

PARECER N.º 57/CITE/2016

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 60 – DL-E/2016

I – OBJETO

- 1.1.** Em 11.01.2016, a CITE recebeu da Associação ..., cópia do processo de despedimento por extinção de posto de trabalho da trabalhadora lactante ..., assistente operacional, para efeitos da emissão de parecer prévio, 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 12.02.
- 1.2.** Na carta enviada à trabalhadora a despedir e por esta recebida em 11.11.2015, a entidade empregadora fundamenta o presente despedimento por extinção do posto de trabalho, referindo que este será extinto por motivos de mercado, consubstanciado na redução da atividade da associação, provocada pela diminuição do número de alunos e conseqüente redução do número de salas, o que torna desnecessário, por excedente, a manutenção do vínculo laboral.
- 1.3.** Acresce que a entidade empregadora afirma não ter sustentabilidade financeira para suportar os cinco contratos de trabalho vigentes e terem sido observados os critérios relevantes e não discriminatórios para

determinação do posto de trabalho a extinguir previstos no n.º 2 do art.º 368.º do Código do Trabalho.

- 1.4. A entidade empregadora informou a trabalhadora de que dispunha do prazo de dez dias para emitir o seu parecer fundamentado sobre a matéria.
- 1.5. A trabalhadora não respondeu à comunicação de intenção do seu despedimento por extinção do seu posto de trabalho.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 2.1. 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.
- 2.2. 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. 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.

- 2.4.** 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”.
- 2.5.** 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.
- 2.6.** 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”.
- 2.7.** 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”.

2.8. 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”.

2.9. 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”.

2.10. 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.

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

III – ANÁLISE

- 3.1.** Como questão prévia, a entidade empregadora refere que a trabalhadora à data do envio da comunicação da intenção de despedimento por extinção do posto de trabalho era lactante, mas que o filho, em 28 de novembro de 2015, completou um ano de idade e que a trabalhadora não apresentou atestado médico com vista a informar da continuidade da amamentação, pelo que desconhece se há obrigatoriedade de parecer da CITE que, à cautela, é solicitado.
- 3.2.** O facto de à data do envio da comunicação da intenção de despedimento a trabalhadora ser lactante, leva a um regime de proteção que envolve o parecer prévio da entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres.
- 3.4.** Assim, a trabalhadora está protegida na parentalidade, e o seu despedimento carece de parecer prévio da CITE.
- 3.5.** Da análise da documentação junta ao processo resulta que a entidade empregadora não observou rigorosamente o disposto na lei que lhe permita proceder a um despedimento por extinção do posto de trabalho.

- 3.6.** De facto, os critérios para seleção dos trabalhadores a despedir não foram comunicados por escrito à trabalhadora, contrariando a exigência legal do artigo 369.º do Código do Trabalho, pelo que o despedimento seria ilícito, nos termos do artigo 384.º daquele diploma.
- 3.7.** Existe uma ata que inclui uma parca referência a estes critérios, mencionando que há cinco funcionárias, sendo quatro assistentes operacionais e uma cozinheira (cujo despedimento não está em causa) e que a trabalhadora a despedir é, das assistentes operacionais, a mais nova de idade, com menos antiguidade no posto de trabalho, que não é feita a avaliação de desempenho e que as habilitações académicas e profissionais são similares e que é mais onerosa a manutenção do contrato de trabalho da visada.
- 3.8.** Mas estas afirmações carecem de densificação e não há prova das mesmas.
- 3.9.** Da referida ata consta ainda a menção a uma reunião que teria lugar com as cinco trabalhadoras, que se desconhece se ocorreu.
- 3.10.** Assim, não se afigura claro nem inequívoco, nem a escolha nem o resultado da aplicação dos critérios de seleção relevantes e não discriminatórios com vista ao despedimento da trabalhadora lactante, não se podendo assim, considerar como afastada a existência de indícios de discriminação em função da parentalidade.

IV – CONCLUSÃO

Face ao exposto, a CITE emite parecer prévio desfavorável ao despedimento por extinção de posto de trabalho da trabalhadora ..., promovido pela sua

entidade empregadora Associação ..., considerando que não foram comunicados por escrito à trabalhadora os critérios para seleção dos trabalhadores a despedir, contrariando a exigência legal do artigo 369.º do Código do Trabalho, pelo que o despedimento seria ilícito, nos termos do artigo 384.º daquele diploma e por existirem indícios de discriminação em função da parentalidade.

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 3 DE FEVEREIRO DE 2016, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À MESMA ATA.