

## RESPOSTA À RECLAMAÇÃO DO PARECER N.º 365/CITE/2016

**Assunto:** Resposta à Reclamação do Parecer n.º 365/CITE/2016: 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 1190 – DG-E/2016

### I – OBJETO

**1.1.** Em 12.8.2016, a CITE recebeu da ASSOCIAÇÃO ... reclamação do Parecer n.º 365/CITE/2016, notificado à entidade empregadora em 04 de agosto de 2016, para “*reavaliação do parecer emitido*” nos termos que se transcrevem:  
*(...) RECLAMAÇÃO do parecer n.º 365/CITE/2016, (...) a ora Reclamante, não se conformando com o Parecer prévio (...), tratando-se de um ato administrativo com eficácia externa e cujo conteúdo lesa os seus direitos e interesses legalmente protegidos, tem legitimidade para reclamar do mesmo, nos termos do disposto no artigo 186.º do Código do Procedimento Administrativo, (...) 7. Contudo, a ora Reclamante não se conforma com o entendimento e decisão da CITE, considerando que a mesma enferma de errada análise dos factos arreados para o processo, (...) considera que o Parecer em causa não teve em consideração os fundamentos para o despedimento por extinção do posto de trabalho da trabalhadora visada, nem apreciou devidamente a carta de intenção de despedimento por extinção do posto de trabalho, (...) 13. Por sua vez, e no que se refere os referidos critérios, consagra o n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho que “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 (...) um conjunto de critérios relevantes e não discriminatórios (sublinhado e negrito nosso). 14. Ou seja, o que está efetivamente em causa para a aplicação dos referidos critérios não é um qualquer nomen juris ou denominação do posto de trabalho ou profissão desempenhada, 15. mas, pelo contrário, o conteúdo funcional desse posto de trabalho e as funções efetivamente desempenhadas pelos trabalhadores em apreço. 16. Ora, conforme se deixou cabalmente demonstrado através da carta remetida à trabalhadora, através do pedido de parecer submetido e, posteriormente, através da junção do Relatório Único e respetivo Anexo A, os postos de trabalho das diversas trabalhadoras da ora Reclamante não são os mesmos, nem têm conteúdos funcionais idênticos. 17. Assim sendo, conforme resulta da comunicação enviada à trabalhadora e do pedido de parecer prévio submetido à CITE, a categoria profissional em que a trabalhadora ... — assim como as demais quatro trabalhadoras — se encontra classificada é a de assistente operacional. 18. No entanto, não obstante a referida categoria, é manifesto que as trabalhadoras desempenham funções distintas, exercendo:*

- uma funções inerentes à categoria de cozinheira;*
- três funções inerentes à categoria de auxiliares de ação educativa; e*
- outra — a trabalhadora ... — funções inerentes à categoria de assistente de ação educativa (cfr. contrato de trabalho remetido juntamente com o pedido de parecer) (...)*

**1.2.** Considerando o supra mencionado pela entidade empregadora, no que se refere ao contrato de trabalho firmado por ambos os contraentes, há que aludir que o mesmo na cláusula 2. “A Primeira Contraente admite ao seu serviço, para trabalhar sob as suas ordens e direção, a Segunda Contraente exercendo, funções inerentes à categoria de assistente ação educativa, agora denominada assistente operacional bem como qualquer outras funções que, dentro das suas aptidões e competência, com aquela se relacionem.”

(SN).

3º (...)

4º (...)

O n.º 5 do mencionado contrato descreve: “O local de trabalho da Segunda Contraente é o jardim de infância, sito na Rua ..., freguesia de ..., podendo ser livremente transferido par outro local, de forma a desempenhar as suas funções, desde que tal se mostre necessário, (...) (SN).

**1.3.** Considerando que a trabalhadora, ..., apresentou a 21 de junho de 2016, a sua defesa através de ofício que se transcreve:

(...)

..., 21 de junho de 2016

Assunto: Despedimento

Exmos. Senhores:

*Venho por este meio informar que rececionei a vossa carta. Após leitura da mesma, apercebi-me que descreveram as funções de auxiliar, e de todas elas as únicas que não faço é a abertura e o fecho. (SN)*

*Mais informo que entendo o facto de a associação ... necessitar de conter os custos financeiros, devido a nestes últimos anos terem diminuído o número de crianças. Percebo a vossa decisão de gestão, no entanto recentemente fui mãe e necessito deste emprego, e como tal não estou disposta a prescindir dos meus direitos.*

*Para além disso, cabe-me a mim informar-vos, que fiz um teste de gravidez e este deu positivo. Nas próximas semanas irei fazer uma ecografia, onde irei ter uma confirmação mais sólida.*

*Termino dizendo, que independentemente da vossa tomada de posição, irei sempre desempenhar as minhas funções com todo o profissionalismo, que por vocês já foi várias vezes reconhecido.*

De V.Exas.

