

PARECER N.º 93/CITE/2010

Assunto: Exposição apresentada pelo SINDAV – Sindicato Democrático dos Trabalhadores dos Aeroportos e Aviação
Protecção na Parentalidade
Processo n.º 404 – QX/2010

I – OBJECTO

- 1.1. A Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE) recebeu, em 11 de Maio de 2010, uma exposição do SINDAV – Sindicato Democrático dos Trabalhadores dos Aeroportos e Aviação (doravante designado SINDAV), dando conhecimento de uma alegada prática discriminatória em curso na Empresa ... – relativa a existência de situações de exclusão de prémio de assiduidade de trabalhadoras a quem foram atribuídas faltas ao serviço nos períodos de duas horas utilizadas na amamentação.
- 1.2. Aquele Sindicato termina alegando *Porque as trabalhadoras e mães não conseguem calar a sua indignação, o SINDAV vem à presença de V. Ex.ª para denunciar esta situação discriminatória que é praticada na empresa...*
- 1.3. Segundo esse Sindicato, a situação de não atribuição do prémio de assiduidade nos termos acima referidos é manifestamente violadora das normas legais, que consideram o período de amamentação como serviço efectivamente prestado, e representa uma discriminação com base no sexo.
- 1.4. Para o efeito o SINDAV interpelou a empresa ... e concomitantemente enviou para a ACT uma participação e apresentou igualmente queixa

junto de Sua Excelência a Ministra do Trabalho e da Solidariedade Social, junto da Sr.^a Deputada ao Parlamento Europeu Dr.^a ... bem como junto de todos os Grupos Parlamentares.

- 1.5. O SINDAV juntou o Parecer/RTRS/2009-02, do Representante dos Trabalhadores para a Responsabilidade Social – RTRS.
- 1.6. Não seria nosso objectivo repetir, neste Parecer, os fundamentos invocados pelo RTRS. Contudo, pela respectiva relevância e porque integralmente se subscrevem, com a devida vénia permitimo-nos salientar alguns desses fundamentos.
- 1.7. *(...) Este é um problema transversal da empresa que afectará muitas mais colegas do que aquelas que manifestaram, legitimamente, o seu desagrado. Por ser um problema que afecta e afectará todas as colegas que se encontrem em situação de amamentação/aleitação dos seus filhos, não se vislumbra necessário focalizar os casos concretos bastando, na minha opinião, a exposição do problema genérico e que se afigura de urgente resolução.*
- 1.8. *Este é um assunto que, em princípio, só afectará as mulheres, com a qualidade de mãe, na medida em que apenas elas foram abençoadas com o dom da maternidade e, nessa medida, é meu entendimento que todas as colegas que se encontrem numa situação como esta, alvo do presente Parecer, deveriam ser protegidas a nível interno da empresa, sem necessidade do recurso às disposições legais.*
- 1.9. *Ora, não é este o entendimento que a nossa empresa faz no que concerne à atribuição do Subsídio de Assiduidade a todas as colegas que se encontrem em situação de amamentação/aleitação. Assim, a empresa diminui-se, sistematicamente, ao pagamento da supra mencionada prestação porquanto entende não ser enquadrada na Ordens de Serviço que emite desde 1994.*

- 1.10.** *O regime ínsito nesta Ordem de Serviço, salvo o devido respeito, contraria, dentre outros, os comandos legais previstos no n.º 2 do artigo 65.º do CT, onde se observa como prestação efectiva de trabalho as dispensas para amamentação ou aleitação, bem como o disposto no n.º 1 do artigo 25.º do CT, que refere a proibição da prática de qualquer discriminação em função dos factores referidos no artigo 24.º, também do CT, contrariando, de forma ilegítima e ilícita, os direitos e garantias daquelas trabalhadoras que foram cerceadas no Subsídio de Assiduidade, salientando-se que estes comportamentos são censurados na lei e previstos como Contra Ordenações Muito Grave e Graves, respectivamente, nos termos e para os efeitos do n.º 8 do artigo 25.º e n.º 7 do artigo 65.º, ambos do CT.*
- 1.11.** *Nesta medida, não se pode deixar de considerar desadequado, porque ilegal, o regime previsto na Ordem de Serviço acima mencionada. Acrescendo, este comportamento não pode deixar de ser encarado como um acto de discriminação em função do sexo, por motivo da maternidade, e quiçá, da situação familiar.*
- 1.12.** *Em bom rigor estas trabalhadoras estão dispensadas para amamentação ou aleitação, não perdendo qualquer direito e sendo que tal é considerado tempo efectivo de trabalho. Assim sendo, o regime de dispensas é uma condição distinta da falta e que não é prevista naquela Ordem de Serviço, ficando fora do seu regime regulador, não podendo ser, nestas situações em concreto, e também por esta circunstância, motivo para que as trabalhadoras não percebam o subsídio aí contemplado, na medida em que este só não pode ser atribuído a quem falte.*
- 1.13.** *Pelo atrás exposto, é meu entendimento que, em face das circunstâncias acima descritas, consubstanciadas nas comunicações oportunamente apresentadas por diversas trabalhadoras da nossa empresa e pelo meu conhecimento pessoal da situação, que o regime plasmado na OS 00-001/2009, de 26 de Janeiro, deve ser adequado por forma a ser atribuído*

