

PARECER N.º 187/CITE/2018

Assunto: Denúncia de contrato de trabalho de trabalhadora grávida durante o período experimental – Situações potenciadoras de discriminação no acesso a emprego e no trabalho

Processo n.º 407-DV/2018

I – OBJETO

- 1.1. Em 2 de junho de 2017, a entidade empregadora ..., comunicou à CITE que *"no uso da faculdade conferida pelo artigo 114.º, n.º 1, do Código do Trabalho (...) denunciou o contrato de trabalho com efeitos à data de 30 de maio de 2017, celebrado com a Sra. D. ... (...), na data de dois de maio de dois mil e dezassete, cuja execução se encontrava em período experimental fixado em 30 (trinta) dias."*
- 1.2. Mais informou a entidade empregadora que *"a Colaboradora, no momento da denúncia do contrato de trabalho, encontrava-se em situação de baixa e em situação de gravidez (mas não por baixa de gravidez em risco)."*
- 1.3. A decisão indicada pela entidade empregadora para a denúncia *"deve-se ao facto de a colaboradora não apresentar valências, capacidade e robustez física e psicológica para o exercício das funções laborais pela qual havia sido contratada, cuja atividade funcional implica o levantamento, suporte, higienização, mobilização, acompanhamento diário, etc. de utentes, recorrendo a esforços físicos sucessivos e à prestação de cuidados e estímulos sucessivos para o bem estar dos n/idosos. Em virtude do perfil psicológico, cognitivo da Colaboradora, designadamente pela falta de sensibilidade afetiva e cognitiva para o exercício daquelas funções e ausência de robustez física, é entendimento da Empregadora denunciar o contrato de trabalho em período experimental."*
- 1.4. Após análise da comunicação e considerando o disposto no artigo 24.º do Código do Trabalho, relativo ao direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho, não se afigurou a inexistência denexo entre a alegada falta de robustez física e psicológica e o estado de gravidez da trabalhadora, pelo que, de acordo com o

previsto na alínea h) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março que estabelece a missão e atribuições da CITE e que prevê a possibilidade desta Comissão solicitar, ao serviço com competência inspetiva no domínio laboral, a realização de visitas aos locais de trabalho, com a finalidade de comprovar quaisquer práticas discriminatórias em razão do sexo, podendo essas visitas ser acompanhadas por representante da CITE, foi por ofício datado de 5.06.2017, solicitada a intervenção da Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT).

- 1.5.** Em 14.02.2018, aquela Autoridade informou a CITE de que não comprovou a existência de infração ao regime legal de proteção da maternidade, porquanto:
- "(...) 2. Com efeito, na situação vertente, relativa a denúncia de contrato de trabalho no período experimental, importa atender ao disposto no art.º 114.º, n.º1 do Código do Trabalho. 3. A norma legal em causa prevê a possibilidade de tal denúncia por qualquer das partes sem aviso prévio ou invocação de justa causa e sem consagrar a necessidade de cumprimento de algum dever por parte do empregador no âmbito da proteção da parentalidade, ao invés do que sucede no despedimento, sujeito a parecer prévio da CITE, ou na caducidade de contrato a termo, em que é obrigatória a comunicação a essa Comissão dos motivos da não renovação. 4. Deste modo, nenhuma comunicação era, sequer, devida à CITE na situação vertente. 5. Considerando que o fundamento da denúncia do contrato durante o período experimental respeita não só à robustez física da trabalhadora mas igualmente ao seu perfil psicológico, atributo essencial para o desempenho da atividade contratada, já que a prestação de cuidados a idosos reveste especiais exigências, nomeadamente, no que concerne às características do cuidador, não se infere no sentido da ocorrência de algum intuito discriminatório da trabalhadora em causa, por relação à gravidez, aquando da cessação do vínculo contratual."*

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 2.1.** A Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5.07.2006 alude à construção jurisprudencial do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à

atividade profissional. De acordo com os considerandos 23 e 24 da referida Diretiva é expressamente referido que: *Ressalta claramente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que qualquer tratamento desfavorável de uma mulher relacionado com a gravidez ou a maternidade constitui uma discriminação sexual direta em razão do sexo. (...) O Tribunal de Justiça tem repetidamente reconhecido a legitimidade, em termos do princípio da igualdade de tratamento, de proteger a condição biológica da mulher na gravidez e na maternidade e de adotar medidas de proteção da maternidade como meio de atingir uma igualdade concreta.*

