

PARECER n.º 536/CITE/2019

Assunto: Discriminação em função do sexo e da Maternidade
Processo n.º 952/QX/2019

I – OBJETO

- 1.1. A CITE recebeu em 07.02.2019, da trabalhadora ..., exposição conforme se transcreve:

De acordo com as indicações telefónicas, seguem os e-mails trocados com a representante do departamento de recursos humanos sobre a não atribuição na totalidade do bónus em 2017 e em 2018 pela empresa na sequência de ter estado de baixa de gravidez de risco e, posteriormente, de licença de parentalidade. Autorizo a CITE a intervir junto da entidade empregadora.

“E-mail dia 28.01.2019:

Por motivos de processamento salarial e processos internos de trabalho aqui, só nos é possível responder-lhe hoje. Em relação aos seus comentários abaixo, vimos por este meio esclarecer que o bónus não é retribuição, mas não é por isso que a sua liquidação foi incorretamente calculada. Aliás, mais uma vez salientamos que, não sendo o bónus retribuição, a empresa tem ampla liberdade para estabelecer, nomeadamente, as regras da sua atribuição. Ora, conforme as regras atualmente em vigor entre outras, as ausências seguidas iguais ou superiores a 30 dias seguidos afetam proporcionalmente o valor do

bónus, o valor do seu bónus foi calculado proporcionalmente, não havendo por isso qualquer “lapso”. As mesmas regras aplicaram-se aos seus colegas, não havendo por isso discriminação. Por outro lado, não há qualquer prejuízo a um “direito” seu, pois o que está em causa é o cálculo do bónus antes de ser devido, a não uma redução do bónus após o seu valor ter sido fixado, pelo que também neste aspeto não tem razão.”

“E-mail dia 28.01.2019:

Questionei as entidades competentes sobre este assunto e de acordo com o artigo 65, ponto 1 do código de trabalho deve ter havido, efetivamente, um lapso da vossa parte, uma vez que a atribuição de bónus é feita a todos os trabalhadores e não é retribuição. Questionei também os meus colegas e o facto de este bónus não ter sido sujeito a proporcionalidade a quem apresentou baixas por doença própria, licenças de casamento ou, inclusivamente, licença de parentalidade paterna, leva-me a crer que não me terem atribuído a totalidade se tratou de algum tipo de mal-entendido. Acredito que deva ter sido lapso pois não acredito que me tenham discriminado voluntariamente a) por ter estado de baixa de gravidez de risco, b) por ter sido mãe, c) por ser mulher. Posto isto, agradeço que esclareça e resolva o lapso em relação aos bónus de 2017 e de 2018 que me foram pagos apenas parcialmente, sendo que ambos deviam ter sido concedidos na totalidade.”

“E-mail dia 26.12.2018:

Em relação às regras internas sobre atribuição de bónus, são as que abaixo indiquei. Não houve qualquer lapso da nossa parte. São regras

*internas que estão assim estipuladas. A licença de parentalidade corresponde a tempo efetivo de trabalho (esta sua afirmação está correta se se reportar à Lei Geral de Trabalho portuguesa e a alguns artigos nela mencionados, por exemplo para efeitos de Subsídio de Natal o mesmo e proporcional ao tempo real trabalhado). O bónus atribuído pela ... é voluntário (não é Lei Geral de Trabalho) e não confere qualquer direito no futuro ao mesmo (a empresa pode a qualquer momento parar com esta atribuição) **tendo as suas próprias regras que são inteiramente da responsabilidade e decisão da empresa, como lhe escrevi anteriormente é proporcional ao tempo real trabalhado por decisão da mesma.** Espero ter esclarecido.”*

“E-mail dia 26.12.2018:

Peço desculpa se não me fiz entender. Gostaria de saber a que períodos específicos de tempo se reporta o proporcional. Como certamente saberá, a licença de parentalidade corresponde a tempo efetivo de trabalho e penso que, provavelmente por lapso, não terá contemplado esse período. Agradeço desde já a disponibilidade em responder. Com os melhores cumprimentos”

“E-mail dia 26.12.2018:

O Incentivo Especial Único (bónus) é proporcional ao tempo real trabalhado entre 01/01/2018 a 31/1/2018.

Uma vez que não está especificado no recibo, gostaria de saber a que períodos de tempo se reporta o Incentivo Especial Único. “

“E-mail dia 26.12.2018:

Junto enviamos o seu recibo de vencimento do mês corrente. Com os melhores cumprimentos”

1.2. Após a devida autorização da trabalhadora e por ofício de 26/03/2019, a CITE procedeu ao contraditório, tendo contactado a entidade empregadora e solicitado informação sobre a exposição da trabalhadora recebida nesta Comissão.

