

RESPOSTA À RECLAMAÇÃO DO PARECER N.º 515/CITE/2015

Assunto: Resposta à reclamação do Parecer n.º 515/CITE/2015: Queixa por discriminação na avaliação de desempenho
Processo n.º 1338 – QX/2015

I – OBJETO

1.1. A CITE recebeu, em 5/1/2016, da empresa ..., S.A., uma reclamação ao Parecer n.º 515/CITE/2015, com os seguintes fundamentos:

1.1.1. *A ... foi recentemente notificada dos pareceres emitidos pela Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, proferidos respetivamente no âmbito dos processos n.º 1338/QX/2015 (...) e 591/QX/2015 (...).*

1.1.2. *A ... analisou cuidadosamente ambos os pareceres e, na sequência dessa análise gostaria de requerer, nos termos legais, a revisão por parte da CITE do parecer emitido no âmbito do processo 1338/QX/2015 (“Parecer”), pelas razões que se passam objetivamente a indicar:*

Da ... e da sua atividade

1.1.3. *Antes de nos debruçarmos pelas razões que, na opinião da ..., justificam a revisão do sentido do Parecer, gostaria a ... de dar uma nota objetiva do enquadramento da sua atividade, a qual nos parece imprescindível para que a CITE, neste caso como eventualmente noutros, esteja a par da realidade desta empresa.*

1.1.4. *A ... é atualmente e desde 2002 a concessionária do ... relativamente à rede de ... (“...”), cujas bases estão aprovadas pelo Decreto-Lei n.º ..., de 22 de julho, com as*

alterações aprovadas pelas Resoluções do Conselho de Ministros n.º ... e n.º ...

1.1.5. Entre 2002 e 2007 a ... teve a seu cargo a construção das infraestruturas relativas ao ..., tendo iniciado a exploração do respetivo serviço ... em maio de 2007.

1.1.6. As condições de exploração do serviço ... inerente ao ... foram definidas e estão aprovadas pelo ..., designadamente no que se refere ao número de linhas, de circulações e de horários em que se desdobra tal serviço ..., o mesmo sucedendo com as fontes de receita e de financiamento da ... que se encontram contratualmente definidas.

1.1.7. No plano laboral, a ..., tendo em conta que deu início a uma nova operação, desde 2007 que tem vindo a recrutar e a integrar sempre nos seus quadros trabalhadoras e trabalhadores que, após uma fase de formação, seja como operadores comerciais ou operadores de condução, os quais, sendo normalmente integrados com uma média etária de vinte e poucos anos, vieram de então para cá desenvolvendo a sua vida profissional e familiar, muitos deles constituindo famílias, num processo natural e sempre com o apoio e a estabilidade que a ... oferece enquanto entidade empregadora.

1.1.8. Ainda no plano laboral, a maioria dos trabalhadores da ... sempre optou por uma relação laboral marcada pelo diálogo direto com a empresa, sem intermediação sindical, pese embora alguns dos trabalhadores da ... entenderem, por sua livre vontade, integrar sindicatos.

1.1.9. Foi neste contexto de diálogo direto e de modo a corresponder a uma pretensão da maioria dos trabalhadores da ... que, no ano de 2014, e após um trabalho conjunto quer diretamente com os trabalhadores da ..., quer com os sindicatos que representavam alguns deles, a ... deu início, pela primeira vez, a um processo de avaliação de desempenho, cujos critérios e parâmetros de avaliação tiveram, repita-se, a análise prévia e a aceitação dos trabalhadores da ... a quem tal processo foi aplicado.

1.1.10. O processo de avaliação correu de forma exemplar, tendo sido registados raríssimos casos de não aceitação da aplicação do mesmo, sobre os quais a CITE já teve oportunidade de se pronunciar.

1.1.11. Um dos critérios/parâmetros que constam do mecanismo de avaliação respeita ao “Envolvimento com a Empresa”, critério que naturalmente comporta uma margem de discricionariedade de apreciação por parte da ..., ao contrário de outros critérios que constam do referido mecanismo que são totalmente objetivos.