a todas aquelas trabalhadoras que, pelo facto de terem sido mães, exercem um direito, na lei consagrado, inclusive na lei fundamental, de cuidar dos seus filhos.

- 1.14.** *Os valores sociais que a nossa empresa acolhe e perfilha, não podem transigir com situações de discriminação, nem pactuar com ilegalidades, por demais evidentes, e que se possam manter no futuro. Hoje, existindo uma consciência geral acerca da importância da família, como alicerce fundamental da nossa sociedade, tendo também em consideração o envelhecimento da nossa população, o mais avançado da Europa, não devemos descuidar princípios elementares de protecção daqueles que mais necessitam e que são indispensáveis para o assegurar das gerações vindouras – os nossos filhos!*
- 1.15.** *Este é o enquadramento que efectuo da situação alvo da presente apreciação, encarando-a como uma oportunidade de melhoria, na medida em que a nossa empresa deve ter um comportamento exemplar e uma postura vertical na defesa da legalidade e das condições de trabalho dos seus colaboradores, contribuindo activamente para tal, eliminando todas aquelas situações que não se coadunem com os valores que defende, assumindo, dessa forma, uma atitude Socialmente Responsável, a qual trará nítidos benefícios para todas as partes envolvidas.*
- 1.16.** O SINDAV juntou a resposta emitida, em 22 de Janeiro de 2010, pela empresa ..., S.A., na qual é referido o seguinte:
- 1.17.** *Não obstante a lei considerar a dispensa para amamentação como prestação efectiva de trabalho, no caso do prémio de assiduidade, estamos perante uma situação que premeia a assiduidade efectiva do trabalhador e não uma qualquer equiparação jurídica de situações de falta de comparência à prestação efectiva de serviço.*
- 1.18.** *Trata-se de premiar o grau de assiduidade, a qual se consubstancia na*

comparência do trabalhador ao serviço, exigindo-se dele uma prestação de facto, uma realização, para a qual não basta a equiparação jurídica da ausência à não ausência.

- 1.19.** Em 24 de Maio de 2010, através de e-mail dirigido à Exma. Senhora Presidente da CITE, o SINDAV vem enviar a respectiva autorização escrita a fim de a CITE contactar a Empresa ..., S.A.
- 1.20.** Em 5 de Julho de 2010, a CITE contactou a ... para se pronunciar – solicitando esclarecimentos sobre a presente situação, dando-lhe um prazo de dez dias úteis.
- 1.21.** A empresa vem responder – sem esgotar o prazo de dez dias úteis que, desde já, louvamos, atendendo ao pedido verbal feito pela CITE de resposta urgente –, em síntese, o seguinte:
- 1.22.** *Remeteu-nos essa Comissão a comunicação em referência solicitando esclarecimentos acerca de matéria exposta pelo SINDAV relativa a uma afirmada “exclusão de prémio de assiduidade de trabalhadoras a quem foram atribuídas faltas ao serviço nos períodos de duas horas utilizadas na amamentação, configurada como “política “discriminatória” desta Empresa, que a referida Associação Sindical considera “inaceitável para as trabalhadoras em geral e para as mães em particular”.*
- 1.23.** *Antes, porém, gostaríamos de fazer notar que não nos foi fornecida cópia da exposição que é fundamento do pedido de esclarecimentos que, no V. Ofício, apenas se recopila, nem indicados os factos concretos em que a Associação Sindical impetrante se estriba, ou sequer nomeadas as trabalhadoras que possam estar em causa; só o conhecimento de tais concretos factos – no pressuposto de que concretos factos foram trazidos ao parecer dessa Comissão – viabilizaria a correcta perspectivação das imputações feitas a permitir situar a análise no plano de realidade e não no das fáceis conjecturas, mediatizadas no contexto de uma qualquer estratégia sindical que se*

desconhece. Permitimo-nos, de resto, sensibilizar, V. Exas. para os graves danos de imagem que a ..., S.A., está a sofrer em resultado dessa mediatização, na solene expectativa de que a CITE não contribua, nem mesmo involuntariamente, para tão injusta causa.

