

PARECER N.º 68/CITE/ 2012

Assunto: Parecer prévio ao despedimento de trabalhadora puérpera, incluída em processo de despedimento coletivo, nos termos do n.º 1 e da alínea b) do n.º 3 do artigo 63.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro

Processo n.º 297 – DP-C/2012

I – OBJETO

- 1.1. A Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE), recebeu, em 21 de março de 2012, da Direção de Recursos Humanos da empresa ..., Lda., um pedido de emissão de parecer prévio ao despedimento da trabalhadora em gozo de licença parental, ..., no âmbito de um processo de despedimento coletivo de 58 pessoas de 21 unidades, nos termos do disposto no n.º 1 e na alínea b) do n.º 3 do artigo 63.º do Código de Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro. A trabalhadora em questão encontra-se a trabalhar na Unidade Central de Produção, também conhecida por Cozinha Central, tendo a categoria profissional de despenseira B.
- 1.2. Em 1 de fevereiro foi enviado à trabalhadora especialmente protegida a comunicação inicial da intenção de despedimento coletivo, nos termos previstos no n.º 3 do artigo 360.º do Código do Trabalho, tendo sido a mesma igualmente remetida à comissão sindical da Federação dos Sindicatos de Alimentação e Bebidas, Hotelaria e Turismo de Portugal (FESAHT).
- 1.3. A 21 de março de 2012 chegou à cite:
 - Cópia da comunicação inicial – processo de despedimento coletivo.
 - E, fundamentação do despedimento coletivo.

1.3.1. A entidade empregadora fundamenta o despedimento coletivo dos/as referidos/as 58 pessoas a motivos de mercado e estruturais.

1.3.2. Assim, no que respeita aos referidos motivos, cumpre mencionar que:

- Houve uma “quebra acentuada do volume de faturação e uma ainda maior degradação das margens”, que resulta “de uma tendência generalizada da economia nacional, do aumento do custo das matérias primas, da quebra do consumo privado e do recente aumento do IVA na restauração”.
- No verão de 2011, a ... reduziu em 25%, os seus custos de pessoal nos serviços centrais, abrangendo os departamentos de suporte e a própria direção da empresa. Contudo, estas medidas não se revelaram suficientes para fazer face à redução generalizada da rentabilidade da organização.

1.4. A 27 de março de 2012 chegaram à CITE, os seguintes documentos:

- três cópias de atas, que datam de 17 de fevereiro de 2012, de 9 de março de 2012 e de 16 de março de 2012.
- duas cartas do sindicato dos trabalhadores da indústria de hotelaria, turismo, restaurantes e similares do centro e do sul à Direção de Recursos Humanos da ...;

1.4.1. Bem como as seguintes informações:

- Ter sido efetuada uma comunicação individual a cada trabalhador e, simultaneamente ter sido dado cumprimento ao disposto no n.º 1 do artigo 360.º do Código de Trabalho, uma vez que existem comissões sindicais na empresa.

- Não ter sido constituída nenhuma comissão representativa dos trabalhadores nos termos do n.º 3 do art. 360.º do Código de Trabalho, pois os trabalhadores não desenvolveram ações nesse sentido.
- O quadro pessoal da ... era, à data da informação de 4986 pessoas, que trabalham em cerca de 1000 unidades distribuídas pelo continente e Ilhas, e o processo de intenção de despedimento coletivo abrange 58 pessoas de 21 unidades.
- No âmbito do processo a trabalhadora ... não ter efetuado qualquer comunicação à empresa.
- Em sede de processo de informação e comunicação aos trabalhadores não foi alcançado qualquer acordo.
- O número de trabalhadores de cada uma das 21 unidades, e o número dos trabalhadores em processo de despedimento.
- O critério de seleção dos trabalhadores a despedir, considerando o disposto na alínea c) do n.º 2 do artigo 360.º ter tido por base um processo de avaliação de desempenho (com a escala de avaliação de 1 a 5), que permitiu identificar os trabalhadores cujo desempenho era inferior ao dos colegas, quando comparados com os trabalhadores de igual categoria, atendendo a valores e aptidões padrão definidos pela empresa, tendo os critérios que serviram de fundamento à avaliação sido os seguintes:
valores: - abertura, confiança e integridade; - paixão pela qualidade; - sucesso através do trabalho em equipa ; - orientação para o mercado e para o cliente.
negócio: - orientação para resultados, cumprimento dos procedimentos internos.
aptidões : - comunicação com equipas e chefias; - organização do trabalho.