1.3. Em 26.07.2019, a referida entidade empregadora respondeu à CITE a sua resposta, nos seguintes termos:

“Está em causa um incentivo que é decidido anualmente, em Assembleia Geral, e cujo valor varia, entre outros fatores, do tempo de trabalho efetivo de cada trabalhador. O benefício é proporcional ao tempo de trabalho de cada trabalhador no ano a que se refere o prémio, tendo em conta dois fatores: (i) a data de entrada ao serviço da empresa; (ii) ausências seguidas iguais ou superiores a 30 dias. Considerou-se este período razoável, pois regra geral só as ausências seguidas superiores a 1 mês determinam a suspensão do contrato. Não está em causa a perda de um benefício, mas condições da sua aquisição, e os critérios são comuns a homens e a mulheres, tendo por referência ausências iguais ou superiores a 30 dias, no total. As dispensas para consulta pré-natal, amamentação ou aleitação não são consideradas ausências. No contexto descrito, entende-se que a empresa não praticou discriminação em função da parentalidade, pois a licença em situação de risco clínico e a licença parental, qualquer que seja a modalidade desta, não são consideradas prestação efetiva de trabalho para efeitos de retribuição (art. 65 n. 1 do CT). A duração das licenças por risco clínico e parental também não conta para efeitos de

estágio, ação ou curso de formação (artigo. 65 n.º 34 al. b) do CT), e apenas as dispensas para consulta pré-natal, amamentação ou aleitação são consideradas para todos os efeitos como prestação efetiva de trabalho (artigo 65 n. 2 do CT). Por outro lado, o artigo 65 n.º 1 do CT utiliza um conceito lato de retribuição, que se reporta à retribuição em sentido estrito [a contrapartida do trabalho ou da disponibilidade para o trabalho], mas também a outras prestações, atribuídas com outros fundamentos, que podem não constituir retribuição [V. subsídio de alimentação e abono para falhas]. Aliás, não faria muito sentido as ausências não serem consideradas prestação de trabalho para efeitos de retribuição, e serem no para outras prestações, que nem sequer beneficiam das mesmas garantias legais de que beneficia a retribuição [V. artigos. 129 n.º 1 al. d), 273, 279 e 324 do CT]. A Constituição refere que as mulheres têm direito a especial proteção durante a gravidez e após o parto, tendo direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda de retribuição ou quaisquer regalias, e que competirá à lei regular 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 (artigo 68.º n.º8 3 e 4). A norma constitucional não exige que a “remuneração” seja suportada pelo empregador, remetendo-se para o legislador ordinário a definição de quem suportará esse encargo e em que termos. Ora, como se disse, a lei refere expressamente que o gozo dessas licenças não é trabalho efetivo para efeitos de retribuição, pelo que esta não é devida; em substituição, as trabalhadoras terão direito a um subsídio, a suportar pela Segurança Social (art. 34 do CT; D.L. n.2 91/2009). Assim, não havendo trabalho por motivo de maternidade/paternidade, a manutenção dos direitos do trabalhador decorrentes do que seria essa prestação de trabalho constitui uma imposição imposta não ao empregador, mas sim à

Segurança Social, através de um subsídio que se destina, precisamente, a compensar total ou parcialmente essa perda. Foi essa a opção do legislador. É o legislador quem define as remunerações sujeitas a contribuições, que incluem prestações retributivas como de outra natureza (arts. 44 a 48 do Código Contributivo), como também é o legislador quem define a fórmula de cálculo do subsídio (arts. 27 a 38 do D.L. n.2 91/2009), pelo que na ausência de subsídio da Segurança Social, que cubra totalmente a perda de rendimentos, não é o empregador quem tem de suportar a diferença. É o que atualmente sucede, mesmo em relação a remunerações registadas, pois além de só serem consideradas as remunerações dos primeiros 6 dos últimos 8 meses (artigo 28 do D.L. 91/2009), a percentagem aplicada ao valor da remuneração de referência não corresponde sempre a 100% (artigos. 30, 33 e 35 a 37 do D.L. n. 91 /2009). Ou seja, mesmo em relação a remunerações registadas, o subsídio pago pela Segurança Social poderá não corresponder, nem tem de corresponder, totalmente à perda de rendimentos de trabalho, e o empregador não tem de suportar a diferença. O mesmo raciocínio se aplica, por maioria de razão, em relação a prestações não sujeitas a incidência contributiva, desde logo por estar em causa uma opção de o legislador nesse sentido. Por exemplo, anteriormente o subsídio de refeição não estava sujeito a incidência contributiva, e atualmente apenas está em parte, e quer antes quer atualmente esse subsídio não tem de continuar a ser pago durante a licença parental. Não seria coerente, juridicamente, que mera opção legal no âmbito do regime de segurança social afetasse o âmbito das obrigações dos empregadores e trabalhadores, no âmbito da relação laboral. Tanto assim é que a lei prevê a atribuição de prestações compensatórias dos subsídios de férias, de Natal ou "outros de natureza análoga" no caso de o trabalhador não ter direito ao pagamento desses

