

PARECER N.º 30/CITE/2000

Assunto: Discriminação em função do sexo por motivo de maternidade
Processo n.º 33/2000

I - OBJECTO

- 1.1. A CITE recebeu, em 15 de Maio de 2000, uma exposição que termina solicitando parecer, de ..., oportunamente remetida pelos serviços do Gabinete da Ministra para a Igualdade, que em resumo se refere ao seguinte:
 - 1.1.1. A trabalhadora apresentou-se a concurso para assistente hospitalar graduada, aberto por aviso publicado no Diário da República II.ª Série, n.º 43, de 21 de Fevereiro de 2000, sendo requisito essencial que os/as candidatas/as tenham cinco anos de serviço ininterrupto na categoria de assistente.
 - 1.1.2. A trabalhadora iniciou as suas funções como assistente hospitalar em 24/03/95.
 - 1.1.3. No dia 16/01/98, nos períodos compreendidos entre 11/02/98 e 16/02/98, 23/02/98 e 06/03/98, no dia 16/03/98, nos períodos compreendidos entre 03/04/98 e 13/04/98, 13/08/98 e 31/08/98, 01/09/98 e 11/09/98, 12/09/98 e 30/09/98 e 01/10/98 e 06/10/98, a trabalhadora faltou ao serviço em virtude de uma gravidez de alto risco, faltas essas que lhe foram justificadas.
 - 1.1.4. A trabalhadora refere que "pretendem agora os Serviços de Pessoal do Hospital da ..., bem como os serviços que secretariam o Júri do concurso que a requerente não tem 5 anos de serviço ininterrupto".
- 1.2. A CITE, no uso das competências que lhe são atribuídas e no cumprimento do princípio do contraditório, solicitou esclarecimentos ao presidente do Conselho de Administração do Hospital da ... e ao presidente do Conselho da Administração Regional de Saúde do ...
- 1.3. Em 12 de Junho de 2000, a CITE recebeu ofício assinado pelo presidente do Conselho de Administração do Hospital da ... no qual se pode ler que "As causas da exclusão não devem pois ser imputadas a este Hospital, mas a quem não considerou como efectivo aquele período de ausência, devidamente justificado, e que, na nossa opinião, merece integrar o cômputo do tempo de serviço".
- 1.4. Em 21 de Junho de 2000, a CITE recebeu ofício assinado por vogal do Conselho de Administração da Administração Regional de Saúde do ..., acompanhado de cópias do processo de candidatura da médica e do parecer jurídico da Direcção Geral da Saúde, parecer esse que conclui que "dos 41 dias de faltas apenas 11 dias descontam na antiguidade da carreira, mas, para efeitos de admissão ao concurso ao grau de consultor da carreira médica hospitalar aqueles 41 dias não podem ser considerados como serviço efectivo, pelo que se entende que a candidata não completa os cinco anos de serviço ininterrupto de funções".
- 1.5. Em 27 de Junho de 2000, a CITE recebeu ofício assinado pela Subdirectora-Geral da ... ao qual foi anexada cópia do processo de candidatura da médica assistente, bem como cópia do parecer da Direcção-Geral da...

II - ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2. Face à realidade descrita, cumpre verificar se se deve considerar que ... tem cinco anos de serviço ininterrupto, requisito essencial para ser admitida como candidata ao concurso para assistente hospitalar graduada, uma vez que:
 - 2.1.1. A requerente iniciou as suas funções como assistente em 24/03/95, data da realização do exame da especialidade.
 - 2.1.2. A requerente desenvolveu uma gravidez, durante o ano de 1998, tendo utilizado o direito à licença por maternidade entre 22 de Outubro de 1998 e 19 de Fevereiro de 1999.
 - 2.1.3. A gestação "comportou uma situação de doença associada ao risco clínico inerente à gravidez".
 - 2.1.4. Em virtude de comprovada gravidez de alto risco, a trabalhadora não se apresentou ao serviço durante 41 dias no ano de 1998, ausências essas que lhe foram justificadas.
- 2.2. A questão *sub judice* será a de aferir da relevância da ausência ao serviço pela trabalhadora,

durante o ano de 1998, em virtude do desenvolvimento de uma gravidez de alto risco, para efeitos de contagem de tempo de serviço, designadamente definir se tal período de 41 dias deve ser considerado como de serviço efectivo, ou seja,

