

PARECER N.º 382/CITE/2023

Assunto: Parecer prévio ao despedimento de trabalhadora lactante, nos termos do n.º 1 e da alínea c) do n.º 3 do artigo 63º do Código do Trabalho.

Processo nº CITE-D/1711/2023

I – OBJETO

1.1. Por carta registada, remetida em **05 de abril de 2023**, a CITE recebeu da entidade empregadora ..., pedido de emissão de parecer prévio ao despedimento por extinção do posto da trabalhadora lactante ...

1.2. Por comunicação enviada à trabalhadora em 16 de março de 2023, a entidade empregadora manifestou intenção de proceder ao seu despedimento por extinção do posto de trabalho, nos termos do n.º 1 do artigo 369.º do Código do Trabalho.

1.3. Por referência à comunicação enviada, alega a entidade empregadora o seguinte:

“(...) O presente despedimento por extinção do vosso posto de trabalho, enquanto vendedora, é fundamentado em motivos de mercado e estruturais relativos a esta empresa, conforme se passa a expor:

- V/Exa. foi contratada para desempenhar funções inerentes à categoria profissional de Vendedora, nas ...;

- A contratação teve como objetivo a promoção da marca ... e a comercialização de outros produtos ..., nas supra referidas zonas geográficas,

- Acontece que, não se logrou atingir aquele objetivo, ou seja, não se verificou a rentabilidade pretendida com a promoção da marca ... nas zonas geográficas em causa;

- E a comercialização de demais produtos também não teve o retorno esperado;

- Pelos motivos supra expostos, não se justifica a alocação de um posto de trabalho para a zonas geográficas supra mencionadas, uma vez que não existe mercado/clientela que justifique o custo que esse posto de trabalho representa para a empresa.

Assim sendo, numa perspetiva de gestão económica da empresa, torna-se imperioso equacionar a extinção do posto de trabalho de V/Exa., na medida em que, tem associado um volume de custos e encargos (viatura, combustível, portagens, telemóvel, Tablet, etc.) muito superior à rentabilidade que se retira do mesmo.

Verifica-se um desequilíbrio económico-financeiro entre a existência do posto de trabalho de V/Exa e a rentabilidade que esta empresa retira do mesmo,

tornando-se incomportável a manutenção do mesmo, razão pela qual será necessário proceder à sua extinção.

Os motivos acima expostos determinam a total impossibilidade de subsistência da relação de trabalho, dado que, extinto este posto de trabalho, a empresa não dispõe de outro que seja compatível com a sua categoria profissional.

Por outro lado, não existe qualquer outro trabalhador contratado a termo ou sem termo que exerça as funções correspondentes às do posto de trabalho que ora se extingue.

Também não é aplicável, in caso, o despedimento coletivo.”

1.4. Regularmente notificada veio a trabalhadora, no dia 24 de março de 2023, responder à entidade empregadora, nos termos seguintes:

“(…) Acuso a Recção da V/ comunicação datada de 16 de março de 2023 no exercício do dever de comunicação prévia da intenção de despedimento por extinção de posto de trabalho, que se seguiu á comunicação de 16/03/2023 por email dando-me instruções para permanecer em casa.

Face a ambas as comunicações há vários pontos que gostaria de realçar:

1. Desde logo importa referir que me está a ser coartado o direito ao trabalho ao dizerem-me na véspera de entrar ao serviço que deveria permanecer em casa. Apesar de desgostosa, acatei a decisão de ficar em casa porque não posso entrar numa guerra psicológica de me apresentar na empresa e exigir o trabalho a que tenho direito.

2. Aliás, fiquei psicologicamente muito afetada pois, sei que o motivo de não me quererem de regresso ao trabalho tem a ver com o facto de eu ter sido mãe há 5 meses, o que me confere direitos de amamentação, pois só quando eu disse que regressaria V. Exas. manifestaram a intenção de cessar o meu contrato de trabalho.

