



PARECER N.º 65/CITE/2011

Assunto: Exposição apresentada pelo ... – Pedido de Parecer – Aumento do número de dias de férias

Processo n.º 260 – QX/2011

I – OBJECTO

- 1.1. A Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE) recebeu em 8 de Setembro de 2010, através de email da Sr.^a Directora do ... “pedido de emissão de Parecer sobre a questão de saber se é legítimo não atribuir às trabalhadoras que gozaram de licença de maternidade os dias de férias de compensação por assiduidade previstos no Artº 40º do Acordo de Empresa, o que, salvo o devido respeito, considero discriminatório”.
- 1.2. “Por forma a instruir da melhor maneira o presente pedido, junto remetemos o referido AE, assim como o parecer do Ilustre Jurista consultado pela entidade empregadora que conclui não ser de atribuir às trabalhadoras em causa aqueles dias de compensação de férias”.
- 1.3. “Cumprе, ainda, esclarecer que, não obstante a ... (entidade empregadora) ser uma entidade empresarial municipal, os vínculos laborais destas trabalhadoras consistem todos em Contratos Individuais de Trabalho Sem Termo, e regem-se pelo Direito privado do Trabalho (a saber, Código do Trabalho e demais legislação complementar)”.



MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL
COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO

1.4. Foi junto para o efeito o aludido Parecer, datado de 14 de Maio de 2010, e com relevo para a apreciação *in casu*, vem referido o seguinte:

“No que respeita ao regime regulamentar, o actual Acordo de Empresa vigente na ... (publicado no Boletim do Trabalho e Emprego nº 43, de 22/11/2009) prevê o direito de todos os trabalhadores a 25 dias úteis de férias, prevendo ainda que os trabalhadores que registarem taxas de absentismo baixas terão direito a uma compensação consubstanciada em maior número de dias de férias, assim prevista:

“Os trabalhadores que registarem taxas de absentismo anual baixas terão direito às seguintes compensações:

- a) Com 0 faltas, terão direito a uma compensação de mais cinco dias úteis de férias;*
- b) Até um dia ou dois meios dias de faltas, terão direito a uma compensação de três dias úteis de férias;*
- c) Até dois dias ou quatro meios dias de faltas, terão direito a uma compensação de mais dois dias úteis de férias*
- d) Até três dias ou seis meios dias de faltas, terão direito a uma compensação de mais um dia útil de férias;*

“(...) Em primeiro lugar, é de referir que a própria evolução legislativa evidencia a possibilidade constitucional de fazer relevar como falta as ausências decorrentes de licença parental”.

Efectivamente, foi este o regime legal que vigorou entre 2003 e 2009, não existindo notícia de qualquer controvérsia quanto à sua constitucionalidade.

Analisando agora, em concreto, a pretensão, sublinha-se que é invocada uma previsão legal, a do nº 4 do artigo 238º do CT”... Para efeitos do número anterior, (...) são consideradas como período de trabalho efectivo as licenças constantes nas alíneas a) a e) do nº 1 do artº 35º. (sublinhado meu), quando a própria previsão legal afirma que o seu âmbito se restringe ao número anterior do mesmo artigo do Código do Trabalho”.

Explicitando merece relevo o facto de o legislador não ter singelamente afirmado “São consideradas como período de trabalho efectivo as licenças constantes nas alíneas a) a e) do nº 1 do artigo 35º”, o que constituiria um comando geral e abstracto, com o qual os instrumentos de regulamentação colectiva deveriam ser conformados, mas ter restringido os efeitos da qualificação ao nº 3 do artigo 238º do CT.

O efeito útil desta ressalva é precisamente o de salvaguardar a possibilidade de, por instrumento de regulamentação colectiva, se atribuir efeitos e consequências diversos a estas ausências.

O que é admissível, desde que o quantum de férias legalmente estabelecido se mantenha intocável.

Caso que ocorre na ...



MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL
COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO

Efectivamente, nesta empresa, todos os trabalhadores têm direito a 25 dias úteis de férias, independentemente do número de dias de ausência, e dos motivos que originem essas ausências.

Pelo que é possível enunciar duas conclusões:

A primeira, de que a qualificação feita pelo nº 4 do artigo 238º do CT como período de trabalho efectivo das licenças parentais vale apenas e só para efeitos do nº 3 do mesmo artigo 238º, isto é, para a verificação dos requisitos para o aumento do número de dias de férias para 23, para 24, ou para 25.

A segunda, de que, consagrado por instrumento de regulamentação colectiva o direito a 25 dias úteis de férias (o máximo que o CT prevê), é lícito que esse mesmo instrumento de regulamentação colectiva estabeleça condições de ausência de absentismo para atribuição de dias de férias em número superior a 25, e que essas condições se consubstanciem na inexistência absoluta de absentismo, independentemente dos motivos que o originam”.

- 1.5.** Através do Ofício nº 1939/CITE/2010, de 15 de Setembro de 2010, foi dada resposta directa à questão colocada, que salvo o devido respeito, por economia processual, se dá aqui por integralmente reproduzido.
- 1.6.** A Comissão de Trabalhadores da ..., através dos emails, datados de 10/11/2010 e 18/03/2011, vem reiterar o pedido de parecer “na sequência do pedido de parecer dos trabalhadores da ..., relativamente ao Aumento do número de férias, foi a Comissão de trabalhadores incumbida de enviar para Vosso conhecimento o Parecer datado de 18 de Outubro p.p. do Consultor Jurídico da ..., que mantém as mesmas terminações expressas no Parecer inicial que V. Exas., comentaram”.
- 1.7.** Alega ainda que “pelo facto da empresa manter a mesma resposta à questão da não atribuição, às trabalhadoras que gozaram licença de maternidade, da majoração de férias por assiduidade, vimos por este meio mais uma vez solicitar a Vossa apreciação ao teor do mesmo”.
- 1.8.** Para o efeito, a Comissão de Trabalhadores da ... juntou o aludido Parecer do consultor jurídico da ..., datado de 18 de Outubro, que aqui



MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL
COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO

se transcreve:

“PARECER

Majoração do número de dias de férias

A ... solicitou ao signatário, em Maio passado, uma opinião jurídica sobre a seguinte questão:

"Depois de colocada a questão (...) respeitante à não atribuição, às trabalhadoras que gozaram licença de maternidade, da majoração de férias por assiduidade, verificámos, estudando melhor a situação, que o Código do Trabalho é muito claro quanto a esta situação e que nos atribui esse mesmo direito de forma igual aos restantes trabalhadores, como a seguir se explica:

Na verdade, o Artº 238º da Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro, que anexa e aprova o Código do Trabalho diz, no seu n.º 4 que "Para efeitos do número anterior, (...) são consideradas como período de trabalho efectivo as licenças constantes nas alíneas a) a e) do n.º 1 do artigo 35º.

E estas alíneas prevêem, nomeadamente, as seguintes situações: i) licença em situação de risco clínico durante a gravidez," ii) Licença parental em qualquer das modalidades; iii) Licença parental complementar em qualquer das modalidades.

Assim e face às nossas situações concretas, deverá a ... atribuir-nos os dias de majoração no período de férias como aos restantes trabalhadores, nos termos daquele artigo e na Cláusula 40ª do Acordo de Empresa.

O parecer foi prestado em 14 de Maio de 2010, tendo sido enunciadas duas conclusões:

"A primeira, de que a qualificação feita pelo n.º 4 do artigo 238º do CT como período de trabalho efectivo das licenças parentais vale apenas e só para efeitos do n.º 3 do mesmo artigo 238º, isto é, para a verificação dos requisitos para o aumento do número de dias de férias para 23, para 24, ou para 25.