- 2.2.1.** Torna-se necessário avaliar se a ausência justificada por motivo de gravidez de alto risco é causa legítima de tratamento diferente no acesso ao concurso, atendendo à legislação em vigor, mormente aos princípios constitucionais contidos nos n.ºs 2 e 3 do artigo 68.º da CRP que, considerando a maternidade como valor social eminente, confere às mulheres o direito a especial protecção durante a gravidez e após o parto bem como, no caso de serem trabalhadoras, o direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda de retribuição ou de quaisquer regalias.

De facto, parece claro que a actual redacção do n.º 3 do artigo 10.º da Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, sobre protecção da maternidade e da paternidade, é o corolário do espírito dos preceitos constitucionais acima referidos, sendo certo que consagra que “nas situações de risco clínico para a trabalhadora ou para o nascituro, impeditivo do exercício de funções, independentemente do motivo que determine esse impedimento, ... a trabalhadora goza do direito a licença, anterior ao parto, pelo período de tempo necessário a prevenir o risco, fixado por prescrição médica, sem prejuízo da licença por maternidade...”.

Ora, se a trabalhadora não comparecesse ao serviço, em virtude de gravidez de risco e por prescrição médica, na pendência da actual legislação, não restariam dúvidas de que ao abrigo da redacção do n.º 3 do artigo 10.º e do artigo 23.º n.º 1 da Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, aquela ausência ao serviço não determinaria perda de quaisquer direitos e seria considerada, para todos os efeitos legais, como prestação efectiva de serviço.

- 2.2.2.** No entanto, a anterior redacção da lei suscita problemas de interpretação, designadamente porque não continha uma disposição específica esclarecedora no que às situações de gravidez com risco clínico que não envolvessem internamento hospitalar dizia respeito, porquanto o disposto era o seguinte: “Em caso de situação de risco clínico que imponha o internamento hospitalar, o período de licença anterior ao parto pode ser acrescido de um período até 30 dias, sem prejuízo do direito aos 90 dias de licença a seguir ao parto.” (Vd. Artigo 9.º n.º 3 na redacção anterior da Lei n.º 4/84, de 5 de Abril).

De salientar que o n.º 1 do artigo 18.º da anterior redacção da Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, dispunha que “As licenças, faltas e dispensas previstas no artigo 9.º ... não determinam perda de quaisquer direitos e são consideradas, para todos os efeitos legais, salvo quanto à retribuição, como prestação efectiva de serviço,”.

Assim:

Através de parecer jurídico que emitiu, entendeu a Direcção Geral da ... que “na data em que estas faltas foram dadas eram consideradas pela lei como faltas por doença, aplicando-se-lhe quanto aos seus efeitos o regime dos n.ºs 2 e 3 do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 497/88, de 30/12, ou seja, determinam a perda do vencimento de exercício apenas nos primeiros 30 dias de ausência, implicam o desconto no subsídio de refeição e descontam na antiguidade para efeitos de carreira quando ultrapassam 30 dias seguidos ou interpolados em cada ano civil”.

Mais se pode ler no parecer que “podemos concluir que o legislador ao definir vários tipos de consequências jurídicas a atribuir às faltas, pretendeu diferenciar as diversas situações que lhe estão na origem, em razão dos interesses que visa proteger”.

- 2.3.** Vejamos, então, se o caso em apreço se pode subsumir a esta interpretação.

Não nos parece.

Desde logo, há que atender ao espírito do legislador e que foi trazido à luz pela actual redacção da Lei n.º 4/84, de 5 de Abril.

