

PARECER N.º 114/CITE/2017

Assunto: Parecer prévio ao despedimento de trabalhador em gozo de licença parental, por facto imputável a trabalhador, nos termos do n.º 1 e da alínea a) do n.º 3 do artigo 63.º do Código do Trabalho
Processo n.º 275 – DH/2017

I – OBJETO

- 1.1.A CITE recebeu em 15/2/2017 da entidade ... um pedido de emissão de parecer prévio ao despedimento do trabalhador ..., empregado de serviços externos.
- 1.2.A entidade empregadora remeteu ao trabalhador por correio registado com aviso de receção notificação da nota de culpa em 2/12/2016, e recebida em 7/12/2016, na qual refere, em síntese, o seguinte:
- 1.2.1. *O arguido foi admitido ao serviço da ..., em 2008.10.25 para, sob suas ordens, direção e fiscalização exercer as funções de Empregado de Serviços Externos.*
- 1.2.2. *Tendo exercido tais funções até à data da presente NC.*
- 1.2.3. *Aufere a retribuição base mensal de € 600,00 por mês acrescido de 6,41€ por dia de subsídio de refeição por cada dia de trabalho efetivamente prestado.*
- 1.2.4. *A 2016.08.02 o Arguido notificou verbalmente a Entidade Empregadora ..., na pessoa do seu Gerente, ..., que iria ser pai no dia seguinte 2016.08.03 e que, conseqüentemente, pretendia usufruir da licença parental legalmente prevista.*
- 1.2.5. *O que a Entidade Empregadora considerou e aceitou como a licença parental prevista inicial exclusiva do pai, de 15 dias, prevista no art. 43.º, n.º 1, do CP.*
- 1.2.6. *Sucedo porém que, sem qualquer posterior aviso, notificação ou declaração, desde 2016.08.03, o Arguido deixou de comparecer ao trabalho, o que ocorre até ao presente momento e de forma ininterrupta.*

- 1.2.7.** *E certo é que, como antes se disse, o Arguido,*
- a) *Não precedeu ao aviso de que iria gozar os 10 dias úteis de licença, em simultâneo com o gozo da licença parental inicial por parte da mãe do seu filho recém-nascido — nos termos previstos na segunda parte do art 43.º, n.º 4, do CT.*
 - b) *Não entregou qualquer declaração conjunta com a mãe do seu filho recém-nascido para efeitos de partilha de gozo da licença inicial, como previsto no art 43.º, n.º 6, do CT.*
 - c) *Nem dirigiu à Entidade Empregadora qualquer informação sobre qualquer modalidade de licença parental pretendida, como previsto no art.º 51.º, n.º 5 do CT.*
- 1.2.8.** *Nem tão-pouco comunicou, posteriormente, à Entidade Empregadora o motivo da sua ausência.*
- 1.2.9.** *E, em momento algum, referiu a ocorrência de motivo de força maior impeditivo da comunicação da ausência.*
- 1.2.10.** *O arguido apenas entregou à Entidade Empregadora os seguintes documentos:*
- a) *Declaração emitida pelo ..., de 08.08.2016, atestando que ... — que se presume, mas não se sabe se é, a mãe da filha recém-nascida do Arguido. — esteve internada naquela instituição, desde o dia 03.08.2016 ao dia 07 do mesmo mês, tendo tido um nado vivo do sexo feminino em 03.08.2016 — Doc. 1.*
 - b) *Recibo de Entrega de Documentos, emitido pelo ... — ..., da ..., em 16.08.2016, atestando a entrega de certos documentos por uma ... — que se presume, mas não se sabe se é, a mãe da filha recém nascida do Arguido — Doc. 2.*
- 1.2.11.** *Documentos esses que nada justificam, muito menos as faltas dadas pelo arguido.*
- 1.2.12.** *Ora, ainda que se considerasse que as primeiras faltas de 15 dias úteis do Arguido se subsumissem ao gozo da licença parental exclusiva do pai, prevista no nr. 1, do art. 43.º do CT - o que fica por demonstrar -, sempre as demais faltas não se podem reconduzir a qualquer licença parental prevista no mesmo código, por incumprimento de todos e quaisquer requisitos formais para o seu gozo.*