Atentamente”

**1.4.** Pelo exposto e na análise do Anexo A – Quadro de Pessoal, tanto as funções de *auxiliares de ação educativa* como as de *assistente de ação educativa*, integram a Tabela de Categorias Profissionais, com o código 05089 Auxiliares de Educação. A própria trabalhadora, aquando da sua defesa no processo objeto de reclamação, alega que a entidade empregadora ao descrever as funções de auxiliar de ação educativa, exclui a abertura e o fecho das instalações.

## **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.** Assim, no caso em análise, a CITE considerou no Parecer n.º 365/CITE/2016, que existem três postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, sem que estivesse demonstrado no processo a aplicação dos critérios determinados no n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho.

**3.2.** A entidade empregadora alega no ponto 22 da reclamação o seguinte, que se transcreve: “Conforme supra se demonstrou, as funções desempenhadas são bastante distintas, podendo, inclusivamente, dizer-se que é totalmente falso o alegado pela trabalhadora ... – na missiva remetida à Reclamante -, na medida em que não se inserem nas suas funções as mesmas tarefas – conteúdos funcionais – das funções executadas pelas restantes trabalhadoras.”

Reforça ainda a sua posição alegando que: *o que está efetivamente em causa para a aplicação dos referidos critérios não é um qualquer nomen jùris ou denominação do posto de trabalho ou profissão desempenhada*, considerando, que os critérios não se devem



aplicar porque o conteúdo funcional não é o mesmo, fazendo uma interpretação aberratio finis legis do *conteúdo funcional idêntico*.

**3.3.** No caso de se verificar, na mesma secção ou estrutura equivalente uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, e para a concretização do posto de trabalho a extinguir, há, ainda, que atender à ordem de critérios determinados no n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho. No que respeita à observação da ordem dos critérios definida na lei refere-se, a título de exemplo, pese embora as alterações legislativas, o que decorre da jurisprudência constante no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09.03.2005. Assim: “*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 368.º do CT 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 (...)*

(...)

*Pretende-se assim que a extinção do posto de trabalho objetivamente fundamentada não se confunda com a extinção do posto de trabalho que vise a cessação de contratos de trabalho dirigida a trabalhadores em concreto (...)*”

**3.4.** Já no que respeita ao cumprimento dos requisitos formais têm entendido os nossos tribunais superiores que:

i) “*As exigências formais que condicionam o despedimento por extinção do posto de trabalho visam assegurar o esclarecimento do trabalhador abrangido, garantir o exercício do contraditório e tutelar a segurança jurídica, bem como permitir o posterior controlo jurisdicional desses fundamentos.*

- ii) Os motivos da extinção do posto de trabalho devem estar devidamente especificados, nas comunicações (...), e na decisão final do processo, nelas devendo figurar todas as circunstâncias e factos concretos que integram esses motivos.
- iii) Sem a alegação destes elementos, o trabalhador fica sem conhecer os factos que determinaram a extinção do seu posto de trabalho e sem o mínimo de elementos que lhe permitam pronunciar-se sobre os motivos da extinção e sobre a impossibilidade de subsistência da sua relação de trabalho, ficando, dessa forma, seriamente prejudicado o exercício do contraditório e o seu direito de defesa.
- iv) Além disso, o tribunal fica sem possibilidade de exercer qualquer controlo jurisdicional sobre a verificação dos motivos da extinção e sobre as razões que a levaram o empregador a concluir pela impossibilidade prática da subsistência da relação. *(sumário elaborado pelo Relator) www.dgsi.pt*

### III – DECISÃO

3.1. Na sequência do exposto, a CITE delibera:

- a) Manter a conclusão do parecer n.º 365/CITE/2016, aprovado por maioria dos membros presentes na reunião da CITE, de 03 de agosto de 2016, por não haver fundamentos suficientes que determine a sua alteração.
- b) Comunicar à empresa e à trabalhadora o teor da presente resposta à reclamação.

**APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 14 DE SETEMBRO DE 2016, CONFORME CONSTA DA RESPECTIVA 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).**