1.1.12. A ... procura, desde 2002, e sobretudo desde 2007 quando o seu número de trabalhadores efetivos cresceu significativamente (hoje a ... tem um total de 139 trabalhadores, sendo 19 operadores comerciais, 87 operadores de condução, 6 operadores de manutenção, 10 reguladores e 17 trabalhadores técnicos e outros) criar condições de estabilidade e de igualdade nas relações laborais, aspetos que se evidencia desde logo pelo facto de 26% dos trabalhadores atuais da ... serem mulheres, as quais estão igualmente presentes ao nível do Conselho de Administração e de várias Direções.

Do teor do Parecer

Da posição subjacente ao Parecer

1.1.13. No Parecer, a CITE considerou, relativamente à trabalhadora ... que, como se pode ler no respetivo Ponto 2.8, “a trabalhadora queixosa foi prejudicada na sua avaliação por ter tido ausências ao serviço justificadas pela dispensa para amamentação, as quais foram consideradas ausências efetivas ao serviço, quando, nos termos do referido n.º 2 do artigo 65.º do Código do Trabalho deveriam, sim, ser consideradas trabalho efetivo”.

1.1.14. Salvo o devido respeito, importa dar nota, em primeiro lugar, que a ... não qualificou a ausência da trabalhadora em causa como “ausência efetiva”, pelo que existe um erro de análise do Parecer a este respeito.

1.1.15. Pelo contrário, e no estrito cumprimento da lei, inclusivamente da citada norma do n.º 2 do artigo 65.º do Código do Trabalho, a ... respeitou escrupulosamente todos os

efeitos legais que equiparam a situação da trabalhadora em causa a trabalho efetivo, designadamente e entre outros, para fins de remuneração, antiguidade, etc.

1.1.16. *A avaliação atribuída à trabalhadora no âmbito do critério “Envolvimento com a Empresa” não consubstancia, nem pode consubstanciar, qualquer violação da situação e dos direitos jurídico-laborais da mesma, nem ocorreu, conforme refere o ponto 2.9 do Parecer, mas sem concretizar, qualquer “discriminação por motivo da maternidade”.*

1.1.17. *Pois, do que se trata, ao contrário do que quer dar a entender o Parecer, é o de aferir o grau de envolvimento da trabalhadora com a ... e, na avaliação feita pela empresa, a classificação atribuída à mesma foi justa, avaliação que cabe exclusivamente à ... nos termos legais enquanto entidade patronal.*

1.1.18. *A ..., como qualquer empresa, pode valorizar, para efeitos de avaliação de desempenho, os trabalhadores que demonstram maior disponibilidade, maior interesse, maior participação, no fundo e como diz o próprio critério, maior envolvimento com a ...*

1.1.19. *Deste modo, e salvo o maior respeito, afigura-se que o entendimento subjacente ao Parecer não assenta numa correta análise de facto e de Direito.*

1.1.20. *Na verdade, a seguir-se o entendimento do Parecer, nenhuma empresa em Portugal poderia avaliar, nem ter liberdade para avaliar, o envolvimento dos seus trabalhadores com a própria empresa.*

1.1.21. *No caso da ..., sempre teria então de se avaliar se valeria a pena manter um sistema de avaliação de desempenho se a própria ... ficasse impedida, como resulta do Parecer, de avaliar, segundo os critérios que a mesma entendeu (e que tiveram, recorde-se, a participação prévia e a aceitação dos trabalhadores da ...) o grau de envolvimento dos trabalhadores com a empresa.*

