

PARECER N.º 128/CITE/2016

Assunto: Parecer prévio ao despedimento de trabalhadora lactante, incluída em processo de despedimento por extinção do 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
Processo n.º 337 – DL-E/2016

1 – OBJETO

- 1.1. A Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE) recebeu, em 22/02/2016, da empresa ..., um pedido de emissão de parecer prévio ao despedimento por extinção do posto de trabalhadora lactante ..., titular da categoria profissional de caixeira de 1.ª, a exercer funções na loja sita no ...
- 1.2. Alega a entidade, na comunicação enviada à CITE, através de e-mail, que “face à necessidade de emissão de parecer e tendo em conta o prazo legalmente previsto, junto envio cópia (PDF) da comunicação enviada no dia de hoje por correio para a CITE, assim como para a funcionária em questão “...” e para a ACT. Junto também em anexo o aviso feito à funcionária e a sua resposta.
- 1.3. A entidade remeteu uma comunicação à trabalhadora, informando, em síntese, o seguinte:
- 1.4. “Assunto: Notificação da intenção de despedimento por extinção do posto de trabalho por motivos estruturais e de mercado, nos termos do artigo 367º e ss. do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro e suas alterações”.

- 1.5. “A ...”, com sede em ..., NIPC n.º ..., na qualidade de entidade empregadora, comunica por este meio a intenção de proceder à extinção do posto de trabalho de V.Ex.^a, correspondente à categoria profissional de caixeira, tarefas estas que desenvolve na loja, sita em ...”.
- 1.6. “A admissão ao serviço verificou-se em 20 de janeiro 2016 tratando-se de um contrato de trabalho sem termo”.
- 1.7. “Face à atual conjuntura de mercado, decorrente de motivos de ordem estrutural e conjuntural mormente a diminuição drástica de atividade comercial, poucas vendas no ano 2013, 2014 e 2015, tendo aqui a entidade empregadora vindo em cada ano a faturar menos do que era expectável para competente ..., estando a ter um prejuízo económico expressivo, que levaram mesmo a “...” à decisão de encerramento da loja sita no ... no dia 15 de março de 2016, não se justificando mais a manutenção do seu posto de trabalho, por acréscimo de custo elevados que a empresa não pode e não consegue suportar economicamente. Perante os dados invocados não resta outra alternativa à ...”.
- 1.8. “Como é do seu conhecimento a ...” dedica-se à ..., e tem visto ser reduzida drasticamente em resultado da crise económica que afeta todo o setor económico, em particular o setor das vendas e comércio a retalho”.
- 1.9. “Ora, o decréscimo das vendas e a situação macro económica da sociedade, encontra-se fortemente condicionada e influenciada pelo efeito combinado das seguintes situações”.
- 1.10. “Efetiva falta de capacidade e financiamento da “...”, através de capitais próprios ou alheios”.

- 1.11. “Decréscimo de mercado onde a “...” está inserida”.
- 1.12. “Suporte de custos fixos bastante elevados”.
- 1.13. “Existência de margens de comercialização de produtos baixas, que não permitem cobrir os custos fixos e variáveis que a “...” tem”.
- 1.14. “Imperioso se torna, sob pena de rutura ou colapso económico, da redução de custos inerentes na atividade da signatária”.
- 1.15. “Pelo que, não subsiste a necessidade de manutenção do posto de trabalho inerente às tarefas de V.Ex.^a para com a signatária, daí que se decidiu da inevitabilidade da extinção do posto de trabalho correspondente à categoria que detém na “... ”na loja sita no ...”.
- 1.16. “Face à extinção da referida categoria profissional, não possui a entidade empregadora outro posto de trabalho compatível ou similar com a categoria profissional de V.Ex.^a é detentora”.
- 1.17. “Não lhe é possível suportar os custos decorrentes do seu contrato de trabalho, pelo que se torna impossível da subsistência da relação laboral”.
- 1.18. “Do exposto não tem a firma alternativa, por mais que humanamente custe, senão efetuar o despedimento por extinção do posto de trabalho de V.Ex.^a, em consonância com os artigos n.ºs 367º e ss. do CT, uma vez que é uma decisão que não se enquadra na figura do despedimento coletivo, nem tão pouco devida a conduta culposa de V. Exa., revela-se, todavia, imperiosa para os interesses

da ..., que não dispõe de qualquer outro contrato relativo ao mesmo posto de trabalho”.

