

PARECER N.º 114/CITE/2018

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 de fevereiro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 68/2014, de 08 de maio.

Processo n.º 256/DL-E/2018

I – OBJETO

1.1. Em 07.02.2018 a CITE recebeu através da mandatária da entidade empregadora ... pedido de emissão de parecer prévio relativamente ao despedimento por extinção do posto de trabalho da trabalhadora lactante ..., para efeitos do disposto no n.º 1 e na alínea c) do n.º 3 do artigo 63.º do Código do Trabalho.

1.2. Mediante mensagem de correio eletrónico de 07.02.2018 a CITE recebeu o pedido de parecer prévio, nos termos a seguir transcritos:

“(...)

Na qualidade de mandatária da entidade empresa “...”, e na sequência de procedimento com vista ao despedimento por extinção do posto de trabalho da trabalhadora ..., vem dizer o seguinte:

- 1. a trabalhadora suspendeu funções entre março 2017 e janeiro de 2018 sendo que os quatro/cinco primeiros meses foram de baixa médica e depois gozou a licença de maternidade (o parto ocorreu em agosto de 2017);*
- 2. em 12.01.2018, a entidade patronal remeteu carta com AR à trabalhadora a comunicar que a mesma iria inicial o gozo das férias referentes ao ano de 2016 a partir de 17.01.2018, e na mesma missiva, solicitou que, caso aquela estivesse a amamentar, deveria remeter o*

- documento comprovativo de tal situação, designadamente, declaração médica, ao qual a trabalhadora nada disse;*
- 3. em 29.01.2018 foi remetida carta à trabalhadora com intenção de despedimento por extinção do posto de trabalho;*
 - 4. em resposta, a trabalhadora comunicou que ia pedir a intervenção do ACT para verificação dos respetivos requisitos;*
 - 5. nesta data, o ACT deslocou-se ao estabelecimento comercial da entidade patronal, tendo a inspectora comunicado que a trabalhadora se encontra em período de lactação, pelo que seria necessário o v/ parecer prévio, nos termos do disposto no artigo 63.º CT, o que constituiu uma surpresa para a empresa, face à total ausência de resposta da trabalhadora à carta registada enviada em 12.01.2018;*
 - 6. face ao exposto, a entidade patronal tudo cumpriu para aferir da eventual condição de lactante da trabalhadora, através de interpelação formal, à qual não obteve resposta, e muito mesmo base documental que comprovasse a sua situação;*
 - 7. Não infringiu a entidade patronal qualquer dever, pelo que deve o CITE emitir parecer favorável no referido procedimento com vista ao despedimento por extinção do posto de trabalho.”*

1.3. Com data de 26.01.2018 a entidade empregadora, notificou a trabalhadora da intenção de despedimento por extinção de posto de trabalho, nos seguintes termos:

“... (...) na qualidade de entidade empregadora, comunica por este meio a intenção de proceder à extinção do posto de trabalho de V. Exa., correspondente à categoria profissional de Farmacêutica, (...) altura em que foi admitida ao serviço por contrato a termo resolutivo, com sucessivas renovações, tendo passado a sem termo em 03.04.2015.

Na sequência das sucessivas medidas políticas aplicadas à área da saúde e do medicamento, a sustentabilidade das farmácias comunitárias tem sido fortemente afetada, levando a empresa a implementar um conjunto de medidas de gestão, reestruturação e reorganização interna, que

atenue o acréscimo do volume de vendas e a sucessiva redução das margens de lucro.

Na verdade, as farmácias comunitárias têm sido alvo de um conjunto de intervenções regulatórias e legislativas no sentido de reduzir o encargo do SNS com as despesas de saúde, que, face à situação da economia nacional e internacional, se mostram ainda mais perturbadoras da sua atividade (ver comunicado ANF que se junta).

São de destacar a venda fora das farmácias de medicamentos não sujeitos a receita médica e produtos farmacêuticos de dermocosmética, assim como, dispositivos médicos e produtos de ortopedia, a redução drástica do PVP (preço de venda ao público) de vários medicamentos, o crescente aumento da quota de genéricos (com PVP pelo menos inferior a 50% do medicamento de marca), a redução da margem legal das farmácias, e a introdução da chamada margem regressiva que limita o lucro da farmácia quando dispensa produtos de PVP superiores.

Para além disso, Ovar tem cinco farmácias consolidadas no centro da cidade, que distam poucos metros umas das outras, e uma população que viu o seu poder económico afetado pelo encerramento de várias unidades fabris e industriais que operavam na região.

