

PARECER N.º 517/CITE/2016

Assunto: Parecer prévio ao despedimento por extinção de posto de trabalho da trabalhadora lactante, 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 1613 – DL-E/2016

I – OBJETO

1.1. Em 27.09.2016, a CITE recebeu, mediante carta registada com aviso de receção, da Responsável do Serviço de Recursos Humanos da FUNDAÇÃO ..., um pedido de emissão de parecer prévio ao despedimento por extinção do posto de trabalho da trabalhadora lactante, Docente Universitária, ..., detentora da categoria profissional de Assistente, a exercer as funções no Instituto Superior ... “(...) *estabelecimento de ensino superior privado de que é aquela instituição entidade instituidora. (...)*”, nos termos do n.º 1 e da alínea c) do n.º 3 do artigo 63.º do Código do Trabalho, (CT) aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

1.1.1. O relatório anexo a esta carta diz o seguinte:

*“(...) Procedimento de extinção de posto de trabalho da Mestre ...
Por contrato de trabalho celebrado em 18.02.2013, com a Fundação ...
(anexo 1), a trabalhadora, é Docente Universitária, com a categoria
profissional de Assistente, do Instituto Superior ..., estabelecimento de
ensino superior privado de que é aquela instituição entidade instituidora.*

No contexto de vários anos de resultados operacionais negativos, patentes nas demonstrações de resultados do Instituto Superior ... (anexo 2), decidiu a Fundação proceder ao seu encerramento gradual e voluntário, decisão homologada por despacho de 29.12.2014 do Senhor Secretário de Estado do Ensino superior (anexo 3).

Culminando tal decisão na cessação dos contratos de trabalho dos docentes afetos a este estabelecimento, solicitou, a Fundação, parecer jurídico sobre, designadamente, o mecanismo jurídico mais adequado a promover a cessação dos ditos contratos (anexo 4).

No ano letivo 2016/2017, sendo 3, os contratos a cessar - por força do encerramento gradual do Instituto e, concretamente, do desaparecimento de, pelo menos, 30 unidades curriculares - o procedimento aplicável, atenta a dimensão da Fundação (anexo 5 - anexo 0 do Relatório Único 2016) e bem assim o parecer supra referido, é o da extinção de posto de trabalho, fundada em desequilíbrio económico-financeiro - motivos estruturais (anexo 2).

Circunstância em que, ante uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico — veja-se designadamente o artigo 42 do Regime de Pessoal docente do Instituto Superior ..., constante dos respetivos Estatutos, (anexo 6) — a seleção do posto de trabalho a extinguir se faz pela aplicação dos critérios constantes do artigo 368.º, n.º 2 do Código do Trabalho, na redação dada pela Lei 27/2014, de 8 de maio.

Preceito de cuja aplicação resultou a seguinte ordenação de docentes.

(segue quadro de 10 professores)

Cumprir referir que a aplicação do critério menores habilitações académicas e profissionais, seguiu o entendimento do Conselho Científico do Instituto Superior ..., constante da ata n.º 5/2016, de 05.07.2016 (anexo 7).

Sendo de extinguir os postos de trabalho dos Mestres ..., ... e ..., sobre quem versa o presente relatório e bem assim o pedido de parecer que lhe dá origem, por aplicação do artigo 368/2 d) do Código de trabalho.

É impossível a relação laboral porquanto não existe no seio da instituição, posto de trabalho compatível com a categoria profissional da trabalhadora. Junta-se comunicações remetidas à trabalhadora em 02.09.2016 (anexo 8), 06.09.2016 (anexo 9), bem como a resposta por esta dada, em sede de audiência prévia (anexo 10). (...).”

1.1.1.1. O anexo 3, que a entidade empregadora indica como “(...) a *Fundação proceder ao seu encerramento gradual e voluntário, decisão homologada por despacho de 29.12.2014 do Senhor Secretário de Estado do Ensino superior (...)*” tem o seguinte conteúdo:

“(...) ASSUNTO: Instituto Superior ...

