

PARECER N.º 365/CITE/2016

Assunto: Parecer prévio ao despedimento de trabalhadora grávida e lactante por extinção de posto de trabalho, nos termos do n.º 1 e da alínea c) do n.º 3 do artigo 63.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12.02.

Processo n.º 1190 – DG-E/2016

I – OBJETO

- 1.1.** Em 14.07.2016, a CITE recebeu da ..., cópia do processo de despedimento por extinção de posto de trabalho da trabalhadora grávida e lactante ..., assistente operacional, 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 63.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.
- 1.2.** Na carta enviada à trabalhadora a despedir e por esta recebida em 15.06.2016, a entidade empregadora fundamenta o presente despedimento por extinção do posto de trabalho, referindo que este será extinto por motivos de mercado, consubstanciado na redução da atividade da ..., provocada pela diminuição do número de alunos e consequente redução do número de salas, o que torna desnecessário, por excedente, a manutenção do vínculo laboral.

- 1.3. Acresce que a entidade empregadora afirma não ter sustentabilidade financeira para suportar os cinco contratos de trabalho vigentes e terem sido observados os critérios relevantes e não discriminatórios para determinação do posto de trabalho a extinguir previstos no n.º 2 do art.º 368.º do Código do Trabalho.
- 1.4. A entidade empregadora informou a trabalhadora de que dispunha do prazo de dez dias para emitir o seu parecer fundamentado sobre a matéria.
- 1.5. A trabalhadora respondeu à comunicação de intenção do seu despedimento por extinção do seu posto de trabalho, informando que se encontrava grávida.

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 a 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: (...)

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.** O artigo 10.º, n.º 1 da Diretiva 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 excecionais não relacionados com o estado de gravidez.
- 2.3.** Um dos considerandos da referida Diretiva 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".
- 2.4.** 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 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.

- 2.5.** Em conformidade com a norma comunitária, a legislação nacional consagra no artigo 63.º, 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 Decreto-lei n.º 76/2012, de 26 de março.
- 2.6.** É de salientar que, nos termos do artigo 381.º, 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.
- 2.7.** Nos termos do artigo 367.º 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”.

- 2.8.** Segundo o n.º 2 do artigo 359.º do Código do Trabalho são:
- a) Motivos de mercado - redução da atividade 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 atividade, 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”.
- 2.9.** Acresce que, nos termos do artigo 368.º do Código do Trabalho, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 27/2014, de 8 de maio:
- “1 – O despedimento por extinção de posto de trabalho só pode ter lugar desde que se verifiquem os seguintes requisitos:
- a) Os motivos indicados não sejam devidos a conduta culposa do empregador ou do trabalhador;
 - b) Seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho;
 - c) Não existam, na empresa, contratos de trabalho a termo para tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto;
 - d) Não seja aplicável o despedimento coletivo.
- 2 – 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.

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.

4 – Para efeito da alínea b) do n.º 1, uma vez extinto o posto de trabalho, considera-se que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador não disponha de outro compatível com a categoria profissional do trabalhador.

5 – O despedimento por extinção do posto de trabalho só pode ter lugar desde que, até ao termo do prazo de aviso prévio, seja posta à disposição do trabalhador a compensação devida, bem como os créditos vencidos e os exigíveis por efeito da cessação do contrato de trabalho.

6 – Constitui contraordenação grave o despedimento com violação do disposto nas alíneas c) e d) do n.º 1 e nos n.ºs 2 ou 3”.

2.10. E, nos termos do disposto no artigo 369.º do Código do Trabalho, “o empregador comunica, por escrito, à comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão intersindical ou comissão sindical, ao trabalhador

envolvido e ainda, caso este seja representante sindical, à associação sindical respetiva:

- a) A necessidade de extinguir o posto de trabalho, indicando os motivos justificativos e a secção ou unidade equivalente a que respeita;
- b) A necessidade de despedir o trabalhador afeto ao posto de trabalho a extinguir e a sua categoria profissional.
- c) Os critérios para seleção dos trabalhadores a despedir”.

2.11. Finalmente, nos termos do disposto no artigo 384.º do Código do Trabalho, o despedimento por extinção do posto de trabalho é ilícito se o empregador não cumprir os citados requisitos do n.º 1 do artigo 368.º, não observar o disposto no n.º 2 do artigo 368.º, ou não tiver feito as comunicações previstas no artigo 369.º.

2.12. Cabe à CITE, nos termos do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 76/2012 de 26 de março, que aprova a respetiva lei orgânica, “(...) a) ... b) Emitir parecer prévio ao despedimento de trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes, ou de trabalhador no gozo de licença parental; c) (...)”.