- 1.19. “Assim, convém ainda realçar que V. Exa, se encontra dentro dos pré-requisitos estabelecidos no artigo 368.º do CT, concretamente quanto aos critérios naqueles definidos”.
- 1.20. “a) Pior avaliação de desempenho, com parâmetros previamente conhecidos pelo trabalhador”;
- 1.21. “Menores habilitações académicas e profissionais;”
- 1.22. “Maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa”.
- 1.23. “Menor experiência na função”.
- 1.24. “Menor antiguidade na empresa”.
- 1.25. “Daí que, com a presente notificação, se inicie o procedimento de despedimento de extinção do posto de trabalho”.
- 1.26. “Neste seguimento, terá V. Exa. direito, ao abrigo dos arts. 368.º, n.º 5, e 37.1º, n.º 4 do C.T., a todos os valores em crédito que haja de receber em contrapartida do trabalho prestado até à data da cessação, nomeadamente aos vencimentos e compensação prevista nesta sede, nos termos apregoados pelo art.º 365º, totalizando o montante de 2,861,73€ (dois mil oitocentos sessenta e um euros e setenta e três cêntimos, que será remetido por cheque”.

- 1.27.** Através de comunicação, datada de 26/01/2016, a trabalhadora lactante vem dizer o seguinte:
- 1.28.** “Eu, ..., venho por este meio, nos termos do artigo 370.º do Código do Trabalho, transmitir o meu parecer relativo à carta por V. Ex^a remetida, na qual me comunica a necessidade de despedimento por extinção de posto de trabalho.
- 1.29.** “V. Ex^a invoca a alínea d) do artigo 369.º do Código do Trabalho, contudo no meu contrato de trabalho consta, que irei desempenhar funções no Concelho de ..., para a empresa ..., sediada no ..., V, Exa no Conselho de ..., não dispõe unicamente da loja ... É do conhecimento de V.Ex.^a, que até à presente data, foram por mim desempenhadas funções não exclusivamente na loja ... Recentemente, num período não superior a 3 meses, desempenhei funções na loja Sede, situada no ...”.
- 1.30.** “Fundamento também, o meu parecer com base no n.º1 do artigo 368.º do Código do Trabalho nomeadamente nas alíneas b) e c). V.Ex.^a, comunica a extinção do meu posto de trabalho, contudo, existem à presente data trabalhadores a termo, que desempenham funções correspondente ao meu posto de trabalho, saliento ainda o número 2 do mesmo artigo, nomeadamente a alínea b), no que se refere ao posto de trabalho a extinguir, havendo à presente data funcionários que desempenham as mesmas funções, com menores habilitações literárias. Mais relembro que sou uma trabalhadora lactante. Serve ainda, a presente para levantar uma última questão, por que motivo, já pela segunda vez, é que V. Exa paga o meu ordenado com atraso em detrimento das restantes funcionários da empresa, nomeadamente no mês de setembro, que me foi pago apenas no dia 08 de novembro, quando V. Exa aos restantes funcionários já havia pago no mês de outubro, a mesma situação voltou a repetir-se em relação ao mês de dezembro, pago apenas no dia 26 de janeiro 2016, quando aos restantes funcionários foi pago entre os dias 18 e 19 do mês

de janeiro informo V. Exa. que segundo o número 2 do artigo 370.º do CT, solicitei a intervenção da ACT”.

- 1.31. Continuando a análise vertida no processo enviado à CITE, constata-se que em 18/02/2016, a Trabalhadora comunica que:
- 1.32. “Assunto: Resposta a comunicação de necessidade de despedimento por extinção do posto de trabalho”.
- 1.33. “Eu, ..., venho, por este meio, nos termos do artigo 370.º do Código do Trabalho, transmitir o meu parecer relativo à carta de V. Exa remetida, na qual me comunica a necessidade de despedimento por extinção de posto de trabalho”.
- 1.34. “V Exa invoca a alínea d) do artigo 369.º do Código de Trabalho, contudo no meu contrato de trabalho consta, que irei desempenhar funções no ..., para a empresa ..., sediada no ..., V. Exa no ... não dispõe unicamente da loja ... É do conhecimento de V.Ex.^a, que até à presente data, foram por mim desempenhadas funções não exclusivamente na loja ... Recentemente, num período não superior a 3 meses, desempenhei funções na loja Sede, situada no ...”.
- 1.35. ”Sendo eu lactante, declaro também, como é do conhecimento de V. EX^a, que foi solicitada anteriormente a intervenção da ACT, no mês de junho de 2015, para me serem facultadas as horas de amamentação com se prevê no Código de Trabalho”.
- 1.36. “Informo V. EX^a, que segundo o n.º2 do artigo 370.º do Código de Trabalho, solicitei a Intervenção da ACT”.

