

PARECER 64/CITE/2018

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 12.02.

Processo n.º 90/DG-E/2018

I – OBJETO

1.1.1. Em 15.01.2018, a CITE recebeu da cópia do processo de despedimento por extinção de posto de trabalho da trabalhadora grávida ..., 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 12.02, conforme sucintamente se transcreve: *“Vimos por este meio solicitar à Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE), um parecer prévio ao despedimento de trabalhadora grávida, por extinção do posto de trabalho. A comunicação da intenção de despedimento por necessidade de extinção do posto de trabalho foi transmitida à trabalhadora, por carta datada de 13 de dezembro de 2017, registada na mesma data, e rececionada pela trabalhadora a 15 de dezembro último. A trabalhadora veio a responder por carta datada de 22 de dezembro de 2017 e rececionada nesta entidade a 27 de passado mês. Em anexo enviamos cópia da carta remetida à trabalhadora e a resposta da mesma. Mais informamos que pela trabalhadora foi pedida a intervenção da ACT, a qual, dentro do prazo legal para o efeito, nada veio dizer em oposição ao despedimento. Mais informamos que a intenção de extinção do posto de*

trabalho e o conseqüente despedimento da trabalhadora referida em nada estão relacionados com a situação de gravidez da mesma, mas sim a fatores económicos, de mercado e de organização da empresa, conforme referido na carta de comunicação de intenção de despedimento e devidamente comprovados. A escolha da funcionária referida é justificada por ser a única no posto de trabalho a extinguir, não havendo neste momento qualquer outro contrato a termo ou não para a função de enfermeira. Não existe nenhuma razão de índole discriminatória (raça, sexo, etc.) que leve à escolha particular desta trabalhadora, o que a mesma reconhece pois, em nenhum momento na carta que faz chegar à entidade empregadora o refere. Face ao exposto, solicitamos à CITE que delibere em relação à oposição ou não, relativa ao despedimento por extinção do posto de trabalho, da trabalhadora grávida, promovida pela empresa”.

- 1.1.2.** Na carta enviada à trabalhadora a despedir e por esta recebida em 15.12.2017, a entidade empregadora fundamenta o presente despedimento por extinção do posto de trabalho, referindo, nomeadamente, o seguinte: “ *Nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 367.º e seguintes do Código do Trabalho, comunicar que é sua intenção proceder ao encerramento do posto de enfermagem e à conseqüente extinção do posto de trabalho de enfermeira, único posto de trabalho para esta categoria profissional existente na empresa, logo ao seu despedimento. A extinção do posto de trabalho fica a dever-se a motivos de mercado e motivos estruturais, que levam a que a empresa tenha necessidade de proceder a uma reestruturação. Quando falamos de motivos de mercado estamos a referir-nos ao facto de que, com a abertura do posto de enfermagem, em 2016, a empresa procurou responder áquilo que considerou ser uma necessidade dos seus utentes, facultando-lhes o acesso a cuidados de enfermagem. O que a realidade tem mostrado é*

que a procura destes serviços tem sido claramente diminuta, sendo que o mesmo faturou desde a sua abertura em 2016 até outubro de 2017, o montante de euros 917,36, dos quais euros 269,77 em 2017. O que mostra, inclusive, um decréscimo de faturação no último ano em relação ao ano; Há ainda que referir que os custos globais com a trabalhadora afeta ao centro de enfermagem, desde a sua abertura, ascendem a euros 30 042,96. Ora, face à situação atual nada indica que a procura deste serviço possa ter qualquer melhoria, pelo que manter o posto de enfermagem aberto seria onerar de forma inaceitável as contas da empresa, sem qualquer contrapartida financeira ou outra. Tal situação implica uma reestruturação do organigrama da empresa e o encerramento do centro de enfermagem, como consequência da sua inviabilidade económica e de modo a desonerar as contas da empresa deste custo fixo. Na empresa não existem contratos a termo para a mesma função ou tarefas correspondentes. Não existe nenhum outro posto de trabalho para a categoria profissional de enfermagem, o que torna impossível a subsistência da relação laboral, uma vez que deixarão de ser realizados atos de enfermagem. A necessidade desta extinção não fica a dever-se a qualquer conduta culposa do trabalhador ou do empregador. Na situação em concreto não é aplicável o despedimento coletivo. Mais informamos que poderá emitir o seu parecer fundamentado no prazo de 10 dias a contar da data da presente comunicação”.