- 2.2.** Em sintonia com o princípio comunitário da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres a Constituição da República Portuguesa reconhece às mulheres trabalhadoras o direito a especial proteção durante a gravidez e após o parto, incluindo a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda de retribuição ou de quaisquer regalias¹.
- 2.3.** Para alcançar a necessária igualdade efetiva entre homens e mulheres no mercado de trabalho o legislador instituiu mecanismos legais que facilitassem o tratamento igual do que é igual e o tratamento diferente do que é diferente permitindo, nestes termos, assegurar às mulheres uma plena incorporação no mercado de trabalho, protegendo a sua condição biológica.
- 2.4.** De entre esses mecanismos legais destacam-se os efeitos jurídicos de determinadas licenças, faltas e dispensas, nos termos previstos no n.º 1 e n.º 2 do artigo 65.º do Código do Trabalho, que visam acautelar a condição biológica da mulher trabalhadora com vista à harmonização das oportunidades no mercado de trabalho e, ainda, os institutos de proteção das mulheres trabalhadoras enquanto potenciais visadas de discriminação no acesso a emprego e no trabalho como é o caso da especial proteção no despedimento de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante traduzida no dever de solicitação de parecer prévio à CITE em momento anterior à decisão de despedimento, ou o dever de comunicar à CITE o motivo da não

¹ Artigo 68.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa.

renovação de contrato de trabalho a termo resolutivo sempre que estiver em causa uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante.

2.5. Uma área particularmente sensível em matéria de igualdade e não discriminação com base no sexo é a do acesso ao emprego, quer seja num momento inicial de recrutamento e seleção quer seja posteriormente na manutenção do vínculo laboral durante o período experimental ou na renovação de contrato de trabalho a termo resolutivo.

2.6. Relativamente à matéria deste parecer importa refletir sobre dois aspetos essenciais. Um, já tratado na nossa doutrina e jurisprudência e relativo à ilegitimidade da denúncia do contrato de trabalho durante o período experimental e outro mais específico da proteção da trabalhadora grávida, puérpera e lactante e relacionado com os riscos específicos no exercício da atividade e o direito, à adaptação das condições de trabalho ou à atribuição de outras tarefas compatíveis com o seu estado e categoria profissional ou, mesmo, à dispensa do trabalho para prevenir esses riscos.

2.7. No que respeita ao primeiro aspeto, refira-se que as questões de comportamentos abusivos ou ilícitos durante o período experimental são enquadradas doutrinariamente em duas teses: *"uma que defende que caso a denúncia do contrato de trabalho durante o período experimental tenha sido abusiva a consequência jurídica daí adveniente é a obrigação de indemnizar em termos gerais (...) outra, que reconduz a situação a um despedimento ilícito com todas as consequências laborais daí decorrentes.*

Em jurisprudência confirmada no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, no âmbito do Processo 1114/09, de 5.03.2012, disponível para consulta em www.dgsi.pt conclui-se o seguinte: *"II -Se durante o período experimental de um contrato de trabalho não foi dada ao trabalhador a possibilidade de demonstrar as suas qualidades ou aptidões para o desempenho das funções para as quais foi contratado ou não tiver tido a oportunidade de efectuar a sua prestação, a cessação da relação laboral, por parte do empregador, nesse período experimental,*

constitui uma denúncia abusiva. III – Tal denúncia, como acto ilegítimo e abusivo que é, corresponde a um despedimento ilícito.

- 2.8.** Recorde-se que o objetivo do período experimental é o de permitir às partes, no tempo inicial de execução do contrato, apreciarem o interesse na sua manutenção, designadamente, e na perspetiva do empregador, comprovar se o/a trabalhador/a possui as competências exigidas pelo posto de trabalho que vai ocupar. Para tal, refere o artigo 111.º do Código do Trabalho que, no decurso do período experimental, as partes devem agir de modo que possam apreciar o interesse na manutenção do contrato de trabalho.
- 2.9.** E por tal motivo, não são considerados, na contagem do período experimental, os dias de falta, ainda que justificada, de licença, de dispensa ou de suspensão do contrato, porquanto tais ausências obstam à execução da prestação de trabalho e não permitem apreciar o interesse na manutenção do contrato de trabalho, designadamente comprovar se o/a trabalhador/a possui as competências exigidas pelo posto de trabalho que vai ocupar.
- 2.10.** Quanto ao segundo aspeto, a proteção da segurança e saúde de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, determinada no artigo 62.º do Código do Trabalho, impõem ao empregador o dever de proceder à avaliação da natureza, grau e duração da exposição de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, de modo a determinar qualquer risco para a sua segurança e saúde e as repercussões sobre a gravidez ou a amamentação, bem como as medidas a tomar, em atividade suscetível de apresentar um risco específico de exposição a agentes, processos ou condições de trabalho.
- 2.11.** A este dever corresponde o inerente direito da trabalhadora grávida, puérpera ou lactante a especiais condições de segurança e saúde nos locais de trabalho, de modo a evitar a exposição a riscos para a sua segurança e saúde, nos termos definidos no artigo 62.º do Código do Trabalho e na Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro, na sua mais recente versão, introduzida pela Lei n.º 28/2016, de 23 de

agosto, que estabelece o regime jurídico da promoção da segurança e saúde no trabalho.