Nos últimos anos, a Farmácia (...) tem tido um decréscimo de faturação e de margem (no valor de € 60.000,00 menos de 2016 para 2017), bem como a urgente necessidade de fazer obras de beneficiação e conservação no prédio onde a farmácia labora, o qual se encontra em avançado estado de degradação (24.900 € gastos em 2017 na recuperação de um dos telhados, e 12.500€ para troca das janelas de madeira apodrecida), inviabilizam a manutenção de uma estrutura de recursos humanos tal como ela existe na entidade empregadora, e exigem uma política interna de custos controlados, sob pena de inviabilizar a sustentabilidade da empresa.

Desta forma, é imprescindível fazer-se reduções no pessoal, de modo não só a conseguir responder às duras exigências do mercado, como também conseguir reduzir custos de forma a poder continuar a dar cumprimento às

obrigações de carácter laboral, social e fiscal, que sem os empréstimos de capital próprio da sua sócia-única e gerente (valor reportado a Novembro de 2017 ascende a 379.837,27 €), seriam impossíveis de realizar, num contexto económico de tal forma adverso. Tornando-se, assim, imperioso, sob pena de rutura ou colapso económico, conseguir a redução de custos inerentes à atividade da signatária.

Estando, pois, reunidos os requisitos previstos no n.º 1 do artigo 368.º do Código do Trabalho.

Dado existir na empresa uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, aplicam-se os pré-requisitos estabelecidos no n.º 2 do artigo 368.º do CT, concretamente, quanto aos critérios naqueles definidos.

A entidade empregadora tem cinco farmacêuticos ao seu serviço, a saber: ..., Farmacêutica e Diretora Técnica, ..., Farmacêutica, ..., Farmacêutica, ..., Farmacêutica e V. Exa.

Após análise do mapa de Totais de Caixa, e para o mesmo número de funcionários a trabalhar na empresa, apuraram-se as seguintes médias diárias de faturação aplicadas ao tempo total em que cada uma das Farmacêuticas esteve na farmácia:

...: 520€/dia

...: 420€/dia

...: 266€/dia

...: 235€/dia

Em relação à venda de produtos de dermocosmética, entendida como a “tábua de salvação” das farmácias, verifica-se a seguinte média diária:

...: 38€/dia

...: 35€/dia

...: 18€/dia

...: 16€/dia

Tendo, pois, V. Exa. um pior desempenho nas vendas, de acordo com os parâmetros previamente fixados e que são do seu conhecimento, bem como das demais farmacêuticas, salientando-se que prestou serviço na

farmácia num período temporal mais benéfico, pois não existiam tantos medicamentos a baixar o preço e a quota de genéricos era manifestamente inferior.

outro lado, as restantes colegas farmacêuticas possuem maiores habilitações profissionais, a saber

- a Farmacêutica ...: é a única que tem o Curso de Administração de Injetáveis, o que constitui uma mais valia profissional na prestação de serviços pela farmácia no âmbito da nova política de saúde que tem sido defendida para as farmácias, podendo administrar vacinas e injetáveis, evitando, assim, a contratação de uma Enfermeira, com os inerentes custos.

- a Farmacêutica ...: tem o Curso de Desabituação Tabágica, aspeto fundamental na nova política antitabágica defendida pelo Ministério da Saúde (relembra-se que os medicamentos de cessação tabágica passaram a ser comparticipados a partir de Janeiro de 2017). É a profissional mais experiente, para além da Diretora Técnica, tendo trabalhado 7 anos numa farmácia ..., farmácias estas conhecidas pela forte formação em técnicas de vendas e protocolos de abordagem ao utente, bem como pela elevada formação em várias gamas de dermocosmética.

- a Farmacêutica a ...: tem um bom domínio na utilização do software de gestão comercial ... uma vez que é colaboradora em part-time de uma empresa na qual exerce funções de contabilidade, sendo esta uma importante mais valia na gestão e organização da contabilidade interna da farmácia.

De destacar também que:

- As Farmacêuticas ..., ... e ..., têm-se deslocado por sua iniciativa e meios próprios em horário pós-laboral, para frequentar formações de atualização de conhecimentos e outras, e V. Exa. nunca manifestou disponibilidade para frequentar as mesmas.

Encontrando-se, assim, verificada a ordem de critérios prevista nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho.

Atento o exposto, foi tomada pela gerência da empresa a presente decisão no que concerne à extinção do posto de trabalho de V. Exa.

