

PARECER N.º 313/CITE/2019

Assunto: Não atribuição de Prémio de Assiduidade pela entidade empregadora durante gozo de licença parental

Processo N.º: 1205-QX/2019

I – OBJETO

1.1. Em 22.02.2019, a CITE recebeu uma queixa do trabalhador infra identificado, nos termos a seguir transcritos:

“(...) Eu, ..., com contrato individual de trabalho (CIT), com o prémio de assiduidade de 20% associado ao ordenado base, o qual é retirado em caso de 2 faltas no mesmo mês. Dia 01/06/2013 fui pai do No seguimento do gozo da licença de parentalidade foi-me retirado o prémio de assiduidade em todos os meses que me encontrava em licença de parentalidade, justificada pelos Recursos Humanos, que durante o gozo desta mesma licença me encontrava em falta.

A licença de parentalidade que gozei foi:

15 dias em junho de 2018

10 dias em agosto de 2018

3 dias em outubro de 2018

27 dias em outubro de 2018

Requeri ao serviço de Recursos Humanos uma reavaliação desta mesma situação, tendo em conta, que parte da licença tem mesmo carácter obrigatório, e de que preceitua o art. 65, n.º 1, do Código do Trabalho, a ausência por motivo de licença parental não determina a perda de quaisquer direitos e é considerada prestação efetiva de trabalho, em qualquer das modalidades. Ao qual me foi respondido e transcrevo:

“Boa tarde,

Em resposta ao seu requerimento de 30.11.2018, sob o registo ..., informa-se que de acordo com parecer jurídico homologado pelo Conselho de Administração, “não é de atender qualquer pretensão sobre a introdução de alterações ao regime do «prémio de assiduidade» regulado no passado.”

Face ao exposto, solicito da vossa parte um parecer. (...)

1.2. Em 28.02.2019, a CITE, por correio eletrónico, remeteu informação do seguinte teor:

" (...) No caso em apreço, afigura-se que o assunto em causa, poderá consubstanciar matéria da competência desta Comissão, neste sentido, poderá responder ao presente email, juntando os elementos comprovativos de que disponha, autorizando expressamente esta Comissão (por escrito e assinado) a contactar a entidade empregadora e a entidade com competência inspetiva, devendo para o efeito indicar, de forma completa, o nome, endereço e contactos da entidade empregadora visada e os de V. Exa., para que esta Comissão possa proceder em obediência ao princípio do contraditório. (...)"

1.3. Em 14.03.2019, e na sequência do e-mail remetido por esta Comissão, veio o trabalhador informar nos termos abaixo transcritos:

" (...), residente na (...), autorizo esta comissão a contactar a minha entidade empregadora, (...), com a morada em (...), e a entidade com competência Inspetiva, para que esta comissão possa proceder em obediência ao princípio do contraditório da situação por mim descrita anteriormente. (...)"

1.4. Em 22.03.2019, através do ofício n.º 693/2019, a CITE remeteu ofício à entidade empregadora do trabalhador informando-a do teor da queixa apresentada, a fim de ser exercido o contraditório.

1.5. Na sequência da notificação efetuada pela CITE, veio a entidade empregadora, por correio eletrónico datado de 05.04.2019, esclarecer o que a seguir se transcreve:

" (...) Pela presente vimos, por relação ao teor da notificação em referência, apresentar a nossa posição, em breve síntese.

Está em causa a iniciativa do trabalhador na apresentação de queixa junto da CITE, no seguimento de lhe ter sido retirado o prémio de assiduidade.

A questão reflexa é a de saber se o regime do «prémio de assiduidade», atingido na sua aplicação pela quebra de assiduidade inerente às ausências pelas licenças previstas permite ou não a aplicação que dele faz o ...; com efeito, está em causa a retribuição do trabalhador não pelas ausências inerentes ao exercício da licença parental em qualquer das suas modalidades, mas o efeito destas sobre a assiduidade exigível pelo regime do abono do prémio de assiduidade.

Esse prémio, adotado pelo ... num determinado período de tempo e, entretanto, descontinuado como critério de gestão de recursos, de fonte não normativa, nem regulamentar, mas contratual, modelado unilateralmente pelo empregador e aceite pelo trabalhador que viu ser praticado o regime aqui em controvérsia, sem qualquer reserva, não integra o conceito de retribuição - conforme é entendido pela doutrina e jurisprudência, vg M. Rosário Ramalho, Dto do Trabalho, vol. Pág. 511 e L Menezes Leitão, pág. 351 e CEL e-book sobre 'Retribuição' pág. 19.