A segunda, de que, consagrado por instrumento de regulamentação colectiva o direito a 25 dias úteis de férias, é lícito que esse mesmo instrumento de regulamentação colectiva estabeleça condições de ausência de absentismo para a atribuição de dias de férias em número superior a 25, e que essas condições se consubstanciem na inexistência absoluta de absentismo, independentemente dos motivos que o originam.

Posteriormente, as trabalhadoras solicitaram à Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE) parecer sobre a mesma questão, tendo remetido em anexo à consulta o parecer prestado pelo signatário para a ...

A CITE pronunciou-se em 15/09/2010.



MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL
COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO

Dessa pronúncia retira-se que a CITE esclarece que não irá pronunciar-se sobre o parecer que lhe havia sido remetido, enunciando depois um conjunto de princípios e normas relativas à igualdade entre homens e mulheres no trabalho e no emprego, e à protecção da parentalidade.

No que à questão concreta respeita, a CITE refere:

"2.11. Ora, no caso em concreto, a atribuição e concessão da majoração do número de dias de férias em número superior a 25 aos/às trabalhadores/as sendo por natureza uma manifestação voluntária e unilateral da entidade empregadora, pode naturalmente preterir os/as trabalhadores/as menos cumpridores dos seus deveres. Sendo a assiduidade um desses deveres, não repugna que os/as trabalhadoras menos assíduos sejam penalizados mesmo que se trate de faltas justificadas respeitantes a situações que ocorram independentemente da vontade do/a trabalhador/a".

Face a esta pronúncia, solicitou a ... nova pronúncia sobre a questão.

Com o devido respeito por opinião contrária, desde já se confirma que serão de manter as conclusões anteriormente expressas no parecer de 14 de Maio de 2010.

Vejamos,

O artigo 65.º do Código do Trabalho estipula, efectivamente, que as ausências ao trabalho por gozo das licenças por maternidade, por paternidade, por adopções, e por dispensas ao trabalho da trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, não determinam perda de quaisquer direitos, salvo quanto à retribuição, e são consideradas como prestação efectiva de trabalho.

O artigo 238.º do mesmo Código estipula que, para efeitos de majoração do período de férias previsto no próprio Código do Trabalho, são equiparadas a faltas os dias de suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador, com excepção das ausências neles enquadradas pelas alíneas a) a e) do n.º 1 do artigo 35.º do mesmo Código.

E, entre as situações previstas nestas alíneas, não se encontra, por exemplo, a situação relativa a dispensa da prestação de trabalho por trabalhadora grávida, puérpera e lactante.

E mesmo antes de vigorar o novo Código do Trabalho, já o artigo 97.º da Lei 35/2004, de 29 de Julho (que regulamenta o Código do Trabalho, e que se manteve em vigor com o início de vigência do novo Código) clarificava que, para efeitos da majoração de férias prevista no Código do Trabalho, apenas não relevavam algumas das situações enunciadas no artigo 65.º do Código do Trabalho (e no artigo 50.º do CTA).

Como bem é sublinhado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09 de Setembro de 2009, proferido no âmbito do processo 59/08.2, o regime premeia a assiduidade efectiva, a comparência efectiva do trabalhador ao serviço, e, não, uma qualquer equiparação jurídica de situações de falta de comparência à prestação efectiva de serviço.



MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL
COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO

E assim é, porque, como escreve Luis Miguel Monteiro, em anotação ao artigo 238.º do Código do Trabalho (Código do Trabalho Anotado, Almedina, 6ª edição, 2008, págs. 449 e segs.):

“... a norma em anotação trata, não de prejudicar a duração das férias por causa da falta da assiduidade, mas de premiar em dias de férias grau elevado de assiduidade. Esta consubstancia-se na comparência do trabalhador ao serviço, exigindo-se dele, por isso, uma prestação de facto, uma realização, para a qual não basta a equiparação jurídica da ausência à não ausência, como acontece com as dispensas que contam como se de tempo de serviço efectivo se tratasse.

