

RESPOSTA A RECLAMAÇÃO DO PARECER N.º 828/CITE/2023

Assunto: Resposta a reclamação do parecer n.º 828/CITE/2023, referente ao pedido de parecer prévio ao despedimento de trabalhadoras lactantes 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, n.º 4167-DL-E/2023, aprovado por maioria dos membros que compõem a CITE em 13/09/2023.

Processo n.º 4802 – RP/2023

I – OBJECTO

1.1 Em 28.09.2023, a CITE recebeu, via correio eletrónico, de ... reclamação do parecer referido em epígrafe, aprovado por maioria dos membros presentes na reunião da CITE de 13.09.2023, solicitado 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, relativo ao despedimento por extinção de posto de trabalho das trabalhadoras lactantes ... e ... , parecer esse que foi opositor ao referido despedimento, por não se afigurarem afastados indícios de discriminação em função da maternidade.

1.2. Na presente reclamação, a entidade empregadora vem referir o seguinte:

“Ex.ma Senhora Presidente da CITE

Centro ... , NIPC ... , com sede na ... , tendo sido notificada do parecer prévio ao despedimento por extinção de posto de trabalho de trabalhadoras lactantes n.º 828/CITE/2023, não se conformando vem, nos termos do disposto n.º 1, al. a) do artigo 186.º do Código do Procedimento Administrativo reclamar do mesmo, o que faz nos termos e com os seguintes fundamentos:

I. Questão Prévia - Do pedido de Suspensão dos efeitos do Parecer Prévio Desfavorável emitido

1. *Atendendo a que:*

- (a) *o acto administrativo de que ora se reclama admite recurso contencioso, de acordo com o previsto no art.º 57.º, n.º 7, do Código do Trabalho;*
 - (b) *o Parecer Prévio emitido pela CITE só se torna definitivo e desfavorável à recusa após o termo do prazo admitido para a Reclamação da Decisão; e*
 - (c) *a produção imediata dos efeitos do Parecer desfavorável causará prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação à ora Reclamante*
2. *Requer-se à CITE, nos termos do disposto no art.º 189.º, n.ºs 2 e 3, do CPA, se digne atribuir efeito suspensivo à presente Reclamação*

II. *Da Reclamação*

3. *Ao abrigo do disposto no n.º 1, e da alínea c) do n.º 3, do artigo 63.º do Código do Trabalho, a CITE emitiu parecer prévio desfavorável ao despedimento por extinção do posto de trabalho das Trabalhadoras ... e ... (doravante “Parecer”).*
4. *O parecer consubstancia um ato administrativo com eficácia externa cujo conteúdo lesa os direitos e interesses legalmente protegidos da ora Reclamante sendo, por isso, parte legítima para os presentes efeitos.*
- Ora,
5. *No parecer ora reclamado é referido que “a entidade empregadora não demonstrou os motivos de mercado que, nos termos legais, podem servir de fundamento à extinção dos postos de trabalho de ambas as trabalhadoras em causa, uma vez que o simples facto de se verificar o termo da vigência do projeto ... ao qual as trabalhadoras se encontram afetadas, não faz logo presumir a necessidade de redução da atividade da empresa provocada pela diminuição previsível da procura de bens ou serviços ou na impossibilidade superveniente, prática e legal, de colocar esses bens ou serviços no mercado, nos termos do art.º 359.º, n.º 2, a), ex vi art.º 367.º, n.º 2, ambos do Código do Trabalho. Desde logo porque outros projetos podem ainda estar em curso ou serem posteriormente aprovados (...)”*
6. *Não pode a entidade empregadora concordar com tal posição. Senão vejamos:*
7. *O Programa ... é financiado no âmbito do Programa ... (...), através do Fundo Social Europeu, sendo as despesas com recursos humanos reembolsadas a 100%.*

8. O Centro Social ... é uma Instituição ... (...) sem fins lucrativos que, a par de outras Instituições do setor, se debate com a escassez de recursos financeiros.