- 1.24.** *Nestas condições, os esclarecimentos que se seguem correspondem, e não poderiam deixar de corresponder, tão só à expressão do entendimento desta Empresa acerca do Prémio de Assiduidade, instituído, de resto, desde há muitos anos sem contestação e com benefício concreto da esmagadora maioria dos trabalhadores e Trabalhadoras desta Empresa.*
- 1.25.** *Na sua configuração actual – e para melhor ilustração anexamos uma cópia da Ordem de Serviço n.º OS-00-003/2010, de 12 de Janeiro de 2010 – tal prémio é atribuível a todos os trabalhadores, com excepção dos que titulem a categoria de Director, relativamente aos quais se não verifique mais do que um dia de ausência ao serviço em cada trimestre, desde que, no sistema de controlo de presenças, tenham, nesse período de referência, pelo menos registo da primeira entrada e da última saída em cada dia de trabalho. Faltas ao trabalho motivadas pelo falecimento de ascendentes ou descendentes do 1.º grau ou por falecimento do cônjuge não são tomadas em consideração como ausência para efeitos de atribuição do prémio em causa.*
- 1.26.** *Concederá essa Comissão que, dos termos das Ordens de Serviço que instituem o prémio de Assiduidade, não resulta a relevância positiva ou negativa de absolutamente nenhum factor de discriminação, muito menos discriminação em razão do sexo ou do género, que especialmente se repudiam. Apenas se atende à não comparência real, ou seja, à constatação da falta de presença efectiva de cada um dos Trabalhadores ou Trabalhadoras elegíveis e, cumulativamente, ao cumprimento, por esses Trabalhadores e Trabalhadoras efectivamente presentes, da obrigação acessória de registo da sua primeira entrada e última saída no sistema de controlo de presenças organizado na*

empresa.

- 1.27.** *E, por ser assim, nas numerosas hipóteses justificativas da ausência de qualquer elemento do seu pessoal que pode preencher negativamente a primeira dessas condições de atribuição do Prémio de Assiduidade estão compreendidas todas as situações, qualquer que seja a sua natureza, motivo ou justificação (para além das referidas faltas por falecimento de familiares próximos), em que não ocorre presença efectiva, ao serviço em mais de um dia em cada trimestre, incluindo nessa exacta medida apenas e não por consideração de nenhum factor adicional, casos de ausência que a lei até equipara a prestação efectiva de trabalho ou a serviço efectivo ou ainda aquelas que, segundo o ordenamento, não determinam a perda de quaisquer direitos.*
- 1.28.** *Sendo esse o exclusivo critério, poderão estar entre estas as situações de ausências para frequência de aulas ou prestação de provas dos trabalhadores-estudantes como as faltas para assistência a membro do agregado familiar; as resultantes da utilização de crédito de horas para formação contínua fora da Empresa como as originadas pelo desempenho de funções em estrutura de representação colectiva dos trabalhadores, as de candidatos a cargos públicos e as resultantes do benefício da dispensa para aleitação.*
- 1.29.** *Em especial, e no que respeita à aleitação lato sensu (aleitação por meios naturais ou, no que respeita ao que a seguir se afirma, por meios artificiais), as regras em vigor sobre o Prémio de Assiduidade em nada comprometem o dever de não discriminação em função do género, pois que afectam indistintamente a Trabalhadora-mãe ou o Trabalhador-pai que assegura a aleitação, nos termos previstos na lei.*
- 1.30.** *Assim, e salvo melhor entendimento, a circunstância de existir uma causa que, à face da lei, gera para o Trabalhador ou Trabalhadora a inexibibilidade do seu dever de comparência ao serviço, não releva para efeitos da verificação dos pressupostos de atribuição do Prémio de*

Assiduidade, o qual não corresponde, por isso, a uma contrapartida do cumprimento daquele dever mas sim a uma recompensa estabelecida em razão do factor neutro e objectivo que constitui a presença efectiva, no seu posto de trabalho, para a realização da sua actividade.