Efectivamente, nem a majoração prevista no IRCT aplicável ao caso é uma manifestação unilateral e voluntária da entidade empregadora, como a CITE refere, nem a não majoração constitui uma preterição de uns trabalhadores/as em benefício de outros/as.

Ao contrário, o legislador (e o Tribunal da Relação de Lisboa, no citado acórdão) entenderam que a estipulação de as ausências enunciadas no artigo 65º do CT não determinarem a perda de quaisquer direitos não significa, directamente e imediatamente, que também não relevem para efeitos do cálculo da assiduidade em sede da majoração dos dias de férias prevista no artigo 238.º do mesmo CT.

Só sendo desvalorizadas, para este efeito, aquelas que expressamente a lei (primeiro, o artigo 97.º da Lei 35/2004, e agora também o n.º 4 do artigo 238.º do CT) prevê, com este efeito específico.

O que permite concluir, com o respeito devido por opinião contrária, que o artigo 65.º do CT não é relevante em matéria de majoração de férias, sendo relevantes, esses sim, os artigos 238.º do CT e o artigo 97.º da Lei 35/2004.

Chegados aqui, importa retomar o raciocínio expresso no anterior parecer de 14 de Maio.

Analizando agora, em concreto, a pretensão, sublinhe-se que é invocada uma previsão legal, a do n.º 4 do artigo 238.º do CT “...Para efeitos do número anterior, (...) são consideradas como período de trabalho efectivo as licenças constantes nas alíneas a) a e) do n.º 1 do artigo 35.º.” (sublinhado meu), quando a própria previsão legal afirma que o seu âmbito se restringe ao número anterior do mesmo artigo do Código do Trabalho.

Explicitando, merece relevo o facto de o legislador não ter singelamente afirmado “são consideradas como período de trabalho efectivo as licenças constantes nas alíneas a) a e) do n.º 1 do artigo 35.º”, o que constituiria um comando geral e abstracto, com o qual os instrumentos de regulamentação colectiva deveriam ser conformados, mas ter restringido os efeitos da qualificação ao n.º 3 do artigo 238.º do CT.

(Com o devido respeito, regista-se que o parecer da CITE, quando, no seu ponto 2.15, se refere a este n.º 4 do artigo 238.º do CT, não refere que a disposição explícita que o seu comando releva apenas “Para efeitos do número anterior...”).



MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL
COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO

O efeito útil desta ressalva é precisamente o de salvaguardar a possibilidade de, por instrumento de regulamentação colectiva, se atribuir efeitos e consequências diversos a estas ausências.

O que é admissível, desde que o quantum de férias legalmente estabelecido se mantenha intocável, e não esquecendo que a não majoração do número de dias de férias em sede de IRCT não é uma penalização, mas um prémio por uma elevada assiduidade.

Caso que ocorre na ...

Efectivamente, nesta empresa, todos os trabalhadores têm direito a 25 dias úteis de férias, independentemente do número de dias de ausência, e dos motivos que originem essas ausências.

Pelo que se reiteram as duas conclusões enunciadas no parecer de 14 de Maio de 2010, antecedendo-as de um esclarecimento, para a sua melhor compreensão, a saber, que o artigo 65.º do CT não é relevante em matéria de majoração de férias, sendo relevantes, esses sim, os artigos 238.º do CT e o artigo 97.º da Lei 35/2004.

E assim:

- A qualificação feita pelo n.º 4 do artigo 238.º do CT como período de trabalho efectivo das licenças parentais vale apenas e só para efeitos do n.º 3 do mesmo artigo 238.º, isto é, para a verificação dos requisitos para o aumento do número de dias de férias para 23, para 24, ou para 25.

- Consagrado por instrumento de regulamentação colectiva o direito a 25 dias úteis de férias (o máximo que o CT prevê), é lícito que esse mesmo instrumento de regulamentação colectiva estabeleça condições de ausência de absentismo para a atribuição de dias de férias em número superior a 25, e que essas condições se consubstanciem na inexistência absoluta de absentismo, independentemente dos motivos que o originam”.

