



PARECER N.º 65/CITE/2012

Assunto: Exercício do direito a dispensa para amamentação – Prémio mensal de assiduidade

Processo n.º 246 – DV/2012

I – OBJETO

1.1. Em 6.03.2012, a CITE recebeu do administrador da Entidade Empresarial..., solicitação de emissão de parecer, nos termos previstos na alínea a) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 124/2010, de 17 de novembro, em matéria de igualdade e não discriminação entre mulheres e homens no trabalho e no emprego, relativo ao direito de as trabalhadoras lactantes que gozam de dispensas para amamentação receberem o prémio mensal de assiduidade previsto no Regulamento Interno do Pessoal da ..., de 26.06.2006, conforme se transcreve:

“A ..., empresa municipal, com sede na Rua ..., ..., ..., com o número único de matrícula e de pessoa coletiva ..., matriculada na Conservatória do registo Comercial de ..., vem, no termos do preceituado artigo 3.º, alínea a) do Decreto-Lei n.º 124/2010 de 17 de novembro junto de V. Ex.a solicitar a emissão de parecer sobre a questão que infra se indica:

1. A requerente é uma empresa municipal detida em 100% pelo município de ... e que tem como objeto social: administração e gestão de equipamentos desportivos, culturais e sociais, promoção e realização de atividades de animação desportiva, recreativa e cultural e iniciativas de carácter sócio-económico e científico.

2. Na prossecução do seu objeto social a ora exponente contratou diversos trabalhadores de ambos os sexos, tendo neste momento 30 trabalhadores do sexo masculino e 46 trabalhadoras do sexo feminino,



3. Tendo, até à presente data, sempre recrutado indistintamente trabalhadores de ambos os sexos,
4. No cumprimento das regras legais em 26 de junho de 2006 foi elaborado e aprovado o Regulamento Interno do Pessoal da ..., cuja cópia se anexa como documento n.º 1 que aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais,
5. Nesse Regulamento Interno do Pessoal da ... com vista à promoção da assiduidade dos funcionários foi incluído um Prémio Mensal de Assiduidade, mais concretamente no seu Artigo 12.º onde se estatui o seguinte:

12.º

(Prémio mensal de assiduidade)

Aos funcionários do quadro da empresa, bem como os funcionários requisitados que optem pelo vencimento da Empresa, que não tenham isenção de horário de trabalho, será atribuído um prémio de assiduidade a liquidar nas seguintes condições:

1. O prémio tem o valor de €52,00 (cinquenta e dois euros), atualizado com base no artigo 6.º do presente regulamento, e será pago juntamente com a remuneração mensal.
2. O prémio só será pago aos funcionários que, durante o mês a que se refere, não tenham faltado, por motivo justificado ou injustificado, mais de 5 horas, com exclusão das férias a que legalmente tenham direito e dos feriados oficiais.
3. Para efeitos do previsto no número anterior, o cálculo do mês é feito do dia 20 de um mês ao dia 19 do mês seguinte.

(...)

6. Assim, a decisão de incluir um prémio de assiduidade tinha por base dois critérios fundamentais e que são os seguintes:

- a) Promover a assiduidade/combater o absentismo dos funcionários;
- b) Condicionar o seu pagamento aos funcionários que não falem mais de 5 (cinco) horas mensais, independentemente do motivo;

7. Sendo fundamental a regra enunciada na alínea b) do ponto anterior, pois só com esta regra se mantém o princípio da igualdade de tratamento a todos os



trabalhadores pois tem um critério objetivo e que não permite interpretações que levem a situações de flagrante desigualdade;

8. Tendo a ora exponente no âmbito da execução do contrato de trabalho com algumas das suas funcionárias sido confrontada com a possibilidade de proceder ao pagamento ou não do prémio mensal de assiduidade às funcionárias que têm dispensa para amamentação, confrontar com o n.º 2 do artigo 62.º do Código do Trabalho;

9. No seguimento dos critérios definidos aquando da estatuição do prémio de assiduidade, salvo melhor entendimento, a ora exponente entende que não deve proceder ao pagamento de tal prémio às trabalhadoras que têm dispensa de amamentação se tal levar a que falem mais de 5 horas;

10. Pois tal pagamento implicaria a prática, em nosso entender, das maiores desigualdades, senão vejamos:

a) Não se paga prémio de assiduidade aos funcionários que estejam em coma (baixa médica);

b) Não se paga prémio de assiduidade aos funcionários que tenham doenças graves que impliquem tratamentos prolongados e baixas médicas por longos períodos e que muitas vezes são terminais;

c) etc.