- 1.31.** *Acresce dizer que, além disso, tendo em consideração que as regras vigentes na matéria estabelecem uma dupla condição, é sempre necessário – e o observador externo normalmente omite-o – verificar se a não atribuição do prémio é resultado da primeira (não mais de um dia de ausência por trimestre, salvo faltas por falecimento de familiares chegados, seja qual for a ausência), ou se resulta antes da segunda, isto é, da omissão de registo de primeira entrada ou da última saída do sistema de controlo de presenças, situação que, por si só, afecta a atribuição do prémio em causa.*
- 1.32.** *A ..., S.A., apresenta a V. Exa Senhora Presidente, o profundo respeito pelos valores sociais eminentes de Não discriminação e da Parentalidade, que activamente procura, como outros de menor relevo, traduzidos no concreto exercício da sua política de Responsabilidade Social.*
- 1.33.** *Se é verdade que tais dispensas não determinam a perda de quaisquer direitos, não o é menos que a situação jurídica dos Trabalhadores da Empresa relativamente ao Prémio de Assiduidade não se reconduz a tal figura, não estando antecipadamente garantido a correspondente prestação não tem natureza retributiva (como resulta do disposto na al. c) do n.º 1 do artigo 260.º do Código do Trabalho); por outro lado, o prémio não é sequer contrapartida do trabalho (ou seja, não é correspectivo da actividade prestada mas, especificamente, da constância da comparência do trabalhador ao serviço para realizar essa prestação) e a sua atribuição depende da verificação eventual e individual de certas condições objectivas absolutamente idênticas para todos os Trabalhadores e todas as Trabalhadoras (presença efectiva e registo de entrada e saída no sistema de controlo de presenças), assim*

sendo, nenhum dos Trabalhadores e nenhuma das Trabalhadoras pode razoável e antecipadamente contar com a percepção habitual de tal prémio nem criar no seu espírito a convicção de que esse prémio constitui complemento normal do salário.

- 1.34.** *Trata-se, assim, de prestação meramente gratificante, exterior ao estatuto laboral de cada um dos Trabalhadores desta Empresa, sendo que consideraríamos, isso sim, insuportavelmente discriminatório a sua atribuição, no quadro condicional vigente, a qualquer um deles que se pudesse prevalecer de uma ficção técnica para reclamar uma prestação a que outros só têm acesso em condições de empenhamento verdadeiro da sua disponibilidade pessoal – comparecendo realmente ao serviço e registando as suas entradas e saídas no sistema de controlo de presenças.*
- 1.35.** *Uma breve referência final. No V. citado Ofício, Senhora Presidente, invoca V. Exa a competência para emissão de pareceres em matéria de igualdade no trabalho e no emprego prevista na al. d) do n.º 1 do art. 496.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho. Por comparação com o âmbito das atribuições da CITE, como o recorta o artigo 494.º do mesmo diploma, e por força do princípio da legalidade, cientes estamos de que aquela competência opinativa não se estende, também, às matérias da protecção da maternidade e da paternidade (ou, hodiernamente, da parentalidade) e da conciliação da actividade profissional com a vida familiar, no sector privado e no sector público, ausentes que estão estas daquela primeira fattispecie normativa.*
- 1.36.** *Ainda assim, parece-nos importante referir que especificamente no âmbito da tutela dessa parentalidade e já não apenas da discriminação de género, a jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça da União Europeia – e referimo-nos concretamente aos Acórdãos Parviainen e Gassmayr do dia 1 do corrente mês de Julho de 2010 – recorda que trabalhadoras que desfrutam de uma licença de maternidade se encontram numa situação que não pode assimilar-se à dos*

trabalhadores que ocupam efectivamente o seu posto de trabalho e decide que a protecção mínima exigida pelo art. 11.º da Directiva n.º 92/85/CEE do Conselho de 19 de Outubro de 1992 não implica, para a trabalhadora ausente do trabalho para gozo de uma tal licença, a manutenção integral da sua remuneração nem o pagamento do suplemento por serviços prestados em regime de disponibilidade permanente no local de trabalho. Perante isto, a hipótese de configurar como contrária à tutela da parentalidade a não atribuição de um prémio de assiduidade, não obrigatório e meramente gratificante, por aplicação de objectivo e neutro critério de não presença efectiva de Trabalhador ou Trabalhadora ao serviço, mesmo se circunstancialmente a ausência resulta de dispensa para aleitação, afigura-se arbitrária, assistemática, e de muito duvidosa razoabilidade.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 2.1.** Nos termos do artigo 494.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, e da alínea s) do n.º 6 do artigo 12.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, que aprova a revisão do Código do Trabalho, a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego é a entidade que tem por objectivo promover a igualdade e não discriminação entre homens e mulheres no trabalho, no emprego e na formação profissional, a protecção na parentalidade e a conciliação da actividade profissional com a vida familiar, no sector privado e no sector público.
- 2.2.** A alínea d) do n.º 1 do artigo 496.º da referida Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, dispõe que compete à Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego emitir pareceres, em matéria de igualdade no trabalho e no emprego, sempre que solicitados pela Inspeção-Geral do Trabalho, pelo tribunal, pelos ministérios, pelas associações sindicais e de empregadores, ou por qualquer interessado.