1.9. Em conformidade cumpre-nos referir o que se segue:

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. Nos termos do artigo 2.º do Decreto-Lei nº 124/2010, de 17 de Novembro, diploma que aprova a Lei Orgânica da CITE, a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego é a entidade que tem por missão prosseguir a igualdade e a não discriminação entre homens e mulheres no trabalho, no emprego e na formação profissional e colaborar na aplicação de disposições legais e convencionais nesta matéria, bem



MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL
COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO

como as relativas à protecção da parentalidade e à conciliação da actividade profissional com a vida familiar e pessoal, no sector privado, no sector público e no sector cooperativo.

- 2.1.1.** A alínea a) do artigo 3.º do referido Decreto-Lei, dispõe que compete à Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, no âmbito das suas funções próprias e de assessoria, emitir pareceres em matéria de igualdade e não discriminação entre mulheres e homens no trabalho e no emprego, sempre que solicitados pelo Serviço com competência inspectiva do ministério responsável pela área laboral, pelo tribunal, pelos ministérios, pelas associações sindicais e de empregadores, pelas organizações da sociedade civil, por qualquer pessoa interessada, ou ainda por iniciativa própria.
- 2.1.2.** E, nos termos da alínea e) do artigo 3º do mesmo diploma, compete à CITE “Apreciar as queixas que lhe sejam apresentadas ou situações de que tenha conhecimento indiciadoras de violação de disposições legais sobre igualdade e não discriminação entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional, protecção da parentalidade e conciliação da actividade profissional com a vida familiar e pessoal”.
- 2.2.** 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.
- 2.3.** 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



MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL
COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO

(reformulação), refere expressamente que *o Tribunal de Justiça tem repetidamente reconhecido a legitimidade, em termos do princípio 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.*

- 2.4.** 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.*
- 2.5.** Nos termos do artigo 33º do Código do Trabalho a Maternidade e a Paternidade constituem valores sociais eminentes e são Constitucionalmente protegidos, de acordo com o consagrado no artigo 59º, nº 1, alínea b), 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.
- 2.6.** O artigo 68.º, nºs 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;



MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL
COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO

- 2.7.** Estes preceitos devem ser conjugados com o artigo 13º 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.
- 2.8.** 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”*.
- 2.9.** 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.
- 2.10.** 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.
- 2.11.** 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.
- 2.12.** 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.



MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL
COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO

- 2.13.** É importante referir que, nos termos do nº 5 do artigo 25º do Código do Trabalho, incumbe ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer factor de discriminação.
- 2.14.** E que nos termos do nº 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”.
- 2.15.** Assim sendo, é dever da entidade empregadora afastar quaisquer indícios de discriminação por motivo de protecção na parentalidade.
- 2.16.** Ora, no caso em concreto, a questão colocada, que motivou este parecer, é a respeitante à “não atribuição, às trabalhadoras que gozaram a licença de maternidade da majoração de férias por assiduidade, prevista no artigo 40º do Acordo de Empresa”.
- 2.17.** Importa recordar que o actual Acordo de Empresa vigente na ..., publicado no Boletim do Trabalho e Emprego nº 43, de 22/11/2009, “prevê o direito de todos os trabalhadores a 25 dias úteis de férias, prevendo ainda que os trabalhadores que registarem taxas de absentismo anual baixas terão direito a uma compensação consubstanciada em maior número de dias de férias, assim prevista:

“Os trabalhadores que registarem taxas de absentismo anual baixas terão direito às seguintes compensações:



MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL
COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO

- a) Com 0 faltas, terão direito a uma compensação de mais cinco dias úteis de férias;
- b) Até um dia ou dois meios dias de faltas, terão direito a uma compensação de três dias úteis de férias;
- c) Até dois dias ou quatro meios dias de faltas, terão direito a uma compensação de mais dois dias úteis de férias;
- d) Até três dias ou seis meios dias de faltas, terão direito a uma compensação de mais um dia útil de férias.”

