

PARECER N.º 15/CITE/2004

Assunto: Substituição de médico, prestador de serviços na área de medicina do trabalho

Eventual discriminação com base no sexo

Processo n.º 86/2001

I – OBJECTO

1.1. Em 29.10.2001, a CITE recebeu do Gabinete de Sua Excelência a Secretária de Estado para a Igualdade, a exposição do Senhor Dr. ..., médico, cujo conteúdo é em síntese o seguinte:

1.1.1. *“1.º - Para além de desempenhar a minha profissão em regime liberal, desde há alguns anos que me encontro ligado profissionalmente a uma sociedade denominada “..., Lda.”, a qual se dedica à prestação de serviços na área da medicina do trabalho;*

2.º - Em 1994, fui contactado, a título pessoal, pela (...) para ali prestar serviços de medicina do trabalho;

3.º - Todavia, por razões de eficiência fiscal, declinei o convite pessoal, tendo sugerido que fosse a referida “...” a ser contratada para a prestação dos ditos serviços, o que implicaria, em qualquer caso, que fosse eu o médico indicado pela sobredita sociedade para a prestação de tais serviços junto da ...;

4.º (...) De notar que já então se verificava que os quadros de pessoal ao serviço dessa ... eram maioritariamente preenchidos por mulheres, o que parece não ter constituído qualquer tipo de impedimento para o convite que então me foi endereçado;

5.º (...) fui abordado em meados de 2000 por um membro dessa Mesa, que me propôs verbalmente (tendo o cuidado de referir que o fazia por sugestão da Madre Superiora ...), que deixasse de efectuar o exame dos seios das trabalhadoras, substituindo-o por mamografia, se fosse considerada necessária. Escusado será referir, que tal ingerência no desempenho da minha actividade profissional era e é intolerável, razão pela qual recusei frontalmente tal “proposta”;

6.º Desde então, fui notando uma progressiva redução do número de pessoas submetidas a exame médico, facto que me levou a alertar a Mesa Administrativa por carta de 13 de Dezembro de 2000, já que entendia que a não realização de exames médicos (de admissão, periódicos, ou por regresso ao trabalho por ausência superior a 30 dias com base em acidente ou doença), configurava uma grave infracção legal;

7.º Na sequência da mencionada carta, fui abordado no princípio do corrente ano, pelo Provedor e Vice-Provedor da ..., que me solicitaram verbalmente (uma vez mais) que indicasse uma Médica, através da “...”, para me substituir na prestação de serviços profissionais naquela ..., com o

argumento de que sendo maioritário o pessoal feminino que integra os respectivos quadros, seria desejável que o médico do trabalho fosse do mesmo sexo;

8.º Mais tarde, em Março deste ano, tal pedido foi renovado mediante contacto telefónico (...) de um dos membros da Mesa Administrativa da referida ... (Senhor Eng.º ...) com o meu colega e sócio da “...” Senhor Dr. ...;

9.º Tal solicitação verbal mereceu uma resposta negativa por escrito da Gerência da “...”, em 19 de Março de 2001, na qual se referia que a minha conduta profissional era pautada por critérios de rigor científico e ético, aliás atestada pelos quase 7 anos de actividade desenvolvida nessa ..., sem qualquer reclamação do meu conhecimento, pelo que essa solicitação mais não era do que uma discriminação em função do sexo, atentatória dos mais elementares princípios constitucionais e legais em vigor;

10.º A resposta não se fez esperar, já que em 06 de Abril é comunicada formalmente (desta feita, por escrito, com registo e aviso de recepção) a rescisão do contrato de prestação de serviços que ligava a ... à “...”;

11.º Tais factos, pela sua gravidade, foram por mim relatados à Ordem dos Médicos, a qual considera existir uma grave violação do princípio da igualdade e da não-discriminação (artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa), tendo-me aconselhado, para além do recurso às vias judiciais (através da “...”), a participar o sucedido à Comissão Parlamentar dos Direitos Humanos e à Provedoria de Justiça;