- 2.3.** Ora, a empresa ..., na sua resposta, coloca em causa as competências da CITE pelo facto de não existir uma queixa formulada num caso em concreto, ou sequer nomeadas as trabalhadoras que possam estar em causa, advertindo para os graves danos de imagem que a ..., S.A. está a sofrer em resultado da mediatização, na solene expectativa de que a CITE não contribua, nem mesmo involuntariamente, para tão injusta causa.
- 2.4.** Na verdade, não deu entrada na CITE qualquer queixa formalizada pelo SINDAV relativa a casos concretos de discriminação, alegadamente praticados pela Empresa ..., nem tão pouco são identificadas as Trabalhadoras, mas nessa exposição são denunciadas situações e confusas *incursões interpretativas* por parte da ... relativamente ao direito de dispensa para amamentação ou aleitação, que entendemos que não é correcta, pelo que a CITE deverá clarificar, interpretar e emanar o entendimento que possa de certa forma evitar eventuais práticas discriminatórias.
- 2.5.** Se a empresa ... ou qualquer outra empresa fizerem interpretações confusas e incorrectas que levem à prática de comportamentos e políticas discriminatórias, elaboração de regulamentos, orientações internas contrárias ao entendimento aqui perfilhado no presente parecer, a CITE, no âmbito das suas principais competências, deve verificar a conformidade dessas situações com as normas legais e pronunciar-se, mesmo que genericamente e sem a existência de queixas concretas, de forma a que preventivamente não sejam praticados eventuais actos discriminatórios, devendo concomitantemente contribuir objectivamente emitindo pareceres que actuem pedagogicamente tendo em vista o combate à discriminação entre homens e mulheres no trabalho, no emprego e na formação profissional, bem como na protecção na parentalidade.
- 2.6.** Tendo clara noção que, a persistência das desigualdades de género no mercado de trabalho só será eficazmente combatida com a participação

activa das empresas, em particular daquelas que adoptam uma postura de empresas socialmente responsáveis, integrando na sua gestão políticas e práticas nos domínios da igualdade entre homens e mulheres no trabalho.

- 2.7. Para reforçar este entendimento, é importante referir que, nos termos do n.º 5 do artigo 25.º do Código do Trabalho, incumbe ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer factor de discriminação.
- 2.8. E que nos termos do n.º 6 do citado artigo *o disposto no número anterior é designadamente aplicável em caso de invocação de qualquer prática discriminatória no acesso ao trabalho ou à formação profissional ou nas condições de trabalho, nomeadamente por motivo de dispensa para consulta pré-natal, protecção da segurança e saúde de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, licenças por parentalidade ou faltas para assistência a menores.*
- 2.9. Assim sendo, é dever da empresa ... afastar quaisquer indícios de discriminação por motivo de protecção na parentalidade.

Direito Comunitário

- 2.10. A igualdade entre homens e mulheres é um princípio fundamental da União Europeia. A igualdade de oportunidades e a igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de emprego e de trabalho está especificamente tratada no artigo 141.º do Tratado da União Europeia.
- 2.11. O considerando 24 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 actividade profissional (reformulação), refere expressamente que *o Tribunal de Justiça tem*

repetidamente reconhecido a legitimidade, em termos do principio da igualdade de tratamento, de proteger a condição biológica da mulher na gravidez e na maternidade e de adoptar medidas de protecção da maternidade como meio de atingir uma igualdade concreta.

- 2.12.** Tal desiderato não prejudica, por conseguinte a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho, porquanto, nos termos da Directiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de Outubro de 1992, *as medidas de organização do trabalho destinadas à protecção da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes não teriam efeitos úteis se não fossem acompanhadas da manutenção dos direitos ligados ao contrato de trabalho, incluindo a manutenção de uma remuneração e/ou o benefício de uma prestação adequada.*

Ordenamento Jurídico Nacional

- 2.13.** Nos termos do artigo 33.º do Código do Trabalho a Maternidade e a Paternidade constituem valores sociais eminentes e são Constitucionalmente protegidos, de acordo com o consagrado na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa, reconhece o direito a todos os trabalhadores a organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar.
- 2.14.** O artigo 68.º, n.ºs 3 e 4 da Constituição da República Portuguesa, reconhece o direito das mulheres a especial protecção durante a gravidez e após o parto, tendo as mulheres trabalhadoras ainda direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias, regulando a lei a atribuição, às mães e aos pais, de direitos de dispensa de trabalho por período adequado, de acordo com os interesses da criança e as necessidades do agregado familiar.