3. Relembro a propósito, que dado que estou em casa por ordem da ..., terão que me ser liquidadas todas as quantias a que teria direito se estivesse efectivamente na empresa, como por exemplo subsídio de almoço e comissões (apuradas em termos médios).

4. Quanto à comunicação de extinção de posto de trabalho, a mesma está incompleta e como tal ilegal. Com efeito, não constam da referida comunicação os critérios na escolha do trabalhador selecionado para a extinção do posto de trabalho, sendo que apenas fundamentam que a zona onde me encontro afeta para vendas não justifica ter um recurso humano exclusivamente a ela afeta e nada se diz sobre a impossibilidade de me afetarem a outra zona em exclusivo ou simultâneo.

5. Por outro lado e como V. Exas. sabem e poderei demonstrar com documentos, a v/ justificação para a extinção de posto de trabalho não corresponde à verdade, dado que o meu trabalho principal é comercializar a marca ..., ..., material técnico, mobiliário e formações não se limitou á venda da marca ..., que representava até a menor parte do meu trabalho e esse trabalho continua a existir a ser desenvolvido por outra colega com menor antiguidade do que a minha.

6. É do V/ conhecimento e resulta dos mapas apresentados, que as minhas vendas cumpriram sempre os parâmetros por vós definidos e foram mesmo

para além disso. Na realidade tudo estava bem até a minha filha nascer! E muito lamento essa atitude por parte da

7. Atendendo a que terminei agora a licença de maternidade e me encontro em período lactante, agradeço me informem do teor da comunicação que terão de enviar ao CITE e a devida resposta sobre a legitimidade no meu despedimento, conforme estatui o art. 63 do código do trabalho.

8. Informo, portanto, que não concordo com a VI intenção de extinção de posto de trabalho e entendo que a mesma não corresponde á realidade.

9. Esta extinção de posto de trabalho não cumpre os pressupostos legais, sendo antes uma forma de me despedirem sem justa causa, com o suposto argumento de o meu lugar não estar a ser rentável, e esquecendo que a maioria do meu trabalho não é o que V. Exas. referem na carta de extinção de posto de trabalho.

10. A injustiça desta atitude abalou-me psicologicamente, numa altura já frágil da minha vida, com uma criança de 5 meses que como é do v/conhecimento nasceu depois de ter perdido um bebé e obrigou-me à toma de medicação sob orientação médica.

11. Este despedimento é violador dos mais básicos direitos de qualquer trabalhador, em flagrante violação da legislação laboral e constituindo uma ofensa à minha integridade moral, honra e dignidade, como trabalhadora sempre dedicada e como pessoa.

Caso se mantenha a decisão não fundamentada de V. Exas., serei forçada a tomar as medidas que considero adequadas à defesa dos meus direitos e a reportar a situação às entidades competentes. (...)"

1.5. Não foram juntos quaisquer outros documentos, ou alegados outros factos, que assumam relevância para a presente apreciação.

Cumprе apreciar,

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 o direito comunitário, 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".

2.5. A entidade competente para emitir tal parecer prévio é, por via do Decreto-lei n.º 76/2012 de 26 de março, a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego.

2.6. 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 entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres.”

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. Remetendo para o n.º 2 do artigo 359.º do Código do Trabalho, esclarece o legislador que os motivos atendíveis para a concretização do despedimento por extinção do posto de 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 ainda que, 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, como referimos, nos termos do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 76/2012 de 26 de março, que aprova a respetiva lei orgânica “(...) b) emitir parecer prévio ao despedimento de trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes, ou de trabalhador no gozo de licença parental;”

III – ANÁLISE

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

3.2. Para que se possa operar um despedimento por extinção do posto de trabalho há que ter em conta, como vimos, o disposto no artigo 368.º do Código do Trabalho que prevê especificamente os pressupostos legais da sua admissibilidade.