12.º Por entender, porém, que a ..., pela sua história e pergaminhos, merece outro tratamento que não o recurso às vias judiciais, solicitei por escrito à ... que atestasse a qualidade e o rigor do meu desempenho profissional ao serviço dessa ..., e a existência de qualquer reclamação fundada (e averiguada internamente) quanto aos exames médicos efectuados ao longo destes anos;

13.º Todavia, a resposta não foi totalmente satisfatória, já que (...) omitiu-se a apreciação sobre o rigor e a competência dos serviços por mim prestados (...);

14.º (...) não prescindo de ver reparado o meu bom-nome e a minha integridade e dignidade profissional (...);

(...)”

1.1.2. O exponente junta sete documentos:

- Carta do exponente, dirigida à Mesa Administrativa da ..., de 13 de Dezembro de 2000;
- Carta da ..., dirigida à Mesa Administrativa da ..., de 19 de Março de 2001;
- Carta da ..., dirigida à ..., de 6 de Abril de 2001;
- Exposição apresentada pelo exponente ao Conselho Regional do ... da Ordem dos Médicos, em 13 de Fevereiro de 2001;
- Ofício da Ordem dos Médicos, dirigido ao exponente, de 12 de Junho de 2001;
- Carta do exponente, dirigida à Mesa Administrativa da ..., de 10 de Julho de 2001;
- Carta da ..., dirigida ao exponente, de 1 de Outubro de 2001.

1.2. Em 23 de Dezembro de 2002, a CITE solicitou à ... indicação sobre a exposição referida. E em 17 de Março de 2003, recebeu resposta daquela entidade, cujo teor em síntese se transcreve:

1.2.1. “(...) *cumpre-nos informar V. Ex.a que o assunto (...) já mereceu (...) a resposta que, no dia 01-10-2001, foi dada ao signatário da exposição, Sr. Dr. ..., bem como à Ordem dos Médicos, conforme expressamente se vê das fotocópias que se juntam (...).*”

1.2.2. É junto a esta resposta a carta enviada por aquela entidade à Ordem dos Médicos e a carta enviada ao exponente.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. A Constituição da República Portuguesa consagra o princípio da igualdade nos seguintes termos:

“1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.”¹

O mesmo diploma constitucional determina que *“1. todos têm direito ao trabalho.*

2. Para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover:

(...)

b) A igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais.”²

Ora, os princípios são normas jurídicas com um grau especialmente elevado de abstracção, essencialmente de carácter orientador, que geralmente necessitam de normas que os concretizem, possibilitando a sua invocação individual e concreta.

2.1.1. Assim, o legislador de 1979, através do Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de Setembro, visou criar “normas que definam o enquadramento legal adequado à transposição dos princípios constitucionais para a realidade do mundo e do direito laborais” e “mecanismos de actuação que viabilizem a aplicação prática de tais normas e princípios.”³

Atento às mudanças da realidade social, o legislador, foi sensível às situações de discriminação no mundo do trabalho, estando consciente de que a tarefa de assegurar que o sexo não funcione como

¹ Artigo 13.º da CRP.

² Artigo 58.º, n.º 2 alínea b) da CRP.

³ In Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de Setembro.

limitação ao acesso a quaisquer cargos, trabalhos ou categorias profissionais, é tarefa cometida ao Estado e portanto a si próprio enquanto veículo de expressão dessa mesma vontade.

2.1.2. O Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de Setembro, em vigor até à sua substituição pela normas regulamentares para as quais remete o Código do Trabalho⁴, visa garantir a igualdade de oportunidades e tratamento no trabalho e no emprego, entre mulheres e homens, como consequência do direito ao trabalho consagrado na Constituição da República Portuguesa.

Para efeitos da aplicação deste diploma, discriminação é toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada no sexo que tenha como finalidade ou consequência comprometer ou recusar o reconhecimento, o gozo ou o exercício dos direitos assegurados pela legislação do trabalho.