11. As situações referidas nas alíneas a) e b) do ponto anterior são ambas involuntárias, implicam baixas médicas onde o doente recebe menos no valor pago pelo estado do que receberia se estivesse a trabalhar e implicam a perda do prémio de assiduidade;

12. A maternidade e por consequência a amamentação devem ser protegidas, sem dúvida, mas daí até implicarem benefícios que não são lógicos e que contrariam as mais elementares regras do bom senso e até da moral vai uma grande distância;

13. Sendo certo que caso se venha a decretar que se terá que abrir uma exceção para o pagamento do prémio de assiduidade às trabalhadoras que se encontram a amamentar, terá que ser revisto o referido prémio pois os fundamentos da sua instituição estão postos em causa;

14. Mais ainda, discrimina-se positivamente quem se encontra a trabalhar e a receber o salário por inteiro e se encontra numa situação que é voluntária em



detrimento de quem se encontra involuntariamente numa situação de impossibilidade de prestar trabalho e se encontra a receber menos do que o salário auferido quando se encontra ao serviço;

15. A discriminação positiva entende-se até um determinado ponto, o que neste caso (amamentação) se afere pelo direito a receber o salário na sua totalidade e os demais direitos, mas já não se entende a sua aplicação numa matéria como o prémio de assiduidade;

16. Pois tal matéria para além de ser livremente instituída pela entidade patronal, nos termos e condições que entende, o seu pagamento a quem não preenche os requisitos estabelecidos para além de provocar situações de desigualdade entre trabalhadores, promove uma flagrante injustiça, especialmente se tivermos em conta as situações voluntárias e involuntárias.

17. A ora exponente pretende continuar a cumprir a legalidade, como aliás tem sido seu apanágio desde a sua constituição, e conformar a sua atuação de acordo com o entendimento da CITE em relação a esta matéria;

18. Sendo certo que a ter que pagar um prémio voluntariamente por si instituído a funcionários que não preenchem os requisitos regulamentarmente definidos para tal levará a ora exponente a equacionar a continuidade de tal prémio de assiduidade;

19. Sendo certo que o dever de assiduidade é legalmente estabelecido no Código de Trabalho, sendo uma das principais obrigações dos trabalhadores, como tal tem que ser cumprido por estes;

20. Deverá assim ser esclarecido se as trabalhadoras que têm dispensa para amamentação têm que receber o prémio de assiduidade apesar de não comparecerem ao serviço por mais de 5 horas mensais.

Nestes termos e tendo em consideração o supra exposto, somos a solicitar o parecer sobre se as trabalhadoras que têm dispensa para amamentação terão direito a receber ou não o Prémio Mensal de Assiduidade estabelecido no Regulamento Interno do Pessoal da ...”.



- 1.2. Junto ao pedido de parecer foi remetido o regulamento Interno do Pessoal da ..., de 26.06.2006.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 2.1. A Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego 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 como as relativas à proteção da parentalidade e à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, no setor privado, no setor público e no setor cooperativo.

No âmbito das suas funções emite pareceres em matéria de igualdade e não discriminação entre mulheres e homens no trabalho e no emprego, sempre que solicitados pelo serviço com competência inspetiva no domínio 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.¹

- 2.2. Neste contexto, a CITE analisou a exposição apresentada pela Entidade Empresarial Municipal, e verificou que a mesma se centra, essencialmente, sobre quatro questões que importa enunciar e às quais se responde no intuito de esclarecer a entidade tendo em conta os conceitos sobre igualdade de género. Assim:

a) Será que a aplicação do princípio da igualdade entre homens e mulheres no trabalho e no emprego depende da condição voluntária ou involuntária em que se encontra o sujeito?;

¹ Missão e atribuições próprias previstas no artigo 2.º e na alínea a) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março, em vigor desde o dia 1 de abril de 2012.



b) A proteção da maternidade e consequentemente o direito à amamentação podem ser considerados benefícios enquadráveis no conceito de ação positiva tendente à proteção de um dos sexos?

c) Será um critério objetivo e justificado e, por isso, não discriminatório em função do género, o disposto no n.º 2 do artigo 12.º do Regulamento em análise?;

d) As trabalhadoras que gozam de dispensa para amamentação têm direito ao prémio de assiduidade nos termos previstos no Regulamento Interno do Pessoal da ..., de 26.06.2006, apesar de não comparecerem ao serviço por mais de 5 horas mensais?

2.3. Antecedendo as respostas a cada uma das questões enunciadas importa aludir, sucintamente, ao seguinte:

2.3.1. A evolução legislativa sobre proteção da condição biológica da mulher relativa à amamentação remonta, em Portugal, ao Decreto de 13 de março de 1893², no qual se previa *“a obrigação, para as fábricas que empregassem mais de 50 mulheres, de instalar creches a menos de 300 metros da fábrica, além da possibilidade das mães se ausentarem do trabalho a fim de amamentarem os filhos.”*^{3/4}

Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 47032, de 27 de maio de 1966⁵, veio estabelecer no artigo 115.º, n.º 1, alínea e), o direito das mulheres à interrupção do trabalho diário em dois períodos de meia hora para aleitação dos filhos, sem diminuição da retribuição, nem redução do período de férias tendo, tal direito, mantido a mesma

² Anteriormente, o Decreto de 14 de abril de 1891 regulamentou o trabalho de menores e das mulheres nos estabelecimentos industriais.