- 1.2.13. *Assim, o Arguido faltou ao serviço pelo menos desde 2016.08.03 até 201.11.28.*
- 1.2.14. *O que representa 80 dias úteis consecutivos.*
- 1.2.15. *Sendo que, pelo menos nos ulteriores 65 dias úteis o Arguido, faltou sem comunicar motivo da sua ausência ou prestar quaisquer das declarações ou informações indicadas em 7 supra, pelo que as mesmas faltas consideram-se injustificadas (cfr. n.º 3 do art. 249.º e nºs 1 e 2 do art. 256º do Código do Trabalho).*
- 1.2.16. *Ainda, nos termos do disposto no nº5 do art. 253º do Código do Trabalho, o incumprimento da comunicação de ausência determina que esta seja injustificada.*
- 1.2.17. *Ao não comparecer ao serviço, por aquele período, sem qualquer comunicação ao empregador, o arguido tinha perfeito conhecimento de que, com o seu comportamento, omitia os deveres de assiduidade e, deste modo, cometia ilícito disciplinar.*
- 1.2.18. *A existência de faltas não justificadas ao trabalho que determinem diretamente prejuízos ou riscos graves para a empresa, ou cujo número atinja, em cada ano civil, cinco seguidas ou dez interpoladas, independentemente de prejuízo ou risco, constitui justa causa de despedimento, nos termos do disposto na al. g) do nº 2 do art. 351º do C.T*
- 1.2.19. *Com a sua conduta o arguido violou os seguintes deveres a que estava obrigado, de acordo com as alíneas a), b), c) e g) do nº 1 do art. 128º do Código do Trabalho:*
- a. Dever de respeitar e tratar com urbanidade e probidade o empregador, os superiores hierárquicos, os companheiros de trabalho e demais pessoas que entrem em relação com a empresa;*
 - b. Dever de comparecer ao serviço com assiduidade e pontualidade;*
 - c. Dever de realizar o trabalho com zelo e diligência;*
 - d. Dever de promover ou executar todos os atos tendentes à melhoria da produtividade da empresa.*

1.2.20. *A atuação do arguido enquadra-se ainda, nomeadamente, nas previsões normativas das alíneas d) e g) do nº 2 do art. 351º do Código do Trabalho:*

a. Desinteresse repetido pelo cumprimento, com a diligência devida, de obrigações inerentes ao exercido do cargo ou posto de trabalho a que está afeto;

b. Faltas não justificadas ao trabalho que determinem diretamente prejuízos ou riscos graves para a empresa ou, independentemente de qualquer prejuízo ou risco, quando o número de faltas injustificadas atingir, em cada ano civil, cinco seguidas ou dez interpoladas.

1.2.21. *Tal comportamento, culposo, do arguido, pela sua gravidade e consequências, torna imediata e praticamente impossível a subsistência da relação laboral entre o mesmo e a ..., pelo que constitui justa causa de despedimento, nos termos do disposto no nº 1 do art. 351º do Código do Trabalho, que a empresa pretende aplicar.*

1.2.22. *Dá-se nota de que não existe Comissão de Trabalhadores nem o Arguido se encontra Sindicalizado.*

1.2.23. *Informa-se o arguido de que dispõe de 10 dias úteis para, querendo, consultar o processo disciplinar e/ou responder à presente nota de culpa.*

1.3. Na resposta à Nota de Culpa, junta ao processo em 13/12/2016, o trabalhador arguido afirma o seguinte:

1.3.1. *O art.º 353º do Código do Trabalho estipula, no seu n.º 1, que “(n)º caso em que se verifique algum comportamento suscetível de constituir justa causa de despedimento, o empregador comunica, por escrito, ao trabalhador que o tenha praticado a intenção de proceder ao seu despedimento, juntando nota de culpa com a descrição circunstanciada dos factos que lhe são imputados”.*

1.3.2. *Por sua vez, o art.º 382.º, n.º 2, alínea b), do mesmo diploma legal, preceitua que o procedimento disciplinar é inválido se “faltar a comunicação da intenção de despedimento junta à nota de culpa”.*

1.3.3. *No caso em apreço, a carta do Sr. Instrutor nomeado, datada de 30 de novembro de 2016, refere em assunto que está em causa um “processo disciplinar*

instaurado com intenção de despedimento” (referindo também uma data de 15.12.2016), mas nunca se comunica uma tal intenção.