Também são consideradas nulas e de nenhum efeito as disposições dos estatutos de organizações de profissões independentes que limitem por qualquer forma o acesso das mulheres e homens a qualquer emprego, profissão ou posto de trabalho.⁵

2.1.3. Este mesmo diploma criou a Comissão para Igualdade no Trabalho e no Emprego, organismo independente, de composição tripartida, com representantes do Estado, Associações Patronais e as Associações Sindicais, com o objectivo de promover a aplicação das suas disposições.

As competências que lhe estão atribuídas, encontram-se referidas no artigo 15.º do diploma citado, e em legislação especial sobre a Protecção da Maternidade e da Paternidade, nomeadamente o artigo 24.º da Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 70/2000, de 4 de Maio, e nos artigos 17.º e 18.º do Decreto-Lei n.º 230/2000, de 23 de Setembro.

Assim, à CITE, no âmbito do Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de Setembro, compete promover a igualdade de oportunidades e tratamento no trabalho e no emprego, entre mulheres e homens, como consequência do direito ao trabalho consagrado na Constituição da República Portuguesa, visando a análise das situações de distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada no sexo, cuja finalidade ou consequência comprometa ou recuse o reconhecimento, o gozo ou o exercício dos direitos assegurados na legislação do trabalho.

Também tem competência para analisar possíveis situações de discriminação no acesso a postos de trabalho, ou no acesso a determinada profissão.

A actuação da CITE, em sede de promoção da igualdade de oportunidades circunscreve-se às situações de trabalho subordinado, regulado pela legislação do trabalho, não abrangendo, assim, os casos de trabalho independente, a não ser na situação de discriminação no acesso a determinada profissão.

⁴ Ver artigo 21.º, n.º 2, alínea c) da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, que aprova o Código do Trabalho.

Embora seja esta a lei actualmente em vigor, certo é que a Directiva 2002/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, que altera a Directiva 76/207/CEE, do Conselho, 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, e cuja transposição para o ordenamento jurídico português, está prevista no artigo 2.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, que aprova o Código do Trabalho, determina a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, tal significando a não existência de discriminação directa ou indirecta em razão do sexo, nos sectores público e privado, incluindo os organismos públicos, no que diz respeito ao trabalho independente ou à actividade profissional, incluindo os critérios de selecção e as condições de contratação, seja qual for o ramo de actividade e a todos os níveis da hierarquia profissional, incluindo a promoção.⁶

É assim de antever que a nova regulamentação referida no Código do Trabalho venha determinar competências na área do trabalho independente, atendendo a que o artigo 6.º da referida directiva vem impor aos Estados-membros a adopção de medidas que assegurem que todas as pessoas lesadas pela não aplicação do princípio da igualdade de tratamento possam recorrer a processos judiciais e/ou administrativos, para exigir o cumprimento das obrigações impostas pela presente directiva, mesmo depois de extintas as relações no âmbito das quais a discriminação tenha alegadamente ocorrido.⁷

2.2. Muito embora CITE não disponha de competência para se pronunciar sobre questões de igualdade de oportunidades entre mulheres e homens, que decorram de relações jurídicas de trabalho independente, será contudo útil referir alguns aspectos esclarecedores sobre a questão da igualdade e proibição da não discriminação com base no sexo.

2.2.1. A Directiva mencionada, admite que os Estados-membros possam prever uma diferença de tratamento no acesso ao emprego relacionada com o sexo, desde que essa diferença seja justificada pela natureza das actividades profissionais específicas, ou pelo contexto da sua execução. A característica sexual tem ainda que constituir um requisito genuíno e determinante para o exercício daquela actividade. E exige-se ainda, que o objectivo seja legítimo e o requisito proporcional⁸.

