

PARECER N.º 43/CITE/2010

Assunto: Parecer prévio 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 – Despedimento de trabalhadora lactante por extinção de posto de trabalho, promovido pela ...
Processo n.º 182 – DL-E/2010

I – OBJECTO

- 1.1. Em 09.03.2010, a CITE recebeu da ... cópia de processo de despedimento por extinção de posto de trabalho da trabalhadora lactante ..., para efeitos da emissão de parecer prévio, nos termos do disposto no n.º 1 e na alínea c) do n.º 3 do artigo 63º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.
- 1.2. A entidade empregadora envia um relatório à trabalhadora em que refere, nomeadamente, o seguinte:
 - 1.2.1. *Que a ..., sita em ..., é um estabelecimento da ..., que oferece aos seus utentes resposta ao nível das valências de creche e jardim de infância.*
 - 1.2.2. *Que o referido espaço abriu ao público em 1950 e está actualmente dimensionado para ter em funcionamento 1 creche completa – 33 crianças – e um jardim de infância completo – 75 crianças, distribuídas por 3 salas.*
 - 1.2.3. *Que em 2005 a ... realizou obras de profundidade, de molde a um incremento qualitativo do espaço que proporcionasse, às crianças e responsáveis, a qualidade que é apanágio da ..., perspectiva, que não abandona, nos mais de 50 anos de serviço à comunidade.*

- 1.2.4.** *Que, a despeito de todos os esforços promovidos para divulgação desta ..., a frequência do jardim de infância, tem vindo a diminuir, terminando o ano lectivo de 2008/2009 com apenas 62 crianças.*
- 1.2.5.** *Que, no ano lectivo de 2009/2010 apenas houve inscrições para preencher 2 salas de jardim de infância, com 25 crianças cada, procedendo-se então ao encerramento da 3ª sala existente.*
- 1.2.6.** *Que os resultados daquele estabelecimento levaram a Instituição a concluir que essa era a única solução consistente com a política de sustentabilidade, que defendemos - naturalmente a ... não visa o lucro, mas para além da qualidade do serviço, na qual não transige, tem que garantir a sua sustentabilidade, sob pena de deixar de cumprir as suas obrigações para com todos aqueles com quem tem responsabilidades, incluindo colaboradores, utentes, responsáveis e comunidades.*
- 1.2.7.** *Que, embora o encerramento da 3ª sala de jardim de infância lhes colocasse desde logo a questão do excedente de colaboradoras, designadamente da educadora de infância afecta àquela unidade – então de licença de maternidade –, esta Instituição não encetou de imediato as diligências tendentes ao seu despedimento, na perspectiva de a afectar a uma outra ..., de que a ... é, também, proprietária, na condição de se abrir aí uma outra sala de jardim de infância.*
- 1.2.8.** *Que, em virtude de questões técnicas e burocráticas, esta sala não chegou a ser aberta e a oportunidade da continuidade do processo deverá ser reapreciada para o próximo ano lectivo em função, designadamente, do número de crianças inscritas.*
- 1.2.9.** *Que, em Novembro de 2009, a ..., apresentava um resultado líquido negativo de € 68.933,71. Avaliados todos os factos e ponderados todos os argumentos, não restam outras alternativas à instituição, que não a extinção do posto de trabalho que a Educadora de Infância ... ocupa na Instituição e, consequentemente, o seu despedimento.*

