

PARECER Nº 951/CITE/2023

ASSUNTO: Parecer prévio ao despedimento de trabalhadora lactante 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 4945/DL-E/2023

I - OBJETO

1.1. Por CAR, em 09.10.2023, a CITE recebeu da entidade empregadora o pedido de emissão de parecer prévio ao despedimento por extinção de posto de trabalho da trabalhadora lactante 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 de fevereiro.

1.2. Por documento escrito, datado de 26.09.2023, aquela entidade empregadora comunicou à trabalhadora a necessidade de extinguir o seu posto de trabalho, nos termos do art.º 369º, nº 1, do Código do Trabalho, conforme se transcreve:

“Ex.ma Senhora,

Em cumprimento do disposto no artigo 367º e seguintes do Código do Trabalho, vimos por este meio comunicar que a sociedade comercial ..., com sede na Rua ..., NIPC ..., tem intenção de proceder ao despedimento de V. Exa em virtude de necessidade de extinção do seu posto de trabalho.

O despedimento a ser promovido não é motivado por qualquer conduta culposa da sua parte ou da empresa, mas sim em circunstâncias estruturais e de mercado.

Concretamente, atendendo à redução de procura que se vem verificando nos últimos anos, existe necessidade e opção empresarial de encerrar definitivamente, e no limite até ao final do presente ano civil, a Loja em que presta o seu trabalho desde a data da sua admissão em 22 de

Setembro de 2020, operando-se em consequência uma reestruturação da organização produtiva.

Não se configuram os requisitos necessários para a existência de um despedimento coletivo e é impossível à empresa a subsistência do seu posto de trabalho, não só pelos motivos invocados, mas também porque não existem na empresa contratos de trabalho a termo para execução de tarefas correspondentes à do posto de trabalho extinto.

Como critério de seleção da trabalhadora e uma vez que existe necessidade de redução de trabalhadores em função de encerramento de estabelecimento, foram considerados os critérios previstos no artigo 368º do Código do Trabalho.

Considerando o exposto, nos termos do artigo 370º do Código do Trabalho, dispõe do prazo de 15 dias para transmitir parecer fundamentado sobre a decisão cuja intenção nesta data se comunica.

*Sem outro assunto de momento,
Cria ao dispor.”*

1.3. Por documento escrito, datado de 29.09.2023, a trabalhadora comunicou àquela entidade empregadora o seu parecer, nos termos do art.º 370º, nº1, do Código do Trabalho, conforme se transcreve:

“Exmos. Senhores,

Tendo conhecimento de que a maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes, e os trabalhadores têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação ao exercício da parentalidade, eu devia ter recebido uma comunicação por parte da CITE a referir a vossa intenção em proceder ao meu despedimento.

Uma vez que isso não se sucedeu, questiono se reportaram à referida entidade a vossa intenção em me despedir, uma vez que a essa situação tem que ser aprovada pela CITE.

O encerramento da loja onde exerço funções não justifica o meu despedimento, visto que possuem outro estabelecimento, onde posso continuar a exercer a minha categoria profissional.

Sem outro assunto de momento.

Atentamente.”

1.4. Por documento escrito, datado de 04.10.2023, a entidade empregadora comunicou à trabalhadora o seguinte:

“Ex.ma Senhora,

Na sequência da sua comunicação por nós recebida no dia de ontem, cumpre-nos esclarecer que o parecer prévio a que faz referência tem necessariamente de ser obtido em fase prévia ao despedimento, mas não em fase prévia à comunicação da intenção de proceder ao referido despedimento.

Aliás, o artigo 63º n.º 1 a n.º 3 esclarece que o despedimento de trabalhadora nas condições em que atualmente se encontra carece de parecer prévio do CITE, cabendo ao empregador pedir o referido parecer e remeter o processo depois das consultas referidas no n.º 1 do artigo 370º do Código do Trabalho, ou seja, depois de comunicar a intenção de despedimento e de decorrido o prazo de apresentação do parecer fundamentado.

Isso será feito de imediato considerando que se pronunciou sobre a intenção de despedimento, mas, conforme referido, por o seu despedimento depender de parecer prévio do CITE, o mesmo não será promovido antes da emissão do referido parecer.