E nem permite qualquer interferência com os conceitos operativos análogos seguidos pelo Código Contributivo e como Código do IRS onde tem âmbito diferente.

Por outro lado, atenta a sua natureza proemial intrínseca, apresenta a característica de ser apenas devido, como prémio, quando verificados os respetivos pressupostos (de origem contratual, repete-se), ou seja, quando a assiduidade» pretendida premiar, apresenta a materialidade exigível, o que não ocorre no caso em apreço, em situação análoga ao sinalagma exigido para muitos suplementos remuneratórios (em que apenas são devidos apenas com a prestação efetiva e não aquela legalmente considerada como efetiva).

Assim, com o devido respeito, não é de atender à queixa que o trabalhador procede e que, não obstante o seu mérito intrínseco, desloca a questão do âmbito do direito remuneratório premial para o dos efeitos das licenças inerentes à parentalidade.

Esperamos, pois a V. melhor compreensão para a posição do (...)"

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. O presente parecer é emitido no âmbito das atribuições da CITE, previstas nas alíneas a), e) e f) do artigo 3.º do Decreto-lei n.º 76/2012, de 26 de março.

2.2. O artigo 258.º do Código do Trabalho dispõe o seguinte:

“1 – Considera-se retribuição a prestação a que, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, o trabalhador tem direito em contrapartida do seu trabalho.

2 – A retribuição compreende a retribuição base e outras prestações regulares e periódicas feitas, direta ou indiretamente, em dinheiro ou em espécie.

3 – Presume-se constituir retribuição qualquer prestação do empregador ao trabalhador.

4 – À prestação qualificada como retribuição é aplicável o correspondente regime de garantias previsto neste Código.”

2.3. Ora, de acordo com as suas características e nos termos do citado artigo 258.º, o prémio de assiduidade sub judice deve considerar-se retribuição e tal como a retribuição base (de que atualmente faz parte) é objeto de descontos para a segurança social, em virtude de estar previsto no âmbito de um contrato individual de trabalho.

2.4. Salvo o devido respeito, não podemos concordar, com que parece ser o entendimento da entidade empregadora, que as ausências da 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, se equiparar à falta ao trabalho, mesmo que justificada, porquanto as licenças e dispensas no âmbito do regime de proteção 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.

2.5. Aliás, diga-se mesmo, a título exemplificativo, que nos termos dos artigos 41.º e 43.º do Código do Trabalho, existe a obrigatoriedade legal do gozo das respetivas licenças exclusivas, quer da mãe, quer do pai, não podendo posteriormente esses trabalhadores serem penalizados nos seus direitos.

2.6. A atribuição e concessão de um prémio, assente na assiduidade aos/às trabalhadores/as, 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.

2.7. O que se pretende dizer é que se compreende o objetivo do prémio – em que a elevada assiduidade é um critério/fator de escolha relevante para a diferenciação retributiva, pelo que, mais do que penalizar os trabalhadores que “faltam” ao trabalho, trata-se de premiar aqueles que são assíduos.

2.8. Contudo, sendo as condições de atribuição pré-estabelecidas pela entidade empregadora – como parecer ser o prémio denominado “assiduidade” a sua não atribuição arbitrária pode gerar situações de incumprimento da lei e/ou de discriminação.

2.9. Uma dessas situações respeita precisamente aos direitos no âmbito da proteção 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 superior ao da empresa, os aspetos mais importantes da relação jurídico-laboral.

2.10. Assim, prescreve a alínea c) do n.º 1 do artigo 65.º do Código do Trabalho que *“não determinam perda de quaisquer direitos, salvo quanto à retribuição, e são consideradas como prestação efetiva de trabalho as ausências ao trabalho resultantes de Licença parental, em qualquer das modalidades”*.

2.11. Nesta linha de pensamento, lembrar que, nos termos do n.º 2 do artigo 23.º, constitui discriminação a mera ordem ou instrução que tenha por finalidade prejudicar alguém em razão de um fator de discriminação.

2.12. De acordo com o n.º 1 do artigo 25.º do Código do Trabalho, o empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta, em razão nomeadamente dos fatores referidos no n.º 1 do artigo 24.º do Código do Trabalho.

2.13. Por último, nos termos do n.º 4 do artigo 31.º do Código do Trabalho, “Sem prejuízo do disposto no número anterior, as licenças, faltas ou dispensas relativas à proteção na parentalidade não podem fundamentar diferenças na retribuição dos trabalhadores”.

2.14. Nesta linha de orientação, a entidade empregadora tem que aceitar, para efeitos de compensações/prémios de assiduidade, as licenças, dispensas, faltas previstas no âmbito da proteção da parentalidade, sob pena de constituir uma violação do princípio da igualdade.

