

PARECER N.º 122/CITE/2020

Assunto: Discriminação em função do sexo – Violação do direito à Igualdade de tratamento no trabalho no que se refere ao acesso a carreiras profissionais, nos termos do artigo 24.º do Código do trabalho

Processo n.º 5315-QX/2019

I – OBJETO

1.1. A CITE recebeu em 11.12.2019, uma queixa apresentada pelas trabalhadoras ..., ..., ..., ..., ... e ... nos termos que se transcrevem:

*"(...) Excelentíssimos Senhores,
Somos ... na empresa*

*Saimos na Lista ... de Promoção para ... (a promoção é por antiguidade),
mas fomos excluídas da Lista ... por motivos de proficiência.*

*O cálculo da proficiência é feito através da realização de 75% da média
anual de ... realizadas pelos ... da mesma função e equipamento.*

*Ao questionar o Departamento de Recursos Humanos da Empresa,
tomámos conhecimento que para o cálculo não foi considerado o gozo
da licença parental alargada, pelo que não atingimos a proficiência
exigida.*

*Em anexo enviamos como prova dos factos, cópia do e-mail em que a
Entidade Empregadora justifica a não contabilização da licença
alargada para o cálculo da proficiência.*

*No seguimento do pedido de parecer jurídico solicitado à CITE por ... a
18/10/2019, o qual foi enviado pela trabalhadora à Empresa não*

obtendo qualquer resposta da mesma, vimos por este meio apresentar queixa junto desta comissão.

Apresentamos queixa da Entidade Empregadora ..., com sede ..., inscrita com o NIF ...

Apresentam queixa as seguintes trabalhadoras:

..., CC (...), NIF (...);

Deste modo, autorizamos expressamente a CITE a contactar a Entidade Empregadora e a Entidade com competência Inspetiva sobre esta questão.

Com os melhores cumprimentos, (...)".

1.2. Perante a queixa apresentada, por ofício datado de 19.12.2019 e recebido pela entidade empregadora em 23.12.2019, a CITE em obediência ao princípio do contraditório solicitou à entidade empregadora que se pronunciasse sobre o assunto, remetendo um ofício com transcrição da queixa.

1.3. O ofício da CITE, não mereceu, até à presente data, qualquer resposta da entidade empregadora.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. Nos termos do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março, diploma que aprova a Lei Orgânica da CITE, a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego é a entidade que tem por missão prosseguir a igualdade e a não discriminação entre homens e mulheres no trabalho, no emprego e na formação profissional e colaborar na aplicação de disposições legais e convencionais nesta matéria, bem 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.

2.2. A alínea a) do artigo 3.º do referido Decreto-Lei, dispõe que compete à Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, no âmbito das suas funções próprias e de assessoria, emitir pareceres em matéria de igualdade e não discriminação entre mulheres e homens no trabalho e no emprego, sempre que solicitados pelo Serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área laboral, pelo tribunal, pelos ministérios, pelas associações sindicais e de empregadores, pelas organizações da sociedade civil, por qualquer pessoa interessada, ou ainda por iniciativa própria.

2.3. E, nos termos da alínea f) do artigo 3.º do mesmo diploma, compete à CITE: “Apreciar as queixas que lhe sejam apresentadas ou situações de que tenha conhecimento indiciadoras de violação de disposições legais sobre igualdade e não discriminação entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional, proteção da parentalidade e conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal”.

2.4. A igualdade entre homens e mulheres é um princípio fundamental da União Europeia. Em conformidade com o parágrafo segundo do n.º 3 do artigo 3.º do Tratado da União Europeia (TUE), a promoção da igualdade entre os homens e as mulheres é um dos objetivos da União Europeia.

2.5. O n.º 1 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia vem estabelecer que a União Europeia reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, atribuindo-lhe o mesmo valor jurídico dos Tratados.

2.6. E, prevê a carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no seu artigo 23.º que *“Deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração.*

O princípio da igualdade não obsta a que se mantenham ou adotem medidas que prevejam regalias específicas a favor do sexo sub-representado”.

2.7. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) dispõe no seu artigo 8.º que a União, na realização de todas as suas ações, tem por objetivo eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres, mais dispondo alínea i) do n.º 1 do artigo 153.º que *“A fim de realizar os objetivos enunciados no artigo 151.º, a União apoiará e completará a ação dos Estados-Membros nos seguintes domínios: (...) (i) Igualdade entre homens e mulheres quanto às oportunidades no mercado de trabalho e ao tratamento no trabalho”.*

2.8. A Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5.07.2006 alude ao princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao acesso ao emprego e no emprego, nos considerando 19, 23, 24 e 25 que expressamente referem o seguinte:

“Garantir igualdade de acesso ao emprego e à formação profissional pertinente é fundamental para a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de emprego e de trabalho. Qualquer exceção a este princípio deve circunscrever-se às atividades profissionais que implicam o emprego de uma pessoa de um determinado sexo por razões da sua natureza ou do contexto no qual são realizadas, desde que o objetivo prosseguido seja legítimo e conforme com o princípio da proporcionalidade.”