Por fim, quanto ao facto de referir que a empresa possui outro estabelecimento e que pode continuar a trabalhar nesse estabelecimento, pretende esclarecer-se que a impossibilidade de manutenção do seu posto de trabalho decorre do encerramento definitivo do estabelecimento em que presta o seu trabalho e não da transferência ou mudança de instalações para um novo local, tornando-se por isso impossível a acumulação adicional de postos de trabalhos desnecessários num único estabelecimento.

Além disso, todos os requisitos para que fosse promovida a extinção do posto de trabalho foram preenchidos, respeitados e não foram fundamentadamente rebatidos, não bastando para o efeito uma alegação genérica de que "pode continuar a exercer a sua categoria profissional" no estabelecimento remanescente.

*Sem outro assunto de momento,
Cria ao dispor."*

1.5. Na comunicação a esta Comissão, aquela entidade empregadora refere ainda, designadamente, o seguinte:

"(...)

Concretamente, a entidade patronal, com sede na ..., NIPC ..., pretende despedir a sua Trabalhadora ..., residente na ..., fundamentando a sua pretensão no encerramento definitivo do estabelecimento em que a Trabalhadora presta o seu trabalho, sendo impossível à Entidade Patronal acumular postos de trabalho desnecessários e excedentários no estabelecimento que manterá em funcionamento.

Na empresa não existem quaisquer contratos a termo, sendo a Trabalhadora em questão a mais recente contratação na sua categoria profissional, e, mesmo a única contratação posterior à admissão da Trabalhadora, além de ter sido contratada para outra categoria profissional e de estar perfeitamente integrada no estabelecimento em que presta o seu trabalho, tem mais habilitações profissionais e revela-se mais decisiva no futuro da empresa.

Assim, a empresa não tem qualquer necessidade de manter a trabalhadora ao seu serviço considerando as suas competências e funções que vem desempenhando dentro da sua categoria profissional.

Perante tal quadro e atendendo à necessidade de encerrar o estabelecimento em questão com a brevidade possível e, no limite, até ao final do ano civil de 2023, a Entidade Patronal comunicou

em 26/09/2023 à Trabalhadora a intenção de promover o seu despedimento uma vez que vai deixar de ter trabalho e local de trabalho em que possa receber a mesma.

(...)"

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, “(...) *b) Emitir parecer prévio ao despedimento de trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes, ou de trabalhador no gozo de licença parental; (...)*”.

III – O CASO EM ANÁLISE

3.1. O despedimento por extinção de posto de trabalho corresponde a um despedimento fundado em motivos objectivos, de natureza não disciplinar.

3.2. Tal modalidade de cessação do contrato de trabalho é promovida pelo empregador quando a extinção do posto de trabalho seja devida a motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, relativos à empresa (art.º367º, nº1, do Código do Trabalho), sendo que se entendem por tais motivos os como tal referidos no nº2 do art.º 359º (artº 367º, nº2, do mesmo diploma).

3.3. O despedimento por extinção de posto de trabalho, fundamentado nos motivos mencionados, só pode ter lugar desde que se verifiquem ainda os seguintes requisitos cumulativos, conforme dispõe o art.º 368º, nº1, do Código do Trabalho:

“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.”

Nos termos do nº4 do art.º 368º, do Código do Trabalho, e na concretização do requisito constante da alínea b) do nº1 do mesmo artigo, 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.

E ainda, nos termos do nº2 do citado art.º 368º, do Código do Trabalho, *“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.”

3.4. Quanto à sindicância da motivação do despedimento, refere o Ac. TRL, proc. n.º 1015/19.0T8CSC.L1-4, de 12.02.2020, que *“Cuidando-se de ajuizar acerca do despedimento por extinção do posto de trabalho, a operação centrar-se-á na apreciação da genuinidade dos motivos alegadamente determinantes, na falada dimensão, ou seja, não tanto – nem decisivamente – na perspetiva da bondade/oportunidade da decisão gestionária do empregador, mas fundamentalmente na análise do juízo de consequentialidade entre os motivos pretextados pelo empregador para o despedimento e a decisão de fazer cessar, concretamente, o posto de trabalho em causa, juízo esse que sempre implícita, naturalmente, uma atuação empresarial razoável e séria.”*

Também o Ac. TRC, proc. n.º 3019/18.1T8LRA.C1, de 07.02.2020, citando jurisprudência no mesmo sentido, entendeu que *“No âmbito do controle material da motivação do despedimento (...) este deve abranger basicamente:*

1º - A verificação da veracidade do motivo invocado;

2º - A verificação da existência de um nexo de causalidade entre os motivos invocados e o despedimento, de molde a concluir-se que, de acordo com juízos de razoabilidade, aqueles são adequados a justificar a redução de trabalhadores;

3º- Finalmente, tem-se também entendido que se deve controlar a proporcionalidade entre a motivação apresentada e decisão de despedir e racionalidade dessa medida, face à necessidade de ponderar os dois valores constitucionais em jogo (iniciativa económica privada versus segurança no emprego - art.ºs 61º e 53º da CRP).”