2.15. Para assegurar o exercício destes direitos, a lei ordinária estabelece uma especial proteção à parentalidade e aos/às trabalhadores/as que se encontram no gozo dessas dispensas, licenças e ou faltas.

2.16. É doutrina unânime da CITE, que as ausências ao trabalho por motivo do gozo do direito das licenças no âmbito da proteção na parentalidade não determinam perda de quaisquer direitos e todas as liberalidades que gozaria são consideradas, para todos os efeitos legais como prestação efetiva.

2.17. A exclusão dos/das trabalhadores/as na atribuição de um prémio de assiduidade, porque se encontram a gozar a licença parental que a lei lhes concede, e que é um princípio previsto na Constituição da República Portuguesa – artigo 68.º, n.º 2 e 1, inserido no capítulo dos direitos e deveres fundamentais, que tratando-se a maternidade e a paternidade de “valores sociais eminentes” aos trabalhadores terá de ser reconhecido o “direito á proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insustentável ação em relação aos filhos” em relação ao exercício da

parentalidade, configura uma manifesta ilegalidade a atuação da entidade empregadora.

2.18. Este princípio está também estatuído no Código do Trabalho nos artigos 33.º e seguintes, e resulta, para além da previsão constitucional, de diversa legislação comunitária. Entre os vários direitos que são reconhecidos aos pais na defesa e proteção da maternidade e paternidade, encontram-se o direito à licença parental e o direito a não ser discriminado ou prejudicado pelo exercício desse direito.

2.19. A licença parental exclusiva do pai, que constitui uma das modalidades da licença parental inicial, prevista no artigo 43.º do Código do Trabalho, prevê que *é obrigatório o gozo pelo pai de uma licença parental de 15 dias úteis, seguidos ou interpolados, nos 30 dias seguintes ao nascimento do filho, cinco dos quais gozados de modo consecutivo.*

2.20. Sobre os efeitos destas licenças na relação laboral, estabelece o código do trabalho no art.º 65.º, n.º 1, al. c): *“ Não determinam perda de quaisquer direitos, salvo quanto à retribuição, e são consideradas como prestação efetiva de trabalho, as ausências ao trabalho resultantes de:*

C) Licença parental, em qualquer das modalidades.

2.21. De facto, este preceito que é imperativo e não pode ser afastado pelo entendimento da entidade empregadora quando esta defende que o prémio apenas é devido, como prémio, quando reunido o pressuposto da assiduidade.

2.22. As ausências ao trabalho resultantes do gozo de licença parental em qualquer das modalidades podem ser objeto de perda de retribuição, em virtude do sistema previdencial da segurança social assegurar a concessão de um subsídio parental durante o período de impedimento para o exercício da atividade laboral, conforme prevê o artigo 11.º do Decreto-lei n.º 91/2009, de 9 de abril, aplicando-se o mesmo

raciocínio ao prémio de assiduidade, cujo pagamento deverá ser proporcional aos dias que efetivamente o trabalhador exerceu funções.

2.23. Na verdade, o montante diário do subsídio parental que é calculado pela aplicação de uma percentagem ao valor da remuneração de referência do beneficiário, que tem por base o total das remunerações registadas (em que se integra a retribuição base e o prémio de assiduidade) dos primeiros seis meses civis que precedem o segundo mês anterior ao da data do facto determinante da proteção.

2.24. Isto significa, que os dias em que o beneficiário do subsídio parental prestou efetivamente o seu trabalho tem que ser integralmente remunerado pela entidade empregadora, seja na componente retribuição base (que não está em causa) seja na componente prémio de assiduidade, porquanto se afigura que em qualquer um dos casos se trata, de retribuição e que não foi paga na mesma proporção em que o foi a retribuição base.

III – CONCLUSÃO

3.1. Face ao exposto, a CITE emite parecer no sentido da entidade empregadora ..., pagar ao seu trabalhador ..., o prémio de assiduidade, que não foi pago na mesma proporção em que foi paga a retribuição base, por ter sido indevidamente descontado, em consequência das ausências do aludido trabalhador durante o período em que exerceu o seu direito ao gozo de licença parental.

3.2. A CITE delibera, também, enviar o presente parecer ao ACT – Autoridade para as Condições do Trabalho para os efeitos legais aplicáveis, caso esta Comissão não tenha conhecimento de que a situação em causa se encontra resolvida, nos trinta dias seguintes à receção deste parecer pela entidade empregadora.

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 29 DE MAIO DE 2019, CONFORME CONSTA DA RESPECTIVA ATA NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À MESMA ATA.