De facto, parece claro que a questão primordial é, considerando o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no trabalho, no emprego e na formação profissional, e a especial protecção que a legislação comunitária e nacional, quer constitucional, quer ordinária, confere à maternidade, designadamente às trabalhadoras grávidas, saber se as ausências da trabalhadora, durante o ano de 1998, devem ser equiparadas à licença por maternidade anterior ao parto para efeitos de antiguidade.

- 2.3.1.** Ora,

A trabalhadora faltou no dia 16 de Janeiro de 1998, data que coincide, de acordo com o Relatório Clínico junto ao processo, com o período em que se submeteu a tentativa de ICSI

(microinjecção intracitoplasmática);

Faltou de 11 a 16 de Fevereiro de 1998, período subsequente à transferência de embriões que lhe foi realizada em 10 de Fevereiro de 1998, de acordo com o mesmo Relatório Clínico; Faltou de 23 de Fevereiro a 6 de Março de 1998, período que coincide com o seu internamento no hospital, "por Síndrome de Hiperestimulação do ovário (SHEO) moderado associado a gravidez intrauterina" e posterior repouso medicamente aconselhado, segundo o Relatório Clínico junto ao processo;

Faltou desde meados de Agosto, dia 13, até 6 de Outubro de 1998, período que coincide, ainda de acordo com o referido Relatório Clínico, com o diagnóstico de "ameaça de partoprétermo associado a oligoâmnios, situação grave que justificou o repouso, com consultas prénatais quinzenais e com vigilância ecográfica semanal, até às 36 semanas".

O parto ocorreu no dia 22 de Outubro de 1998.

- 2.3.2.** Analisado o período de ausência ao serviço por parte da trabalhadora, verifica-se que as faltas dadas, o foram por motivo exclusivamente ligado à maternidade.

A questão será, então, saber se a lei da protecção da maternidade e da paternidade esgotava e esgota, em si mesma, a protecção a conferir a uma trabalhadora grávida naquela situação. Parece que não. Até, e designadamente, pela existência de previsão legal sobre convenções colectivas ou disposições contratuais mais favoráveis do que a própria lei.

Mas, debruçando-nos sobre o caso *sub judice*, avaliemos a situação:

A trabalhadora faltou 41 dias, faltas que a Direcção Geral da ... entende, à luz da interpretação espelhada no parecer jurídico que emitiu, devem ser equiparadas a faltas por doença do próprio, aplicando-se-lhe quanto aos seus efeitos o regime dos n.ºs 2 e 3.º do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 497/88, de 30 de Dezembro, ou seja determinando a perda de vencimento de exercício apenas nos primeiros 30 dias de ausência, implicando o desconto no subsídio de refeição e descontando na antiguidade para efeitos da carreira quando ultrapassam 30 dias seguidos ou interpolados em cada ano civil.

Para efeitos de antiguidade, resumir-se-iam então as faltas da trabalhadora a 11 dias.

- 2.3.3.** No entanto, em nosso entender, não está em causa o número de dias que a trabalhadora faltou, mas sim a equiparação dos efeitos das faltas dadas em consequência de uma doença com origem na gravidez, às faltas dadas por doença do próprio, salientando-se inclusive que de entre os 41 dias, alguns corresponderam a internamentos de curta duração, podendo ser objecto da previsão legal contida no n.º 3 do artigo 9.º da anterior redacção da Lei n.º 4/84, de 5 de Abril.

Na base deste entendimento, encontra-se a Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho que preconiza, no n.º 1 do artigo 2.º, a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar.

O n.º 4 do referido artigo 2.º dispõe ainda que a directiva não constitui obstáculo a medidas que tenham em vista promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, particularmente às medidas que corrijam as desigualdades de facto que afectam as oportunidades das mulheres designadamente no acesso ao emprego e na promoção profissional.