subsídios, no todo ou em parte, e o impedimento seja igual ou superior a 30 dias (artigo 212-A do D.L. n.2 91 /2009), e que corresponde a 80% da importância que o trabalhador deixa de receber (artigo 37-A do D.L. n. 91/2009). Acresce ainda que, no que respeita especificamente a igualdade quanto à retribuição, é estabelecido que não constituem discriminação as diferenças que assentem “em critérios objetivos, comuns a homens e mulheres, nomeadamente, baseados em mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade”, regime que se aplica igualmente no âmbito da parentalidade (artigo 31 nos 3 e 4 do CT). É o caso. Por último, neste aspeto parece-nos relevante referir que a licença parental exclusiva da mãe, de gozo obrigatório, é de 6 semanas, pelo que o gozo de um período mais prolongado é uma escolha, que pode ser partilhado entre mãe e pai (artigos. 40 n.º 1 e 41 n.º 2 do CT). Assim, não assiste razão à trabalhadora ... e, conseqüentemente, não há por isso igualmente lugar às regularizações solicitadas pela mesma.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. A Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5.07.2006 alude à construção jurisprudencial do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional. De acordo com os considerandos 23 e 24 da referida Diretiva é expressamente referido que: “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. (...)”. 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.

2.2. Em sintonia com o princípio comunitário da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres, o artigo 59.º, n.º 1, alínea b) da Constituição da República Portuguesa, reconhece o direito a todos os/as trabalhadores/as a organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar, e o artigo 68.º, n.ºs 3 e 4 da Constituição da República Portuguesa preconiza o direito das mulheres 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 da retribuição ou de quaisquer regalias, regulando a lei a atribuição, às mães e aos pais, de direitos de dispensa de trabalho por período adequado, de acordo com os interesses da criança e as necessidades do agregado familiar.

2.3. 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 dos fatores sexo ou situação familiar, conforme prevê o n.º 1 do artigo 24.º do Código do Trabalho, cabendo ao empregador, nos termos dos n.ºs 5 e 6 do artigo 25.º do Código do Trabalho, provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer fator de discriminação no acesso ao trabalho ou à formação profissional ou nas condições de trabalho, nomeadamente por motivo faltas para assistência a menores.

2.4. Por seu turno, dispõe o n.º 4 do artigo 31.º do Código do Trabalho, que “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”.

- 2.5. Ora, nesta linha de orientação, é de referir que as entidades empregadoras devem aceitar, para efeitos de retribuição, as licenças, dispensas e faltas previstas no âmbito da proteção da parentalidade, sob pena de se verificar uma violação do princípio da igualdade.
- 2.6. É também o que resulta do n.º 2 do artigo 65.º do Código do Trabalho, onde se estabelecem as ausências que **“não determinam perda de quaisquer direitos, e são consideradas como prestação efetiva de trabalho”**.
- 2.7. Para assegurar o exercício dos direitos, sem quaisquer constrangimentos, a lei ordinária estabelece uma especial proteção à parentalidade e aos/às trabalhadores/as, designadamente quando se ausentam por motivos relacionados com a parentalidade.
- 2.8. Assim, encontrando-se o empregador proibido de praticar discriminação direta ou indireta, não podem constituir fundamento as diferenciações de tratamento assentes em critérios distintivos em função do mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade dos/das trabalhadores/as as licenças, faltas e dispensas relativas à proteção na parentalidade e, por maioria de razão, não podem os/as trabalhadores/as ser penalizados/as nas condições de trabalho, designadamente a nível de retribuição, ou no posto de trabalho que ocupam sendo-lhes retiradas funções que o/a prejudiquem a qualquer nível.
- 2.9. De recordar que, nos termos da lei fundamental, a maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes e que a sociedade e o

Estado devem proteger os pais e as mães 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, sendo ainda certo que a Constituição vai mais longe, ao determinar que as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono e de discriminação.¹

2.10. No caso em análise, afigura-se que a entidade empregadora, admite, que não atribuiu o prémio em causa, em virtude de considerar: " ... tendo as suas próprias regras que são inteiramente da responsabilidade e decisão da empresa, como lhe escrevi anteriormente é proporcional ao tempo real trabalhado por decisão da mesma."