³ In “Protección de Trabajadores Especialmente Sensibles a Determinados Riesgos Laborais”, por la Dra. ELSA MARIA RAMINHOS RAMOS, profesora en el Departamento de Derecho y en el Departamento de Organización y Gestión de Empresas de la Universidad Moderna. Pólo de Setúbal. Anuário de la Facultad de Derecho, ISSN 0213-988-X, Vol. XXIII, 2005, 443-462, disponível em www.dialnet.unirioja.es.

⁴ No mesmo sentido, LUÍS GRAÇA, Textos sobre Saúde e Trabalho, pág. 14 – Extratos de: Graça, L. (1999): Enquadramento histórico da produção legislativa no domínio da Segurança, Higiene e Saúde no Trabalho (SH&ST). Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública, Grupo de Disciplinas de Ciências Sociais em Saúde, Disciplina de Sociologia da Saúde / Disciplina de Psicossociologia do Trabalho e das Organizações de Saúde, texto policopiado, 75 + 18 pp. (Textos, T 1325, in www.wnsp.unl.pt/lgraca/textos14.html).



redação no âmbito do Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de novembro de 1969 (alínea d) do n.º 1 do artigo 118.º).

Já na vigência do regime democrático, a Lei n.º 4/84, de 5 de abril (n.ºs 2 e 3 do artigo 12.º) veio prever o direito a dispensa para amamentação em cada dia de trabalho, por dois períodos distintos de duração máxima de uma hora sem perda de remuneração ou de quaisquer regalias, enquanto durasse e até o filho perfazer um ano⁶, concretizando os princípios previstos na a Constituição da República Portuguesa, no que respeita à igualdade e não discriminação e à proteção da parentalidade⁷.

Na atualidade, o Código do Trabalho de 2003 e a sua revisão, operada pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, que aprovou o Código de Trabalho ora vigente, não introduziu alterações substanciais ao regime existente, muito embora faça depender o direito à dispensa para aleitação da circunstancia de ambos os progenitores terem atividade profissional.

2.3.2. Refira-se, no tocante à proteção da maternidade a nível do direito internacional, que a Convenção da ONU sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, aprovada para ratificação pela Lei n.º 23/80, de 26 de julho⁸; a

⁵ Este diploma revogou o primeiro regime específico do contrato individual de trabalho instituído pela Lei n.º 1952, de 10 de março de 1937, que vigorou até 1967.

⁶ A Lei n.º 4/84, de 5 de abril, que vigorou até à codificação das leis do trabalho ocorrida em 2003, veio a sofrer sucessivas revisões, designadamente, pela Lei n.º 17/95, de 9 de junho, Lei n.º 102/97, de 13 de setembro, Lei n.º 18/98, de 28 de abril, Lei n.º 118/99, de 11 de agosto e Lei n.º 142/99, de 31 de agosto, tendo sido retificada e republicada em anexo ao Decreto-Lei n.º 70/2000, de 4 de maio.

A novidade que este diploma veio introduzir reconduz-se, no essencial, ao seguinte: com a alteração introduzida pela Lei n.º 17/95, de 9 de junho, à definição de trabalhadora lactante e à obrigatoriedade de parecer favorável ao despedimento de trabalhadora lactante, e com a alteração introduzida com a Lei n.º 142/99, de 31 de agosto, à distinção entre amamentação e aleitação, no primeiro caso mantendo-se o direito enquanto este durar, no segundo caso, apenas até ao final do primeiro ano de vida da criança, podendo ser exercido pelo pai e pela mãe, de acordo com declaração conjunta para o efeito, em clara demonstração da atual preocupação pela partilha das responsabilidades parentais.

Chama-se a atenção para o regime contraordenacional estabelecido pela Lei n.º 118/99, de 11 de agosto, a determinar como contra ordenação grave a violação do direito à amamentação.

⁷ A igualdade e não discriminação e a proteção da parentalidade encontram consagração constitucional na alínea h) do artigo 9.º, no artigo 13.º, na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º, na alínea h) do artigo 67.º, no artigo 68.º e no artigo 109.º

⁸ Esta Convenção veio promover entre os Estados Partes o compromisso para eliminação da discriminação contra mulheres no emprego, assegurando a igualdade dos homens e mulheres em particular o direito à promoção e estabilidade do emprego e a todas as prestações e condições de trabalho e o direito à formação profissional e à reciclagem (alínea c) do n.º 1 do artigo 11º), e ainda o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, incluindo a salvaguarda da função de reprodução (alínea f) do n.º 1 do artigo 11.º).



