, haverá mera desvalorização do elemento prejuízo (real ou potencial) na apreciação da gravidade dos factos, mas não se exclui a relevância do grau de culpa nem o alcance de outros factores de gravidade, como os respeitantes à prevenção especial e geral. In, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15.05.2008, Processo n.º 1007/06.OTTGBR.C1, em www.dgsi.pt.

Em conclusão, e seguindo este entendimento, de acordo com o n.º 1 do artigo 351.º do Código do Trabalho, em conjugação com a alínea g) do n.º 2 do mesmo preceito legal, constitui justa causa de despedimento o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho, nomeadamente faltas não justificadas ao trabalho que, independentemente de qualquer prejuízo ou risco, atinjam em cada ano civil cinco seguidas ou dez interpoladas.

2.9. De acordo com o mesmo Código as ausências quando não sejam previsíveis deverão ser comunicadas ao empregador logo que possível

⁶ Actual alínea g) do n.º 2 do artigo 351.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.

(n.º 2 do artigo 253.º do Código do Trabalho), incumbindo ao empregador exigir prova do facto invocado para a sua justificação (n.º 1 do artigo 254.º do Código do Trabalho).

De facto, considera-se falta justificada a autorizada ou aprovada pelo empregador [alínea i) do n.º 2 do artigo 249.º do Código do Trabalho].

2.10. Neste sentido, para a verificação dos pressupostos para o despedimento com justa causa é necessário avaliar o comportamento culposos⁷, a sua gravidade e consequências e onexo de causalidades entre essa valoração e a impossibilidade da manutenção do vínculo laboral.

2.11. Face ao exposto, seria imperativa a demonstração conforme a trabalhadora estava obrigada a prestar a sua actividade em determinados dias; que agiu com culpa relativamente à alegada falta de comunicação das ausências; que o empregador a interpelou no sentido de apresentar as necessárias justificações e que inequivocamente não autorizou essas ausências tendo, em consequência, deixado de confiar na trabalhadora, o que justificaria a impossibilidade da manutenção da relação laboral.

Neste sentido, refira-se João Leal Amado (*in Contrato de Trabalho*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Janeiro de 2010, pág. 384): *As diversas condutas descritas nas várias alíneas do n.º 2 do artigo 351.º possibilitam uma certa concretização ou densificação da justa causa de despedimento, muito embora deva sublinhar-se que a verificação de algumas dessas condutas não é condição necessária (dado que a enumeração é meramente exemplificativa), nem é condição suficiente*

⁷ A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso (n.º 2 do artigo 487.º do Código Civil). Com a expressão «bom pai de família» quer-se visar o homem de diligência normal, encarado não apenas no âmbito das relações familiares, mas nos vários campos de actuação. A referência a «circunstâncias de cada caso» significa que o próprio padrão a ter em conta varia em função do condicionalismo da hipótese e designadamente do tipo de actividade em causa. Para concluir se houve ou não culpa, se deve conjecturar como o homem padrão teria agido dentro do condicionalismo concreto da hipótese (Galvão Telles, *Obrigações*, 3ª ed.302).
I – A imputação de um juízo de censura a determinado comportamento é baseada num critério abstracto: o grau de exigibilidade de padrões de conduta colocados a um cidadão medianamente diligente, dentro dos condicionalismos da situação em apreço (RC, 15-7-2001: CJ/STJ, 2001, 2º - 166).

(visto que tais alíneas constituem “proposições jurídicas incompletas”, contendo uma referência implícita à cláusula geral do n.º 1) para a existência de justa causa. Esta traduz-se, afinal, num comportamento censurável do trabalhador, numa qualquer acção ou omissão que lhe seja imputável a título de culpa (não se exige o dolo, ainda que, parece, a negligência deva ser grosseira) e que viole os deveres de natureza laboral, quando este comportamento seja de tal modo grave, em si mesmo e nos seus efeitos, que torne a situação insustentável, sendo inexigível ao empregador (a um empregador normal, razoável), que lhe responda de modo menos drástico.

Refira-se, igualmente, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11 de Janeiro de 2010, disponível em www.trp.pt, na parte em que afirma que: *cabará dizer que o apuramento da “justa causa” se corporiza, essencialmente, no elemento da impossibilidade prática e imediata da subsistência da relação de trabalho.*

Relativamente à interpretação desta componente objectiva de “justa causa”, tem-se entendido que a mesma se traduz na impossibilidade de subsistência do vínculo laboral que deve ser reconduzida à ideia de “inexigibilidade” da manutenção vincuística, numa perspectiva de “impossibilidade prática”, no sentido de imediatamente comprometer, e sem mais, o futuro do contrato.