Decisão de cessação de ministração de ciclos de estudos e encerramento do estabelecimento

1. O Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior, aprovado pela Lei n.º 62/2007, de 10 de setembro (RJIES), estabelece no n.º 1 do seu artigo 56.º que as entidades instituidoras das instituições de ensino superior privadas podem proceder ao encerramento dos estabelecimentos de ensino ou à cessação da ministração de ciclos de estudos, sendo que, de acordo com o n.º 2 da mesma norma legal, as decisões a que se refere o número anterior devem incluir medidas adequadas a proteger os interesses dos estudantes, as quais são da inteira responsabilidade das entidades instituidoras, e estão sujeitas a homologação pelo ministro da tutela.

2. A Fundação ..., entidade instituidora do Instituto Superior ..., comunicou formalmente à Direção-Geral do Ensino Superior, através de ofício datado de 11 de agosto de 2014, a decisão de encerramento gradual e voluntário daquele estabelecimento de ensino (anexo 1)

3. Encontram-se registados para o Instituto Superior ... os seguintes ciclos de estudos, com a situação de acreditação por parte da Agência de

Avaliação e Acreditação do Ensino Superior que é indicada;

(segue quadro de nomes de cursos e grau, duração e outros assuntos).

4. Em relação aos estudantes inscritos nos mesmos, a instituição indicou medidas de salvaguarda ...

5. A Direção-Geral do Ensino Superior nada tem a opor à cessação da ministração dos ciclos de estudos em causa, e conseqüentemente ao encerramento do estabelecimento, desde que aplicadas as medidas de salvaguarda previstas.

6. Nestas circunstâncias, propõe-se que, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 56.º do RJIES, seja homologada a decisão de cessação da ministração dos ciclos de estudos e conseqüente encerramento do Instituto Superior ...

À consideração superior.

A Técnica Superior (...)"

1.2. Em 05.09.2016, a trabalhadora rececionou comunicação da extinção do posto de trabalho, nos seguintes termos:

"(...) Assunto: Projeto de extinção de posto de trabalho

Exma. Senhora Dra.,

Em cumprimento do disposto no artigo 369.º do Código do Trabalho (CT), comunicamos que é intenção da Fundação ... proceder à extinção do posto de trabalho ocupado por V. Excia no Instituto Superior ..., em consonância com o artigo 367.º e ss. do CT e nos termos e com os fundamentos melhor explicitados no projeto de decisão em anexo.

Dispõe de um prazo de 10 dias para, querendo, se pronunciar fundamentadamente sobre o presente processo.

Com os melhores cumprimentos,

A Responsável do Serviço de Recursos Humanos (...)"

1.2.1. O projeto de decisão tem o seguinte conteúdo:

“(...) PROJETO DE EXTINÇÃO DE POSTO DE TRABALHO

O Instituto Superior ..., doravante designado apenas por Instituto ou ..., é um estabelecimento de ensino superior universitário privado de que a Fundação ... é proprietária e entidade instituidora.

Ante vários anos de resultados operacionais negativos, consecutivamente patentesados na respetiva operação, circunstância a que se alia a significativa, pública e notória redução do número de alunos inscritos no ensino superior, mormente no ensino superior privado, a Fundação ... decidiu, em 28 de março de 2014, proceder ao encerramento gradual do Instituto, nos termos do artigo 53.º da Lei 63/2007, de 10 de setembro.

Nesta circunstância, e assim como no ano letivo 2015/2016 deixaram de ser lecionadas as unidades curriculares referentes aos primeiros anos das licenciaturas em Direito e Solicitadoria, o ano letivo 2016/2017 será marcado: i) pelo encerramento absoluto e definitivo das formações de 2.º ciclo; ii) pela inexistência de aulas presenciais de todas unidades curriculares do 2.º ano do plano de estudos da licenciatura em direito (sem prejuízo de os estudantes poderem ainda aceder, em 2016/2017, a exames dessas unidades curriculares, proporcionando-se-lhes, para o efeito, sessões de esclarecimento de dúvidas - 1 hora semanal por unidade curricular); iii) pelo encerramento absoluto e definitivo de todas unidades curriculares do plano de estudos da licenciatura em solicitadoria; iv) pelo eventual encerramento de outras unidades curriculares do plano de estudos da licenciatura em direito que possam vir a ficar desertas.