Convenção 111 da OIT sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão, de 25 de junho de 1958, aprovada para ratificação pelo Decreto-Lei n.º 42 520, de 23 de setembro de 1959⁹, e a Convenção n.º 103 da OIT respeitante à proteção à maternidade (revista em 1952), aprovada para ratificação pelo Decreto do Governo n.º 63/84, de 10 de outubro¹⁰, vieram dar um importante contributo para a igualdade entre homens e mulheres no emprego, promovendo *a saúde e segurança nas condições de trabalho* das mulheres, designadamente a *salvaguarda da função reprodutiva*, proibindo o despedimento por motivo de gravidez e garantindo o direito à interrupção do trabalho para aleitar o filho.

Igualmente, a Carta Social Europeia, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 21/91, veio reconhecer como objetivo político o dever de assegurar o exercício efetivo dos direitos das trabalhadoras, em caso de maternidade, e, em casos apropriados, a outras trabalhadoras, uma proteção especial no seu trabalho (alínea 8) da Parte I).

2.3.3. Já na década de 70, no âmbito do direito comunitário, a construção jurídica sobre o princípio da igualdade e não discriminação entre trabalhadores masculinos e femininos assentou, essencialmente, num dos “*objetivos da Comunidade, na medida em que se trata, nomeadamente, de promover a igualização no progresso das condições de vida e de trabalho da mão de obra*”¹¹, o que implicou “*a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer direta, quer indiretamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar*”¹², e não

Para evitar a discriminação contra as mulheres por motivo da maternidade, os Estados Partes comprometeram-se, ainda, a proibir o despedimento por causa da gravidez ou de gozo do direito a um período de dispensa do trabalho pago por ocasião da maternidade, com garantia da manutenção do emprego anterior, dos direitos de antiguidade e das vantagens sociais (alínea b) do n.º 2 do artigo 11.º).

⁹ Estabelece que o termo discriminação compreende toda a distinção, exclusão ou preferência fundada no sexo (alínea a) do n.º 1 do artigo 1.º).

¹⁰ Estabelece, inequivocamente, que a mulher que aleite o seu filho será autorizada a interromper o trabalho para este fim durante um ou vários períodos, cuja duração será determinada pela legislação nacional. Estas interrupções do trabalho devem ser incluídas na duração do trabalho e pagas como tal (artigo 5.º).

¹¹ Considerando da Diretiva n.º 76/207/CEE, do Conselho, de 9 de fevereiro de 1976. Mais recentemente, o Considerando F da Resolução do Parlamento Europeu, de 27 de setembro de 2007, sobre a igualdade entre as mulheres e os homens na União Europeia — 2007 (2007/2065(INI)) veio referir que “(...) no Conselho Europeu de março de 2006, o Conselho reconheceu mais uma vez que as políticas de igualdade entre homens e mulheres são instrumentos essenciais para o crescimento económico”.

¹² Artigo 2.º, n.º 1 da Diretiva n.º 76/207/CEE, do Conselho, de 9 de fevereiro de 1976.



constituiu “*obstáculo às disposições relativas à proteção da mulher, nomeadamente no que se refere à gravidez e à maternidade*”¹³, devendo “*promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, em particular às que corrijam as desigualdades de facto que afetam as oportunidades das mulheres (...)*”¹⁴.

Revestem, nesta matéria, especial importância os seguintes dois diplomas:

A Diretiva 2006/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5-07-2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional (reformulação), atualmente em vigor¹⁵, que institui, as definições, os conceitos e as regras em matéria de igualdade e não discriminação com base no género, e a Diretiva 92/85/CEE, de 19-10-92¹⁶, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho (décima diretiva especial na aceção do n.º 1 do artigo 16.º da Diretiva 89/391/CEE), que prevê a proibição de despedimento por motivo relacionado com a maternidade.

Para concretização mais eficaz da igualdade de tratamento entre homens e mulheres o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias alertou para a necessidade de incumbir à parte demandada a prova sobre a inexistência de discriminação¹⁷. Foi, assim, estabelecida a inversão do ónus da prova¹⁸.

Tal inversão revestiu especial importância no âmbito da cessação do contrato de trabalho, porquanto, “*a proteção da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes não deve desfavorecer as mulheres no mercado de trabalho e não deve afetar as diretivas em matéria de igualdade de tratamento*”

¹³ Artigo 2.º, n.º 3 da Diretiva n.º 76/207/CEE, do Conselho, de 9 de fevereiro de 1976.

¹⁴ Artigo 2.º, n.º 4 da Diretiva n.º 76/207/CEE, do Conselho, de 9 de fevereiro de 1976.

¹⁵ As Diretivas 76/207/CEE do Conselho, de 10-02-75, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho e 97/80/CE do Conselho, de 15-12-97, relativa ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo, foram revogadas pela Diretiva 2006/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5-07-2006.