(...)

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.”.

“Por razões de clareza, é oportuno também consagrar expressamente a proteção dos direitos das mulheres em licença de maternidade no emprego, principalmente no que respeita ao direito de retomar o mesmo posto de trabalho ou um posto de trabalho equivalente, sem qualquer

desvantagem nos respetivos termos e condições em resultado do usufruto dessa licença, bem como a beneficiar de quaisquer melhorias nas condições de trabalho a que teriam direito durante a sua ausência.”.

2.9. A Diretiva 2019/1158/EU do Conselho, de 20 de junho, que revogou a Diretiva 2010/18/EU do Conselho, de 8 de março de 2010, com efeitos a partir de 11 de julho de 2019, aplica o Acordo-Quadro revisto sobre licença parental, reforça que *“os regimes de licença destinam-se a apoiar os trabalhadores que são progenitores e cuidadores durante um período específico e têm por objectivo manter e promover a continuidade da ligação ao mercado de trabalho”* e consagra a protecção *“do direito dos trabalhadores a retomarem o mesmo posto de trabalho ou um posto equivalente após terem gozado tal licença e o direito a não sofrer qualquer desvantagem nos termos e condições do seu contrato de trabalho ou da relação de trabalho, em resultado da sua licença. Os trabalhadores deverão conservar os direitos pertinentes já adquiridos ou, em fase de aquisição, até ao termo da referida licença.”* (Considerando 38).

2.10. No âmbito do ordenamento Jurídico Português, e em sintonia com os princípios comunitários, prevê o artigo 13.º, da Constituição da República Portuguesa (CRP), o princípio fundamental da igualdade, princípio estruturante do Estado de Direito democrático, impetrando o tratamento igual do que é igual e o tratamento diferenciado do que é diferente, concretizando-se em dois vetores, designadamente, a proibição do arbítrio legislativo e a proibição da discriminação.

2.11. O n.º 1 do artigo 68.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), consagra que os pais e às mães têm direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional.

O seu n.º 3, reconhece às mulheres trabalhadoras o direito a especial protecção durante a gravidez e após o parto, incluindo a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda de retribuição ou de quaisquer regalias. Já o n.º 4, estabelece que a lei regula 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.

2.12. Como corolário das disposições comunitárias e constitucionais, mormente o n.º 2 do artigo 68.º da CRP, o artigo 33.º do Código do Trabalho, consagra a Maternidade e a Paternidade como valores sociais eminentes.

2.13. Paro o efeito, o Código do Trabalho, na redação conferida pela Lei n.º 120/2015, de 1 de setembro e pela Lei n.º 90/2019, de 04 de setembro, materializa os princípios e normas que regulam a proteção da parentalidade - artigos 33.º a 65.º e estabelece as disposições gerais sobre igualdade e não discriminação, nos artigos 23.º a 32.º.

2.14. Neste sentido, a licença parental complementar, em qualquer das modalidades, é um direito atribuído que materializa a proteção na parentalidade – artigo 35.º n.º 1 alínea e) do Código do Trabalho.

2.15. Nos termos do n.º 1 do artigo 51.º do Código do Trabalho, o pai e a mãe têm direito, para assistência a filho/a ou adotado/a com idade não superior a seis anos, a licença parental complementar, nomeadamente, na modalidade de licença parental alargada, por três meses.

2.16. De acordo com o artigo 65.º n.º 1 alínea e) do Código do Trabalho, a licença parental complementar, em qualquer das modalidades, não implica a perda de quaisquer direitos, salvo quanto à retribuição, e é considerada como prestação efetiva de trabalho.

2.17. O artigo 24.º do Código do Trabalho relativo ao Direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho estabelece que:

“1- O trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, (...) sexo (...).”

2.18. Ora, nos termos do artigo 23.º do Código do Trabalho, a discriminação pode ser considerada direta ou indireta. Com efeito considera-se 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. Por discriminação indireta, entende-se, 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 obviamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários.

2.19. Salienda-se ainda, o aditamento do artigo 35º-A ao Código do Trabalho, introduzido pela Lei nº 90/2019, de 4 de setembro, que proíbe qualquer forma de discriminação em função do exercício pelos trabalhadores dos seus direitos de maternidade e paternidade. O mesmo artigo esclarece que se incluem na proibição, as discriminações remuneratórias relacionadas com a atribuição de prémios de assiduidade e produtividade, bem como afetações desfavoráveis em termos de progressão de carreira.

2.20. Como já se viu, o Princípio da Igualdade está consagrado em vários textos da legislação nacional e comunitária, concretizando a igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho.

2.21. Neste sentido, considera-se pertinente reforçar que o Princípio da Igualdade prevê o tratamento igual do que é igual e o tratamento diferenciado do que é diferente, assentando numa perspetiva negativa e restritiva, afirmando a proibição do arbítrio legislativo e da discriminação.