- 2.15.** Estes preceitos devem ser conjugados com o artigo 13.º da CRP, que estabelece o Princípio da Igualdade ao referir que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.
- 2.16.** De acordo com os artigos 47.º e 48.º do Código do Trabalho (aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro), a mãe que, comprovadamente, amamente o filho tem direito a dispensa de trabalho para o efeito, durante todo o tempo que durar a amamentação, devendo para o efeito comunicar ao empregador, com 10 dias de antecedência, esse facto e apresentar atestado médico se a dispensa se prolongar para além do primeiro ano de vida do filho.
- 2.17.** As dispensas diárias para amamentação devem ser gozadas em dois períodos distintos, com a duração máxima de uma hora cada, salvo se outro regime for acordado com o empregador (n.º 2 do artigo 47.º do Código do Trabalho), não determinando, tais dispensas perda de quaisquer direitos e sendo consideradas como prestação efectiva de trabalho, nos termos do n.º 2 do artigo 65.º do Código do Trabalho e constitui contra-ordenação grave a violação desta norma, de acordo com o n.º 7 do mesmo artigo.
- 2.18.** Desta forma, e considerando o preconizado no n.º 1 do artigo 9.º do Código Civil, sob a epígrafe, Interpretação da lei, *A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.*
- 2.19.** Assim sendo, a interpretação das normas constitucionais, comunitárias e do Código do Trabalho sobre a igualdade e não discriminação deve ser realizada de acordo com o princípio da unidade do sistema jurídico.
- 2.20.** Como já se viu, o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres está consagrado em vários textos da legislação nacional e

comunitária, 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.

- 2.21.** Na aplicação do princípio da igualdade de tratamento, a legislação, procura eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres, em especial dado que as mulheres são frequentemente vítimas de discriminação de múltipla índole.
- 2.22.** Visando a transposição dos referidos princípios constitucionais para a realidade do mundo, e dos direitos laborais, bem como a criação de mecanismos de actuação que viabilizem a aplicação prática de tais normas e princípios, emitimos o competente parecer.
- 2.23.** Na verdade, a concessão do Prémio de Assiduidade aos/às trabalhadores/as sendo por natureza uma manifestação voluntária e unilateral da parte da empresa, pode naturalmente preterir os/as trabalhadores/as menos cumpridores dos seus deveres. Sendo a assiduidade um desses deveres, não repugna que os/as trabalhadores/as menos assíduos sejam penalizados mesmo que se trate de faltas justificadas respeitantes a situações que ocorram independentemente da vontade do/a trabalhador/a.
- 2.24.** Contudo, sendo as condições de atribuição pré-estabelecidas pela entidade empregadora, a sua não atribuição arbitrária pode gerar situações de incumprimento da lei e/ou de discriminação.
- 2.25.** Uma dessas situações respeita precisamente à licença por parentalidade e às dispensas para amamentação e aleitação, situações essas em que a entidade empregadora deverá acolher, mesmo quando se trata de conceder regalias, os princípios e as disposições legais que enquadram, a nível superior ao da empresa, os aspectos mais importantes da relação jurídico-laboral.

- 2.26.** Feitas estas considerações, defendemos que, não implicando a dispensa de trabalho para a amamentação perda de retribuição ou de quaisquer regalias e, consistindo a atribuição do Prémio de Assiduidade indubitavelmente numa regalia concedida pela empresa ... aos/às trabalhadores/as, não podem os/as trabalhadores/trabalhadoras serem prejudicados/as na atribuição daquele benefício, em virtude de a assiduidade ser um requisito fundamental – *através da presença efectiva e registo de entrada e saída no sistema de controlo de presenças*, como alega a empresa ...
- 2.27.** Assim, importa referir que, relativamente à Ordem de Serviço n.º OS-00-003/2010, de 12 de Janeiro de 2010, que a empresa ... junta com a sua resposta, de acordo com o Código do Trabalho em vigor, não seria necessário indicar, para a atribuição do Prémio de Assiduidade, a dispensa para amamentação ou aleitação, até porque seria nesta parte tautológica em relação à norma especial que tutela o regime jurídico da protecção na parentalidade existente no próprio Código do Trabalho, uma vez que do ponto de vista legal a própria dispensa para amamentação ou aleitação, que não é falta, não determina perda de quaisquer direitos e é considerada como prestação efectiva de trabalho.
- 2.28.** Todavia, o pensamento que está subjacente na própria empresa ... e consequentemente a própria configuração da Ordem de Serviço em análise, ao determinar que o Prémio de Assiduidade é aplicável somente aos/às trabalhadores/as, que no sistema de controlo de presença, tenham pelo menos registo da primeira entrada e da última saída em cada dia de trabalho é que se revela manifestamente discriminatória e ilegal.
- 2.29.** Ora, as entidades empregadoras têm que remunerar os/as trabalhadores/as nos precisos termos em que o fariam se a ausência