- 1.37.** Através da comunicação, datada de 22/01/2016, a entidade empregadora notifica a trabalhadora da “Notificação de despedimento por extinção do posto de trabalho por motivos estruturais e de mercado, nos termos do artigo 367.º e ss. do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro e suas alterações”.
- 1.38.** A entidade empregadora, na presente comunicação, confirma que “Para além disso, a entidade empregadora, apenas tem outra funcionária que desempenha posto de trabalho compatível ou similar com a categoria profissional de V.Ex.^a. é detentora, no distrito de ..., por isso, e devido ao critério legal aplicável (maior antiguidade), não permite à entidade empregadora que o seu posto de trabalho se mantenha”.
- 1.39.** E termina “Neste seguimento, terá V. Exa. direito, ao abrigo dos arts. 368.º, n.º 5, e 371.º, n.º 4 do C.T., a todos os valores em crédito que haja de receber em contrapartida do trabalho prestado até à data da cessação 21 de abril de 2016 nomeadamente aos vencimentos, subsídios de Férias e de Natal e compensação prevista nesta sede, nos termos apregoados pelo art.º 365º, totalizando o montante de 2.861,73 (dois mil oitocentos e sessenta e um euros e setenta e três cêntimos), que será remetido por cheque”.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 2.1.** 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”.

2.2. Nos termos do artigo 368.º do Código do Trabalho, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 68/2014, 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”.

2.3. 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.

2.3.1. 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;”.

2.3.2. 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 parentalidade 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.

- 2.3.3.** 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”.
- 2.3.4.** 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 (...)”, à CITE.
- 2.3.5.** A falta de solicitação deste parecer implica, de acordo com a alínea d) do artigo 381.º do Código do Trabalho a ilicitude do despedimento por iniciativa do empregador.
- 2.3.6.** Assim, compete à CITE, nos termos da alínea b) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março, emitir o referido parecer, no âmbito do qual averigua a objetividade da fundamentação apresentada pela entidade empregadora, através da análise das razões concretas que motivaram a seleção do posto de trabalho a extinguir, por forma a concluir pela existência ou inexistência de indícios de discriminação em razão da maternidade.

III – APRECIÇÃO

- 3.1.** De acordo com o enquadramento legal realizado pela entidade empregadora nos termos dos artigos 367.º e seguintes do Código do Trabalho, a pretendida cessação do contrato de trabalho em análise ocorreria por extinção do posto de trabalho com base em motivos de mercado e estruturais.
- 3.2.** A empresa fundamenta a extinção do posto de trabalho ocupado pela trabalhadora lactante, objeto do presente parecer, assente em motivos de ordem estrutural e de mercado, conforme alega “mormente a diminuição drástica de atividade comercial, poucas vendas no ano de 2013, 2014 e 2015, tendo aqui a entidade empregadora vindo em cada ano a faturar menos do que era expectável para a competente Sociedade, estando a ter um prejuízo económico expressivo, que levaram mesmo à decisão de encerramento da loja no dia 15 de março de 2016”.
- 3.3.** A CITE ignora se:
- a)** Estão verificados os critérios do artigo 368.º relativamente ao vínculo laboral dos/as trabalhadores/as com a empresa.
 - b)** Existe no processo a informação de outra trabalhadora, conforme alega a entidade empregadora - que “apenas tem outra funcionária que desempenha posto de trabalho compatível ou similar com a categoria profissional” da trabalhadora lactante objeto do presente processo, “no distrito de ..., por isso, e devido ao critério legal aplicável (maior antiguidade), não permite à entidade empregadora que o posto de trabalho se mantenha” -, não tendo, no entanto, sido juntos quaisquer elementos adicionais para análise, nomeadamente quadro de pessoal.

- c) Se a entidade empregadora - apesar de alegar - também, não demonstrou que, extinto o posto de trabalho, não dispunha de outro que fosse compatível com a categoria profissional da trabalhadora, conforme o disposto no n.º4 do artigo 368.º do Código do Trabalho.
- 3.4.** Assim, mostra o processo que a empresa, não junta elementos adicionais para análise, nomeadamente quadro de pessoal, pelo que não nos é possível aferir a ausência de indícios discriminatórios na extinção de posto de trabalho da trabalhadora protegida.
- 3.5.** Uma vez extinto o posto de trabalho, o empregador, apesar de o alegar, não demonstrou ter observado critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho, pelo que não se considera que a subsistência da relação de trabalho seja praticamente impossível, conforme se dispõe na alínea b) do n.º 1 e no n.º 4 do citado artigo 368.º do Código do Trabalho.
- 3.6.** Na verdade, como tem sido uniformemente defendido na jurisprudência, a cessação do contrato de trabalho feita pelo empregador com fundamento na necessidade de extinguir o posto de trabalho ocupado pelo/a trabalhador/a, tem que ser baseado em motivos concretos e claros.
- 3.7.** Assim, não é possível concluir que a extinção do posto de trabalho desta trabalhadora lactante não seja discriminatória por motivo de maternidade.
- 3.8.** Tratando-se de uma trabalhadora lactante, a quem a lei confere uma especial proteção no caso de despedimento, o empregador deve demonstrar que a medida adotada é suficientemente objetiva e, por esse motivo, não é discriminatória por motivo de maternidade.