Para além de tais critérios, existem algumas funções “que são pura e simplesmente extintas e às quais os critérios acima referidos nem sequer se aplicam, sendo, por exemplo, o caso dos gerentes de unidade e os cozinheiros.”

1.5. Em 4 de abril de 2012, chegou à CITE:

- Informação atinente à determinação da unidade a que a trabalhadora puérpera está afeta,
- Quadro de pessoal da unidade: Unidade Central de Produção / Cozinha Central, com a respetiva identificação, categoria profissional e a classificação atribuída na avaliação de desempenho aos trabalhadores;
- Indicação resumida dos resultados financeiros da unidade à qual a trabalhadora se encontra vinculada, desde o ano de 2009/2010 até ao presente (2011/2012).

Destacam-se destes documentos que:

- As avaliações de desempenho efetuadas reportam-se ao período temporal de um ano.
- A Informação conforme a Unidade Central de Produção tem 39 trabalhadores, dos quais 19 irão ser despedidos, sendo que existem duas trabalhadoras com a categoria profissional de Despenseira B, tendo a trabalhadora em questão obtido a ponderação final na avaliação de 2,42 e a sua colega 2,50.
- A informação financeira demonstra diminuição de vendas nos anos 2009/2010 e 2010/2011, surgindo ainda valores especulativos que apontam para que no final do presente ano a diminuição se agrave.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 2.1.** A Constituição da República Portuguesa consagra a maternidade e a paternidade como valores sociais eminentes, reconhecendo que as mulheres têm direito a especial proteção durante a gravidez e após o parto, tendo as mulheres trabalhadoras ainda direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias.¹
- 2.2.** O n.º 1 do artigo 10.º 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 de maternidade, salvo nos casos excecionais não relacionados com o estado da gravidez.
- 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”.
- 2.3.** É jurisprudência uniforme e continuada do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias² que o despedimento de uma trabalhadora devido à sua gravidez constitui uma discriminação direta em razão do sexo, proibida nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 14.º 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.

¹ N.º 3 do artigo 68.º da Constituição da República Portuguesa.

² Ver, entre outros, os Acórdãos proferidos nos processos C179/88, C-421/92, C-32/93, C-207/98 e C-109/00.

2.4. Indo ao encontro do determinado na legislação e jurisprudência comunitária referida, o n.º 1 do artigo 63.º Código do Trabalho determina 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.*”

Ora, de acordo com o artigo citado e o disposto na alínea *b)* do artigo 3.º do Decreto-lei n.º 76/2012, de 26 de março, compete à CITE emitir parecer prévio ao despedimento de trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes ou de trabalhador no gozo de licença parental. Tendo a missão de “prosseguir a igualdade e a não discriminação entre homens e mulheres no trabalho, no emprego e na formação profissional (...)”, citando o artigo 2.º do referido Decreto-Lei.

2.5. Por determinação do artigo 359.º do Código do Trabalho, considera-se despedimento coletivo a cessação de contratos de trabalho promovida pelo empregador e operada simultânea ou sucessivamente no período de três meses, abrangendo, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme a dimensão da empresa, sempre que aquela ocorrência se fundamente em encerramento de uma ou várias secções ou estrutura equivalente ou redução do número de trabalhadores determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos.

2.5.1. São considerados motivos para o despedimento coletivo, designadamente, os referidos no n.º 2 do citado artigo 359.º do Código do Trabalho.

Invoca a entidade empregadora que os mesmos se devem a motivos de mercado e estruturais.

2.6. O despedimento coletivo obedece ao procedimento previsto nos artigos 360.º a 366.º do Código do Trabalho.

Para efeitos de emissão de parecer prévio pela CITE, o empregador deve remeter cópia do processo a esta entidade, depois da fase de informações e negociação prevista no artigo 361.º do Código do Trabalho [alínea *b)* do n.º 3 do artigo 63.º do Código do Trabalho].

2.7. De acordo com o artigo 360.º do Código do Trabalho, a comunicação da intenção de proceder ao despedimento coletivo deve conter:

- a) Os motivos invocados para o despedimento coletivo;
- b) O quadro de pessoal, discriminado por setores organizacionais da empresa;
- c) Os critérios para seleção dos trabalhadores a despedir;
- d) O número de trabalhadores a despedir e as categorias profissionais abrangidas;
- e) O período de tempo no decurso do qual se pretende efetuar o despedimento;
- f) O método de cálculo de compensação a conceder genericamente aos trabalhadores a despedir, se for caso disso, sem prejuízo da compensação estabelecida no artigo 366.º ou em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho”.