3.5. A entidade empregadora fundamenta o presente despedimento por extinção do posto de trabalho da trabalhadora com a decisão de encerramento definitivo, por motivo de redução da procura, do estabelecimento a que aquela se encontra alocada.

Alega ser impossível a subsistência da relação de trabalho por não existirem contratos a termo para a execução de tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto, referindo ainda que foram considerados os critérios previstos no art.º 368º, do Código do Trabalho, para a seleção do posto de trabalho a extinguir.

3.6. A trabalhadora, no seu parecer fundamentado, refere a existência de um outro estabelecimento da entidade empregadora.

3.7. Ora, em primeiro lugar sempre se diga que a entidade empregadora não demonstrou a impossibilidade da subsistência da relação de trabalho, a qual não se concretiza pelo facto de não existirem contratos de trabalho a termo para tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto (esse é um dos outros requisitos de que depende o despedimento nesta modalidade), antes pelo facto de o empregador não dispor de outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador, uma vez extinto o posto de trabalho que este ocupava.

Conforme refere a trabalhadora, verifica-se a existência de um outro estabelecimento onde aquela pode continuar a exercer funções correspondentes à sua categoria profissional (que a entidade empregadora, aliás nem identifica).

Ora, contrariamente ao alegado pela entidade empregadora, não se trata de uma questão de transferência ou de mudança de instalações; trata-se de demonstrar a impossibilidade da subsistência da relação de trabalho nos termos expostos.

3.8. O que nos leva à aplicação dos critérios previstos no art.º 368º, nº2, do Código do Trabalho. Ora, refere a entidade empregadora que, em decorrência do encerramento daquele estabelecimento, torna-se impossível a acumulação adicional de postos de trabalho desnecessários no estabelecimento remanescente. Nestes termos, dúvidas não restam de que existe na secção ou estrutura empresarial uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico (e não de categorias profissionais idênticas), cenário que obrigaria à aplicação da ordem de critérios prevista no art.º 368º, nº2, do Código do Trabalho, para determinação do posto de trabalho a extinguir, a saber:

“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.”

3.9. Ora, conforme decorre da comunicação do despedimento da entidade empregadora à trabalhadora, tal ordem de aplicação dos critérios não foi minimamente concretizada, sendo apenas posteriormente referido na comunicação a esta Comissão que a trabalhadora cujo posto de trabalho será extinto é a *“mais recente contratação na sua categoria profissional, e, mesmo a única contratação posterior à admissão da Trabalhadora, além de ter sido contratada para outra categoria profissional e de estar perfeitamente integrada no estabelecimento em que presta o seu trabalho, tem mais habilitações profissionais e revela-se mais decisiva no futuro da empresa.”*

Para além do facto de tal não poder ser considerado para efeitos de emissão do presente parecer, porque não constante da comunicação à trabalhadora e logo não sujeito ao contraditório por esta, sempre cumprirá dizer que os critérios ali previstos são aplicados por ordem e devem ser devidamente concretizados, i.e., com a indicação dos factos concretos e respetiva ordem de aplicação, para além de que a *“perfeita integração no estabelecimento remanescente”* e o facto de uma trabalhadora ser *“mais decisiva no futuro da empresa”* do que outra não são critérios legais para a escolha do posto de trabalho a extinguir, conforme decorre do art.º 368º, nº2, do Código do Trabalho.

3.10. Face ao exposto, verifica-se que a entidade empregadora não observou os requisitos legais para promover o despedimento por extinção do posto de trabalho da trabalhadora, não ficando, assim, afastados os indícios de discriminação por motivo de maternidade.

IV - CONCLUSÃO

Face ao que antecede, a CITE opõe-se ao despedimento por extinção de posto de trabalho da trabalhadora lactante, por não se afigurarem afastados indícios de discriminação em função da maternidade.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS DA CITE EM 8 DE NOVEMBRO DE 2023, COM O VOTO CONTRA DO REPRESENTANTE DA CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL (CCP) E CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS (CTP).