- 1.1.3.** *Consumando tal procedimento e, após o período de consulta, que nos termos do artigo 370.º do CF (e caso se promova a decisão de despedimento por - extinção do posto de trabalho - como é intenção da entidade empregadora. será dado a V. Exa. o prazo de aviso prévio decorrente da decisão, que atento à antiguidade da trabalhadora, terá que respeitar o seguinte prazo:*

h) 30 dias, no caso do trabalhador com antiguidade igual ou superior a um ano e inferior a cinco anos.

1.1.4. *Em simultâneo e dentro dos mesmos prazos, será participado à Autoridade para as Condições do trabalho (CITE) por e-mail, a decisão da extinção do posto de trabalho.*

1.1.5. *Durante o prazo de aviso prévio, supra referido, a trabalhadora poderá usufruir do crédito de horas correspondentes a dois dias de trabalho por semana, por forma a poder ativamente desenvolver contatos, diligências, inscrições ou outras junto das várias entidades quer oficiais quer particulares, na busca de novo emprego ou à frequência de formação profissional que o capacite a novas oportunidades profissionais, salvaguardado o direito à retribuição durante aquele período, conforme estipula o artigo 364.º do CT.*

1.1.6. *Poderá, também a trabalhadora visada e se assim o entender e dentro daquele período, denunciar o contrato de trabalho, com a antecedência mínima de três dias úteis, sem prejuízo da compensação inerente que lhe é devida, conforme artigo 365.º do CT”.*

1.2. *A trabalhadora a despedir respondeu à comunicação do seu despedimento por extinção do posto de trabalho, conforme sucintamente de transcreve: "Na sequência da vossa comunicação rececionada em 15/12/2017, venho, nos termos do n.º 2 do artigo 370.º do Código do Trabalho, expressar a oposição ao meu despedimento por alegada necessidade de extinguir o meu posto de trabalho, com os seguintes fundamentos:1. Para justificar a alegada "necessidade de extinção do posto de trabalho", a empresa limitou-se a invocar de forma genérica, "motivos de mercado e motivos estruturais, que levam a que a empresa tenha necessidade de proceder a uma reestruturação".2. Fê-lo, contudo,*

de forma vaga, sem suporte técnico que justifique o anunciado despedimento.3. Os argumentos invocados são, na sua maioria, meras especulações desacompanhadas de qualquer estudo ou parecer que os fundamente, bem como carregados de falsidade, porquanto não refletem a veracidade dos factos.4. Também, não há qualquer referência ao motivo pelo qual se considera que a extinção do posto de trabalho é o único meio que permite atingir essa redução, isto é, o nexos causal entre os alegados motivos de mercado e a necessidade do despedimento.

Vejamos,

5. Efetivamente, V. Exas. procederam à abertura de um posto de enfermagem em abril de 2016, no sentido de servir como apoio aos serviços médicos prestados aos utentes.

6. Contudo, esse posto de enfermagem funcionava apenas no momento em que havia necessidade para prestar os respetivos serviços.

7. Desde 1 de junho de 2014 até à abertura do posto de enfermagem em abril de 2016, sempre exerci as minhas funções exclusivamente no departamento de fisioterapia, mais precisamente as funções de auxiliar médica de fisioterapia (massagens, ultrassons, parafraseando, magnetoterapia, apoio ao serviço de bem estar (SPA)).

8. Após a abertura do dito posto de enfermagem, acumulando as funções de auxiliar de fisioterapia que exerci exclusivamente até então, também me foram atribuídas as funções de prestação de serviços de enfermagem, sempre que se justificasse, mais concretamente no sentido de reforçar o apoio médico aos respetivos utentes.

9. Acontece que, pelo facto de ter recusado a assinatura de um contrato de trabalho a termo certo, que me foi apresentado por V. Exas. em 11 de julho de 2017, onde constava a vigência do contrato com início em 1 de junho de 2017 e término a 30 de novembro de 2017, foram-me dadas

instruções para exercer as minhas funções unicamente no posto de enfermagem.

10. Certo é que, a minha recusa na assinatura do contrato de trabalho a termo que me foi apresentado deveu-se ao facto de o mesmo já se ter convertido em contrato de trabalho sem termo, atendendo ao número de renovações, conforme estipula a al. b) do n.º 2 do artigo 147.º do Código do Trabalho.