2.22. Assim, quanto à proibição do arbítrio legislativo, o Princípio da Igualdade determina que ninguém pode ser prejudicado ou beneficiado nos seus direitos ou deveres de forma arbitrária ou não fundamentada. Quanto à proibição da discriminação, a mesma envolve um juízo de desvalor e de censura relativamente a determinadas práticas que se traduzem no tratamento desvantajoso conferido a trabalhadores/as ou candidatos/as a emprego em função de certos elementos categoriais. Assim, o que está em causa na proscricção da discriminação não é o tratamento diferenciado em si, mas antes a irrazoabilidade da sua motivação e/ou a ausência de motivos que a justifiquem.

2.23. Nesta senda, o apuramento da prática discriminatória realiza-se casuisticamente, segundo juízos de razoabilidade, atendendo à finalidade e aos motivos que determinaram a atuação do empregador e segundo critérios de adequação e de proporcionalidade.

2.24. Sucede, porém, que a diferença de tratamento poderá ser vista como uma medida de ação positiva, relacionando-se, conseqüentemente com o regime do artigo 27º do Código do Trabalho.

2.25. O que está em causa é a eliminação de discriminações irrazoáveis, arbitrárias e injustificadas, isto é, aquilo que o princípio da igualdade impõe é a inexistência de práticas discriminatórias lesivas.

2.26. Com efeito, importa ainda referir que, nos termos do n.º 5 do artigo 25.º do Código do Trabalho, incumbe ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer fator de discriminação.

2.27. Assim sendo, é dever da entidade empregadora afastar quaisquer indícios de discriminação por motivo de proteção na parentalidade.

2.28. Acresce mencionar que nos termos do artigo 28.º do Código do Trabalho, a prática de ato discriminatório lesivo de trabalhador/a ou candidato/a a emprego confere ao trabalhador/a o direito a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais de direito.

III - O CASO CONCRETO

3.1. No caso em apreço, as trabalhadoras queixosas apresentam queixa contra a entidade empregadora, por se sentirem discriminadas em função do sexo, em virtude do gozo do direito à licença parental complementar na modalidade de Licença parental alargada, por três meses – Cfr. alínea a) do n.º 1 do artigo 51.º do CT, referindo em suma, que não foram incluídas na lista ... de promoção para ..., que tem como critério, a antiguidade, por motivos de proficiência.

3.2. Como esclarecem as trabalhadoras, o cálculo de proficiência é feito através da realização de 75% da média anual de horas de voo realizadas pelos ... da mesma função e equipamento, sendo que, para o cálculo das trabalhadoras queixosas, o período de usufruto da licença parental alargada, não foi incluído para efeitos do referido cálculo.

3.3. Ora, como já vimos, reza o 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 resultantes de:*

e) licença parental complementar, em qualquer das modalidades; (...).”

3.4. Assim, pretendeu o legislador equiparar as ausências pelo gozo de licença parental complementar à prestação efetiva de trabalho, criando uma ficção normativa que permite atingir tal designio.

3.5. Com efeito, a entidade patronal apenas poderá deixar de considerar estas ausências para efeitos de retribuição, no caso das ausências previstas no n.º 1 do artigo 65.º do Código do Trabalho, mormente a licença parental complementar, o que se justifica pelo facto de o/a trabalhador/a ter o rendimento deste período garantido pelo subsídio da Segurança Social, mas não pode deixar de considerar tais ausências para efeitos de promoção, prémios de assiduidade ou produtividade ou avaliação do/a trabalhador/a.

3.6. Com efeito, tendo em consideração o enquadramento normativo suprarreferido, os factos alegados pelas trabalhadoras e a ausência de resposta da entidade empregadora, conclui-se que o empregador, não justificou, como lhe competia, que o comportamento que lhe é imputado, ou não é verdadeiro, ou não assentou em qualquer fator de discriminação.

3.7. Neste sentido, é de entender que a não inclusão das trabalhadoras na lista ... de promoção para ... em virtude do exercício da licença parental complementar, constitui uma discriminação direta no que respeita à igualdade de tratamento no trabalho, no que se refere ao acesso a carreiras profissionais, nos termos das disposições conjugadas da alínea a) do artigo 23.º, n.º 1 e alínea b) do n.º 3 do artigo 24.º, do n.º 1 e 6 do artigo 25.º, do artigo 35.º - A e da alínea e) do n.º 1 do artigo 65.º, todos do Código do Trabalho.

III – CONCLUSÃO

4.1. Existir prática discriminatória direta em função do sexo, praticada pela entidade empregadora, violadora do direito à igualdade de tratamento no trabalho no que se refere ao acesso a carreiras profissionais, em virtude da não inclusão das trabalhadoras ..., ..., ..., ..., ... e ... na lista ... de promoção para ..., por motivo de ausência por usufruto de licença parental complementar.

4.2. De acordo com o previsto na alínea h) 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 Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT) o presente parecer uma vez que o mesmo conclui pela existência de prática laboral discriminatória em razão do sexo.

4.3. 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.

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 19 DE FEVEREIRO DE 2020, CONFORME CONSTA DA RESPECTIVA ATA NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À MESMA ATA.