Assim que, pelo menos, 30 (trinta) unidades curriculares deixarão de ser lecionadas no ano letivo 2016/2017.

A extinção de parte do serviço docente do Instituto, obriga a Fundação ... a proceder aos necessários ajustamentos à distribuição de serviço, resultando, nuns casos, na redução da prestação para a qual foram, os

docentes, contratados, noutros, na extinção dessa mesma prestação e, bem assim, na cessação destes contratos, ao abrigo, em concreto, do regime aplicável ao procedimento de extinção de posto de trabalho - tendo em conta a dimensão da Fundação ..., e o número de trabalhadores a dispensar por motivo das circunstâncias aqui descritas - fundado em motivos estruturais (desequilíbrio económico-financeiro) e de mercado (redução de atividade provocada pela diminuição da procura).

Porque ante uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico - professor do ensino superior -, a concretização do posto de trabalho a extinguir faz-se pela aplicação da ordem de critérios estabelecida no n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho, na redação que lhe foi dada pela Lei 27/2014, de 8 de maio,

- 1. Pior avaliação de desempenho*
- 2. Menores habilitações académicas e profissionais*
- 3. Maior onerosidade para a empresa da manutenção do vínculo laboral do trabalhador*
- 4. Menor experiência na função*
- 5. Menor antiguidade na empresa*

A distribuição de serviço docente no letivo 2016/2017 seguiu exatamente a ordem resultante daquela norma, embora operando em sentido inverso e incorporando, sempre que com ela se compaginassem, as preferências manifestadas pelos docentes, que, para esse efeito, foram auscultados — procedimento e critérios aprovados em reunião do Conselho Científico do Instituto.

Donde, o docente com prioridade na distribuição de serviço, foi aquele cujo posto de trabalho será, nos termos do artigo 368 n.º 2 do CT o último a extinguir, e assim sucessivamente.

Assim sendo,

Inexistindo avaliação de desempenho do corpo docente do Instituto,

Posto que da aplicação do 2.º critério resultou o posicionamento dos docentes do Instituto, ex aequo, em 1.º lugar — os doutorados — e em 2.º lugar — os mestres.

(Segue a lista dos 10 professores)

Tendo que o critério da onerosidade do vínculo, o 3.º, apenas relevou no posicionamento dos doutores, pois que os mestres são todos remunerados pelo mesmo escalão.

(Segue lista dos 10 professores)

O posicionamento destes últimos, e bem assim dos demais docentes para cujas posições o referido critério anterior não foi determinante, foi feito pela aplicação do 4.º critério supra enunciado, e constante da alínea d) do n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho — menor experiência na função, considerando-se aqui toda a experiência de docência em estabelecimentos de ensino superior (de referir, nesta sede, que os docentes foram convidados a indicar a experiência profissional relevante, que porventura não constasse do registo do Instituto e entidade instituidora e que os dias de serviço prestado em tempo parcial foram contabilizados na mesma proporção do contrato celebrado).

A Mestre ..., Mestre em Direito, docente do Instituto Superior ..., a exercer funções, ininterruptamente, desde 18.02.2013, com a categoria de Assistente e detentora já de tempo de serviço anterior, quer no Instituto, quer fora dele, é, ainda assim, a docente com menos experiência na função.

Do serviço que lhe estava atribuído no ano letivo transato, em que esteve provida em regime de tempo integral (o regime de tempo integral no ... pressupõe a prestação de 9 a 12 horas de trabalho letivo semanal, conforme artigo 18.º, n.º 2 dos ... dos ...estatutos, publicados no Diário da República, 2. série — N. 172 — 4 de setembro de 2009):

- Deixarão de existir as UCs de Arrendamento Urbano e de Custas

Judiciais, correspondentes a três horas e meia de serviço/ano;

- A UC de Direito Processual Civil, correspondendo, dantes, a 1,5 horas de trabalho semanal/ano, passa a corresponder apenas a 0,5 hora/ano, para esclarecimento de dúvidas, tempo a atribuir no ano letivo 2016/2017 à Mestre ..., (cfr. artigo 368.º, n.º 2 al d).