2.12. De acordo com o referido regime particularizam-se as atividades proibidas ou condicionadas a trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes (artigos 50.º a 60.º), designadamente, as atividades condicionadas previstas no artigo 57.º:

“Agentes físicos

São condicionadas à trabalhadora grávida as atividades que envolvam a exposição a agentes físicos suscetíveis de provocar lesões fetais ou o desprendimento da placenta, nomeadamente:

- a) Choques, vibrações mecânicas ou movimentos;
- b) Movimentação manual de cargas que comportem riscos, nomeadamente dorso-lombares, ou cujo peso exceda 10 kg;
- c) Ruído;
- d) Radiações não ionizantes;
- e) Temperaturas extremas, de frio ou de calor;
- f) Movimentos e posturas, deslocações quer no interior quer no exterior do estabelecimento, fadiga mental e física e outras sobrecargas físicas ligadas à atividade exercida.”

2.13. Perante o estado de gravidez da trabalhadora, do conhecimento da ACT e da entidade empregadora que comunicou à CITE a denúncia do contrato de trabalho no período experimental, embora sem disposição legal que o impusesse, impunha-se um especial cuidado, pela condição biológica da trabalhadora em conjugação com os normativos já referidos.

2.14. E, se da aplicação da lei resultasse a necessidade de dispensa da trabalhadora de modo a acautelar a movimentação manual de cargas que comportem riscos, nomeadamente dorso-lombares, ou cujo peso exceda 10 kg, ou movimentos e posturas, deslocações quer no interior quer no exterior do estabelecimento, fadiga mental e física e outras sobrecargas físicas ligadas à atividade exercida,

naturalmente que o tempo de dispensa não seria considerado para efeitos de período experimental.

2.15. Na verdade, atendendo ao disposto nos artigos 24.º e 30.º do Código do Trabalho, o/a trabalhador/a ou candidato/a a emprego tem direito à igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado/a, beneficiado/a, prejudicado/a, privado/a de qualquer direito ou isento/a de qualquer dever em razão do sexo, designadamente, quanto a critérios de seleção e a condições de contratação, em qualquer setor de atividade e a todos os níveis hierárquicos e sem prejuízo da aplicação das disposições relativas à especial proteção de património genético, gravidez, parentalidade, adoção e outras situações respeitantes à conciliação da atividade profissional com a vida familiar.

E a exclusão ou restrição de acesso de candidato/a a emprego ou trabalhador/a em razão do sexo a determinada atividade ou à formação profissional exigida para ter acesso a essa atividade, constitui discriminação em função do sexo.

2.16. Só assim não será quando, nos termos do n.º 2 do artigo 25.º do Código do Trabalho, o comportamento baseado em fator de discriminação constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, em virtude da natureza da atividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional.

2.17. Neste enquadramento e em face dos elementos analisados, outra apreciação por parte da CITE implicaria a apresentação de uma queixa e o exercício do contraditório, porquanto o disposto no n.º 1 do artigo 114.º do Código do Trabalho, determina que durante tal período e salvo acordo escrito em contrário, qualquer das partes pode denunciar o contrato sem aviso prévio e invocação de justa causa, nem direito a indemnização.

2.18. Atendendo à importância do tema, a CITE pronuncia-se nos termos previstos na alínea a) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março.

III – CONCLUSÃO

3.1. Assim, ao abrigo da atribuição prevista na alínea a) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março, a CITE delibera:

3.1.1. Recomendar uma especial atenção e cuidado nas situações de denúncia do contrato de trabalho durante o período experimental, quando esteja em causa o acesso a emprego e condições de trabalho de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, designadamente, no que respeita ao cumprimento do regime jurídico da promoção da segurança e saúde no trabalho conjugado com o direito à igualdade e não discriminação em função do sexo no acesso ao emprego e nas condições de trabalho.

3.1.2. Comunicar o presente parecer à entidade empregadora, à trabalhadora e à Autoridade para as Condições do Trabalho.

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 21 DE MARÇO DE 2018, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À MESMA ATA.