2.8. No que se refere à fase de informações e negociação em caso de despedimento coletivo, refere o artigo 361.º o seguinte:

“1- Nos cinco dias posteriores à data do ato previsto nos n.ºs 1 ou 4 do artigo anterior, o empregador promove uma fase de informações e negociação com a estrutura representativa dos trabalhadores, com vista a um acordo sobre a dimensão e efeitos das medidas a aplicar e, bem assim, de outras medidas que reduzam o número de trabalhadores a despedir, designadamente:

- a) Suspensão de contratos de trabalho;
- b) Redução de períodos normais de trabalho;
- c) Reconversão ou reclassificação profissional;
- d) Reforma antecipada ou pré-reforma.

2- A aplicação de medida prevista na alínea a) ou b) do número anterior a trabalhadores abrangidos por procedimento de despedimento coletivo não está sujeita ao disposto nos artigos 299.º e 300.º.

3- A aplicação de medida prevista na alínea c) ou d) do n.º 1 depende de acordo do trabalhador.

4- O empregador e a estrutura representativa dos trabalhadores podem fazer-se assistir cada qual por um perito nas reuniões de negociação.

5- Deve ser elaborada ata das reuniões de negociação, contendo a matéria acordada, bem como as posições divergentes das partes e as opiniões, sugestões e propostas de cada uma.

6- Constitui contraordenação grave o despedimento efetuado com violação do disposto nos n.ºs 1 ou 3.”

2.9. Quando está em causa a inclusão, num procedimento de despedimento coletivo, de trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, e de acordo com o previsto na alínea c) do n.º 2 do artigo 24.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, o direito à igualdade de oportunidades e de tratamento respeita aos critérios para a seleção dos trabalhadores a despedir.

2.10. O n.º 5 do artigo 25.º do CT, que prevê a inversão do ónus da prova, atribui ao trabalhador a necessidade de alegar discriminação, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação a quem se considera discriminado, competindo ao empregador o ónus de provar a inexistência de qualquer critério ou medida discriminatória.

2.11. De modo a possibilitar melhor avaliação sobre os critérios de seleção, transcreve-se alguma jurisprudência relevante sobre a matéria:

“O Código do trabalho, no âmbito do despedimento coletivo, ao invés do que sucede relativamente à extinção do posto de trabalho (cfr. 368.º n.º 2), não estabelece qualquer critério ou prioridade quanto aos trabalhadores a abranger pelo despedimento coletivo, antes deixa a determinação desses critérios à liberdade do empregador.”

Tal como referido no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de março de 2010, *“compete ao empregador definir os critérios que servirão de base à seleção dos trabalhadores a incluir no despedimento coletivo”*.

2.11.1. Mas os critérios de seleção definidos pelo empregador só cumprem o escopo legal se tiverem um mínimo de racionalidade e de congruência por forma a



permitirem estabelecer o necessário nexos entre os motivos invocados para fundamentar o despedimento coletivo e o concreto despedimento de cada trabalhador, pois só assim o despedimento de cada trabalhador pode considerar-se justificado face ao art.º 53.º da Constituição da República Portuguesa.

2.11.2. A indicação dos critérios que servem de base para a seleção dos trabalhadores a despedir, deve servir para estabelecer a necessária ligação entre os motivos invocados para o despedimento coletivo e o concreto despedimento de cada trabalhador abrangido, por forma a que este possa compreender as razões pelas quais foi ele o atingido pelo despedimento. Servindo os critérios de seleção para impedir arbitrariedades ou discricionariedades injustificadas.

2.11.3. O sentido decisório da mais recente jurisprudência do nosso Supremo Tribunal, nos termos do qual a única interpretação da al. e) do n.º 1 do artigo 24.º da LCCT (DL 64-A/89, de 27/02), que corresponde atualmente à al. c) do artigo 429.º do Código do Trabalho em conformidade com a Constituição, designadamente com a proibição de despedimentos sem justa causa constantes do art.º 53.º da nossa Lei Fundamental, é a de que a comunicação dos motivos da cessação do contrato deve referenciar-se quer “à fundamentação económica do despedimento, comum a todos os trabalhadores abrangidos, quer ao motivo individual que determinou a escolha em concreto do trabalhador visado, ou seja, a indicação das razões que conduziram a que fosse ele o atingido pelo despedimento coletivo e não qualquer outro trabalhador”.