¹⁶ Alterada pela Diretiva 2007/30/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20-06-2007.

¹⁷ Considerando 18 da Diretiva n.º 97/80/CE do Conselho, de 15-12-97, relativa ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo.



*entre homens e mulheres*¹⁹, e nesta medida, “*Considerando que o risco de serem despedidas por motivos relacionados com o seu estado pode ter efeitos prejudiciais no estado físico e psíquico das trabalhadoras, grávidas, puérperas ou lactantes e que, por conseguinte, é necessário prever uma proibição de despedimento.*”²⁰

É assim, inequívoco, que: “*A igualdade entre homens e mulheres é um princípio fundamental do direito comunitário consagrado no artigo 2.º e no n.º 2 do artigo 3.º do Tratado, bem como na jurisprudência do Tribunal de Justiça. As referidas disposições do Tratado proclamam a igualdade entre homens e mulheres como «missão» e um «objetivo» da Comunidade e impõem uma obrigação positiva de a promover em todas as suas ações.*”²¹

2.3.4. Na construção do direito comunitário a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem sido incontornável no que respeita à consistência do princípio da igualdade e não discriminação e à proteção da maternidade.

Na verdade, “*Ressalta claramente da jurisprudência do tribunal de Justiça que qualquer tratamento desfavorável de uma mulher relacionado com a gravidez ou a maternidade constitui uma discriminação sexual direta em razão do sexo.*”²²

“*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 adotar medidas de proteção da maternidade como meio de atingir uma igualdade concreta.*”²³

2.3.5. No âmbito da jurisprudência nacional, e com interesse nas questões em análise, alude-se à sentença do Tribunal do Trabalho de Barcelos, de 7 de maio de 2001²⁴,

¹⁸ Diretiva n.º 97/80/CE do Conselho, de 15-12-97, relativa ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo, já revogada. Vd. Nota 14.

¹⁹ Considerando da Diretiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de outubro de 1992, alterada pela Diretiva 2007/30/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20-06-2007.

²⁰ Considerando da Diretiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de outubro de 1992, alterada pela Diretiva 2007/30/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20-06-2007.

²¹ Considerando 2 da Diretiva 2006/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006.

²² Considerando 23 da Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006.

²³ Considerando 24 da Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006.

²⁴ In “22 Anos de Jurisprudência Portuguesa Sobre Igualdade Laboral em Razão do Sexo (1979-2001), Maria PAULA SÁ FERNANDES, RUI ANTÓNIO MARTINS DA ROCHA, MAGDA CERQUEIRA, Edição: Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, Lisboa 2006, págs. 406-410, disponível em www.cite.gov.pt.

sobre um caso concreto relativo à liberalidade de uma empresa no que respeita à distribuição de resultados, que decidiu conforme, resumidamente, se transcreve:

“A concessão dos resultados do exercício da empresa aos trabalhadores, sendo por natureza uma manifestação voluntária e unilateral da parte (...), pode naturalmente "discriminar" os trabalhadores menos cumpridores dos seus deveres. Sendo a assiduidade um desses deveres, não repugna que os trabalhadores menos assíduos sejam penalizados mesmo que se trate de faltas justificadas respeitantes a situações que ocorram independentemente da vontade do trabalhador.

Contudo, sendo as condições de atribuição pré-estabelecidas pela entidade patronal, a sua não atribuição arbitrária pode gerar situações de incumprimento da lei e/ou de discriminação.

Uma dessas situações respeita precisamente à licença por maternidade/paternidade e às dispensas para amamentação e aleitação, situações essas em que a entidade patronal deverá acolher, mesmo quando se trata de conceder regalias, os princípios e as disposições legais que enquadram, a nível superior ao da empresa, os aspetos mais importantes da relação jurídico-laboral.

A este respeito importa reter, antes de mais, os princípios consagrados na lei fundamental.

O art.º 68.º da Constituição da República estabelece que "1. Os pais e as mães têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país: 2. A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes; 3. As mulheres têm direito a especial proteção durante a gravidez e após o parto, tendo as mulheres trabalhadoras ainda direito a dispensa do trabalho por período adequado sem perda de retribuição ou de quaisquer regalias.

A lei regula a atribuição às mães e aos pais de direitos do trabalho por período adequado, de acordo com os interesses da criança e as necessidades do agregado familiar".

Visando a transposição dos referidos princípios constitucionais para a realidade do mundo, e do direito laborais e a criação de mecanismos de atuação que viabilizem a aplicação prática de tais normas e princípios, o Dec-Lei n.º 392/79 de 20.9 veio estabelecer no seu art.º 3.º que "o direito ao trabalho implica a ausência de qualquer discriminação baseada no sexo, quer direta, quer indiretamente, nomeadamente pela referência ao estado civil ou à situação familiar"²⁵.