2.11. No entanto, este argumento, limitador do direito à maternidade, não colhe, qualquer cabimento em qualquer legislação, sobre estas matérias, o que vigora é precisamente o contrário, e assim o atesta o artigo 65.º do Código do Trabalho, ao prever que o tempo de ausência por licenças, faltas e dispensas, seja considerado, tempo efetivo de trabalho, decorrendo daí que, está o empregador proibido de praticar discriminação direta ou indireta, não podem constituir fundamento as diferenciações de tratamento assentes em critérios distintivos em função do mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade dos/das trabalhadores/as as já referidas licenças, faltas e dispensas relativas à proteção na parentalidade e, por maioria de razão, não podem os/as trabalhadores/as ser penalizados/as nas condições de trabalho, designadamente a nível de retribuição, ou no

¹ Cfr. artigos 68.º e 69.º da CRP

posto de trabalho que ocupam sendo-lhes retiradas funções que o/a prejudiquem a qualquer nível.

2.12. A entidade empregadora faz um a leitura errada da previsão do artigo 65.º n.º 1 do código do Trabalho, ao referir que: "*As dispensas para consulta pré-natal, amamentação ou aleitação não são consideradas ausências. No contexto descrito, entende-se que a empresa não praticou discriminação em função da parentalidade, pois a licença em situação de risco clínico e a licença parental, qualquer que seja a modalidade desta, **não são consideradas prestação efetiva** de trabalho para efeitos de retribuição (art. 65 n. 1 do CT.*" Sucede que com esta interpretação, a entidade empregadora, não percebeu o alcance vertido na norma. Porque efetivamente, o que se diz na norma é que essas ausências elencadas no referenciado artigo, são consideradas como prestação efetiva de trabalho. Colidindo assim, com os argumentos da empresa apara a não atribuição do incentivo, à ora queixosa,

2.13. Assim, o tempo de ausência da trabalhadora, devidamente comprovado e que a entidade empregadora não contesta, deverá ser considerado pela mesma, como tempo efetivo de trabalho, dando-lhe assim o direito de usufruir do incentivo, como a mesma requereu diversas vezes junto da entidade empregadora.

2.14. A entidade empregadora ao excluir a trabalhadora, tendo por base, a ausência em virtude da maternidade, está a ter com a mesma uma prática discriminatória direta em razão da parentalidade porquanto a trabalhadora está a ser sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que lhe seria dado caso não tivesse que estar ausente para ter e cuidar do seu filho, impedindo-a, de ter acesso a um incentivo, como os demais pares, como já verificamos. A lei proíbe estas práticas e penaliza-as.

III – CONCLUSÃO

Em face do que antecede, a CITE é de parecer que:

- 3.1. A entidade empregadora, pratica discriminação direta em razão do sexo e da maternidade da trabalhadora ..., violadora do disposto no n.º 1 do artigo 24.º, em consonância com o previsto na alínea c) do n.º 2 do mesmo artigo e do artigo 65.º n.º 1 al. c) ambos do Código do Trabalho, em virtude de não lhe ter sido atribuído o bónus na totalidade referente ao ano de 2017/2018, período de tempo que esteve a gozar a licença por baixa de risco clínico seguida de licença parental inicial, que constitui contraordenação muito grave, de acordo com o n.º 7 do referido normativo legal.
- 3.3. Deve a entidade empregadora regularizar a situação à trabalhadora, no prazo máximo de 10 dias úteis, contados a partir da receção do presente parecer.
- 3.4. Sem embargo de outros efeitos, e de acordo com o artigo 28.º do Código do Trabalho, a prática de ato discriminatório lesivo da trabalhadora confere-lhe o direito a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais do direito.
- 3.5. De acordo com o previsto na alínea g) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março em conjugação com o n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, cumpre comunicar à Inspeção Geral do Trabalho (ACT) o presente parecer uma vez que o mesmo conclui pela existência de prática laboral discriminatória em razão do sexo e da maternidade.

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 25 DE SETEMBRO DE 2019, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENCAS ANEXA À REFERIDA ATA.