9. Tal facto impõe à Reclamante a necessidade de adotar uma gestão rigorosa dos seus fundos, com grande controlo das despesas e das receitas, de forma a lograr dar continuidade à sua missão social.

10. Por esse motivo,

a) o término de um projeto financiado, como o ora em causa, sem existir qualquer perspetiva de abertura de nova candidatura para outro projeto idêntico

b) a par do processo que se encontra em curso, levado a cabo pelo Governo, de transferência de competências para a esfera dos municípios, além do mais, das respostas sociais que existem no país em termos de nomeadamente no âmbito do serviço de acompanhamento e atendimento social (cf Decreto-Lei 55/2020, de 12 de agosto e os artigos 12.º e 32.º da Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto) que torna mais remota a possibilidade de ser aprovado projeto idêntico ou semelhante ao ora em causa.

obrigam a que o ... tenha de efetuar uma gestão dos seus recursos humanos e financeiros de forma eficiente e eficaz, com vista à construção de uma organização sustentável que cumpra a sua missão e atinja os seus objetivos de carácter social.

11. Sendo certo que é insustentável financeiramente para a Instituição Reclamante manter duas trabalhadoras ao serviço sem a possibilidade de as afetar a qualquer projeto financiado, como é o caso.

12. Mais é de referir que os programas ora em curso na Instituição - ..., ... perto e ... – são projetos cujo pessoal afeto necessita de possuir formação específica na área da violência doméstica – formação TAV (Técnico de Apoio à vítima)

13. Formação essa que as trabalhadoras ora em causa não possuem.

14. Ao contrário das trabalhadoras que estão afetas aos referidos projetos porquanto foi requisito prévio da sua contratação possuírem a referida formação.

Acresce que,

15. É pacífico na doutrina e jurisprudência que “as opções empresariais são feitas no âmbito de um poder discricionário da empresa e estão subtraídas dos poderes de sindicância dos tribunais”, cfr. acórdão do STJ de 07 de novembro de 2001, disponível em www.dgsi.pt.

16. *"A legalidade do despedimento terá de ser aferida com respeito pelo critério empresarial e, nunca, à luz de mecanismos de viabilização da empresa, não competindo ao julgador substituir-se ao empregador, cabendo-lhe tão só um juízo racionalmente controlável sobre os fundamentos do despedimento."* cfr. acórdão do STJ de 07 de novembro de 2001, disponível em www.dgsi.pt.
17. *A decisão de extinção dos postos de trabalho tem uma natureza exclusivamente económica e de organização, sendo urgente proceder aos mesmos uma vez que a manutenção dos postos de trabalho das referidas trabalhadoras representa um custo financeiro injustificado e, por isso, contrário aos normais critérios da boa gestão e administração, figurando-se incompatível e inoportável do âmbito da organização da reclamante, pelos motivos já supra expostos.*
18. *Pelo que, dúvidas não podem subsistir de que a reclamante agiu de acordo com as formalidades a que o despedimento por extinção do posto de trabalho se encontra sujeita.*
19. *No que tange à trabalhadora ... , com a categoria profissional de Psicóloga, é referido, no parecer de que ora se reclama, que "não corresponde à verdade que seja esta a única trabalhadora com aquela categoria na estrutura organizativa do Centro, quiçá seja a única afeta ao projeto em causa."*

Ora cumpre referir que

20. *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"*
21. *Pelo que o que está efetivamente em causa para a aplicação dos referidos critérios não é a denominação do posto de trabalho ou profissão desempenhada, mas antes o conteúdo funcional desse posto de trabalho e as funções efetivamente desempenhadas pela trabalhadora em apreço.*
22. *Ora, os postos de trabalho das trabalhadoras da ora Reclamante com a mesma categoria profissional da que ora esta em causa – psicóloga - não são os mesmos, nem têm conteúdos funcionais idênticos. Vejamos:*
23. *Conforme consta do contrato de trabalho da trabalhadora ... , a mesma foi admitida ao serviço da ora reclamante especificamente para desempenhar a função de técnica superior de psicologia afeta ao Eixo 3 – Promoção do envelhecimento ativo e apoio à população idosa, candidatura n.º ...-..., de tipologia 3.10 – Contratos Locais de Desenvolvimento Social (CLDS) - cfr. contrato de trabalho remetido juntamente com o pedido de parecer.*