- 1.2.10.** *Que é impossível a subsistência da relação de trabalho, pois não há trabalho para distribuir à colaboradora. Os motivos para este despedimento não se devem a actuação culposa da trabalhadora. Não existem no estabelecimento contratos a termo para o exercício das tarefas correspondentes às do posto de trabalho referido.*
- 1.2.11.** *Que não se aplica o regime previsto para o despedimento colectivo. Será posta à disposição da trabalhadora a compensação devida e regularizados todos os créditos laborais de que seja titular.*
- 1.3.** *A trabalhadora a despedir respondeu à ..., opondo-se ao seu despedimento, referindo, nomeadamente, o seguinte;*
- 1.3.1.** *Que, foi com surpresa, preocupação e desgosto que recebeu, no passado dia 09.02.2010, o relatório onde constam as motivações que justificam a intenção de extinção do seu posto de trabalho na Instituição, sobre o qual se pronuncia, nos termos seguintes:*
- 1.3.2.** *Que, no dia 27 de Julho de 2009, ficou de "baixa" médica, em virtude de apresentar uma gravidez de risco.*
- 1.3.3.** *Que, no dia 13 de Novembro de 2009, foi mãe de gémeos e entrou em licença de maternidade, que terminará no próximo dia 01.04.2010. Está, assim, ausente da instituição desde 27 de Julho de 2009.*
- 1.3.4.** *Que, ainda se encontra a amamentar os gémeos, pelo que, quando entrar ao serviço, a dispensa para amamentação, poderá atingir as 3 horas diárias, facto que dificultaria o exercício isolado do seu trabalho. Isto é, mesmo que a sala não tivesse encerrado no início do ano lectivo 2009/2010, sempre seria necessário alguém para a ajudar, pelo menos enquanto estiver a amamentar, pois, não desconhece que o facto de ter sido mãe e de se encontrar a amamentar os gémeos possa representar, de certa forma, um encargo acrescido para a Instituição.*

- 1.3.5.** *Que está a trabalhar na Instituição desde o dia 01.02.2007, exercendo as funções inerentes à categoria profissional de Educadora de Infância. Tendo presente os vários estabelecimentos com a valência de creche e jardim de infância geridos pela ..., com os correspondentes profissionais, pede que verifiquem se no quadro de educadores de infância da Instituição, existe algum que tenha iniciado funções depois de mim, pois, nesse caso, a existir, deverá ser despedido quem por ultimo foi contratado.*
- 1.3.6.** *Que, caso venha a abrir uma nova sala noutra ..., para o ano lectivo 2010/2011, sempre a Instituição irá precisar de contratar Educador de Infância, pelo que, atendendo ao previsível menor tempo de trabalho de que irá dispor enquanto estiver a amamentar, sempre a decisão final sobre a extinção do posto de trabalho poderia ser tomada nessa altura.*
- 1.3.7.** *Que o Relatório refere que a ..., apresentava em Novembro de 2009, um resultado liquido negativo de € 68.933,71, pelo que a trabalhadora gostava de saber que resultado apresentou no final do ano de 2009, para, assim, melhor poder aferir a dimensão do problema.*
- 1.3.8.** *Que está disponível para exercer outras funções, dentro das suas habilitações, que a instituição necessite, pois, entende que não deve ser despedida e pede que voltem a analisar e ponderar todo o processo, nomeadamente, se é a ultima Educadora de Infância a ter sido contratada.*
- 1.4.** *A ... entendeu responder à trabalhadora, informando, nomeadamente, o seguinte:*
- 1.4.1.** *Que a decisão tomada relativamente à situação laboral da trabalhadora a despedir assentou em critérios de gestão objectivos que não enfermam do juízo discriminatório que, subentende-se, pretende a referida trabalhadora imputar à*