- As UCs de Direito Processual Civil II, e de Direitos Reais, correspondentes a 5 horas de trabalho letivo semanal, serão atribuídas ao Mestre ... (cfr. artigo 368.º, n.º 2 al. d).

- Processo Executivo, consubstanciando 2,5 de trabalho semanal, será atribuído à mestre ... (cfr. artigo 368.º, n.º 2 al. d));

O demais serviço docente a realizar no Instituto, no ano letivo 2016/2017, será distribuído a docentes com habilitações académicas e/ou experiência na função superiores às da Mestre ... e por conseguinte com preferência na distribuição de serviço.

Avaliados todos os factos e ponderados todos os argumentos, não resta outra alternativa à Fundação ... que não a de proceder à extinção do posto de trabalho que a Mestre ..., ocupa no Instituto Superior ..., por aplicação do disposto no artigo 368.º n.º 2 do Código do Trabalho, designadamente da sua alínea d).

Os motivos indicados não se devem a atuação culposa da trabalhadora. Não existem, na Instituição, contratos a termo para o exercício das tarefas correspondes às do posto de trabalho a extinguir.

Tão-pouco é aplicável o despedimento coletivo.

É impossível a subsistência da relação laboral porquanto não existem na Instituição vagas compatíveis com a sua categoria profissional.

Quadro em que é intenção da Fundação ... proceder ao despedimento por extinção de posto de trabalho da Mestre ..., Assistente do Instituto, com efeitos à data de 30.11.2016.

A compensação devida, no montante de €3.600,71 (três mil seiscientos euros e setenta e um cêntimos), calculada nos termos do artigo 5.º da

Lei 69/2013, de 30/08, bem como os créditos que se apurem vencidos e exigíveis por efeito da cessação do contrato de trabalho — a saber, férias não gozadas 2016: €1558,00 (mil quinhentos e cinquenta e oito euros); proporcionais dos subsídios de férias, de Natal e de férias não gozadas/2017: €1.428,17/cada (mil quatrocentos e vinte e oito euros e dezassete cêntimos) — serão colocados à disposição da trabalhadora, através de transferência bancária a efetuar para a conta onde é habitualmente creditada a sua remuneração mensal, até ao termo do prazo indicado para cessação do contrato.

..., 1/09/2016

O presidente da Fundação

(...)”.

- 1.3.** A trabalhadora, notificada pela entidade empregadora, no referido dia 05.09.2016, enviou através de advogado para o efeito constituído, a seguinte resposta, recebida por aquela no dia 16.09.2016, conforme carimbo dos Serviços:

“(...) ..., docente no Instituto Superior ..., propriedade da Fundação ..., notificada do projeto de extinção do seu posto de trabalho, vem exercer o seu direito de resposta, nos termos e com os seguintes fundamentos:

A trabalhadora foi contratada em 15/10/2010, em regime de tempo parcial, para exercer as funções inerentes à categoria profissional de Assistente, lecionando a unidade curricular de Direito Civil, no mestrado em Ciências Jurídico-Forenses.

Em 17/02/2011, foi celebrado um aditamento ao contrato, nos termos do qual a trabalhadora passava a prestar serviço em regime de tempo integral, lecionando também unidades curriculares na licenciatura em Direito.

Em setembro desse ano, a trabalhadora comunicou que estava grávida, após o que a entidade patronal entendeu não renovar o seu contrato,

tendo sido contratados quatro novos docentes que, entre eles, assumiram as unidades curriculares que anteriormente tinham sido distribuídas à trabalhadora.

Cerca de um ano e meio depois, em 18/02/2013, a trabalhadora foi novamente contratada, em regime de tempo integral, para lecionar várias cadeiras da sua área de doutoramento (Direito Civil) nas licenciaturas em Direito e em Solicitadoria.

Nesse semestre (que correspondia ao segundo semestre do ano letivo 2102/2013) a trabalhadora lecionou Direitos Reais (teóricas e práticas), Custas Judiciais (teóricas e práticas) e Direito do Consumo (práticas). No semestre seguinte (ou seja, o primeiro do ano letivo 2013/2014), a trabalhadora lecionou Direito Processual Civil II (teóricas e práticas), Processo Executivo (teóricas e práticas) e Direito das Obrigações na licenciatura em Solicitadoria (práticas).