1.3.4. *Limita-se tal carta a comunicar:*

- a) Que é apresentada a nota de culpa;*
- b) Que foi determinada a minha suspensão preventiva;*
- c) Que disponho de dez dias úteis para apresentação de defesa;*
- d) Que o processo está disponível para consulta;*
- e) Que a resposta à nota de culpa pode ser dirigida para o escritório do Instrutor nomeado.*

1.3.5. *Mesmo que se entendesse que, apesar da letra do n.º 1 do art.º 353.º do Código do Trabalho, a comunicação da intenção de despedimento não tem de constar de escrito autónomo, o que não se concede, na nota de culpa também não consta qualquer comunicação da intenção de despedimento.*

1.3.6. *No primeiro parágrafo da nota de culpa refere-se que foi determinado instaurar o processo disciplinar, e foi deduzida a nota de culpa “com vista ao (...) ulterior despedimento” do trabalhador, e no ponto 21 diz-se que o comportamento apontado ao trabalhador constitui justa causa de despedimento, nos termos de determinado preceito “que a empresa pretende aplicar”.*

1.3.7. *Em lado algum existe uma comunicação da intenção de despedimento, podendo concluir-se que a entidade empregadora se limita a constatar verificar-se (no seu entender) um comportamento suscetível de constituir justa causa de despedimento.*

1.3.8. *Mas, como referido, a lei exige que, para que o efetivo despedimento possa ter lugar, a entidade empregadora comunique ao trabalhador a intenção de proceder ao seu despedimento, o que aqui não foi feito.*

1.3.9. *Conforme é pacificamente entendido pelas decisões dos tribunais, se o empregador suspender preventivamente o trabalhador, antes da decisão do processo disciplinar, sem justificação, pode incorrer numa situação de*

incumprimento culposo do dever de ocupação efetiva, com a conseqüente responsabilidade pelos eventuais prejuízos daí decorrentes para o trabalhador.

- 1.3.10.** *É certo que tal omissão não invalida o processo disciplinar, já que as causas de invalidade do processo disciplinar encontram-se taxativamente enunciadas nos art.ºs 381.º e 382.º do Código do Trabalho, e esta omissão não se integra em nenhuma dessas causas.*
- 1.3.11.** *Mas, independentemente das consequências que o trabalhador possa retirar desta irregularidade, o facto de se dizer genericamente que é “altamente inconveniente” a presença na empresa de um trabalhador que a empresa se propõe sancionar porque... faltou, evidencia bem o espírito que preside a todo este processo.*
- 1.3.12.** *Como questão prévia aos factos do ilícito disciplinar alegado, importa referir que, desde 2008 que estou a trabalhar na logística e como técnico informático, ainda que continue a assegurar algum serviço externo.*
- 1.3.13.** *Desde 2016 que estou a desempenhar funções como assistente comercial.*
- 1.3.14.** *Conforme resulta do disposto no ponto 5 da nota de culpa, toda a questão parte do facto de a entidade empregadora ter aceite o pedido do trabalhador referido no ponto 4 da nota de culpa, e de se ter convencido de que a licença parental a que se refere esse ponto 4 da nota de culpa era “a licença parental prevista inicial exclusiva do pai, de 15 dias, prevista no art. 43.º n.º 1, do CT”.*
- 1.3.15.** *Ora, não se alcança porque é que a entidade empregadora se terá convencido de tal coisa, já que a licença a que se refere o artigo 43.º n.º 1 do Código do Trabalho é de gozo obrigatório, pelo que nunca careceria de ser requerida.*
- 1.3.16.** *Já a licença parental inicial, a que se refere o artigo 40.º do Código do Trabalho, carece de comunicação, que eu fiz (ponto 4 da nota de culpa) e que a entidade empregadora aceitou (ponto 5 da nota de culpa).*

- 1.3.17.** *Eu não induzi o gerente da entidade empregadora em erro, tendo sido este (sem qualquer contributo da minha parte) a convencer-se que estava em causa uma licença de 15 dias.*
- 1.3.18.** *Não têm aplicação as disposições invocadas no ponto 7 da nota de culpa.*
- 1.3.19.** *Depois da conversa a que se referem os pontos 4 e 5 da nota de culpa, eu parti do princípio (com base na aceitação do Sr. ...) de que apenas teria que comprovar o nascimento da minha filha.*
- 1.3.20.** *Assim, num primeiro momento, remeti os documentos referidos no ponto 10 da nota de culpa.*
- 1.3.21.** *No dia 7 de setembro, apesar de me encontrar no gozo da licença inicial parental, estive presente no local de trabalho, a desenvolver algumas atividades profissionais no interesse da entidade empregadora.*
- 1.3.22.** *Nesse dia, fui informado por um colega de trabalho de que o gerente da entidade empregadora, ..., fazia constar que me iria instaurar um processo disciplinar.*
- 1.3.23.** *Assim, no dia imediato, 8 de setembro, contactei o Sr. ...*
- 1.3.24.** *Foi nessa ocasião que percebi, porque tal me foi transmitido pelo referido gerente, que este partira do princípio errado de que eu só ia gozar 15 dias de licença.*
- 1.3.25.** *Perante a evidência de que o Sr. ... tinha autorizado o gozo da licença inicial parental, e que era esta a licença que eu estava a gozar, este gerente conformou-se com a situação, embora tenha manifestado grande insatisfação e me tenha feito notar que ainda tinha que apresentar mais documentos,*
- 1.3.26.** *Foi o que fiz, apresentando em mão diversos documentos, designadamente cópia da certidão da Conservatória do Registo Civil, e notícia de nascimento elaborada pelo Hospital de ...*
- 1.3.27.** *Assim, nunca estive em causa o conhecimento, por parte da entidade empregadora, da licença que eu estava a gozar, agora que tinha sido desfeito o equívoco, e que, para o Sr. ..., embora descontente, tudo se deveria resolver*