- 1.4.2.** *Que, nos últimos 10 anos, houve na ..., estabelecimento onde desempenha funções, 5 colaboradoras que, tendo sido mães, beneficiaram de toda a protecção que lhes era devida por lei, sem quaisquer consequências na sua situação laboral.*
- 1.4.3.** *Que, não fora a particular atenção que nos mereceu a situação da trabalhadora a despedir, o processo de extinção do seu posto de trabalho teria sido desencadeado em concomitância com a decisão de encerramento da sala onde vinha exercendo as funções de Educadora de Infância (à semelhança do que sucedeu com a Ajudante de Acção Educativa que detinha menos tempo de serviço no estabelecimento).*
- 1.4.4.** *Que embora estando já assente a decisão de encerramento de uma sala de Jardim de infância – por ser a única solução consistente com a falta de inscrições e com os resultados negativos acumulados – esta Instituição, protelou ainda assim, a decisão a tomar relativamente à situação de na esperança de a reafectar a um posto de trabalho, a criar, numa outra ..., onde se projectava a abertura de mais uma sala de Jardim de Infância (conforme lhe foi, aliás, transmitido), e que por questões de ordem técnica e burocrática esta sala não chegou a abrir, e conforme foi já comunicado à trabalhadora, a oportunidade do desenvolvimento do processo deverá ser reapreciada à luz do número de crianças inscritas no próximo ano lectivo, o que nos coloca na eminência de não ter trabalho para lhe distribuir aquando do seu regresso.*
- 1.4.5.** *Que nenhum constrangimento poderia resultar do facto de estar a amamentar, porquanto neste momento não haveria trabalho para lhe atribuir, encerrada que foi a sala de jardim de infância onde a referida trabalhadora, com um zelo que se regista, vinha, desde há 3 anos a esta parte, exercendo funções.*
- 1.4.6.** *Que a ... encerrou o ano de 2009 com um resultado líquido negativo de € 76.623,43 – o jardim de infância, dimensionado para 75 crianças, terminou o ano lectivo de 2008/2009 com 62 crianças, e no ano de 2009/2010 tem apenas 50 crianças. As bastantes para preencher 2 salas.*

- 1.4.7.** *Que a valência de creche está dimensionada para 38 crianças, estando no presente ano a ser frequentada por apenas 35, distribuídas por 2 salas e que a trabalhadora em causa é certamente conhecedora de que os Acordos de Cooperação celebrados entre esta Instituição e a Segurança Social prevêm apenas 1 Educadora de Infância por sala.*
- 1.4.8.** *Que das 5 Educadoras pertencentes ao quadro de pessoal desse estabelecimento é a trabalhadora a despedir que conta com menos tempo de serviço, inexistindo qualquer outro posto de trabalho equivalente onde a possamos colocar. De onde se demonstra impossível a subsistência da relação laboral e não nos resta outra solução que não a de proceder ao seu despedimento.*

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 2.1.** O artigo 10.º, n.º 1 da Directiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de Outubro de 1992, obriga os Estados-membros a tomar as medidas necessárias para proibir que as trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes sejam despedidas durante o período compreendido entre o início da gravidez e o termo da licença por maternidade, salvo nos casos excepcionais não relacionados com o estado de gravidez.
- 2.1.1.** Um dos considerandos da referida Directiva refere que (...) *o risco de serem despedidas por motivos relacionados com o seu estado pode ter efeitos prejudiciais no estado físico e psíquico das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes e que, por conseguinte, é necessário prever uma proibição de despedimento;*
- 2.1.2.** Por outro lado, é jurisprudência uniforme e continuada do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (ver, entre outros, os Acórdãos proferidos nos processos C-179/88, C-421/92, C-32/93, C-207/98 e C-109/00) que o despedimento de uma trabalhadora devido à sua gravidez constitui uma discriminação directa em razão do sexo, proibida nos termos do artigo 14º n.º

1, alínea c) 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.

2.2. Em conformidade com a norma comunitária, a legislação nacional consagra no artigo 63º, n.º 1 do Código do Trabalho, que *o despedimento de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou de trabalhador no gozo de licença parental carece de parecer prévio da entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres*, que é esta Comissão, conforme artigo 494º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, aplicável por força da alínea s) do n.º 6 do artigo 12º da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, que aprova a revisão do Código do Trabalho.