11. Por sua vez, em agosto de 2017, V. Exas. contrataram outra trabalhadora, Sra. ..., que, desde então até à presente data, se encontra a exercer exatamente as mesmas funções por mim executadas desde junho de 2014 no departamento de fisioterapia.

12. É de realçar o facto de aquela trabalhadora ser enfermeira, não obstante no seu contrato de trabalho constar como categoria profissional "auxiliar de fisioterapia).

13. O argumento invocado por V. Exas. de que a procura dos serviços de enfermagem tem sido claramente diminuta, "sendo que o mesmo faturou desde a sua abertura em 2016 até outubro de 2017, o montante de 917,36, dos quais 269,77 em 2017" está ferido de intencionalidade malograda, porquanto existem inúmeros serviços de enfermagem que são efetivamente prestados, mas sem contrapartida monetária, uma vez que se tratam de serviços médicos complementares gratuitos. Pois que, a criação deste posto de enfermagem teve sempre como objetivo o auxílio ao serviço médico ali prestado, bem como o complemento de outros tantos serviços que firmam o bem-estar dos utentes. A título de exemplo, houve dias em que procedi à medição da tensão arterial em aproximadamente 20 utentes, sem qualquer contrapartida monetária.

14. Acresce que, no que concerne aos serviços de enfermagem pagos diretamente pelos utentes, a realidade é que de V. Exas. cobram valores irrisórios.

15. *Com um número aproximado de 12500 utentes/ano, parece-me que os serviços de enfermagem são indispensáveis ao funcionamento de todos os serviços prestados nas ..., que não se poderá refletir diretamente em valores de faturação.*

16. *Assim sendo, é de todo inaceitável o argumento apresentado por V. Exas. quanto ao decréscimo de faturação no último ano e à manutenção do posto de enfermagem aberto.*

17. *Conforme supra exposto, V. Exas. contrataram a termo outra trabalhadora, Sra. ..., sendo a mesma enfermeira de formação académica, para o exercício das mesmas funções e tarefas que exerci até à data em que recusei a assinatura de um novo contrato de trabalho a termo.*

18. *Não obstante V. Exas. fazerem constar no seu contrato de trabalho a categoria profissional de “auxiliar de fisioterapia”, ao invés do que fizeram sempre constar no meu contrato de trabalho a categoria profissional de “enfermeira”, certo é que as funções que aquela exerce são efetivamente as mesmas funções que exerci no departamento de fisioterapia.*

19. *É indubitável que o supra exposto demonstra que se tratou de uma manobra intencional e ilegal levada a cabo por V. Exas., no sentido de procederem ao meu despedimento.*

20. *Na verdade, inexistem razões sérias que justifiquem o despedimento, sendo possível a subsistência do meu contrato de trabalho.*

21. *Em qualquer caso, não se verificam os requisitos do despedimento por extinção do posto de trabalho, nomeadamente, os previstos nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 368.º do Código do Trabalho.*

22. *De facto, reitero que a colega ... é contratada a termo e desempenha tarefas correspondentes ao meu posto de trabalho, o que impede o despedimento nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 368 do Código do Trabalho.*

23. Assim sendo, im procedem os motivos invocados para justificar o despedimento por extinção do posto de trabalho.

24. Outrossim, o despedimento violaria o disposto nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 368.º do Código do Trabalho.

25. Acresce que, tal procedimento tem-me provocado um sentimento de desvalorização e baixa autoestima, quer pessoal quer profissional, acentuado pelo meu estado de gravidez, estado esse que é do vosso inteiro conhecimento.

26. Mais informo V. Exas. de que, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 370.º do Código do Trabalho, procedi ao pedido de intervenção à Autoridade para as Condições de Trabalho”.

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.
- 2.2.1.** 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;".
- 2.2.2.** 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.
- 2.3.** 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”.

- 2.4. 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.
- 2.5. 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”*.
- 2.5.1. 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”*.