"Com efeito, embora o estado de gravidez não seja de forma nenhuma equiparável a um estado patológico, ..., a gravidez corresponde a um período em que podem ocorrer perturbações e complicações susceptíveis de obrigar a mulher a uma vigilância médica rigorosa e, eventualmente, a repouso absoluto, durante toda a gravidez ou parte dela. Estas perturbações e complicações, que podem implicar a incapacidade para o trabalho, prendem-se com os riscos inerentes à gravidez e incluem-se, portanto, na especificidade desse estado." (Vd. 22. do Ac. Brown do TJCE, de 30 de Junho de 1998, no Proc. C-394/96).

e

"...o exercício dos direitos conferidos às mulheres em conformidade com o artigo 2.º, n.º 3, não pode ser objecto de um tratamento desfavorável no que se refere ao seu acesso ao emprego assim como às condições de trabalho. Nesta perspectiva, a directiva tem em vista atingir uma igualdade substancial e não formal".

(Vd. 26. do Ac. Thibault do TJCE, de 30 de Abril de 1998, no Proc. C-136/95).

Ora, no caso em análise, uma medida compensatória, cujo espírito é o que decorre do artigo 2.º n.º 4 da mencionada Directiva, afasta a interpretação restritiva que foi feita sobre a anterior redacção da lei da protecção da maternidade e da paternidade, designadamente sobre os efeitos que as faltas por doença originada pela gravidez tenham na contagem do período de antiguidade da trabalhadora, neutralizando uma situação de desigualdade de facto.

Desigualdade essa, que assenta na contingência de a trabalhadora poder ser lesada no seu direito a progredir na carreira, em virtude de faltas que deu ao trabalho e cuja origem esteve na gravidez. Tal ocorrência só pode afectar as mulheres e constitui, consequentemente, uma discriminação em função do sexo.

Assim, face ao que antecede, a CITE entende que as faltas dadas pela trabalhadora ... durante o ano de 1998, por motivo de doença com origem na gravidez, devem ser equiparadas a licença por maternidade anterior ao parto para efeitos de contagem de antiguidade, devendo considerar-se que a trabalhadora prestou cinco anos ininterruptos de serviço efectivo ininterrupto, contados após a obtenção do grau de assistente, e, como tal, deve ser aceite como candidata ao Concurso de Habilitação ao Grau de Consultor da Carreira Médica Hospitalar, aberto por aviso publicado no Diário da República II Série, n.º 43, de 21 de Fevereiro de 2000.

III - CONCLUSÕES

3. Face ao exposto, a CITE é de parecer que:

- 3.1.** As faltas ao trabalho por ... foram dadas por motivo de maternidade, ligado a doença com origem na gravidez, especificidade inerente ao facto de ser mulher.
- 3.2.** Por tal motivo, constituiria uma discriminação em função do sexo o facto de as referidas faltas serem equiparadas a faltas por doença do próprio para efeitos de contagem do período de antiguidade, violadora do princípio da igualdade preconizado pela Directiva 76/207CEE, do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, designadamente à luz do Acórdão Brown, dos princípios constitucionais contidos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º e nos n.ºs 2 e 3 do artigo 68.º da CRP, do artigo 4.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 426/88, de 18 de Novembro, e da legislação ordinária sobre protecção da maternidade e da paternidade.

Considerando quanto precede, a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego delibera:

1. Informar a Direcção-Geral de ... e a trabalhadora do presente Parecer sublinhando as suas conclusões e, em consequência,
2. Recomendar à Direcção-Geral de ... que as faltas dadas pela trabalhadora ... durante o ano de 1998, por motivo de doença com origem na gravidez, sejam equiparadas a licença por maternidade anterior ao parto para efeitos de contagem do período de antiguidade, devendo considerar-se que a trabalhadora prestou ininterruptamente serviço efectivo, após o início de funções de assistente hospitalar, não devendo, as faltas dadas por motivos conexos com a gravidez, impedir o acesso ao Concurso de Habilitação ao Grau de Consultor da Carreira Médica Hospitalar, aberto por aviso publicado no Diário da República II Série, n.º 43, de 21 de Fevereiro de 2000, solicitando indicação das medidas tomadas na sequência deste parecer.

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 28 DE AGOSTO DE 2000