2.2.1. É de salientar que, nos termos do artigo 381º, alínea d) do Código do Trabalho, *sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes ou em legislação específica, o despedimento por iniciativa do empregador é ilícito em caso de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou de trabalhador durante o gozo de licença parental inicial, em qualquer das suas modalidades, se não for solicitado o parecer prévio da CITE.*

2.3. Nos termos do artigo 367º do Código do Trabalho, *considera-se despedimento por extinção de posto de trabalho a cessação de contrato de trabalho promovida pelo empregador e fundamentada nessa extinção, quando esta seja devida a motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, relativos à empresa.*

2.4. Segundo o n.º 2 do artigo 359.º do Código do Trabalho são:

a) Motivos de mercado – 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;

- b) Motivos estruturais – desequilíbrio económico-financeiro, mudança de actividade, reestruturação da organização produtiva ou substituição de produtos dominantes;
- c) Motivos tecnológicos – alterações nas técnicas ou processos de fabrico, automatização de instrumentos de produção, de controlo ou de movimentação de cargas, bem como informatização de serviços ou automatização de meios de comunicação.

2.4.1. Ora, no caso *sub judice*, parece que os motivos estruturais e tecnológicos não fundamentam o presente caso de despedimento por extinção de posto de trabalho, restando os motivos de mercado, que deveriam consubstanciar uma redução da actividade da instituição provocada pela diminuição previsível da procura de serviços, dado que não foi alegada qualquer impossibilidade superveniente, prática ou legal, de colocar esses serviços no mercado.

2.4.2. De facto, a entidade empregadora alega que *a ... encerrou o ano de 2009 com um resultado líquido negativo de € 76.623,43 – o jardim de infância, dimensionado para 75 crianças, terminou o ano lectivo de 2008/2009 com 62 crianças, e no ano de 2009/2010 tem apenas 50 crianças, as bastantes para preencher 2 salas.*

2.4.3. Mas, a mesma entidade empregadora refere, também, que *o encerramento da 3ª sala de jardim de infância lhes colocava desde logo a questão do excedente de colaboradoras, designadamente da educadora de infância afecta àquela unidade – então de licença de maternidade –, esta Instituição não encetou de imediato as diligências tendentes ao seu despedimento, na perspectiva de a afectar a uma outra ..., de que a ... é, também, proprietária, na condição de se abrir aí uma outra sala de jardim de infância, e, que, em virtude de questões técnicas e burocráticas, esta sala não chegou a ser aberta e a oportunidade da continuidade do processo deverá ser reapreciada para o próximo ano lectivo em função, designadamente, do número de crianças inscritas.*

- 2.4.4.** Ora, as referidas questões técnicas e burocráticas não são razões de mercado, nos termos do n.º 2 do artigo 359.º do Código do Trabalho e segundo a entidade empregadora, a possibilidade de ser aberta outra sala de jardim de infância mantêm-se para o próximo ano lectivo, pelo que não se verificam os pressupostos legais da extinção do posto de trabalho e, conseqüentemente, a impossibilidade da subsistência da relação de trabalho, conforme estabelece a alínea *b)* do artigo 368º do mesmo Código.
- 2.4.5.** Na verdade, a entidade empregadora não demonstra a necessidade de extinguir o posto de trabalho da trabalhadora a despedir, pois os motivos justificativos que invoca vão no sentido de o mesmo vir a ser necessário no próximo ano lectivo, e, portanto, de não se justificar a sua extinção.
- 2.5.** Assim, para além do motivo justificativo do despedimento poder ser declarado improcedente, nos termos da alínea *b)* do artigo 381º do Código do Trabalho, o despedimento por extinção do posto de trabalho é ainda ilícito, ao abrigo do disposto na alínea *a)* do artigo 384º do mesmo Código, se, entre outras possibilidades, não for praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho, conforme se afigura no caso em apreço.

III – CONCLUSÃO

- 3.1.** Face ao exposto, a CITE não é favorável ao despedimento por extinção de posto de trabalho da trabalhadora lactante ..., promovido pela ...

**APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO
DA CITE DE 29 DE MARÇO DE 2010**