Antes da alteração da Directiva invocada, o normativo em causa previa a possibilidade de os Estados-membros excluírem certas actividades profissionais do âmbito de aplicação da Directiva, sendo para isso exigidos determinados requisitos, como a natureza e condições de exercício das actividades em que o sexo constituísse uma condição determinante.

⁵ Ver artigo 4.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de Setembro, conjugado com o artigo 1.º, n.º 2 do mesmo diploma legal.

⁶ Ver artigo 3.º alínea a) da Directiva 2002/73/CE, de 23 de Setembro.

⁷ Ver artigo 8.º A, n.º 1 da Directiva 2002/73/CE, de 23 de Setembro.

⁸ Ver artigo 2.º, n.º 6 da Directiva 2002/73/CE, de 23 de Setembro.

Esta possibilidade ampla de criação de derrogações ao princípio da igualdade deu origem a vários acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades, no sentido de estabelecer uma interpretação restritiva daquele preceito, exigindo a observância do princípio da proporcionalidade que obriga a que as derrogações não ultrapassem os limites do adequado e necessário para atingir o fim prosseguido.⁹

Esta jurisprudência encontra-se hoje positivada no n.º 6 do artigo 2º da Directiva referida, nos termos da alteração operada àquele diploma no ano de 2002.

2.2.2. Retira-se, do que atrás ficou exposto, que, como aliás se referiu no ponto **2.1.**, a determinação do que constitui ou pode não constituir discriminação, compete ao legislador nacional, observando os princípios e limites impostos pelas normas comunitárias.

Não é, assim, ao particular que cabe determinar as excepções ao princípio da igualdade em razão do sexo.

2.2.3. O Estado Português, ainda que em 1979 não estivesse vinculado ao direito comunitário, estabeleceu alguns casos de excepção a este princípio, constantes do n.º 3 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de Setembro, onde determinou que não constitui discriminação o facto de se condicionar o recrutamento a um ou outro sexo nas actividades da moda, da arte ou do espectáculo, quando tal seja essencial à natureza da tarefa a desempenhar, tornando-a qualitativamente diferente quando prestada por um homem ou por uma mulher.

Fora destes casos legalmente previstos, e nas relações laborais a que se aplique o regime legal para o sector privado, será de entender como práticas discriminatórias as situações que, carecendo de fundamentação, condicionem a escolha para o desempenho de determinada actividade a um dos sexos, porque se entenderá que estes casos são fundados em juízos arbitrários.

2.2.4. Contudo, é de referir que a CITE já se pronunciou sobre situações em que o Estado empregador entendeu condicionar determinado recrutamento a um dos sexos, tendo esta Comissão entendido que, no caso em análise, “2.4. (...) a criação de dois contingentes um feminino e outro masculino, não é por si só justificativo da existência de discriminação com base no sexo, atenta a natureza do cargo desempenhado e a necessária diferença qualitativa quando prestado por um dos sexos (...)”, e tendo considerado que “3.2. (...) a entidade empregadora fundamentou a medida adoptada (...)”¹⁰.

III – CONCLUSÕES

⁹ Ver a este respeito os acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades, Processo C-273/97 e Processo 318/86.

¹⁰ Ver Parecer n.º 12/CITE/2002.

Neste sentido, também o Parecer n.º 11/CITE/2002.

3.1. A CITE, no âmbito do Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de Setembro, tem por objectivo promover a igualdade de oportunidades e tratamento no trabalho e no emprego, entre mulheres e homens, como consequência do direito ao trabalho consagrado na Constituição da República Portuguesa, pelo que a sua actuação, circunscreve-se à promoção da igualdade entre homens e mulheres inserida numa relação de trabalho subordinado, ou no acesso a esses postos de trabalho, ou no acesso a determinada profissão.

A actuação da CITE não abrange, assim, os casos de trabalho independente, com excepção das situações de discriminação no acesso a determinada profissão.

3.2. Face ao que antecede, a CITE delibera não se pronunciar sobre o presente caso.

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 5 DE ABRIL DE 2004