

PARECER N.º 97/CITE/2010

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
Processo n.º 572 – DG-E/2010

I – OBJECTO

- 1.1. Em 23.07.2010, a CITE recebeu da Presidente da Direcção do ..., um pedido de emissão de parecer prévio ao despedimento da trabalhadora grávida ..., com a categoria profissional de Educadora de Infância, no âmbito de um processo de despedimento por extinção de posto de trabalho, por razões estruturais e de mercado que implicaram a reestruturação do Centro e a extinção do serviço de A.T.L., nos seguintes termos:

Na qualidade de Presidente da Direcção do Centro ..., e para dar cumprimento, designadamente ao disposto nos artigos 63.º, 369.º e ss. do Código do Trabalho, venho pela presente informar V. Ex.^{as} ser nossa intenção cessar, por extinção do posto de trabalho, o contrato de trabalho celebrado com a trabalhadora ..., que se encontra grávida.

Tal decisão funda-se no facto de este Centro ter sofrido recentemente uma profunda reestruturação, que levou à extinção do serviço de A.T.L., onde a trabalhadora desempenha as funções de Educadora de Infância.

O encerramento deste serviço de A.T.L., deve-se ao alargamento do período escolar, até às 17h 30m, com a implementação das actividades extra-curriculares (AEC), o que levou os pais das crianças a deixá-las frequentar estas actividades na escola pública, gratuitamente, ao invés de procurarem o A.T.L., que conseqüentemente sofreu enorme baixa de procura.

Com a extinção do A.T.L., este Centro Social não tem necessidade de manter o posto de trabalho de Educadora de Infância, categoria profissional da trabalhadora supra identificada, uma vez que não existe qualquer outra valência na instituição que implique a existência desta categoria ou outras afins. De facto, este Centro deixa de trabalhar com crianças e passa a trabalhar só com idosos, em duas valências: Centro de Dia e Mini-Lar. Por conseguinte, não existem nesta instituição contratos de trabalho para as tarefas correspondentes ao posto de trabalho que se pretende extinguir e, por outro lado, a trabalhadora não possui qualquer outra formação que permita integrá-la nas novas valências.

Cumpra ainda informar V. Ex.^{as} que nesta valência (A.T.L.) trabalhavam, além da Educadora de Infância, duas outras trabalhadoras, (cfr. se pode verificar pelo teor do mapa de pessoal que se envia em anexo), desempenhando uma delas a categoria de Auxiliar de Acção Educativa e a outra a categoria de Auxiliar de Serviços Gerais. Estas trabalhadoras foram ambas integradas na valência de Mini-Lar, desempenhando actualmente as categorias de Encarregada de Serviços Gerais, e Ajudante de Cozinha, respectivamente, uma vez que as funções ora atribuídas são compatíveis e afins com aquelas que exerciam anteriormente.

Atenta a inexistência de cargos ou funções afins à categoria de Educadora de Infância, que ora se pretende extinguir, consideramos estarem reunidos os pressupostos exigidos na lei para o despedimento, designadamente:

- a) Ausência de conduta culposa do empregador ou do trabalhador – efectivamente o despedimento em causa deve-se a motivos estruturais e de mercado e não quaisquer outros;*
- b) Impossibilidade da subsistência da relação de trabalho – não subsistem os motivos que determinaram a contratação da trabalhadora, especificamente para trabalhar com as crianças do A.T.L. Na ausência de crianças, que determinaram o encerramento do serviço, não existe qualquer possibilidade de converter o contrato de trabalho existente em outro cujo conteúdo funcional fosse idêntico ou afim.*

c) Inexistência na instituição de contratos para a categoria profissional que ora se pretende extinguir – de facto, passando a figurar no objecto social da instituição apenas o apoio a idosos, através da criação de um Mini-Lar e um Centro de Dia, não se alcança a necessidade de contratar uma Educadora de Infância.

d) Não se aplica ao presente caso o despedimento colectivo - a trabalhadora é a única com a categoria profissional de Educadora de Infância, que se pretende extinguir, por conseguinte não poderá falar-se aqui de despedimento colectivo.

Nessa conformidade, para os devidos e legais efeitos, serve a presente para informar V. Ex.^a ser nossa intenção levar a efeito o despedimento da trabalhadora, por extinção do posto de trabalho, seguindo-se os ulteriores termos e procedimentos, designadamente a colocação à disposição da trabalhadora da compensação que lhe é devida nos termos da lei.

Serve ainda a presente para informar V. Ex.^a que nesta instituição não existe comissão de trabalhadores, comissão sindical nem comissão intersindical e a trabalhadora é a única que detém a categoria profissional de Educadora de Infância, que se pretende extinguir, pelo que não se procedeu às comunicações daquelas entidades, como o previsto no n.º 1 do artigo 369.º do Código de Trabalho. Todavia, comunicou-se à Direcção-Geral do Emprego e das Relações de Trabalho, remetendo-se em anexo cópia da mesma e comprovativo de envio, via postal registada. De igual forma, segue em anexo cópia do contrato de trabalho e cópia da comunicação do despedimento à trabalhadora. (...)