Por outro lado, o art.º 59.º da CRP dispõe no seu n.º 1 al. a) que "todos os trabalhadores, sem distinção... têm direito à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual de forma a garantir uma existência condigna".

(...)

É óbvio que atualmente terá de ser feita uma interpretação corretiva (...) por forma a torná-la compatível com a consagração do direito à dispensa para aleitação sem perda de retribuição e de quaisquer regalias efetuada pela Lei n.º 142/99 que veio alterar a Lei n.º 4/84.²⁶

(...)

Feitas estas considerações, conclui-se que, não implicando a dispensa de trabalho para amamentação perda de retribuição ou de quaisquer regalias e, consistindo a atribuição de resultados indubitavelmente uma regalia concedida pela Ré aos trabalhadores, não pode a A. ser prejudicada na atribuição daquele benefício, em virtude de a assiduidade ser um requisito fundamental no cálculo do montante da participação nos lucros que cabe a cada trabalhador.

Conclui-se assim que, não estando as dispensas para amamentação previstas entre as exceções contempladas no ponto 3.3. da Ordem de Serviço (...) para que não relevem para efeitos de cálculo da taxa de absentismo, a par das restantes, a referida

Ordem de Serviço é manifestamente contrária à lei por conter uma discriminação em função do sexo, proibida por força do disposto nos art.ºs 2.º al. a) e 3.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 392/79 de 20.9.²⁷

²⁵ Atualmente, este direito encontra-se previsto nos artigos 24.º e 25.º do Código do Trabalho.

²⁶ Atualmente, este direito está previsto no n.º 2 do artigo 65.º do Código do Trabalho.

²⁷ Atualmente, esta matéria vem tratada nos artigos 23.º, 24.º e 25.º do Código do Trabalho.

Com efeito, se a dispensa para amamentação for considerada para efeitos de cálculo da taxa de absentismo, a Ré está a beneficiar manifestamente os trabalhadores do sexo masculino, uma vez que, relativamente a estes não se põe sequer a hipótese de dispensa do trabalho para amamentação (por meios naturais) dos filhos. Para efeitos de participação nos resultados e, face aos critérios definidos pela Ré, uma mãe trabalhadora lactante verá sempre a sua regalia reduzida ou até totalmente eliminada, em confronto com um pai trabalhador.

Sendo a referida Ordem de Serviço contrária à lei e não perdendo a A. direito à atribuição de quaisquer regalias por mero efeito da dispensa de trabalho para amamentação, é manifesto que a Ré deveria ter-lhe atribuído a verba de (...) a título de participação nos lucros do exercício de 1997, em virtude de a taxa de absentismo da A. nesse ano ter sido inferior a 7%.”.

2.3.6. Atenta a leitura da Sentença mencionada impõem-se referir, tal como foi acautelado, que, pese embora a questão em análise não se reporte a situações decorrentes do exercício do direito à aleitação, é atualmente inequívoco que na presença do exercício deste direito, qualquer tratamento menos favorável de uma mulher ou de um homem no acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissional ou condições de trabalho sempre constituiria uma discriminação com base na referência à situação familiar, proibida pela Constituição da República Portuguesa, na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º e no artigo 68.º, e pelo Código do Trabalho, no n.º 1 do artigo 24.º.

De referir que recentemente a Diretiva 2010/18/EU do Conselho, de 8 de março de 2010, que aplica o Acordo-Quadro Revisto sobre Licença Parental, veio, expressamente enunciar, como objetivos, o melhoramento da conciliação da vida profissional, privada e familiar dos trabalhadores com filhos, e a igualdade entre homens e mulheres quanto às oportunidades no mercado de trabalho e ao tratamento no trabalho em toda a União (Considerando 8).

De realçar que, embora o direito à dispensa para aleitação seja exercido, numa percentagem inequivocamente superior, por mulheres trabalhadoras, é objetivo da União Europeia a partilha de responsabilidades que promovam e incentivem uma maior participação por parte dos homens, a fim de assegurarem uma divisão mais



equitativa das responsabilidades parentais e permitir mais eficaz participação das mulheres no mercado de trabalho.²⁸.

Já a Convenção da OIT n.º 156 relativa à igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores de ambos os sexos: trabalhadores com responsabilidades familiares, aprovada para ratificação pelo Decreto do Governo n.º 66/84, de 11 de outubro, alertou para os problemas dos trabalhadores com responsabilidades familiares como questões mais vastas relativas à família e à sociedade, e a conseqüente necessidade de instaurar a igualdade efetiva de oportunidades de tratamento entre os trabalhadores de ambos os sexos com responsabilidades familiares e entre estes e outros trabalhadores.

Na verdade, a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres no trabalho respeita não só a direitos laborais iguais para as mulheres como à partilha das responsabilidades familiares que reconheçam os direitos dos homens no âmbito da esfera familiar e que, conseqüentemente, tenham por efeito a diminuição da segregação do mercado de trabalho relativamente às mulheres.