mediante a apresentação de documentação complementar à referida no ponto 10 da nota de culpa, o que eu cumpro.

1.3.28. *Pelo exposto, não é possível concluir como se faz na nota de culpa (a partir do ponto 12): eu comuniquei a natureza das minhas ausências (cfr. ponto 4 da nota de culpa) e, quando tive conhecimento do equívoco a que se refere o ponto 5 da nota de culpa, desfiz o equívoco.*

1.3.29. *Atuei sempre sem culpa e de boa-fé.*

1.3.30. *De resto, reforço que sou competente, zeloso e bom profissional, e que não tenho quaisquer antecedentes disciplinares.*

1.3.31. *E faço notar que esta foi a segunda vez que fui pai, e que da primeira vez já me encontrava ao serviço da ..., tendo gozado e justificado a ausência nos mesmíssimos termos em que o fiz desta vez, sem que me tenha sido instaurado qualquer processo disciplinar, como se compreende.*

1.3.32. *E já nessa altura, a mãe do meu filho era a minha mulher ..., cuja identidade agora (cfr. ponto 10) a empresa parece questionar.*

1.3.33. *A minha ausência é justificada (cfr. artigo 6.º n.º 1 alínea c) do Código do Trabalho).*

1.3.34. *Sem conceder, ainda que se considerasse que eu tinha faltado injustificadamente (o que apenas se admite como hipótese de raciocínio), não se alcança em que medida é que tal comportamento corresponde à violação dos deveres a que se refere o ponto 19 da nota de culpa.*

1.3.35. *A nota de culpa não o demonstra, limitando-se a afirmar uma conclusão que não é suportada por qualquer facto.*

1.3.36. *O mesmo se diga da alínea a) do ponto 20 da nota de culpa.*

1.3.37. *Assim, estando em causa ausência em gozo de licença parental inicial a que se refere o artigo 40.º do Código do Trabalho, com o conhecimento e a anuência da entidade empregadora (mesmo considerando que esta não ficou particularmente satisfeita pelo facto de o trabalhador gozar tal licença), não se*

verifica a prática de infração disciplinar, nem a existência de justa causa para despedimento.

1.3.38. O processo deve ser arquivado, como é de justiça.

1.4. Encontram-se no processo documentos de prova. Os documentos referidos na nota de culpa e depoimentos de testemunhas indicadas pela defesa.

I – 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. A Diretiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de outubro de 1992, no seu n.º 1 do artigo 10.º determina que os Estados-membros devem 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 excepcionais não relacionados com o estado de gravidez.

- 2.3.** Por outro lado, é opinião uniforme e reiterada na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias que o despedimento de uma trabalhadora por causa da 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.
- 2.4.** Indo ao encontro do determinado na legislação e jurisprudência comunitária referida, o n.º 1 do artigo 63.º do Código do Trabalho determina que *o despedimento de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante assim como de trabalhador/a no gozo de licença parental carece de parecer prévio da entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres*. De acordo com o preceituado na alínea b) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março (lei orgânica da CITE), essa entidade é a CITE.
- 2.5.** Por outro lado, o n.º 2 do mesmo artigo 63.º do Código do Trabalho determina que *o despedimento por facto imputável a trabalhador que se encontre em qualquer das situações referidas no número anterior presume-se feito sem justa causa*.
- 2.6.** A presunção de inexistência de justa causa, consignada no referido artigo 63.º, n.º 2 do Código do Trabalho só pode ser ilidida mediante apresentação de prova que confirme que o despedimento é fundamentado, conforme decorre do artigo 350.º do Código Civil, o qual estabelece *que as presunções legais podem ser ilididas mediante prova em contrário*.
- 2.7.** O procedimento para despedimento por facto imputável a trabalhador/a encontra-se tipificado, e a nota de culpa delimita o objeto do processo disciplinar, tanto em termos factuais como temporais, devendo conter *a descrição circunstanciada dos factos que são imputados ao trabalhador*, (n.º 1 do artigo 353.º do Código do Trabalho), indicando o modo, o tempo e o lugar em que ocorreram as infrações disciplinares.
- 2.8.** Por outro lado, a instrução do processo disciplinar deve lograr carrear a prova necessária e suficiente para que seja evidenciado, sem margem para dúvidas, que o trabalhador arguido praticou os factos de que é acusada na nota de culpa.