nunca tivesse ocorrido. Consequentemente, não pode descontar-lhe quaisquer montantes, por virtude dessa ausência.

- 2.30.** É isso que igualmente resulta do n.º 2 do artigo 65.º do Código do Trabalho, onde se estabelece que *não determina perda de quaisquer direitos e é considerada como prestação efectiva de trabalho.*
- 2.31.** O que se retira dos preceitos legais supra citados, em que a dispensa para amamentação ou aleitação não determina perda de quaisquer direitos e é considerada como prestação efectiva de trabalho, é que a dispensa diária exercida pode ter lugar durante o período normal de trabalho e o tempo gasto (que nos termos da lei, como já se viu, é gozada em dois períodos distintos, com a duração máxima de uma hora cada, salvo se outro regime for acordado com o empregador), conta como tempo de serviço efectivo, para todos os efeitos, inclusive para efeitos remuneratórios, ou seja, tudo se passa como se o/a trabalhador/a estivesse, durante aquele período de tempo, a exercer funções no seu posto de trabalho, para a sua entidade empregadora.
- 2.32.** Embora os/as trabalhadores/as não estejam fisicamente nos seus postos de trabalho nesses períodos de tempo, por força daqueles preceitos legais, tais períodos contam como tempo de serviço efectivo para todos os efeitos, inclusive remuneratórios.
- 2.33.** Para assegurar o exercício desse direito, sem quaisquer constrangimentos, a lei ordinária estabelece uma especial protecção à parentalidade e aos/às trabalhadores/as que se encontram no gozo das dispensas para aleitação ou amamentação.
- 2.34.** Verificamos, assim, é que é a própria lei que ficciona como presença, determinado tipo de ausências, ao considerar que não determina perda de quaisquer direitos e é considerada como prestação efectiva de trabalho, conforme o n.º 2 do artigo 65.º do Código do Trabalho.

- 2.35.** Aliás, a Empresa ... nas suas Ordens de Serviço também ficcionou como presenças determinadas faltas, ao dizer que, para efeitos de pagamento daquele prémio de assiduidade *são consideradas as faltas motivadas por a) falecimento de ascendentes e descendentes do 1.º Grau; b) falecimento do cônjuge.*
- 2.36.** É doutrina unânime da CITE, que as ausências por motivo de dispensas para amamentação ou aleitação não determinam perda de quaisquer direitos, incluindo a remuneração e todas as liberalidades que gozaria são consideradas, para todos os efeitos legais como prestação efectiva.
- 2.37.** Não basta dar aos/às trabalhadores/as a liberdade de decidirem gozar o direito de dispensa para amamentação ou aleitação, bem como o direito de não verem com essa decisão afectada a sua relação de trabalho.
- 2.38.** Com intenção ou sem ela, fácil é de compreender que a exclusão dos/das trabalhadores/as da atribuição de um prémio de assiduidade, porque se encontram a gozar a dispensa para amamentação ou aleitação que a lei lhes concede, demonstra que as empresas não estão a incentivar o exercício daquele direito.
- 2.39.** Estando o empregador proibido de praticar discriminação directa, ou indirecta, baseada no sexo, não podem constituir fundamento das diferenciações retributivas assentes em critérios distintivos em função do mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade dos trabalhadores as licenças, faltas e dispensas relativas à protecção na parentalidade.
- 2.40.** Em sede de conclusão, a exclusão dos/as Trabalhadores/as da atribuição de um prémio monetário – Prémio de Assiduidade –, apenas e só, porque se encontraram ausentes do serviço em virtude das dispensas para amamentação ou aleitação, é um acto enquadrável na alínea a) do n.º 1 do artigo 23.º do Código do Trabalho, consubstanciando uma discriminação directa em função do sexo, por motivo de maternidade.