- 3.9.** Na verdade, com os elementos remetidos a esta Comissão tal conclusão não se afigura possível, ou seja, não fica inequivocamente comprovada a objetividade da escolha daquele posto de trabalho em concreto, ocupado por uma trabalhadora lactante.
- 3.10.** Considerando o exposto, conclui-se pela existência de indícios de discriminação por motivo de maternidade na opção da extinção do posto de trabalho desta trabalhadora lactante.
- 3.11.** Contudo, a trabalhadora vem, através de duas cartas, opor-se ao seu despedimento alegando que o mesmo é ilícito, na medida em que “no meu contrato de trabalho consta, que irei desempenhar funções no Conselho de ..., para a empresa ..., sediada no ..., e que no Conselho de ..., não dispõe unicamente da loja ... e que é do conhecimento que até à presente data, foram por mim desempenhadas funções não exclusivamente na loja ... Recentemente, num período não superior a 3 meses, desempenhei funções na loja Sede, situada no ...”.
- 3.12.** Alega ainda que “existem à presente data trabalhadores a termo, que desempenham funções correspondentes ao meu posto de trabalho, saliento ainda no que se refere ao posto de trabalho a extinguir, havendo na presente data funcionários que desempenham as mesmas funções, com menores habilitações literárias. Mais relembro que sou uma trabalhadora lactante. Serve ainda, a presente para levantar uma última questão, por que motivo, já pela segunda vez, é que V. Ex^a paga o meu ordenado com atraso em detrimento das restantes funcionários da empresa, nomeadamente no mês de setembro, que me foi pago apenas no dia 08 de novembro, quando V. Exa aos restantes funcionários já havia pago no mês de outubro, a mesma situação voltou a repetir-se em relação ao mês de dezembro, pago apenas no dia 26 de janeiro

2016, quando aos restantes funcionários foi pago entre os dias 18 e 19 do mês de janeiro. Informo V. Exa. que segundo o número 2 do artigo 370º do CT, solicitei a intervenção da ACT”.

- 3.13.** Face ao que precede, e uma vez que a entidade empregadora não demonstrou que aplicou os critérios que estabeleceu para selecionar a trabalhadora a despedir, o despedimento preconizado poderá indiciar a existência de uma discriminação por motivo de maternidade no despedimento por extinção do posto de trabalho da trabalhadora em questão.
- 3.14.** Por último, a empresa remete o processo à CITE já depois de ter feito cessar o contrato de trabalho. Ou seja, dos documentos remetidos, em 22/02/2016, consta uma notificação, com a mesma data em que o processo foi remetido à CITE, de decisão de despedimento por extinção do posto de trabalho por motivos estruturais e de mercado, nos termos do artigo 367º e ss. do Código do Trabalho, aprovado pela Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro e suas alterações.
- 3.15.** Ora, resulta que o processo de despedimento por extinção do posto de trabalho se deve considerar ilícito, tal como determina o artigo 381.º, alínea d) do Código do Trabalho.
- 3.16.** Face às circunstâncias supra referidas, conclui-se que a empresa não observou os mencionados requisitos legais para promover o despedimento por extinção do posto de trabalho da aludida trabalhadora.
- 3.17.** Nestes termos, não se afiguram claras nem a escolha nem o resultado da aplicação da ordem dos critérios de seleção utilizados pela empresa com vista ao despedimento por extinção de posto de trabalho da trabalhadora lactante, não se podendo, assim, considerar como afastada a existência de indícios de discriminação em função da parentalidade.

IV – CONCLUSÃO

- 4.1. Face ao que antecede, a CITE emite parecer desfavorável à inclusão da trabalhadora lactante ... promovido pela entidade empregadora ..., em virtude de se afigurar que não estão afastados os indícios de discriminação por motivo de parentalidade.
- 4.2. Para os efeitos legais e no âmbito das suas competências, remeter o processo à ACT – Autoridade Para as Condições de Trabalho.

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 16 DE MARÇO DE 2016, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENCAS ANEXA À MESMA ATA.