3.3. E neste sentido impõe-se que, fundadamente, os motivos do despedimento nada tenham a ver com um comportamento culposo do empregador ou do/a trabalhador/a; a impossibilidade da subsistência da relação laboral; a inexistência na empresa de contratos de trabalho a termo para tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto; que não seja aplicável o despedimento coletivo; necessidade de, até ao termo do prazo de aviso prévio, colocar à disposição do/a trabalhador/a a compensação devida, bem como os créditos vencidos e os exigíveis por efeito da cessação do contrato de trabalho.

3.4. No despedimento, aqui em análise, a entidade empregadora refere que a trabalhadora foi contratada para desempenhar funções inerentes à categoria profissional de vendedora, nas ..., com o objetivo de promoção da marca ... e

comercialização de outros produtos ..., nas referidas zonas geográficas, não se tendo verificado, porém, a rentabilidade pretendida, quer no que respeita à dita marca ... como relativamente à comercialização dos demais produtos. Posto o que, no seu entendimento, não se justifica a alocação de um posto de trabalho para aquelas exclusivas zonas geográficas uma vez que não existe mercado/clientela que justifique o custo que esse posto de trabalho representa para a empresa.

3.5. Conclui assim que existe uma impossibilidade objetiva de subsistência da relação laboral, já que, extinto este posto de trabalho, não dispõe de outro que seja compatível com a categoria profissional da trabalhadora visada, nem existe qualquer outro trabalhador contratado a termo ou sem termo que exerça as funções correspondentes às do posto de trabalho que se pretende extinguir.

3.6. A trabalhadora manifestou expressamente a sua oposição quanto aos fundamentos invocados, referindo, entre o mais, que o motivo subjacente à pretendida extinção está relacionado com o facto de ter sido mãe há 5 meses, e com os direitos associados à proteção da parentalidade.

3.7. Compulsados os argumentos da entidade empregadora, entendemos que não se mostram esclarecidos determinados aspectos que entendemos relevantes para poder sustentar a dita impossibilidade de subsistência da relação laboral.

3.8. Desconhecemos assim, porque a entidade empregadora não refere, que factos lhe permitem concluir que não foi logrado o objectivo subjacente à contratação da trabalhadora, e se tais objetivos resultam ou não do seu contrato trabalho.

3.9. Afigura-se-nos igualmente temerário sustentar um despedimento com a alegação genérica e abstrata de que não se verificou a rentabilidade pretendida nem o retorno esperado.

3.10. Desconhecemos, aliás, o objeto social da entidade empregadora e o quadro de pessoal existente na empresa, assim como o conteúdo funcional da categoria profissional a que a trabalhadora visada se encontra afecta, ou para a qual foi contratada. E ainda se inexistem outras funções que possam ser desenvolvidas pela trabalhadora ou outras zonas geográficas que lhe possam ser distribuídas.

3.11. Ora, na ausência de mais prova atendível, entendemos que não se mostram preenchidos os requisitos a que alude o artigo 368º do Código do Trabalho, nomeadamente a impossibilidade da subsistência da relação laboral, a inexistência na empresa de contratos de trabalho a termo para tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto; e, por fim, entendemos ainda que omite a entidade empregadora a necessidade de, até ao termo do prazo de aviso prévio, colocar à disposição do/a trabalhador/a a compensação devida, bem como os créditos vencidos e os exigíveis por efeito da cessação do contrato de trabalho..

3.14. Pelo que, em face destas incongruências, **admitimos existirem dúvidas razoáveis quanto à legalidade deste procedimento** e consideramos não estarem cabalmente verificadas as formalidades legais devidas para a extinção do posto de trabalho, circunstância que não nos permite afastar a existência de indícios de discriminação em função da maternidade.

IV – CONCLUSÃO

Em face do que, a CITE delibera **opor-se** ao despedimento por extinção do posto de trabalho da trabalhadora lactante ..., nos termos promovidos pela entidade empregadora

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS DA CITE EM 26 DE ABRIL DE 2023, COM O VOTO CONTRA DOS REPRESENTANTES DA CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL (CIP), E DA CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS (CTP) CONFORME CONSTA DA RESPECTIVA ATA NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENCAS ANEXA À MESMA ATA.