- 1.2.** Da comunicação da extinção de posto de trabalho enviada à trabalhadora em 24.06.2010, consta, sucintamente, que:

Na qualidade de Presidente da Direcção do Centro Social da Paróquia de ... e na sequência da V. comunicação datada do dia 28 de Maio, venho pela presente informar V. Ex.^a o seguinte:

1 - Mandatou este Centro Social uma advogada, a fim de promover uma

transacção amigável com V. Ex.^a, no sentido de cessarmos amigavelmente a relação laboral que nos vincula, com fundamento em extinção do posto de trabalho ou, caso não lograsse obter tal solução, representar os interesses desta instituição nos trâmites subsequentes.

2 - Os poderes de direcção que pertencem a esta instituição, no âmbito da relação laboral existente com V. Ex.^a não foram delegados na mandatária constituída, nem em qualquer outra entidade, pelo que deverá V. Ex.^a continuar a obedecer às ordens e instruções dos seus superiores hierárquicos e desta direcção.

3 - Quanto aos postos de trabalho já criados ou a criar, tenho a informar V. Ex.^a que nenhum deles se insere no âmbito da V. categoria profissional (Educadora de Infância). Para melhor compreensão, junta-se em anexo um extracto do Despacho Normativo n.º 12/98, publicado no DR n.º 47 de 25-02-1998 que, em articulação com o DL n.º 133-A/97 do 30 de Maio, vem definir quais as exigências com recursos humanos para o licenciamento e funcionamento de um lar de terceira idade. Como pode verificar, não consta o posto de Educadora de Infância.

4 - Como se pode retirar da análise do Despacho a que se faz menção no ponto anterior (cuja consulta desde já se recomenda), e com o devido respeito, a única categoria profissional em que V. Ex.^a se poderia integrar nesta instituição seria a de trabalhadora indiferenciada (trabalhador de serviços domésticos), à qual corresponde uma retribuição muito inferior à que auferir no presente, pelo que suponho não tenha nisso interesse, atenta a desvalorização profissional que tal implicaria.

5 - Face ao exposto supra, e para dar cumprimento ao disposto no artigo 369.º do Código do Trabalho, venho pela presente comunicar-lhe ser nossa intenção em fazer cessar o contrato de trabalho que celebrou com este Centro Social, por extinção do seu posto de trabalho. Tal decisão prende-se com os seguintes factores:

5.1. Como é do amplo conhecimento do V. Ex.^a, (pois há muito tempo já tinha sido disso informada), o Centro Social a que presido vê-se obrigada a extinguir o serviço de A.T.L., em virtude de se verificar uma ausência de procura desse serviço.

Esse facto deve-se ao alargamento do período escolar até às 17h30m, com a criação das actividades extra-curriculares (AEC), o que determinou os pais a optarem por deixar os seus filhos na escola, frequentando gratuitamente as actividades já referidas, ao invés de procurarem o serviço A.T.L.

5.2. Com a extinção do serviço de A.T.L. este Centro Social não tem necessidade de manter o posto de trabalho de V. Ex.^a, uma vez que não existe qualquer outra valência na instituição que implique a categoria profissional de Educadora de Infância. De facto, este Centro deixa de trabalhar com crianças e passa a trabalhar só com idosos, em duas valências: Centro de Dia e Mini-Lar. Por conseguinte, não existem nesta instituição contratos de trabalho para as tarefas correspondentes ao seu posto de trabalho.

Nessa conformidade, serve a presente para informar V. Ex.^a que se iniciam nesta data os procedimentos com vista à cessação do V. contrato, por extinção do posto de trabalho. Nesse sentido, já se procedeu às consultas das entidades competentes, nos termos da lei, cujos comprovativos seguem em anexo.

- 1.3.** Em 5.08.2010, a entidade empregadora informou a CITE que a trabalhadora não apresentou parecer fundamentado, nos termos previstos no artigo 370.º do Código do Trabalho.
- 1.4.** São juntos ao processo os seguintes elementos:
- Contrato Individual de Trabalho, de 1.09.2005;
 - Carta dirigida à DGERT, de 23.06.2010;
 - Quadro de Pessoal do Centro Social de ...;
 - Comprovativos de envio e recepção de documentos.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 2.1.** 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 regalias.

- 2.2.** Como corolário deste princípio, o artigo 63.º do Código do Trabalho determina uma especial protecção no despedimento.
- 2.3.** 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.** Cabe à CITE emitir o parecer referido, 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 de Fevereiro, que aprova a revisão do Código do Trabalho.
- 2.5.** Assim, e de acordo com o artigo 367.º do Código do Trabalho, a extinção do posto de trabalho é determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, relativos à empresa, nos termos previstos para o despedimento colectivo.
- 2.6.** Para se efectivar um despedimento por extinção de posto de trabalho, é necessária a verificação dos requisitos previstos no artigo 368.º do Código do Trabalho e o cumprimento do procedimento estabelecido nos artigos 369.º e 370.º do mesmo diploma.
- 2.7.** 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 colectivo.