24. As demais trabalhadoras com a mesma categoria profissional encontram-se a exercer funções com conteúdo funcional muito distinto, senão vejamos:
- a. A trabalhadora ... (psicóloga) encontra-se, desde 15-09-2021, afeta ao Projeto de apoio de crianças e jovens vítimas de violência doméstica;
 - b. A trabalhadora ... (psicóloga) encontra-se, desde 09-06-2020, afeta ao ... (apoio ao agressor), tendo a reclamante celebrado com a mesmo contrato de trabalho a tempo parcial.
 - c. A trabalhadora ... (psicóloga) encontra-se, desde 16-12-2019, afeta ao Projeto ... na vertente de adultos vítimas de violência doméstica;
 - d. A trabalhadora ... (psicóloga) encontra-se desde 01-03-2011 afeta ao ...;
 - e. A trabalhadora ... desde 12-11-2018 encontra-se afeta a resposta social Centro de Dia, sendo a diretora técnica da resposta.
25. Sendo certo que, conforme ficou supradito, o desempenho de tais funções referidas em a) a d) obrigam a que o trabalhador possua formação específica na área da violência doméstica - TAV – Técnico/a de Apoio à Vítima.
26. Sendo este inclusive um requisito da elegibilidade a 100% do custo associado ao salário do trabalhador ao projeto.
27. Formação essa que a trabalhadora ... não possui.
28. Sendo certo que, com exceção da situação referida em a), em causa estão contratos de trabalho com maior antiguidade do que o contrato de trabalho da trabalhadora ora em causa ... (17.08.2020).
29. Mais é de esclarecer que, entretanto, e desde 30 de maio de 2023 a trabalhadora ... não se encontra ao serviço da Instituição – cf documento que se remete em anexo.
30. Tendo o projeto ao qual a mesma se encontrava afeta – ... – terminado a sua vigência em junho de 2023.
31. Inexistindo, pois, qualquer contrato de trabalho a termo na Reclamante para as tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto.
32. Termos em que duvidas não podem restar que, na estrutura da Reclamante, não existe outro posto de trabalho funcionalmente idêntico ao da trabalhadora, nem existem mais postos de trabalho disponíveis para funções de psicóloga, nem possibilidade de transferir a trabalhadora para outras valências.
33. No que se refere à trabalhadora ... , com a categoria profissional de Técnica Superior de Animação Sócio-Cultural de 2.^a é referenciado no parecer reclamado que a entidade empregadora “não alega, nem

demonstra, a impossibilidade de alocar a trabalhadora a outras funções compatíveis com aquela categoria que porventura existisse no Centro”

34. *Tais considerações não correspondem à realidade.*
35. *Conforme melhor se demonstrará não existe na estrutura organizativa da Reclamante outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional da Trabalhadora. Vejamos,*
36. *A Trabalhadora foi contratada em 01.09.2020 para desempenhar as funções de Técnica Superior de Animação Sociocultural de 2.ª afeta ..., candidatura n.º ...-..., de tipologia 3.10 – Contratos Locais de Desenvolvimento Social (CLDS).*
37. *Sendo certo que não existe na estrutura da Reclamante outro posto de trabalho funcionalmente idêntico, bem como não há mais postos de trabalho disponíveis para as funções desempenhadas pela Trabalhadora ou para outro tipo de funções desse nível hierárquico, nem possibilidade de transferir a Trabalhadora para outras valências.*
38. *Conforme alíás decorre do mapa do quadro de pessoal da Reclamante.*
39. *Sendo impossível à reclamante fazer prova de um facto negativo...*
40. *Sendo certo que conforme é referido no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 14.01.2021 “a acrescida dificuldade da prova de factos negativos deverá ter como corolário, por força do princípio constitucional da proporcionalidade, uma menor exigência probatória por parte do aplicador do direito, dando relevo a provas menos relevantes e convincentes que as que seriam exigíveis se tal dificuldade não existisse, assim aplicando a máxima latina “iis quae difficilioris sunt probationis leviores probationes admittuntur”*