Desde então, até ao presente, a sua distribuição de serviço sofreu poucas alterações. Apenas deixou de lecionar Direito do Consumo e Direito das Obrigações, assumindo no lugar daquelas, Arrendamento Urbano e, no primeiro semestre do último ano letivo, foram-lhe atribuídas também as aulas teóricas de Direito Processual Civil.

Atualmente e após o encerramento da licenciatura em Solicitadoria e do primeiro e segundo anos da licenciatura em Direito, estão em funcionamento as unidades curriculares de Direito Processual Civil II, Processo Executivo, Direitos Reais e, em regime de sessão de esclarecimentos, Direito Processual Civil, o que significa que o horário da trabalhadora sofreu uma redução, passando de 100% para 89%, resultando em 16 horas anuais, 8 semestrais.

Posto isto, claramente se conclui que não há extinção do posto de trabalho ocupado pela trabalhadora, mas, quando muito, uma redução do tempo letivo que lhe poderá ser atribuído.

Aliás, isto mesmo resulta do projeto de decisão que lhe foi enviado, na página 4, onde é referido que a UC (unidade curricular) de Direito Processual Civil é atribuída à Mestre ..., as UC's de Direito Processual Civil II e Direitos Reais são atribuídas ao Mestre ... e a UC Processo executivo é atribuída à Mestre ... Portanto, unidades curriculares que desde sempre lhe foram atribuídas, que compunham o seu horário e que agora lhe foram retiradas para serem atribuídas a outros docentes.

Não há extinção do seu posto de trabalho. O que fizeram foi uma redistribuição de serviço.

Na verdade, os postos de trabalho que se extinguiram foram os dos docentes que se ocupavam exclusiva ou predominantemente do primeiro e segundo ano da licenciatura em Direito e da licenciatura em Solicitadoria, porque só estes foram encerrados. Todos os outros postos de trabalho, que se ocupavam com unidades curriculares dos anos em funcionamento (terceiro e quarto anos) estão ativos e neste se inclui o posto de trabalho da trabalhadora.

Por outro lado e a considerar-se que houve extinção do posto de trabalho, o que não se concede nem aceita, a trabalhadora discorda em absoluto da interpretação e aplicação dadas aos critérios previstos no art.º 368.º do Código do Trabalho.

É verdade que inexistente avaliação de desempenho do corpo docente, o que obriga a que se passe ao segundo critério, das habilitações académicas e profissionais mas já não é verdade que deste segundo critério, resulte o posicionamento dos docentes como vem demonstrado no quadro das páginas 2 e 3.

Quanto aos Doutorados, a trabalhadora não se pronuncia, pois que não lhe diz respeito. No entanto, no que toca aos Mestres há necessariamente que fazer a distinção entre os que estão a fazer doutoramento e os que não estão, e, dentro dos primeiros, há que ponderar os créditos realizados por cada um, pois que são

demonstrativos da fase em que se encontram, sendo este um critério totalmente objetivo.

A trabalhadora encontra-se no quarto ano do doutoramento em Direito Civil. Concluiu o ano curricular com média de 17 valores e tem o projeto de tese aprovado, o que resulta no total de 60 créditos realizados.

Por outro lado, há docentes que nunca estiveram inscritos em doutoramento ou já estiveram, mas atualmente não estão matriculados, não tendo realizado quaisquer créditos.

Ora, tendo em conta a função em causa — a docência — o facto de estar ou não a fazer doutoramento, não pode ser irrelevante, e habilitação, neste caso, nunca pode ser interpretado como grau!

E este fator, o estar ou não a fazer doutoramento, sempre foi valorizado pelo ..., razão pela qual os seus docentes sempre foram insistentemente incentivados a fazê-lo e razão pela qual, também, a Mestre ... foi afastada da lecionação nos mestrados. Do mesmo modo, o facto de não estar a fazer doutoramento levou a que fosse retirada à Mestre ... a regência de Direito Processual Civil, a qual foi entregue à trabalhadora (por ser considerada academicamente mais graduada), ficando aquela, apenas, com as aulas práticas.