- 2.9.** Na nota de culpa do processo em apreciação, a entidade empregadora, em síntese, imputa ao trabalhador a falta ao trabalho entre 3/8/2016 e 28/11/2016, representando 65 faltas injustificadas por não ter comunicado o motivo da ausência.
- 2.10.** Donde conclui terem sido violados os seus deveres laborais a que se referem as alíneas a), b), c), e g) do n.º 1 do artigo 128.º do Código do Trabalho.
- 2.11.** O trabalhador responde à nota de culpa alegando em sua defesa, em síntese, que:
- 2.11.1.** O processo disciplinar é inválido por dele não constar a comunicação de intenção de proceder ao despedimento;
- 2.11.2.** As ausências ao trabalho resultam de estar a gozar a licença parental, o que foi comunicado a um responsável da empresa;
- 2.11.3.** A própria nota de culpa indica dois documentos por si entregues para comprovar o nascimento da sua filha, e posteriormente esclareceu verbalmente o mesmo responsável da empresa.
- 2.12.** Analisando a prova produzida no processo, quer documental quer testemunhal, é de considerar o seguinte:
- Quanto à prova documental:
- 2.12.1.** São juntos à nota de culpa dois documentos, um deles do hospital confirmando o nascimento de uma criança do sexo feminino.
- Quanto a prova testemunhal:
- 2.12.2.** O instrutor do processo disciplinar ouviu em auto de declarações as testemunhas indicadas pela defesa, tendo todas elas sido unânimes a confirmar que tiveram conhecimento de que o trabalhador tinha sido pai de uma filha, podendo concluir-se que isso era do conhecimento de toda a empresa, já que o trabalhadora arguido “*veio à sede da empresa para mostrar a filha*”.
- 2.13.** Portanto, não restam dúvidas que o trabalhador teve uma filha, o que era do conhecimento da entidade empregadora, sendo, por consequência as ausências justificadas para gozo da licença parental.

- 2.14.** Por outro lado, refere o artigo 351.º, n.º 1, que *constitui justa causa de despedimento o comportamento culposos do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.*
- 2.15.** Diz também o n.º 3 do mesmo artigo que *na apreciação da justa causa, deve atender-se, no quadro de gestão da empresa, ao grau de lesão dos interesses do empregador, ao carácter das relações entre as partes ou entre o trabalhador e os seus companheiros e às demais circunstâncias que no caso relevem.*
- 2.16.** No que diz respeito ao grau de lesão, a entidade patronal não o determina nem documenta.
- 2.17.** Além disso, considera-se que o processo não evidencia as consequências danosas nem eventual lesão grave dos interesses do empregador diretamente decorrentes da conduta do arguido, a ter existido, que são condições necessárias para justificar a aplicação da mais gravosa das sanções laborais.
- 2.18.** Tendo tudo isto em conta, considera-se que não está demonstrada, de forma inequívoca, a ocorrência das faltas injustificadas de que o trabalhador é acusado, nem a alegada atuação culposa do trabalhador, eventualmente geradora de uma absoluta necessidade de fazer cessar a relação laboral.
- 2.19.** E assim, não estando ilidida a presunção a que se refere o artigo 63.º, n.º 2 do Código do Trabalho, conclui-se pela existência de indícios de discriminação em razão da paternidade.

III – CONCLUSÃO

Em face ao exposto, a CITE delibera emitir parecer desfavorável ao despedimento do trabalhador ..., promovido pela entidade empregadora ..., por existirem indícios de discriminação por motivo de paternidade.

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 3 DE MARÇO DE 2017, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENCAS ANEXA À REFERIDA ATA.