2.5.2. A entidade empregadora fundamenta a extinção do posto de trabalho em *"motivos de mercado e motivos estruturais, que levam a que a empresa tenha necessidade de proceder a uma reestruturação. Quando falamos de motivos de mercado estamos a referir-nos ao facto de que, com a abertura do posto de enfermagem, em 2016, a empresa procurou responder áquilo que considerou ser uma necessidade dos seus utentes, facultando-lhes o acesso a cuidados de enfermagem. O que a realidade tem mostrado é que a procura destes serviços tem sido claramente diminuta, sendo que o mesmo faturou desde a sua abertura em 2016 até outubro de 2017, o montante de euros 917,36, dos quais euros 269,77 em 2017. O que mostra, inclusive, um decréscimo de faturação no último ano em relação ao ano"*.

2.6. 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 contra-ordenação grave o despedimento com violação do disposto nas alíneas c) e d) do n.º 1 e nos n.ºs 2 ou 3”.

2.6.1. Efetivamente, a empresa, apesar de alegar, “Motivos de mercado”, não comprovou a 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 e desta forma não demonstrou terem sido observados os requisitos a que alude o supracitado artigo 368.º do Código do Trabalho, ou seja, atento, o número de utentes que frequenta as ..., não pode a empresa afirmar, que os cuidados de enfermagem não irão ser necessários.

- 2.6.2.** Refere ainda a entidade empregadora, que a subsistência da relação de trabalho seja praticamente impossível, em virtude do empregador não dispor de outro compatível com a categoria profissional da trabalhadora, no entanto, no que se refere à observância dos critérios para determinação do posto de trabalho a extinguir, quando existem na empresa mais postos de trabalho de conteúdo funcional igual ao que a trabalhadora já havia desempenhado até julho de 2017, onde para além de outros exercia funções de auxiliar de fisioterapia, apoio ao serviço de bem estar SPA. A trabalhadora posteriormente é que acumulou com estas as funções de prestação de serviços de enfermagem.
- 2.6.3.** Para além dos fundamentos gerais de ilicitude do despedimento, previstos no artigo 381.º do Código do Trabalho, o artigo 384.º do mesmo Código dispõe, designadamente, que *“o despedimento por extinção do posto de trabalho é ainda ilícito se o empregador não cumprir os requisitos do n.º 1 do artigo 368.º e se não respeitar os critérios de concretização de postos de trabalho a extinguir referidos no n.º 2 do artigo 368.º”*.
- 2.7.** Com efeito, verifica-se, que, face às circunstâncias suprarreferidas, a entidade empregadora não observou os requisitos legais para promover o despedimento por extinção do posto de trabalho da aludida trabalhadora, não ficando, assim, afastados os indícios de discriminação por motivo de maternidade.

III – CONCLUSÃO

Face ao exposto, a CITE emite parecer desfavorável ao despedimento por extinção do posto de trabalho da trabalhadora grávida, ..., promovido pela sua

entidade empregadora, uma vez que tal despedimento poderia constituir uma discriminação por motivo de maternidade.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 07 DE FEVEREIRO DE 2018, CONFORME CONSTA DA RESPECTIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM, CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À MESMA ATA, COM OS VOTOS CONTRA DA CCP, CAP E CTP, ESTA ÚLTIMA COM A SEGUINTE DECLARAÇÃO DE VOTO: A CTP, VOTA CONTRA O PRESENTE PARECER, JÁ QUE ENTENDE QUE DA LEITURA DA COMUNICAÇÃO INICIAL, CONJUGADA COM A RESPOSTA DA TRABALHADORA, NÃO RESULTA QUE OS REQUISITOS NECESSÁRIOS À EXTINÇÃO DE POSTO DE TRABALHO NÃO TENHAM SIDO PREENCHIDOS.

NA VERDADE, É ALEGADO PELA ENTIDADE EMPREGADORA QUE SE PRETENDE ENCERRAR O POSTO DE ENFERMAGEM, SENDO A TRABALHADORA A ÚNICA COLABORADORA QUE DESEMPENHA ESSAS FUNÇÕES. TAL NÃO É NEGADO PELA TRABALHADORA.

O PARECER DA TRABALHADORA ASSENTA NO FACTO DE TER SIDO CONTRATADA A TERMO UMA COLEGA PARA AS FUNÇÕES POR SI DESEMPENHADAS NO PASSADO. ORA RECONHECE A TRABALHADORA QUE FOI PARA FUNÇÕES POR SI DESEMPENHADAS ANTES, E NÃO ACTUALMENTE.

DITO ISTO, ENTENDE-SE QUE NÃO DEVERIA HAVER OPOSIÇÃO AO PRESENTE DESPEDIMENTO.