2.18. É uma verdade, que o período de férias recebe da lei a duração mínima, sendo susceptível de alargamento por acordo entre empregador e trabalhador ou por disposição de instrumento de regulamentação colectiva.

2.19. Para adjuvante solução do problema pensamos ser necessário lembrar e reforçar alguns conceitos, relacionados o princípio da igualdade e proibição de discriminação (*in Código do Trabalho Anotado – anotação ao artigo 25º -, Pedro Romano Martinez – Almedina 8ª edição 2009*), uma vez que o que aqui está em causa, “é a proclamação de um sentido positivo do princípio da igualdade (todos os trabalhadores têm direito à igualdade de oportunidades e de tratamento), no caso em análise está em causa a invocação um sentido primário negativo, consistente na proibição de privilégios e de distinções, na proibição do arbítrio e da discriminação”.

2.20. “Ora, o conceito de discriminação envolve um juízo de desvalor e de censura relativamente a determinadas práticas que se traduzem no tratamento desvantajoso conferido a trabalhadores/as ou candidatos/as a emprego em função de certos elementos categoriais. O que está em causa, na proscricção da discriminação, não é a diferenciação em si mesma, mas sim a irrazoabilidade da sua motivação e a ausência de motivos que a justifiquem”.



MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL
COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO

- 2.21.** O apuramento da prática discriminatória deve realizar-se casuisticamente, segundo juízos de razoabilidade, atendendo à finalidade e aos motivos que determinaram a actuação do empregador e segundo critérios de adequação e de proporcionalidade.
- 2.22.** Pode acontecer que a diferença de tratamento poderá ser vista como uma medida de acção positiva, relacionando-se, conseqüentemente com o regime do artigo 27º do Código do Trabalho.
- 2.23.** Em qualquer caso, o nº 4 do artigo 25º, prescreve que as disposições legais ou constantes de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho que justificam estas diferenças de tratamento devem ser avaliadas periodicamente e revistas, na medida em que deixem de se justificar.
- 2.24.** O que está em causa é a proscrição de discriminação irrazoáveis, arbitrárias e injustificadas. Aquilo que o princípio da igualdade impõe é a inexistência de práticas discriminatórias lesivas.
- 2.25.** Resulta dos elementos em análise do caso em concreto e das alegações constantes nos Pareceres Jurídicos, datados de 14 de Maio e de 18 de Outubro que “o artigo 65º do CT não é relevante em matéria de majoração de férias, sendo relevantes, esses sim, os artigos 238º do CT e o artigo 97º da Lei 35/2004”.
- 2.26.** E que “efectivamente, nesta empresa, todos os trabalhadores têm direito a 25 dias úteis de férias, independentemente do número de dias de ausência, e dos motivos que originem essas ausências”.
- 2.27.** “Pelo que se reiteram as duas conclusões enunciadas no parecer de 14 de Maio de 2010, antecedendo-as de um esclarecimento, para a sua melhor compreensão, a saber, que o artigo 65º do CT não é relevante



MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL
COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO

em matéria de majoração de férias, sendo relevantes, esses sim, os artigos 238º do CT e o artigo 97.º da Lei 35/2004”.

- 2.28.** “A qualificação feita pelo n.º 4 do artigo 238º do CT como período de trabalho efectivo das licenças parentais vale apenas e só para efeitos do n.º 3 do mesmo artigo 238º, isto é, para a verificação dos requisitos para o aumento do número de dias de férias para 23, para 24, ou para 25”.
- 2.29.** “Consagrado por instrumento de regulamentação colectiva o direito a 25 dias úteis de férias (o máximo que o CT prevê), é lícito que esse mesmo instrumento de regulamentação colectiva estabeleça condições de ausência de absentismo para a atribuição de dias de férias em número superior a 25, e que essas condições se consubstanciem na inexistência absoluta de absentismo, independentemente dos motivos que o originam”.
- 2.30.** Ora, salvo o devido respeito, não podemos concordar com estas alegações, porquanto as referidas licenças, no âmbito do regime de protecção da parentalidade, inserido no Código do Trabalho – normas especiais que prevalecem sobre as normas gerais – não devem ser tratadas nem confundidas como faltas, já que os/as trabalhadores/as estão desobrigados/as de comparecer no local de trabalho e desempenhar as suas funções, sem prejuízo de não se suspender os seus direitos, deveres e garantias.
- 2.31.** Aliás, diga-se mesmo, a título exemplificativo, que nos termos dos artigos 41º e 43º do Código do Trabalho, existe a obrigatoriedade legal do gozo das respectivas licenças exclusivas, quer da mãe, quer do pai, não podendo posteriormente esses trabalhadores serem penalizados nos seus direitos.



MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL
COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO

- 2.32.** E mesmo optando os trabalhadores/as por lançar mão e prolongar o direito ao exercício da parentalidade até ao seu limite, ainda assim, não poderia deixar de se considerar que o efeito jurídico é o mesmo.
- 2.33.** Assim, afastar a norma do artigo 65º do Código do trabalho sem qualquer fundamentação razoável, sempre se dirá que na dúvida, os direitos devem prevalecer sobre restrições – *In dubio pro libertate em homenagem ao princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador e em harmonia com os artigos 18º e 68º da Constituição da República Portuguesa.*
- 2.34.** A atribuição e concessão da majoração do número de dias de férias em número superior a 25 aos/às trabalhadores/as sendo por natureza uma manifestação voluntária e unilateral da parte da entidade empregadora, 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.
- 2.35.** O que se pretende dizer é que se compreende o objectivo do regime da majoração do tempo de férias, mais do que penalizar os trabalhadores que faltam ao trabalho, trata-se de premiar aqueles que são assíduos.
- 2.36.** 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.
- 2.37.** Uma dessas situações respeita precisamente às licenças no âmbito da protecção na parentalidade, 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



MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL
COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO

superior ao da empresa, os aspectos mais importantes da relação jurídico-laboral.

- 2.38.** Ora, nos termos do nº 1 do artigo 65º do Código do Trabalho, a licença parental em qualquer das modalidades – licença parental inicial, licença parental inicial exclusiva da mãe, licença parental inicial a gozar pelo pai por impossibilidade da mãe, licença parental exclusiva do pai – não determinam perda de quaisquer direitos, salvo quanto à retribuição, e são consideradas como prestação efectiva de trabalho (sublinhado nosso).
- 2.39.** Compaginada esta norma com a norma do nº 4 do artigo 238º do Código do Trabalho são consideradas como período de trabalho efectivo as licenças constantes nas alíneas a) a e), do nº 1 do artigo 35º, o que significa que o/a trabalhador/a não pode sofrer qualquer penalização na duração do seu período anual mínimo ou máximo de férias, nem naturalmente no direito à respectiva majoração do tempo de férias, quer no ano que gozou as licenças, quer nos anos subsequentes e constitui contra-ordenação grave a violação destas normas, de acordo com o nº 6 do mesmo artigo.
- 2.40.** Nesta linha de pensamento, lembrar que, nos termos do nº 2 do artigo 23º, constitui discriminação a mera ordem ou instrução que tenha por finalidade prejudicar alguém em razão de um factor de discriminação.
- 2.41.** De acordo com o nº 1 do artigo 25º do Código do Trabalho, o empregador não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, em razão nomeadamente dos factores referidos no nº 1 do artigo 24º do Código do Trabalho.
- 2.42.** Como já tivemos o ensejo de referir, nos termos dos nºs 5 e 6 do artigo 25º do Código do Trabalho, cabe ao empregador provar que a diferença



MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL
COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO

de tratamento não assenta em qualquer factor de discriminação 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.