2.7.1. Havendo na secção ou estrutura equivalente uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, deve ser observada a seguinte ordem de critérios:

- 1.º Menor antiguidade no posto de trabalho;
- 2.º Menor antiguidade na categoria profissional;
- 3.º Classe inferior da mesma categoria profissional;
- 4.º Menor antiguidade na empresa.

2.7.2. Considera-se que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando, extinto o posto de trabalho, o empregador não disponha de outro que seja compatível com a categoria profissional do trabalhador (cfr. n.º 4 do artigo 368.º do Código do Trabalho).

2.7.3. O trabalhador que, nos três meses anteriores ao início do procedimento para despedimento, tenha sido transferido para posto de trabalho que venha a ser extinto, tem direito a ser reafectado ao posto de trabalho anterior caso ainda exista, com a mesma retribuição base.

2.8. Quando o posto de trabalho a extinguir é ocupado por uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante acresce, aos requisitos mencionados, uma especial protecção legal, imposta pela Constituição e pelo 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 acepção das Directivas 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 (Considerandos 23 e 24 e alínea c) do n.º 1 do artigo 14.º).

2.8.1. 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 protecção consagrada nesta modalidade de cessação do contrato de trabalho

traduz-se na obrigação, que impende sobre a entidade empregadora, de fundamentar e demonstrar objectivamente que as medidas adoptadas não se traduzem directa ou indirectamente numa discriminação ou num indício de discriminação por razões relacionadas com o estado de gravidez, puerpério ou lactância da trabalhadora a despedir.

2.9. 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.

2.10. À CITE cabe, por força das suas atribuições, averiguar a objectividade da fundamentação e das razões concretas que motivaram a selecção do posto de trabalho a extinguir por forma a concluir pela existência ou inexistência de indícios de discriminação em razão da maternidade.

2.11. 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 objectiva, 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 objectiva, 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)”.

Isto, porque o n.º 3 do artigo 403.º do Código do Trabalho² objectiva 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.³

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 efectiva 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

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

² Actual n.º 4 do artigo 368.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.

³ (...) 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 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.

da legitimidade da decisão gestonária 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.”

- 2.12.** No caso em análise os motivos invocados para a extinção do posto de trabalho de Educadora de Infância têm a sua origem no *alargamento do período escolar* nas escolas públicas, com carácter gratuito, o que originou *uma ausência da procura do serviço de A.T.L.* e consequentemente a necessidade de extinção desta valência a partir de Julho.
- 2.13.** No A.T.L. prestavam actividade três trabalhadoras, uma Educadora de Infância, uma Auxiliar de Acção Educativa e uma Auxiliar dos Serviços Gerais. As duas trabalhadoras com a categoria de Auxiliar foram integradas na valência Mini-Lar com as categorias de Encarregada de Serviços Gerais e Ajudante de Cozinha, em virtude da compatibilidade de funções que vêm exercendo.
- 2.14.** A trabalhadora é, de acordo com a informação da entidade empregadora e de acordo com quadro de pessoal junto ao processo, a única trabalhadora com a categoria profissional de Educadora de Infância.
- 2.15.** Conforme informação da entidade empregadora, extinto aquele posto de trabalho a subsistência da relação de laboral é praticamente impossível uma vez que o empregador não dispõe de outro posto compatível com esta categoria profissional pois o Centro Social da Paróquia de ... *irá trabalhar só com idosos em duas valências: Centro de Dia e Mini-Lar* e para as quais deve dispor do pessoal indicado na Norma XII do Despacho Normativo n.º 12/98, de 25.02.1998, designadamente: um

animador social; um enfermeiro; um ajudante de lar; um encarregado de serviços domésticos; um cozinheiro, um ajudante de cozinheiro; um empregado auxiliar, não existindo um posto de trabalho compatível com a categoria profissional e respectivas funções desempenhadas pela trabalhadora especialmente protegida.

- 2.16.** Analisada a justificação apresentada pelo empregador verifica-se existir um nexo de causalidade entre o encerramento do A.T.L. e a necessidade de proceder à extinção do posto de trabalho de Educadora de Infância, afigurando-se, igualmente, a impossibilidade de manutenção do vínculo laboral por inexistência de outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional da trabalhadora.

Deste modo, não se vislumbram indícios de discriminação por motivo de maternidade.

III – CONCLUSÃO

- 3.1.** Face ao que antecede, a CITE delibera não se opor ao despedimento, por extinção do posto de trabalho, da trabalhadora grávida ..., promovido pelo CENTRO ...

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 9 DE AGOSTO DE 2010