Das “ilegalidades” alegadas no Parecer

- 1.1.22.** *Refere o Parecer no ponto 2.9 que “Este comportamento configura uma discriminação por motivos de maternidade, nos termos do artigo 24.º, n.º 3, al. b) e 25.º, n.º 1, ambos do Código do Trabalho”.*
- 1.1.23.** *Salvo o devido respeito, este enquadramento jurídico não se afigura correto.*
- 1.1.24.** *Vejamus a definição legal de discriminação.*
- 1.1.25.** *Nos termos do artigo 23.º, n.º 1, alínea a) da Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, consubstancia uma discriminação direta, sempre que, em razão de um fator de discriminação, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável.*
- 1.1.26.** *Não houve qualquer tratamento menos favorável da trabalhadora, a qual, pese embora ter gozado de uma dispensa para amamentação durante três anos, não foi prejudicada em nenhum dos direitos laborais que legalmente lhe assistem.*
- 1.1.27.** *O comportamento da ... não constitui uma discriminação direta.*
- 1.1.28.** *Já no que diz respeito ao teor do artigo 23.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, entende-se por discriminação indireta, sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja suscetível de colocar uma pessoa, por motivo de um fator de discriminação, numa posição de desvantagem comparativamente com outras, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários.*
- 1.1.29.** *Na opinião da ... a factualidade vertida nos presentes autos não permite concluir pela existência de disposição, critério ou prática suscetível de colocar a trabalhadora numa posição de desvantagem comparativamente com outros trabalhadores.*

- 1.1.30.** *Sem conceder quanto ao alegado no ponto anterior, a única hipótese de desvantagem que se vislumbra seria a não obtenção do prémio de desempenho. Contudo, ainda assim, tal como o nome indica, estamos perante um prémio e não uma componente remuneratória.*
- 1.1.31.** *Pela sua própria natureza, o direito a este prémio não se basta com a contrapartida do trabalho. O direito a este prémio está dependente da avaliação da produtividade e desempenho do trabalhador, estando excluída a antecipada garantia do direito ao seu pagamento.*
- 1.1.32.** *A avaliação da produtividade e desempenho compreende determinados pressupostos que foram delineados pela ... por forma a alcançar uma justiça equitativa entre os seus trabalhadores, premiando os que mais contribuem para a eficiência da empresa.*
- 1.1.33.** *Entendendo que um prémio é o meio adequado para recompensar e incentivar os seus trabalhadores, sendo este um fim legítimo.*
- 1.1.34.** *Pelo que, ainda que se admitisse que a não obtenção do prémio poderia consubstanciar uma situação de desvantagem, não seria um comportamento discriminatório.*
- 1.1.35.** *Em suma, o comportamento da Reclamante também não configura uma discriminação indireta.*
- 1.1.36.** *Por outro lado, e considerando o disposto no artigo 25.º, n.º 2 da Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, concluímos que o comportamento da Reclamante não constitui discriminação. Vejamos.*
- 1.1.37.** *A referida norma legal consagra expressamente que não constitui discriminação o comportamento baseado em fator de discriminação que constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, em virtude da natureza da*

atividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional.

1.1.38. *No caso em apreço, utilizar um critério subjetivo de avaliação para diferenciar os trabalhadores que contribuem de forma determinante para o normal funcionamento da empresa, que, em virtude da sua natureza de concessionária de transportes está obrigada a executar determinados horários, com o objetivo de premiar e incentivar os trabalhadores que mais se sacrificam, preenche todos os pressupostos desta norma.*

1.1.39. *Reiterando esta posição, leia-se o ponto V do sumário do douto Acórdão do STJ de 29/10/2013, relatado pelo Conselheiro Mário Belo Morgado: “O princípio da igualdade na sua específica aplicação aos trabalhadores, corresponde a uma genérica proibição de práticas discriminatórias, segundo a qual não é lícito ao empregador conferir estatutos jurídicos diferenciados ou desigual tratamento dos trabalhadores sem motivo justificativo; inversamente, não constituem discriminação os comportamentos distintivos que encontram a sua justificação à luz da relação laboral, das exigências da sua execução e, em geral, com a adequada condução empresarial.”*

1.1.40. *Nos termos do artigo 25.º, n.º 5 da Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, o ónus de prova de demonstrar o factualismo discriminatório compete ao trabalhador.*