Concluindo,

41. *A Requerente demonstrou objetivamente que as medidas adotadas e que tiveram como consequência a extinção dos postos de trabalho foram motivadas por uma decisão imposta à própria Reclamante – o término do projeto “...” e do consequente financiamento associado.*
42. *Isto é dúvidas não podem subsistir que se tratou de uma medida adotada independentemente das trabalhadoras em concreto que integravam aquela valência, não se traduzindo, portanto, direta ou indiretamente, numa discriminação ou num indício de discriminação por razões relacionadas com o estado de gravidez das mesmas.*

43. *Verifica-se, assim, do alegado e documentalmente demonstrado na presente Reclamação, que os fundamentos invocados no douto Parecer não se verificam.*
44. *Nestes termos se requer a V. Exas a reavaliação do parecer emitido, proferindo-se a final PARECER FAVORÁVEL ao despedimento por extinção do posto de trabalho das Trabalhadora.”*

1.3. Em 04.10.2023, via CAR, a CITE notificou as trabalhadoras da reclamação apresentada pela entidade empregadora, nos termos do nº1 do art.º 192º do Código do Procedimento Administrativo, nos seguintes termos:

“(…) Atendendo a que os/as interessados/as têm direito a impugnar os atos administrativos solicitando a sua revogação, anulação, modificação ou substituição, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 184.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), e que, apresentada reclamação, o órgão competente para a decisão deve notificar quem possa ser prejudicado pela sua procedência para alegar, no prazo de 15 dias úteis, o que tiver por conveniente sobre o pedido e seus fundamentos, conforme determina no n.º 1 do artigo 192.º e o artigo 87.º do CPA, solicita-se a V. Exa. que se pronuncie, caso assim o entenda, sobre a reclamação apresentada pela sua entidade empregadora.”

1.4. As trabalhadoras receberam as notificações em 06.10.2023 e 13.10.2023, respetivamente, não se pronunciando.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. A CITE é, desde 1979, a entidade que tem por missão prosseguir a igualdade e a não discriminação entre homens e mulheres no trabalho, no emprego e na formação profissional e colaborar na aplicação de disposições legais e convencionais nesta matéria, bem como as relativas à proteção da parentalidade e à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, no setor privado, no setor público e no setor cooperativo.

2.2. Tem uma composição tripartida e equilátera, constituída por representantes do Estado, representantes das associações sindicais e representantes das associações patronais.

2.3. Esta Comissão, sua composição e respetivas atribuições próprias e de assessoria encontram-se previstas no Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março.

2.4. Uma das suas atribuições é a emissão de pareceres prévios ao despedimento de trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes ou de trabalhadores no gozo de licença parental, conforme o disposto na alínea c) do artigo 3.º do referido Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março.

2.5. No âmbito da atribuição conferida a esta Comissão, a CITE emitiu o Parecer n.º 828/CITE/2023, opondo-se ao despedimento das trabalhadoras lactantes ... e ... porquanto a entidade empregadora não observou os requisitos legais para a promoção do despedimento por extinção dos postos de trabalho respetivos das trabalhadoras, não ficando, assim, afastados os indícios de discriminação por motivo de maternidade.