Não possuindo a entidade empregadora outro posto de trabalho compatível ou similar com a categoria profissional de que V. Exa. é detentora.

Não sendo possível nem viável para a empresa suportar os custos decorrentes do seu contrato de trabalho, pelo que se torna impossível a subsistência da relação laboral.

Todos os factos subjacentes a esta intenção atribuem-se a circunstâncias do mercado, estruturais e de globalização, para os quais em nada contribuíram a entidade empregadora e a trabalhadora.

Não existem na empresa contratos a termo para as tarefas correspondentes às do posto de trabalho a extinguir.

Posto isto, não tem a empresa alternativa, por mais que humanamente custe, se não efetuar despedimento por extinção do posto de trabalho de V. Exa., em consonância com os artigos 367.º e seguintes do CT, iniciando-se com a presente notificação o procedimento de despedimento por extinção do posto de trabalho.”

- 1.4. Em 15.02.2018, a CITE remeteu mensagem de correio eletrónico à mandatária da empresa solicitando o comprovativo da data de envio e de receção pela trabalhadora da *“Notificação da intenção de despedimento por extinção de posto de trabalho por motivos estruturais e de mercado, nos termos do disposto no artigo 367.º e seguintes do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12.02 e suas alterações.”*
- 1.5. Nesta sequência, a entidade empregadora em 15.02.2018 remeteu e-mail, anexando, para os devidos efeitos, o comprovativo solicitado pela CITE, bem como *“cópia de todas as comunica entre esta entidade e a ACT.”*
- 1.6. Em 19.02.2018, a empresa remeteu, novamente, mediante correio eletrónico, todo o processo enviado à trabalhadora na mesma data.

1.7. Desta forma do processo endereçado à CITE constam os seguintes elementos:

- Comunicação da intenção de despedimento;
- Avisos de receção;
- Notificação da ACT para apresentação de documentos;
- Carta endereçada à trabalhadora com data de 12.01.2018;
- Mensagem de correio eletrónico dirigida à CITE em 15.02.2018 com anexos referentes às comunicações feitas à ACT;
- Mensagem de correio eletrónico remetida à CITE em 19.02.2018 com anexos relativos ao relatório da ACT de 12.02.2018; Notificação da decisão de despedimento à trabalhadora em 19.02.2018 e documentos que a incorporam.

II - 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.º68/2014, 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 contra-ordenação 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. No caso de despedimento por extinção de posto de trabalho, e nos termos previstos no artigo 369.º do Código do Trabalho, o empregador comunica, por escrito, ao/à trabalhador/a envolvido/a a necessidade de extinguir o posto de trabalho, indicando os motivos justificativos e a

secção ou unidade equivalente a que respeita; indica a necessidade de despedir o trabalhador/a afeto/a ao posto de trabalho a extinguir e a sua categoria profissional e comunica os critérios para seleção dos trabalhadores/as a despedir.

2.4. O artigo 10.º, n.º 1 da Directiva 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 excepcionais não relacionados com o estado de gravidez.

2.4.1. Um dos considerandos da referida Directiva 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;*".

2.4.2. 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 directa em razão do sexo, proibida nos termos do artigo 14.º n.º 1, alínea c) da Directiva 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.

2.4.3. 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".

2.4.4. 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.

2.4.5. 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.

2.4.6. 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.

2.5. No caso em análise a entidade empregadora comunicou, em 29.01.2018, à trabalhadora lactante, a intenção de proceder à extinção do seu posto de trabalho.

2.6. De acordo com os elementos constantes do processo de despedimento ora em análise a trabalhadora lactante desempenha funções na empresa desde abril de 2011 com a categoria profissional de

Farmacêutica.

- 2.7. Nos termos da comunicação enviada à trabalhadora especialmente protegida, a entidade empregadora justifica a intenção de despedimento pela necessidade de *“implementar um conjunto de medidas de gestão, reestruturação e reorganização interna, que atenuem o decréscimo do volume de vendas e a sucessiva redução das margens de lucro.”*
- 2.8. Refere ainda a empresa na comunicação mencionada *supra* que *“é imprescindível fazer-se reduções no pessoal, de modo não só a conseguir responder às duras exigências do mercado, como também conseguir reduzir custos de forma a poder continuar a dar cumprimento às obrigações de carácter laboral, social e fiscal (...)”*.
- 2.9. A entidade empregadora menciona que não sendo possível nem viável suportar os custos decorrentes do contrato de trabalho da trabalhadora lactante, torna-se *“(...) impossível a subsistência da relação laboral.”*
- 2.10. Nestes termos, resulta do comunicado à trabalhadora que os motivos subjacentes à intenção de despedimento por extinção de trabalho, prendem-se com *“(...) circunstâncias de mercado, estruturais e de globalização, para os quais em nada contribuíram a entidade empregadora e a trabalhadora.”*
- 2.11. Verificando-se na secção ou estrutura equivalente uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico ao da trabalhadora, para a determinação do posto de trabalho a extinguir cabe ao empregador observar a ordem de critérios relevantes e não discriminatórios elencada no n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho.