1.1.41. *A este respeito veja-se o ponto II do sumário do Acórdão do STJ, datado de 18/12/2013, relatado pelo Conselheiro Mário Belo Morgado: “II - Atento o disposto no n.º 5 do artigo 25.º do CT/09, por forma a fazer funcionar a regra de inversão do ónus da prova, com o conseqüente afastamento do princípio geral estabelecido no artigo 342.º, n.º 1 do CC, compete ao trabalhador que invoca a discriminação alegar e provar os factos que possam inserir-se na categoria de fatores característicos de discriminação referidos nos artigos 24.º e 25.º do mesmo diploma legal, concretamente, alegar e provar factos que, referindo-se à natureza, qualidade e quantidade de trabalho prestado por trabalhadores da mesma empresa e com a mesma categoria, permitam concluir que a diferente progressão na carreira e o pagamento de diferentes remunerações viola o princípio da*

igualdade, uma vez que tais factos se apresentam como constitutivos do direito que pretende fazer valer.”

1.1.42. *Por tudo o que supra se alegou, e em bom rigor, a trabalhadora não fez prova de qualquer facto discriminatório.*

1.1.43. *Não existindo nenhuma norma legal que proíba a ... de praticar o comportamento em apreço.*

1.1.44. *Nesta linha, vem a ... requerer à CITE que promova a revisão do sentido do Parecer considerando os aspetos acima indicados.*

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. Nos termos previstos nos artigos 184.º a 192.º do Código do Procedimento Administrativo, os interessados que se considerem lesados pela prática ou omissão do ato administrativo podem apresentar reclamação com fundamento na sua eventual ilegalidade ou inconveniência, devendo a mesma ser apreciada e decidida no prazo de 30 dias, úteis.

2.2. Assim, a entidade, notificada do Parecer n.º 515/CITE/2015, aprovado por unanimidade na reunião da CITE de 2 de dezembro de 2015, em que se entende que na avaliação de desempenho da trabalhadora não deverão ser tidas em conta, de forma penalizadora, as ausências justificadas por dispensa para amamentação, vem apresentar a sua reclamação.

2.3. No presente caso, a CITE deliberou emitir parecer, nos seguintes termos:

2.3.1. *No caso concreto, a entidade patronal vem dizer, de forma explícita, que a trabalhadora queixosa “não demonstrou a mínima abertura para rotação na escala de serviço” relacionando isso com o facto de a mesma “se encontrar há mais de três anos com dispensa de amamentação”.*

- 2.3.2.** *E diz ainda a empresa que foi por essa razão que “entendeu atribuir uma avaliação mais baixa à trabalhadora”.*
- 2.3.3.** *Ora o n.º 2 do artigo 65.º a que acima já se fez referência vem impor que o tempo ocupado com a dispensa para amamentação se considera trabalho efetivo, pelo que, a entidade patronal deve atuar como se a trabalhadora permanecesse no seu local de trabalho a exercer as suas funções.*
- 2.3.4.** *E é também por isso que a referência que a entidade patronal faz à Lei n.º 120/2015, de 1/9, quando esta se refere à não penalização do/a trabalhador/a que esteja em regime de trabalho a tempo parcial ou em horário flexível, não se adequa à dispensa para amamentação. Na verdade, o que decorre do n.º 2 do artigo 65.º é que o tempo da dispensa deve ser considerado pela entidade patronal como trabalho efetivo, o que não aconteceu.*
- 2.3.5.** *Diz ainda a entidade patronal que o n.º 2 do artigo 65.º visa salvaguardar situações de perda de direitos e “não potenciais direitos resultantes de uma avaliação de desempenho”.*
- 2.3.6.** *Portanto, no caso concreto, a trabalhadora queixosa foi prejudicada na sua avaliação por ter tido ausências ao serviço justificadas pela dispensa para amamentação, as quais foram consideradas como ausências efetivas ao serviço, quando, nos termos do referido n.º 2 do artigo 65.º do Código do Trabalho deveriam, sim, ser consideradas trabalho efetivo.*
- 2.3.7.** *Este comportamento configura uma discriminação por motivo da maternidade, nos termos do artigo 24.º n.º 3, al. b) e 25.º, n.º 1 ambos do Código do Trabalho, o que constitui a prática da contraordenação prevista no n.º 8 do artigo 25.º do Código do Trabalho.*

2.3.8. *Nestes termos, considera-se que na avaliação de desempenho da trabalhadora ... não deverão ser tidas em conta, de forma penalizadora, as ausências justificadas por dispensa para amamentação.*

2.4. Na reclamação, em síntese a entidade vem dizer que *pese embora a trabalhadora ter gozado uma dispensa para amamentação durante três anos não foi prejudicada em nenhum dos direitos laborais*, explanando o seu entendimento da lei sobre o assunto.