- 2.43.** Por último, nos termos do nº 4 do artigo 31º do Código do Trabalho, “Sem prejuízo do disposto no número anterior, as licenças, faltas ou dispensas relativas à protecção na parentalidade não podem fundamentar diferenças na retribuição dos trabalhadores”.
- 2.44.** Nesta linha de orientação, se a entidade empregadora – ..., 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 (cfr. nº 3 do artigo 26º do actual Código do Trabalho) e pronunciar-se, mesmo de forma a que preventivamente não sejam praticados eventuais actos discriminatórios, devendo concomitantemente contribuir objectivamente emitindo pareceres que actuem pedagogicamente tendo em vista o princípio da igualdade e o combate à discriminação entre homens e mulheres no trabalho, no emprego e na formação profissional, bem como na protecção na parentalidade.
- 2.45.** Assim, importa referir que, relativamente ao aludido Acordo de Empresa em referência, de acordo com o Código do Trabalho em vigor, não seria necessário indicar, para o alargamento/majoração do tempo de férias por assiduidade, operado por via convencional colectiva, as situações de licença parental e todas as outras situações de protecção na



MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL
COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO

parentalidade, 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 são consideradas como período de trabalho efectivo as licenças constantes nas alíneas a) a e) do nº 1 do artigo 35º e de acordo com o artigo 65º do CT não determinam perda de quaisquer direitos e são consideradas como prestação efectiva de trabalho.

- 2.46.** Todavia, é o pensamento que está subjacente na própria empresa – que não corresponde exactamente à configuração da Cláusula 40º do Acordo de Empresa em análise – é que se revela uma prática manifestamente discriminatória e ilegal.
- 2.47.** Na verdade, a empresa tem que aceitar, para efeitos de compensações/majoração do número de dias de férias, as licenças, dispensas, faltas previstas no âmbito da protecção da parentalidade, sob pena de constituir uma violação do princípio da igualdade.
- 2.48.** É isso que igualmente resulta do nº 1 do artigo 65º do Código do Trabalho, onde se estabelece que “não determinam perda de quaisquer direitos, e são consideradas como prestação efectiva de trabalho”.
- 2.49.** 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 dessas dispensas, licenças e ou faltas.
- 2.50.** Estando o empregador proibido de praticar discriminação directa, ou indirecta, não podem constituir fundamento das diferenciações assentes em critérios distintivos em função do mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade dos trabalhadores as licenças, faltas e dispensas relativas à protecção na parentalidade.



MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL
COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO

2.51. Em sede de conclusão, a exclusão dos/as Trabalhadores/as ao direito ao regime de majoração do tempo de férias –, apenas e só, porque se encontraram ausentes do serviço em virtude das licenças de maternidade, leia-se agora, licença parental, em qualquer das modalidades, é um acto enquadrável na alínea a) do n.º 1 do artigo 23º do Código do Trabalho, consubstanciando uma discriminação directa, por motivo da protecção na parentalidade, tal como sucedia na alínea a) do n.º 2 do artigo 32.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, sob pena de violação dos princípios sobre igualdade e não discriminação em função da parentalidade.

III – CONCLUSÃO

3.1. Ao abrigo da competência estabelecida na alínea e) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 124/2010, de 17 de Novembro, diploma que aprovou a lei orgânica da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, e considerando o exposto, a CITE recomenda à ..., 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 e consequentemente o reforço das já existentes 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 o direito à majoração do tempo de férias aos/às trabalhadores/as que gozaram a licença de maternidade, agora licença parental inicial, de acordo com a Cláusula 40º do Acordo de Empresa, em consonância com os artigos 238º e 65º do Código do Trabalho, tal facto consubstancia uma violação ao princípio da igualdade, uma discriminação directa em função da protecção na parentalidade e consequentemente constitui contra-



MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL
COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO
ordenação grave a violação desta norma, de acordo com o nº 7 do
aludido artigo.

3.3. A CITE delibera enviar cópia do presente Parecer à Comissão de
Trabalhadores ..., para os efeitos tidos por convenientes.

**APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA
REUNIÃO DA CITE DE 4 DE ABRIL DE 2011**