Daqui resulta que sempre foi apanágio do ... valorizar e dar relevância ao doutoramento, sendo esta interpretação que ora fizeram do critério das habilitações académicas e profissionais totalmente contraditória ao que sempre defenderam.

Mestres todos são. No entanto, dentro destes há os que continuaram a sua formação, avançando para doutoramento, no qual concluíram um ano curricular com defesa de trabalhos e apresentaram um projeto de tese que foi aprovado, encontrando-se atualmente a escrever a tese. Estes aumentaram a sua formação, acrescentaram-lhe valor que não pode ser desconsiderado! Têm algo a mais em relação aqueles que não

estão inscritos, nem matriculados em nenhum curso de doutoramento, nem realizaram quaisquer créditos.

Deste modo, conclui-se que da aplicação do critério das habilitações académicas e profissionais, a trabalhadora fica graduada numa posição acima dos Mestres ... e ..., que não se encontram a fazer doutoramento e/ou não realizaram quaisquer créditos.

E, a ser assim, não havia sequer que passar ao critério da antiguidade na função.

Da interpretação e aplicação justas do critério da habilitação académica e profissional, a trabalhadora seria colocada numa posição que lhe permitia continuar mais um ano, no Instituto Superior ...

Daí que:

- 1. Entende a trabalhadora que não existe nem pode haver extinção do posto de trabalho, pelos motivos e com a fundamentação acima exposta.*
- 2. E a haver extinção do posto de trabalho (o que se admite apenas em tese) e tendo em conta a aplicação e interpretação justas e razoáveis do critério da habilitação académica e profissional, nunca a trabalhadora seria preterida, pois que, seria graduada numa posição que não afetaria o seu vínculo laboral.*
- 3. Outra interpretação dos factos dará lugar a extinção ilícita do contrato de trabalho, com as naturais e indesejáveis consequências, nomeadamente, a obrigação de reintegração ou pagamento das compensações estabelecidas legalmente.*

Junta: Procuração forense

(...)"

- 1.4.** Nos termos da lei cabe à CITE, emitir parecer prévio, conforme dispõe a alínea *b)* do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março, que aprova a lei orgânica, sob a epígrafe "(...) *Competências próprias e de assessoria: Compete à CITE, no âmbito das suas funções próprias e de*

assessoria: Emitir parecer prévio ao despedimento de trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes, ou de trabalhador no gozo de licença parental (...)”, verificando-se se o caso do despedimento por extinção de posto de trabalho agora em causa configurará prática discriminatória em função da maternidade.

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. 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 (...)."

2.3. A Diretiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho, chama desde logo a atenção nos considerandos para o risco destas mulheres serem despedidas por motivos relacionados com o seu estado, pelo que no artigo 10.º, sob a epígrafe "Proibição de despedimento" determina:

"(...) A fim de garantir às trabalhadoras, na aceção do artigo 2.º, o exercício dos direitos de proteção da sua segurança e saúde reconhecidos no presente artigo, prevê-se que:

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 referida (...) 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.

3. Os Estados-membros tomem as medidas necessárias para proteger as trabalhadoras, na aceção do artigo 2.º, contra as consequências de um despedimento que fosse ilegal (...)."

2.4. A Constituição da República Portuguesa (CRP) no artigo 67.º sob a epígrafe *Família* estabelece:

"(...) 1- A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros (...)."

2.4.1. O artigo 68.º da CRP sob a epígrafe *Paternidade e maternidade* consagra:

"(...) 1- Os pais e as mães têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país.

2- A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes.

3- As mulheres têm proteção especial durante a gravidez e após o parto, tendo as mulheres trabalhadoras direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias (...)."

2.5. Na sequência destes princípios, o Código do Trabalho (CT) aprovado pela Lei n.º 7/2009 de 12 de fevereiro, na Subsecção IV - Parentalidade estipula no artigo 63.º sob a epígrafe *Proteção em caso de despedimento*:

“(…) 1 – 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.