- 2.12.** Desta forma, uma vez que se constata a existência de cinco farmacêuticas ao serviço da empresa, a entidade empregadora considerou os dois primeiros critérios de seleção previstos na alínea a) e b), do n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho, isto é, pior avaliação de desempenho, com parâmetros previamente conhecidos pela trabalhadora e menores habilitações académicas e profissionais.
- 2.13.** No que se reporta aos critérios de seleção importa referir que relativamente aos parâmetros de avaliação, os mesmos não se encontram clarificados, além disso, não resulta demonstrado nos documentos carreados para o processo que a trabalhadora especialmente protegida tenha tido conhecimento da avaliação de desempenho e dos respetivos parâmetros antes do processo de despedimento em curso.
- 2.14.** Ora, relativamente ao critério postulado na alínea b) do n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho, segundo o relatório da ACT datado de 12.02.2018, retira-se que dos documentos apresentados pela entidade empregadora não constavam as provas documentais sobre algumas habilitações profissionais, acrescentando ainda o facto de, tendo sido ouvida a trabalhadora ..., apuraram a existência de habilitações profissionais de formações realizadas em 2016 e 2017.
- 2.15.** Em face de todo o exposto, de acordo com a comunicação feita à trabalhadora especialmente protegida e com os documentos constantes do processo, não se afigura estarem reunidos os requisitos para a extinção do posto de trabalho, designadamente, no que diz respeito à aplicação da ordem de critérios prevista no n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho.
- 2.16.** Ao anteriormente exposto acresce que a trabalhadora rececionou em 31.01.2018 a intenção de despedimento por extinção de posto de

trabalho, dispondo de um prazo de dez dias para, se entendesse, transmitir ao empregador o seu parecer fundamentado, nomeadamente sobre os motivos invocados, os requisitos legalmente previstos, bem como alternativas que permitissem atenuar os efeitos do despedimento, conforme consta do n.º 1 do artigo 370.º do Código do Trabalho.

- 2.17.** Nesta sequência, e pese embora o facto de a trabalhadora ter solicitado a intervenção da ACT, com base no estabelecido no n.º 2 do artigo 370.º do Código do Trabalho, importa mencionar que a empresa remeteu o processo à Comissão em 07.02.2018, ou seja, antes do fim do prazo de 10 dias referido no ponto 2.16. do presente parecer. Não constando do processo qualquer resposta da trabalhadora ao presente processo de despedimento.
- 2.18.** Aliás, o artigo 63.º do Código do Trabalho, sob a epígrafe Proteção em caso de despedimento, na alínea c) do n.º 3, postula que “o empregador deve remeter o processo à CITE *“depois das consultas referidas no n.º 1 do artigo 370.º, no despedimento por extinção de posto de trabalho”*, o que não se verifica no caso ora em estudo.
- 2.19.** Acrescente-se que a 19.02.2018 a trabalhadora lactante foi notificada da decisão de despedimento, sendo que nesta é possível verificar-se a inclusão de outros critérios de seleção para o despedimento além dos que já lhe haviam sido comunicados, sem ter havido a possibilidade de contraditório dos mesmos.
- 2.20.** Segundo o artigo 381.º e 384.º ambos do Código do Trabalho, entende-se como fundamento geral da ilicitude o despedimento que não for precedido do respetivo procedimento, bem como se considera ilícito o despedimento por extinção de posto de trabalho que não cumprir os requisitos do n.º 2 do artigo 368.º, o que se verifica no caso em concreto.

2.21. Assim sendo, não se pode, desta forma, considerar como afastada a existência de indícios de discriminação em função da parentalidade.

III – CONCLUSÃO

Face ao que antecede, a CITE emite parecer desfavorável ao despedimento da trabalhadora lactante, ..., pela entidade empregadora ..., porquanto, não se encontram afastados os indícios de discriminação por motivo de parentalidade.

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 07 DE MARÇO DE 2018, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À REFERIDA ATA.