2.6. Transcreve-se a fundamentação do parecer ora em crise que sustentou tal entendimento, na parte que releva:

“(…)

3.5. Ora, neste ponto sempre se dirá que a entidade empregadora não demonstrou os motivos de mercado que, nos termos legais, podem servir de fundamento à extinção dos postos de trabalhos de ambas as trabalhadoras em causa, uma vez que o simples facto de se verificar o termo da vigência do projeto ..., ao qual as trabalhadoras se encontram afetas, não faz desde logo presumir a necessidade de redução da actividade da empresa provocada pela diminuição previsível da procura de bens ou serviços ou a impossibilidade superveniente, prática ou legal, de colocar esses bens ou serviços no mercado, nos termos do art.º 359º, nº2, a), ex vi art.º 367º, nº2, ambos do Código do Trabalho. Desde logo porque outros projetos podem ainda estar em curso ou serem posteriormente aprovados, pelo que o que releva verdadeiramente para a aferição dos motivos invocados para proceder ao despedimento das trabalhadoras é o impacto na realidade económica daquele Centro Social que decorre do término do projeto ... , impacto que por sua vez justificaria a redução de trabalhadores e a conseqüente extinção dos postos de trabalho em causa. Neste ponto nada foi demonstrado.

3.6. Por outro lado, e quanto à trabalhadora ... , com a categoria profissional de Psicóloga, não corresponde à verdade que esta seja a única trabalhadora com aquela categoria na estrutura organizativa do Centro, quiçá seja a única afeta ao projeto em causa. Atentando no Anexo A, remetido pela entidade empregadora, verifica-se que existe mais uma trabalhadora com a categoria profissional

de Psicólogo de 3.^a (correspondente ao código 2887, coluna 16) e com contrato sem termo (...), pelo que, nos termos do art.º 368º, nº2, 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, os critérios ali determinados, facto que não se verificou.

Por outro lado, e ainda de acordo com aquele anexo, verifica-se a existência de duas trabalhadoras com a mesma categoria profissional da trabalhadora ... , mas com contratos de trabalho a termo certo (... e ...). Ora, nos termos do art.º 368º, nº1, c), do Código do Trabalho, um dos requisitos cumulativos de que depende o despedimento por extinção de posto de trabalho é a inexistência, na empresa, de contratos de trabalho a termo para tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto, cenário que de igual forma não se verifica.

3.7. Quanto à trabalhadora ... , com a categoria profissional de Técnica Superior de Animação Sócio-Cultural de 2.^a, e ainda que do Anexo A resulte que se trata da única trabalhadora com tal categoria, não demonstrou a entidade empregadora que não dispõe, na estrutura organizativa, de outro posto de trabalho compatível com aquela categoria profissional, por forma a concluir ser, assim, praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho, nos termos do art.º 368º, nº1, b), e nº 4, do Código do Trabalho. Mais uma vez, aquela entidade limita-se a referir que a trabalhadora é a única com aquela categoria profissional afeta ao projeto que cessará, mas não alega, nem demonstra, a impossibilidade de alocar a trabalhadora a outras funções compatíveis com aquela categoria que porventura existissem no Centro.

(...)"

2.7. Sendo o Parecer da CITE um ato administrativo, nessa medida, pode ser objeto de Reclamação por parte dos seus destinatários, titulares dos direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos que se considerem lesados pela prática do ato, sendo que os/as interessados/as têm o direito de impugnar os atos administrativos perante a Administração Pública, solicitando a sua revogação, anulação, modificação ou substituição, podendo para esse efeito reclamar do ato emitido, conforme o previsto nos artigos 184.º e seguintes e 191.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo.

III – APRECIÇÃO

3.1. Invoca agora a Reclamante, em sede de reclamação administrativa, os motivos de mercado que entende servirem de fundamento para a extinção dos postos de trabalho das trabalhadoras em causa.

Efetivamente, aquando da comunicação de despedimento efetuada às trabalhadoras, a Reclamante limitou-se a fundamentar tal decisão com o fim do projeto financiado ao qual ambas se encontravam afetadas.