2 – (…)

3 – Para efeitos do número anterior, o empregador deve remeter cópia do processo à entidade competente na área da igualdade de oportunidade entre homens e mulheres:

a) (…)

b) (…)

c) Depois das consultas referidas no n.º 1 do artigo 370.º, no despedimento por extinção de posto de trabalho;

4 – A entidade competente deve comunicar o parecer referido no n.º 1 ao empregador e ao trabalhador, nos 30 dias subseqüentes à receção do processo, considerando-se em sentido favorável ao despedimento quando não for emitido dentro do referido prazo.

5 – Cabe ao empregador provar que solicitou o parecer a que se refere o n.º 1.

6 – Se o parecer for desfavorável ao despedimento, o empregador só o pode efetuar após decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo, devendo a ação ser intentada nos 30 dias subseqüentes à notificação do parecer.

7 – A suspensão judicial do despedimento só não é decretada se o parecer for favorável ao despedimento e o tribunal considerar que existe probabilidade séria de verificação da justa causa.

8 – Se o despedimento for declarado ilícito, o empregador não se pode opor à reintegração do trabalhador nos termos do n.º 1 do artigo 392.º e o trabalhador tem direito, em alternativa à reintegração, a indemnização calculada nos termos do n.º 3 do referido artigo.

9 – *Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos n.ºs 1 ou 6 (...)*”.

2.5.1. O artigo 367.º n.º 1: *“(…) 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, relativos à empresa (...)*”.

Os motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos referidos no n.º 2 do artigo 359.º, descritos na alínea 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 (...)”;

2.5.2. O n.º 1 do artigo 368.º do CT, que estabelece os requisitos de despedimento para a extinção de posto de trabalho estabelece:

“(…) 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. (...)”

2.5.2.1. A cessação de contrato de trabalho por extinção de posto de trabalho prevista neste artigo 368.º n.º 2, na redação dada pela Lei n.º 27/2014, de 8 de maio, vem estabelecer os critérios a seguir pela entidade

empregadora e que são:

“(...) 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. (...)”.*

2.5.2.2. E o n.º 4 deste mesmo artigo 368.º na redação dada pela mesma Lei n.º 27/2014 de 8 de maio, vem estabelecer que : *“(...) 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 que seja compatível com a categoria profissional do trabalhador. (...)”.*

2.5.3. O procedimento a seguir, no caso de despedimento por extinção de posto de trabalho, artigo 369.º, sob a epígrafe *Comunicações* estabelece:

“(...) 1 - No caso de despedimento por extinção de posto de 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.*
- 2 - *Constitui contraordenação grave o despedimento efetuado com violação do disposto no número anterior (...)*”.

2.5.4. E o artigo 370.º, na redação dada pela Lei n.º 23/2012 de 25 de junho, sob a epígrafe “(...) *Consultas em caso de despedimento por extinção de posto de trabalho:*

1 - *Nos 10 dias posteriores à comunicação prevista no artigo anterior, a estrutura representativa dos trabalhadores, o trabalhador envolvido e ainda, caso este seja representante sindical, a associação sindical respetiva podem transmitir ao empregador o seu parecer fundamentado, nomeadamente sobre os motivos invocados, os requisitos previstos no n.º 1 do artigo 368.º ou os critérios a que se refere o n.º 2 do mesmo artigo, bem como as alternativas que permitam atenuar os efeitos do despedimento.*

2 - *Qualquer trabalhador envolvido ou entidade referida no número anterior pode, nos três dias úteis posteriores à comunicação do empregador, solicitar ao serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área do emprego a verificação dos requisitos previstos nas alíneas c) e d) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 368.º, informando simultaneamente do facto o empregador.*

3 - *O serviço a que se refere o número anterior elabora e envia ao requerente e ao empregador relatório sobre a matéria sujeita a verificação, no prazo de sete dias após a receção do requerimento. (...)*”.