Alguns autores salientam a necessidade de se fazer um prognóstico sobre a viabilidade da relação contratual, no sentido de saber se ela mantém, ou não, a aptidão e idoneidade para prosseguir a função típica que lhe está cometida (Cfr., entre outros, Lobo Xavier, Curso de Direito do Trabalho, Verbo, 2000, págs. 490 e seguintes). A “inexigibilidade” determinar-se-ia mediante um balanço, em concreto, dos interesses em presença – fundamentalmente o da urgência na desvinculação e o da conservação do vínculo –, havendo “impossibilidade prática de subsistência da relação laboral” sempre que a continuidade do contrato represente (objectivamente) uma insuportável e injusta imposição ao empregador, isto é sempre que a subsistência do vínculo e das relações

que ele supõe sejam “... de molde a ferir, de modo desmesurado e violento, a sensibilidade e a liberdade de uma pessoa normal, colocada na posição do empregador”, Cfr. Monteiro Fernandes, Direito do Trabalho, Almedina, 12.ª Edição pág. 557. Para outros autores, como Júlio Gomes, Ob. Cit. pág, 953, “não há necessidade de fazer um prognóstico sobre o futuro da relação: o comportamento do trabalhador torna inviável no presente aquela relação, não sendo exigível a continuação da mesma”. O que está em causa, é a gravidade do que já se passou (...) e não a especulação quanto ao futuro, sob pena, diz o mesmo autor, de o despedimento por justa causa se converter “numa espécie de despedimento por perda de confiança”.

Se é verdade que o despedimento não pode basear-se na pura perda da confiança, devendo verificar-se uma conduta (infraccional) do trabalhador que seja grave e ilícita – numa relação contratual, como é a laboral, de carácter duradouro e continuado, onde é essencial a confiança, aferir da justa causa (daquele comportamento concreto) não pode deixar de implicar também um juízo quanto à viabilidade futura dessa relação. Nesta linha os nossos tribunais têm acentuado a forte componente fiduciária da relação de trabalho e concluindo que a confiança contratual é particularmente afectada quando se belisca o dever de leal colaboração, cuja observância é fundamental para o correcto implemento dos fins prático – económicos a que o contrato se subordina (Acórdãos do STJ de 5.6.91, AD 359, pág. 1306, de 12.10.97, AD, 436, pág. 524 e 28.1.98, AD, 436, pág. 556).

2.12. De facto, os trabalhadores estão legalmente obrigados ao dever de assiduidade e pontualidade [alínea b) do n.º 1 do artigo 128.º do Código do Trabalho] e ao dever de comunicação de faltas, nos termos do artigo 253.º do Código do Trabalho.

No entanto, não resulta prova inequívoca, no âmbito do presente processo, em como a trabalhadora estava obrigada a prestar actividade nos dias indicados na nota de culpa; que não tenha, de facto, comunicado ao empregador as ausências, nem que a empresa lhe tenha exigido prova dos factos, eventualmente, invocados para justificação,

nomeadamente por escrito, como decorre do n.º 1 do artigo 254.º do Código do Trabalho.

2.13. Tal como ficou suficientemente demonstrado, ao longo do presente parecer, a objectividade implícita na alínea g) do n.º 2 do artigo 351.º do Código do Trabalho, apenas isenta a entidade empregadora de provar qualquer prejuízo ou risco.

2.14. Na verdade, de acordo com o previstos na alínea j) do n.º 1 do artigo 127.º do Código do Trabalho, o empregador deve *manter actualizado, em cada estabelecimento, o registo dos trabalhadores com indicação de nome, datas de nascimento e admissão, modalidade de contrato, categoria, promoções, retribuições, datas de início e termos das férias e faltas que impliquem perda de retribuição ou diminuição de dias de férias.*⁸

2.15. Não obstante, no caso em apreço, não se afigura suficiente a mera junção de um registo de 10 ou mais faltas seguidas ou interpoladas e aí classificadas como injustificadas, ao longo do ano civil.

Deveriam, igualmente, ter sido provados os restantes requisitos para existência de justa causa, designadamente a prova da própria injustificação da ausência que fundamentasse a aplicação da sanção mais gravosa prevista no artigo 328.º do Código do Trabalho.

De referir, por último, que do mencionado registo constam, ainda, como injustificadas ausências da trabalhadora em dias não mencionados na nota de culpa, sendo que, de acordo com esse registo a trabalhadora está ausente do trabalho, de forma ininterrupta desde 18 de Janeiro de 2010 a 31 de Maio de 2010, desconhecendo-se a sua situação referente ao mês de Março do mesmo ano.

2.16. Encontrando-se a trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, e portanto objecto de especial protecção, não é possível considerar a falta dos

⁸ Sublinhado nosso.

elementos exemplificativamente mencionados neste parecer como não discriminatória por motivo de maternidade.

III – CONCLUSÃO

3.1. Face ao exposto, a CITE emite parecer desfavorável ao despedimento da trabalhadora ..., uma vez que a entidade empregadora ..., S.A., não ilidiu a presunção legal que define que o despedimento por facto imputável a trabalhadora grávida se presume feito sem justa causa, conforme o n.º 2 do artigo 63.º do Código do Trabalho, por insuficiência de demonstração do preenchimento dos requisitos de verificação de justa causa, definidos no n.º 1 do artigo 351.º do mesmo diploma legal.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 20 DE AGOSTO DE 2010, COM O VOTO CONTRA DO REPRESENTANTE DA CIP – CONFEDERAÇÃO DA INDÚSTRIA PORTUGUESA