3.2. Ora, neste ponto sempre se dirá que os motivos de mercado que se verificavam à data da comunicação às trabalhadoras e subsequente pedido de parecer prévio à CITE são os mesmos, pelo que a absoluta falta de concretização de tais motivos, tal como explanado no parecer em crise, não pode vir agora ser sanada por via da reclamação administrativa.

3.3. Do mesmo modo, vem agora a Reclamante alegar que já terá cessado, em 30.05.2023, o contrato a termo de uma das trabalhadoras com a mesma categoria profissional da trabalhadora ... (Psicóloga de 3ª). Ora, para além de tal cenário igualmente se verificar aquando da comunicação de despedimento às trabalhadoras, nada foi dito quanto à outra trabalhadora que, de acordo com o Anexo A remetido aquando do pedido de parecer, também tem contrato de trabalho a termo e com a mesma categoria profissional de Psicóloga de 3ª (...)

Ora, neste ponto nem sequer está em causa o conteúdo funcional idêntico dos postos de trabalho e a antiguidade das trabalhadoras, conforme alega a Reclamante, pois tal apenas releva para a aplicação dos critérios a que se refere o art.º 368º, nº2, do Código do Trabalho, a qual pressupõe a comparação entre contratos sem termo.

Conforme determina o art.º 368º, nº1, c), do Código do Trabalho, o despedimento por extinção de posto de trabalho só pode ter lugar, entre outros, desde que não existam, na empresa, contratos de trabalho a termo para tarefas correspondentes às do posto de trabalho extinto. Ora, o facto de ambas as trabalhadoras se encontrarem alocadas a projetos diferentes com formação distinta, detendo, porém, a mesma categoria profissional, não faz presumir que as tarefas não sejam correspondentes. Aliás, neste ponto nem sequer foram descritas as referidas tarefas desempenhadas por cada uma daquelas trabalhadoras, por forma a concluir-se pela alegada falta de correspondência.

3.4. Já quanto à trabalhadora com a mesma categoria profissional mas com contrato sem termo (...), para além de a Reclamante apenas justificar o diferente conteúdo funcional por se encontrarem afetadas a projetos distintos, aplica o critério da menor antiguidade previsto na alínea e) do nº2, do art.º 368º, do Código do Trabalho, quando esse é o último critério a aplicar, segundo a ordem de critérios prevista. Quanto às restantes trabalhadoras invocadas na reclamação para efeitos de aplicação dos critérios, as mesmas não foram, desde logo, consideradas para este efeito uma vez que apesar de partilharem a mesma profissão, detêm categorias profissionais distintas, conforme o Anexo A (Psicóloga Principal e Psicóloga de 2ª), o que faz desde logo presumir a falta de identidade do conteúdo funcional dos

respetivos postos de trabalho, o mesmo não se verificando para todas as trabalhadoras com a categoria profissional de Psicólogo de 3ª.

3.5. Quanto à trabalhadora ..., com a categoria profissional de Técnica Superior de Animação Sócio-Cultural de 2ª, reitera-se o que foi já alegado a propósito dos motivos invocados para o despedimento aquando da comunicação às trabalhadoras e subsequente pedido de parecer prévio, isto é, não tendo sido devidamente concretizada, perante a trabalhadora, a impossibilidade de subsistência da relação de trabalho, a fim de que a mesma pudesse exercer devidamente o contraditório, tendo sido apenas alegado ser a trabalhadora a única com aquela categoria profissional afeta ao referido projeto que findara, não pode a Reclamante por via da presente reclamação sanar tal falta.

IV – DECISÃO

4.1. Face ao que antecede, a CITE delibera:

- a)** Considerar improcedentes os fundamentos constantes do conteúdo da reclamação do Parecer n.º 828/CITE/2023;
- b)** Comunicar à entidade empregadora e às trabalhadoras o teor da presente decisão.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS DA CITE EM 22 DE NOVEMBRO DE 2023, COM O VOTO CONTRA DO REPRESENTANTE DA CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS (CTP).