III – ANÁLISE

3.1. O despedimento por extinção de posto de trabalho corresponde, assim, a um despedimento individual com fundamento em «justa causa objetiva», ou seja, é fundado em motivos de natureza não disciplinar.

- 3.2.** Para que se possa operar um despedimento por extinção do posto de trabalho, há que ter em conta o disposto no artigo 368.º do Código do Trabalho, que prevê as exigências da sua aplicação, que são: que os motivos do despedimento nada tenham a ver com um comportamento culposos do empregador ou do/a trabalhador/a; a impossibilidade da subsistência da relação laboral; a inexistência na empresa de contratos de trabalho a termo para tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto; que não seja aplicável o despedimento coletivo; necessidade de, até ao termo do prazo de aviso prévio, colocar à disposição do/a trabalhador/a a compensação devida, bem como os créditos vencidos e os exigíveis por efeito da cessação do contrato de trabalho.
- 3.3.** Cumpridos estes requisitos, e no caso haver dois ou mais postos de trabalho iguais, preenchidos por “dois ou mais trabalhadores” com as mesmas funções [mais 4 (quatro)], e seja um desses postos de trabalho o “alvo” da extinção, procede-se à aplicação dos critérios de escolha do/a ou dos/as trabalhadores/as a despedir.
- 3.4.** A entidade empregadora alega na fundamentação enviada à trabalhadora e à CITE que o conteúdo funcional não é idêntico ao das outras trabalhadoras e, por esse motivo, não aplicou os critérios previsto no n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho (CT).
- 3.5.** Acresce, ainda, que a entidade empregadora solicitou parecer prévio em janeiro pp, tendo culminado no parecer n.º 57/2016, e na primeira comunicação a fundamentação descrevia uma parca referência aos critérios, mencionava que há cinco funcionárias, sendo 4 (quatro)

assistentes operacionais e uma cozinheira (cujo despedimento não está em causa) e que a trabalhadora a despedir é, das assistentes operacionais, a mais nova de idade, com menos antiguidade no posto de trabalho, que não é feita a avaliação de desempenho e que as habilitações académicas e profissionais são similares e que é mais onerosa a manutenção do contrato de trabalho da visada,

- 3.6.** Ora, na formulação de novo pedido de parecer prévio a fundamentação realizada pela entidade empregadora, descreve as tarefas das 4 (quatro) Auxiliares de Educação (vd. Anexo A do relatório único), dando uma maior ênfase às tarefas da trabalhadora a despedir, alegando que as funções desta são diferentes das demais trabalhadoras, até porque foi contratada para auxiliar no contexto de sala de aula, e que por esse motivo o conteúdo funcional não é idêntico ao das demais trabalhadoras, pelo que não se procedeu à aplicação dos critérios previsto no n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho.
- 3.7.** A trabalhadora vem refutar, alegando que das tarefas descritas as únicas que não executa são as referentes à abertura e fecho do estabelecimento.
- 3.8.** Como questão prévia, a entidade empregadora continua a referir que a trabalhadora à data do envio da comunicação da intenção de despedimento por extinção do posto de trabalho era lactante, mas que o filho, em 28 de novembro de 2015, completou um ano de idade e que a trabalhadora apresentou atestado médico com vista a informar da continuidade da amamentação (vd. Parecer n.º 57/2016).

- 3.9. Acresce, ainda, que a trabalhadora informou ter realizado um teste de gravidez, cujo resultado foi positivo, tendo sido sujeita, posteriormente, a exame ecográfico para *uma confirmação mais sólida*.
- 3.10. Assim, não se afigura claro nem inequívoco, nem a escolha nem o resultado da aplicação dos critérios de seleção relevantes e não discriminatórios com vista ao despedimento da trabalhadora grávida e lactante, não se podendo assim, considerar como afastada a existência de indícios de discriminação em função da parentalidade.

IV – CONCLUSÃO

Face ao exposto e nos termos supra enunciados, a CITE delibera emitir parecer prévio desfavorável ao despedimento por extinção de posto de trabalho da trabalhadora ..., promovido pela sua entidade empregadora ..., considerando que nem a escolha nem o resultado da aplicação dos critérios foram comunicados por escrito à trabalhadora a despedir, contrariando a exigência legal do artigo 369.º do Código do Trabalho, pelo que o despedimento seria ilícito, nos termos do artigo 384.º daquele diploma e por existirem indícios de discriminação em função da parentalidade.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 3 DE AGOSTO DE 2016, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM, CONFORME



LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À MESMA ATA, COM O VOTO CONTRA DA CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL (CIP).