2.12. Ora, no despedimento coletivo *sub judice*, a empresa apresentou os seguintes fundamentos do despedimento coletivo, que se prendem essencialmente com:

- Motivos de mercado – “quebra acentuada do volume de faturação e uma maior degradação das margens; aumento do custo de matérias-primas, fortíssima quebra do consumo privado e recente aumento do IVA na restauração; fenómeno de transferência de refeições para gestão direta devido ao aumento do IVA, com conseqüente perda de contratos; aumento do custo de transporte de refeições

devido ao aumento dos combustíveis; subida dos custos energéticos e escalada do custo da matéria-prima.”

No atinente à Unidade Central de Produção (UCP/Cozinha Central) verifica-se ainda uma “diminuição do preço unitário de venda de refeição no mercado escolar”.

- Motivos estruturais - desequilíbrio económico-financeiro, decorrentes dos motivos de mercado acima referidos.

2.13. Porém, é de salientar que, no que concerne à seleção dos trabalhadores a despedir, a empresa esclarece ter optado pela elaboração de uma avaliação de desempenho dos trabalhadores baseada nos seguintes critérios:

- Valores: - abertura, confiança e integridade; - paixão pela qualidade; - sucesso através do trabalho em equipa; - orientação para o mercado e para o cliente.
- Negócio: - orientação para resultados, cumprimento dos procedimentos internos.
- Aptidões: - comunicação com equipas e chefias; - organização do trabalho.

2.14. Considera-se que os critérios que fundamentam a avaliação dos trabalhadores não são objetivos, visto muitos dos itens não serem mensuráveis ou de tal forma ambivalentes que podem levar a diferentes interpretações e, conseqüentemente, a avaliações menos corretas.

Não são claros os *itens* que subjazem à avaliação. Não se compreende, por exemplo, como pode o item designado por “paixão pela qualidade” ser quantificado ou a que tipo de “integridade” se pretende aludir quando a mesma é referida nos quadros de avaliação.

Se é certo que a seleção dos trabalhadores envolve alguma margem de discricionariedade, os critérios que servem de base à escolha dos trabalhadores a despedir não pode obedecer a *“motivações puramente arbitrarias e*

*discriminatórias, em vez de se fundar nas razões objetivas invocadas para o despedimento coletivo.*³

2.15. As avaliações de desempenho que estiveram na origem do despedimento reportam-se ao período temporal de um ano, ano esse em que a trabalhadora se encontraria em estado de gravidez.

Ainda que não se considerem como mensuráveis os *itens* apresentados que servem de base à avaliação de desempenho, a trabalhadora apresenta uma maior qualificação no atinente aos valores e negócio, face à sua colega com a mesma categoria profissional, sendo que, no entanto, o valor final da sua avaliação diminui em 0,08, no *item* da organização do trabalho.

Não é esclarecido pelo empregador se a trabalhadora especialmente protegida terá exercido direitos decorrentes da parentalidade durante o período em que ocorreu a sua avaliação, como por exemplo, dispensas para consultas pré-natais, que tenham vindo a prejudicar essa avaliação de desempenho, nomeadamente no que respeita aos itens sujeitos a comparação com a trabalhadora com a mesma categoria profissional.

2.16. Acresce mencionar que decorre do processo que a rápida avaliação feita aos trabalhadores com o fim do despedimento coletivo, abrangeu apenas uma percentagem não significativa do universo de funcionários da ..., não se compreendendo o critério que presidiu à seleção dos trabalhadores que foram objeto de avaliação e dos que não foram.

Com efeito, admite-se que possa inclusive estar em causa o princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição da República, não tendo, aliás, os trabalhadores sido informados e esclarecidos da avaliação de que seriam objeto o que terá impossibilitado o cumprimento do princípio do direito ao contraditório.

2.17. Assim conclui-se que a entidade empregadora não demonstrou, com a necessária clareza, através da documentação remetida à CITE, a objetividade da inclusão da trabalhadora especialmente protegida no processo de despedimento, não deixando

³ Tal como referido no Ac. do STJ, de 26.11.2008, em www.dgsi.pt.
RUA VIRIATO, N.º 7, 1.º 2.º e 3.º 1050-233 LISBOA • TELEFONE: 217803700 • FAX: 213104661 • E-MAIL: cite@cite.gov.pt

transparecer o nexo causal entre os motivos que subjazem à necessidade de decidir pela eliminação dos seus postos de trabalho, o critério de seleção apontado e a opção que conclui pela necessidade de a envolver.

III – CONCLUSÃO

- 3.1.** Face ao exposto, a CITE opõe-se à inclusão da trabalhadora em licença parental ... no despedimento coletivo promovido pela Direção de Recursos Humanos da empresa ...

**APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA
CITE DE 19 DE ABRIL DE 2012**