- 2.41.** Assim, em consonância com a lei portuguesa, com a Directiva do Conselho sobre Igualdade e não Discriminação e com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, conclui-se que quaisquer regras de atribuição de incentivos condicionadas à assiduidade não podem incluir as situações de ausência por dispensa para amamentação ou aleitação, sob pena de violação dos princípios sobre igualdade e não discriminação em função do sexo.
- 2.42.** Por último, cumpre dizer que o objectivo do presente parecer é apenas o de impedir a ocorrência das alegadas e denunciadas *políticas discriminatórias* e, caso elas ocorram, garantir a aplicação das medidas mais adequadas para resolver o problema e impedir a sua repetição.
- 2.43.** O que se pretende é encorajar a elaboração e a aplicação de políticas e de práticas que permitam criar ambientes de trabalho isentos de indícios de discriminação em que mulheres e homens respeitem mutuamente a sua integridade humana – tal como as Empresas.

III – CONCLUSÃO

- 3.1.** Ao abrigo da competência estabelecida na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 496.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, e considerando que não existe uma queixa consubstanciada num caso em concreto, a CITE recomenda à ..., S.A., como a todas as empresas, que sejam proactivas e implementem uma estratégia que poderá passar pelo conjunto de boas práticas de gestão de recursos humanos, aproveitando as novas regras da protecção na parentalidade introduzidas pela última revisão ao Código do Trabalho.
- 3.2.** Todavia, a CITE é de parecer que, caso não seja reconhecido aos Trabalhadores/trabalhadoras o direito ao Prémio de Assiduidade, em virtude das ausências por dispensas por amamentação ou aleitação,

previstas nos artigos 47.º e 48.º compaginados com o n.º 2 do artigo 65.º do Código do Trabalho, tal facto consubstancia uma discriminação em função do sexo por motivo de maternidade.

- 3.3.** A CITE delibera enviar cópia do presente Parecer ao SINDAV – Sindicato Democrático dos Trabalhadores, à empresa ..., S.A., e à Autoridade para as Condições de Trabalho, para os efeitos tidos por convenientes.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 15 DE JULHO DE 2010, COM OS VOTOS CONTRA DAS REPRESENTANTES DA CCP – CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL E DA CIP – CONFEDERAÇÃO DA INDÚSTRIA PORTUGUESA, QUE APRESENTOU A SEGUINTE DECLARAÇÃO DE VOTO, SUBSCRITA PELA CCP:

A CIP vota contra o parecer acima referenciado pelo facto de este considerar que a prática instituída pela ..., S.A., de não reconhecimento aos trabalhadores e trabalhadoras do direito ao Prémio de Assiduidade, em virtude das ausências por dispensas por amamentação ou aleitação, consubstancia uma discriminação em função do sexo por motivo de maternidade.

A prática instituída pela ... não constitui, no entender da CIP, uma discriminação na medida em que, de acordo com a definição legal de discriminação estipulada pelo n.º 2 do artigo 25.º do CT, o comportamento em causa encontra-se baseado em factor de discriminação que constitui um requisito justificável e determinante em virtude do contexto da sua execução, para além do seu objectivo ser legítimo e o seu requisito ser proporcional.

Ainda, no caso em apreço, a entidade empregadora provou, nos termos do n.º 5 do mesmo artigo 25.º do CT, que a diferença de tratamento que resulta dos critérios de atribuição do Prémio em causa, não assenta em factor de discriminação. Veja-se.

Tal como é referido pela empresa, não obstante a lei considerar a dispensa para amamentação como prestação efectiva de trabalho, no caso do prémio de assiduidade está-se perante uma situação que premeia a assiduidade efectiva do trabalhador, com exclusão da situação de não comparência à prestação efectiva de serviço ainda que juridicamente equiparadas.

De resto, a considerar-se a prática em apreciação discriminatória em função do sexo por motivo de maternidade, ter-se-ia, igualmente, de a considerar discriminatória relativamente a todas as outras situações para as quais a lei equipara a ausência a prestação efectiva de trabalho ou, ainda, aquelas que não resultam na perda de quaisquer direitos (v. artigo 90 n.º 7 do CT relativo ao trabalhador estudante).

Ora, como se disse, com a atribuição do Prémio pretende-se compensar a efectiva comparência ao serviço.

Tem, portanto, razão a empresa quando refere que a situação jurídica dos trabalhadores da empresa relativamente ao Prémio em causa não se reconduz à figura da perda de direitos mas antes a uma prestação meramente gratificante e exterior ao estatuto laboral de cada um dos trabalhadores.