2.4. Face ao enquadramento realizado, e retomando o caso em concreto, importa agora responder às questões enunciadas no ponto 2.2. deste parecer, concluindo-se o seguinte:

a) O princípio da igualdade e não discriminação entre homens e mulheres não depende da condição voluntária ou involuntária em que se encontra o sujeito.

Como foi referido, o princípio da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres respeita à proibição de discriminação com base no sexo e, nesse sentido, respeita à proibição de tratamento diferente entre um homem e uma mulher, por motivo relativo à condição biológica.

Ora, a condição biológica não é subsumível ao conceito de comportamento voluntário ou involuntário, pois respeita a factor externo à vontade do sujeito.

²⁸ Artigo 6.º da Recomendação 92/241/CEE, do Conselho, de 31 de março de 1992, relativa ao acolhimento de crianças.



b) Neste sentido, a proteção legal estabelecida para a amamentação, também não deve ser confundida com uma medida de ação positiva, ou seja uma medida legislativa de duração limitada que beneficia certo grupo, desfavorecido em função de um fator de discriminação (sexo), com o objetivo de garantir o exercício, em condições iguais, dos direitos previstos na lei ou corrigir situações de desigualdade que persistam na vida social (artigo 27.º do Código do Trabalho).

Na verdade a proteção da maternidade, tal como consagrada no artigo 68.º da Constituição da República Portuguesa, incorpora o direito a dispensa para amamentação, sem perda de quaisquer direitos sendo considerada como prestação efetiva de trabalho, nos termos previstos nos n.ºs 1, 3 e 5 do artigo 47.º e n.º 2 do artigo 65.º, ambos do Código do Trabalho.

Tais preceitos legais visam evitar um tratamento desigual no âmbito laboral com origem na condição biológica da mulher que exerce o direito a amamentar no seu interesse e no da criança²⁹.

Em rigor, o princípio da igualdade e não discriminação diz respeito ao direito a tratar de forma igual o que é igual e de forma diferente o que é diferente.

A condição biológica da mulher e a do homem são diferentes, mas ambos, enquanto seres humanos com força produtiva, devem gozar direitos laborais idênticos.

Tal circunstância distingue-se das políticas de ação positiva porquanto estas têm como objetivo eliminar as desigualdades de tratamento que afetam as mulheres na vida profissional e de promover a participação de ambos os sexos no emprego. Neste sentido, visam *“eliminar ou compensar os efeitos prejudiciais que, para as mulheres que trabalham ou que procuram emprego, resultam de atitudes, de comportamentos ou de estruturas que se baseiam na ideia duma repartição tradicional do papel do homem e da mulher na*

²⁹ “As recomendações da Organização Mundial de Saúde relativas à amamentação são as seguinte:

As crianças devem fazer aleitamento materno exclusivo até aos 6 meses de idade. Ou seja, até essa idade, o bebé deve tomar apenas leite materno e não deve dar-se nenhum outro alimento complementar ou bebida.

A partir dos 6 meses de idade todas as crianças devem receber alimentos complementares (sopas, papas, etc.) e manter o aleitamento materno.

As crianças devem continuar a ser amamentadas, pelo menos, até completarem os 2 anos de idade.”, *In* www.leitematerno.org/oms.htm.



sociedade;”, e, ainda, “encorajar a participação da mulher nas diferentes atividades nos setores da vida profissional onde atualmente estão sub-representadas, em particular nos setores do futuro, e aos níveis superiores de responsabilidade, a fim de obter uma melhor utilização de todos o recursos humanos.”³⁰

Por outras palavras, uma ação positiva incide sobre a informação e a sensibilização da necessidade de promover a igualdade de oportunidades para as mulheres na vida profissional; sobre o respeito pela dignidade das mulheres no local de trabalho; sobre a diversificação das escolhas profissionais, sobre medidas necessárias que dotem os serviços de colocação, orientação e aconselhamento, de funcionários qualificados para prestar esse serviço de forma especializada em problemas particulares das mulheres desempregadas; sobre candidaturas, recrutamento e promoção das mulheres nos setores, profissões e níveis em que se encontram sub-representadas, nomeadamente nos postos de responsabilidade; sobre ajustamento da organização do trabalho e do tempo de trabalho, sobre favorecimento de uma melhor repartição das responsabilidades profissionais e sociais; sobre a participação ativa das mulheres nos organismos de decisão e sobre estudos e análises qualitativas e quantitativas sobre a situação das mulheres no mercado de emprego.

Conclui-se, assim, que o reconhecimento da condição biológica da mulher e o seu consequente acautelamento legal não pode ser considerado como uma ação positiva. É, tão só, o reconhecimento da dignidade do ser humano e da sua diversidade, e consequente direito à ampla realização social, profissional e familiar.