2.5.5. Por outro lado o artigo 384.º, na redação da Lei n.º 23/2012, sob a epígrafe “*Ilicitude de despedimento por extinção de posto de trabalho*” dispõe:

“(…) O despedimento por extinção de posto de trabalho é ainda ilícito se o empregador :

- a) Não cumprir os requisitos do n.º 1 do artigo 368.º;*
- b) Não observar o disposto no n.º 2 do artigo 368.º (...);*
- c) Não tiver feito as comunicações previstas no artigo 369.º;*
- d) Não tiver posto à disposição do trabalhador despedido, até ao termo do prazo de aviso prévio, a compensação por ele devida a que se refere o artigo 366.º, por remissão do artigo 372.º, e os créditos vencidos ou exigíveis em virtude da cessação do contrato de trabalho. (...).”*

2.6. Por outro lado e uma vez que os motivos apresentados pela entidade empregadora devem pressupor a verificação do requisito de impossibilidade da subsistência da relação laboral, como acontece com a trabalhadora ora especialmente protegida, tal como determina o mencionado artigo 368.º n.º 1 alínea b), convirá, chamar à colação a título exemplificativo, o 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 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, 12.ª edição, págs. 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. 397.º n.º 2 (Atual n.º 2 do artigo 359.º do Código do Trabalho) (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 Trabalho, (atual n.º 4 do artigo 368.º do Código do Trabalho) 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.

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.”

2.6.1. E relativamente aos critérios a seguir pela entidade empregadora, se se verificar na mesma secção ou estrutura equivalente uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, como é o caso ora em apreço, para a concretização do posto de trabalho a extinguir, há, ainda, que atender à ordem de critérios determinados no n.º 2 do mesmo artigo 368.º do Código do Trabalho, e só a esta, chamando também à colação o que decorre da jurisprudência constante no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09.03.2005: *“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 2 (atual n.º 2 do artigo 368.º) 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 de trabalho (...).”*

2.6.2. Neste sentido, a lei exige motivos objetivos relativos à necessidade invocada para proceder a despedimento/s, a sua relação com o/s posto/s de trabalho afetado/s 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, como acontece no caso ora em análise, sendo certo que a escolha 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 que impende sobre o empregador de demonstrar a inexistência de outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador.

2.7. Concluindo, convém sublinhar que nos procedimentos para extinção de posto de trabalho, deve considerar-se três passos 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 trabalhador a despedir, quando se verifique a existência de uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico.

2.8. Toda esta legislação, ao estabelecer princípios e procedimentos especiais de proteção das trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes nas situações de despedimento, como é o caso Sub Júdice, plasmados na Legislação Internacional, nas Diretivas Europeias, na CRP, e CT, esclarecidos pela Jurisprudência dos nossos tribunais e Doutrina sobre a

matéria, exige que as entidades empregadoras demonstrem um cuidado acrescido no tratamento destes casos, justificando de forma legal, cabal, objetiva e coerente a inclusão destas trabalhadoras nos despedimentos, sob pena dos processos poderem conter indícios de discriminação em função do sexo em virtude da maternidade/parentalidade.

- 2.9.** Na sequência de todo o exposto, tendo em conta, nomeadamente, os fundamentos apresentados pela entidade empregadora reproduzidos nos pontos 1.2 e 1.2.1 do presente parecer e o teor da alegação da trabalhadora, ponto 1.3., afigura-se-nos como insuficientemente explicado ou demonstrado, onexo de causalidade entre os motivos apresentados e o despedimento, em concreto, da trabalhadora ora especialmente protegida, mantendo-se dúvidas sobre a aplicação dos critérios legais e da ordem determinada pelo n.º 2 do artigo 368.º do CT, relativamente à trabalhadora e às/aos outros/as docentes que exercem as mesmas funções, concluindo-se que a entidade empregadora não logrou afastar, como devia, a existência de indícios de discriminação com base no sexo em função da maternidade.

III – CONCLUSÃO

Face ao que antecede, a CITE emite parecer desfavorável ao despedimento por extinção do posto de trabalho da trabalhadora lactante, ..., Docente Universitária, detentora da categoria profissional de Assistente, a exercer as funções no Instituto Superior ..., promovido pela FUNDAÇÃO ...

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 26/10/2016, COM OS VOTOS CONTRA DA REPRESENTANTE



DA CONFEDERAÇÃO DOS AGRICULTORES DE PORTUGAL (CAP), DA REPRESENTANTE DA CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL (CCP), DA REPRESENTANTE DA CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL (CIP), E DO REPRESENTANTE DA CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS (CTP), CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM, CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À MESMA ATA.