2.5. A reclamante mantém um entendimento que não cumpre não só a letra como também o espírito da lei, ao dispor no artigo 65.º, n.º 2 do Código do Trabalho que *as dispensas para amamentação são consideradas prestação efetiva de trabalho.*

2.6. E, se esse período de ausência tem de ser considerado *prestação efetiva de trabalho*, a entidade patronal tem de atuar na sua relação com a trabalhadora, em todos os aspetos da relação laboral, incluindo a avaliação de desempenho ou a atribuição de prémios, como se esta estivesse efetivamente ao serviço nesses períodos de tempo.

2.7. Ora o que a entidade fez, dizendo-o de forma explícita não só na resposta que deu à CITE em 19/10/2015 como também agora no texto da reclamação, foi (re)afirmar o entendimento de que a trabalhadora *revelou total indisponibilidade para com as necessidades funcionais da empresa em resultado de estar há mais de três anos com dispensa para a amamentação.*

2.8. Não se coloca em causa que a empresa institua um prémio que esteja *dependente da avaliação da produtividade e do desempenho do trabalhador*, ou que institua um regulamento em que aquilo que chama “*contribuição para a eficiência na empresa*” seja critério para a avaliação de desempenho dos/as trabalhadores/as.

2.9. Mas, se a empresa entende que os/as trabalhadores/as que optam por gozar o seu direito às dispensas por amamentação, ou quaisquer outras das ausências referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 65.º do Código do Trabalho, revelam, *apenas por esse facto*, total

indisponibilidade para com as necessidades funcionais da empresa, está, consequentemente, a concluir que esse tempo não constitui prestação efetiva de trabalho.

2.10. E está, assim, objetivamente a praticar uma discriminação com base na maternidade, violando os artigos 24.º n.º 3, al. b) e 25.º, n.º 1, ambos do Código do Trabalho, o que constitui a prática da contraordenação prevista no n.º 8 do artigo 25.º do Código do Trabalho.

2.11. Ou seja, ao atribuir *um efeito penalizador às ausências justificadas por dispensa para amamentação*, a empresa está por um lado a violar o artigo 65.º, n.º 2 do Código do Trabalho, e por outro está a promover um prejuízo efetivo aos/às trabalhadores/as, e em particular a trabalhadora queixosa, o qual constitui uma discriminação em função da maternidade.

2.12. E isso vai também provocar um retraimento dos/as trabalhadores/as ao gozo das licenças parentais a que têm direito, o que constitui por parte da empresa uma prática violadora do artigo 68.º da Constituição da República Portuguesa, nos termos do qual *a maternidade e a paternidade constituem um valores sociais eminentes (n.º 2)*.

2.13. Nestes termos, mantém-se o entendimento expresso no parecer reclamado de *considerar que na avaliação de desempenho da trabalhadora ... não deverão ser tidas em conta, de forma penalizadora, as ausências justificadas por dispensa para amamentação*

III - CONCLUSÃO

Face ao exposto, a CITE delibera emitir o seguinte parecer:

3.1. A entidade patronal ..., S.A., deve elaborar a avaliação de desempenho da trabalhadora ... sem que as ausências justificadas por dispensa para amamentação tenham efeito prejudiciais nessa avaliação.

3.2. Notificar as partes da presente resposta à reclamação.

3.3. Remeter o presente parecer à ACT – Autoridade para as Condições do Trabalho.

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 20 DE JANEIRO DE 2016, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À REFERIDA ATA.