- c) No atual Código do Trabalho, o artigo 31.º estabelece que os trabalhadores têm direito à igualdade de condições de trabalho, em particular quanto à retribuição, devendo os elementos que a determinam não conter qualquer discriminação fundada no sexo, designadamente no que respeita a qualquer modalidade de retribuição variável, que deve ter por base a mesma unidade de medida.

³⁰ Recomendação 84/635/CEE, do Conselho, de 13 de dezembro de 1984, relativa à promoção de ações positivas a favor das mulheres.

Tal normativo determina, ainda, que as diferenças de retribuição não constituem discriminação quando assentes em critérios objetivos, comuns a homens e mulheres, nomeadamente, baseados em mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade, salvo nos casos das licenças, faltas ou dispensas relativas à proteção na parentalidade.

Tendo em atenção o artigo referido e retomando o raciocínio implícito na sentença do Tribunal do Trabalho referido no ponto 2.2.5., afigura-se que a atribuição de um prémio mensal de assiduidade, no valor de € 52,00 tem de ser entendido como uma liberalidade da entidade empregadora, que *pode naturalmente "discriminar" os trabalhadores menos cumpridores dos seus deveres*, e que, *sendo a assiduidade um desses deveres, não repugna que os trabalhadores menos assíduos sejam penalizados mesmo que se trate de faltas justificadas respeitantes a situações que ocorram independentemente da vontade do trabalhador*.

Neste sentido, é possível afirmar que o prémio mensal de assiduidade, tal como previsto na primeira parte do n.º 2 do artigo 12.º do Regulamento Interno do Pessoal da ..., condicionado, naturalmente, à assiduidade (faltas justificadas ou injustificadas até 5 horas por mês), não consubstancia, por si só, uma discriminação em função do género, uma vez que o regime geral das faltas é aplicado de forma igual a trabalhadores/as homens e mulheres.

No entanto, a mesma conclusão não é possível alcançar quando nos detemos nas exclusões mencionadas na segunda parte do n.º 2 do referido artigo 12.º.

Senão veja-se:

- i) Tal como descrito no n.º 1 do artigo 248.º do Código do Trabalho – considera-se falta a ausência de trabalhador do local em que devia desempenhar a atividade durante o período normal de trabalho diário [tempo de trabalho que o trabalhador se obriga a prestar (artigo 198.º do CT)];
- ii) Note-se que as ausências por motivo de férias e em dias que não é devida a prestação de trabalho, como pode ser o caso de feriados oficiais, não são enquadráveis no conceito de falta, e o/a trabalhador/a está de facto ausente;

- iii) Igualmente, as dispensas para amamentação não são subsumíveis ao conceito de falta ou de absentismo, desde logo porque são legalmente qualificadas como prestação efetiva de trabalho sem perda de quaisquer direitos, ainda que a trabalhadora se encontre ausente;
- iv) Tais dispensas relativas à proteção da parentalidade consubstanciam o exercício de direito constitucionalmente consagrado e protegido.

É, pois, de concluir que a eventual discriminação na aplicação do referido Regulamento, em virtude do exercício do direito à amamentação, reside em duas causas:

- Na parte final do n.º 2 do artigo 12.º quando exemplifica apenas duas exclusões decorrentes da lei (férias e feriados oficiais);
- Na interpretação arbitrária do n.º 2 do artigo 12.º do Regulamento, ao não considerar incluídas nas possíveis exclusões as licenças, faltas ou dispensas relativas à proteção na parentalidade.

d) Face ao exposto, é inequívoco que as trabalhadoras que exerçam o direito a dispensa para amamentação, independentemente de terem gozado dispensa do trabalho por mais de 5 horas por mês, têm direito ao prémio de assiduidade. Diferente conclusão consubstanciaria uma discriminação direta em razão da maternidade – ou com base na condição familiar, no caso da aleitação – proibida pelo direito comunitário; pela Constituição da República Portuguesa e pela legislação nacional, nos termos referidos ao longo deste parecer³¹.

III – CONCLUSÃO

3.1. Às trabalhadoras da Entidade Empresarial, que exerçam o direito à dispensa para amamentação não pode ser negado, por esse motivo, o direito a receber o

³¹ Em sentido idêntico, Parecer n.º 93/CITE/2010, disponível em www.cite.gov.pt.



prémio mensal de assiduidade estabelecido no Regulamento Interno do Pessoal da..., de 26.06.2006.

- 3.2.** A CITE recomenda ao Conselho de Administração da Entidade Empresarial... que diligencie no sentido da alteração do n.º 2 do artigo 12.º do Regulamento Interno do Pessoal da..., de 26.06.2006, por forma a harmonizá-lo com as disposições internacionais e comunitárias que vinculam o Estado Português e com as disposições constitucionais e legais em vigor.

**APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA
CITE DE 19 DE ABRIL DE 2012**