

PARECER N.º 523/CITE/2020

Assunto: Discriminação em função do sexo – Violação do direito à igualdade de condições de trabalho, nos termos do artigo 24.º e 31.º do Código do Trabalho
Processo n.º 1056-QX/2020

I – OBJETO

1.1. A CITE recebeu em 06.02.2020, uma queixa apresentada pela trabalhadora ..., nos termos que se transcrevem:

“Assunto: Pedido de análise de queixa e emissão de parecer relativos a corte na remuneração base por parte da entidade empregadora ...

..., funcionária da entidade empregadora ..., vem solicitar a atenção de V. Exas. para os factos que passa a expor:

A signatária é funcionária da entidade empregadora ..., presentemente com a categoria de ... a exercer funções de ...;

A referida categoria foi-lhe atribuída em 01/07/2013, à qual correspondia, à data, uma remuneração base de 1.000,00€, sendo que a partir de 01/07/2019 essa remuneração base passou a situar-se em 1.175,00€ (cfr. Ficha individual de trabalhador que junta);

Aos 02/07/2019, a signatária apresentou à entidade empregadora um pedido de prestação de trabalho em regime de horário flexível, vindo a ser notificada, aos 29/07/2019, da intenção de recusa;

Na sequência do envio do processo à Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, essa Comissão emitiu parecer desfavorável à intenção de recusa da

entidade empregadora, relativamente ao pedido de trabalho em regime de horário flexível, concluindo que a entidade empregadora deveria proporcionar à signatária condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, devendo facilitar essa mesma conciliação na elaboração dos horários de trabalho (vd. Parecer n.º 468/CITE/2019, Processo n.º 3073-FH/2019).

Aos 04/12/2019, a signatária foi notificada (cfr. carta que junta) pela entidade patronal, da concessão de horário flexível a partir de 24/09/2019, horário esse que, na prática, foi acordado e passou a usufruir logo após a entidade patronal ter sido notificada do Parecer suprarreferido; Aos 06/12/2019, a signatária foi notificada pela entidade patronal (cfr. carta que junta), da suspensão de isenção de horário de trabalho, que teria como base um acordo de isenção de horário de trabalho celebrado com a signatária a 01/01/2014, comunicando ainda que o mesmo ficaria suspenso a partir de 09/12/2019, considerando a entidade patronal que deixa de ser aplicável a atribuição do subsídio de isenção de horário de trabalho, face à atribuição temporária de um horário de trabalho ajustado às suas necessidades atuais, mais informando que o acordo de isenção de horário de trabalho retomarás os seus efeitos se, e quando, cessar a vigência da limitação de horário de trabalho acordado;

Em consequência desta decisão da entidade patronal, a partir de 09/12/2019 a signatária passou a ter um vencimento base de 940,00€ (cfr. Ficha individual de trabalhador que junta);

Aos 06/12/2019, a signatária solicitou ao seu gestor de recursos humanos, via eletrónica, cópias de contrato de trabalho, de cadastro e de acordo de isenção de horário, reiterando esse mesmo pedido, pela mesma via, aos 26/12/2019, sendo que apenas o cadastro (ficha individual de trabalhador) lhe foi entregue;

Nestes termos, aos 09/01/2020, a signatária solicitou os documentos em falta diretamente ao departamento de recursos humanos da entidade empregadora, tendo-lhe, por carta datada de 16/01/2020, sido informada que, por motivos alheios à empresa, não foi possível localizar a documentação solicitada, designadamente o contrato de trabalho e o acordo de isenção de horário de trabalho, não sendo, conseqüentemente, o envio da mesma, comprometendo-se ao envio imediato caso a referida documentação venha a ser encontrada;

Ora, se por um lado é no mínimo estranho que a empresa não consiga localizar o contrato de trabalho, por outro, não é de estranhar que não consiga localizar o acordo de isenção de horário, porquanto a signatária nunca efetuou qualquer acordo de isenção de horário, escrito ou verbal, com a entidade patronal, nem nunca foi informada que o aumento salarial devido à promoção da função de secretária de loja para a função de adjunta de loja seria pago em forma de isenção de horário.

Nesta medida, a signatária está a ser gravemente lesada em virtude do corte arbitrário efetuado no seu salário base pela entidade patronal, corte esse fundamentado na suspensão de um suposto acordo de isenção de horário que não existe, além de que, continua a exercer precisamente a mesma função que exercia antes de 09/12/2019, mas com vencimento base inferior.

Pelo exposto, vem a signatária solicitar a intervenção da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, no sentido de que a entidade patronal venha a repor a situação salarial verificada antes do dia 09/12/2019.

Agradecendo antecipadamente a atenção de V. Exa., apresento os meus melhores cumprimentos (...).

1.2. Perante a queixa apresentada, em obediência ao princípio do contraditório, a CITE através de ofício n.º 619/2020 datado de 04.03.2020, solicitou à entidade empregadora que se pronunciasse, nos termos que se transcrevem:

"(...) A Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE) 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 - artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março.

No âmbito das suas competências esta Comissão aprecia 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.

A CITE recebeu exposição da trabalhadora ..., cujo conteúdo se transcreve em cumprimento do princípio do contraditório nos termos autorizados pela trabalhadora:

(Ponto 1.1 do presente parecer)

Face ao teor da exposição supratranscrita, cumpre informar e solicitar o seguinte:

Em virtude dos constrangimentos da conciliação da atividade profissional com a vida pessoal, o Código do Trabalho na alínea p) do artigo 35.º do Código do Trabalho, doravante CT, estabelece que a proteção da parentalidade, se materializa, nomeadamente através do direito ao gozo de trabalho em regime de horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares.

Com efeito, os artigos 56.º e 57.º do CT estabelecem que para harmonização e compatibilização de horários (profissionais e familiares), pode o/a trabalhador/a solicitar à entidade empregadora a atribuição de um horário flexível.

No caso concreto, a trabalhadora queixosa solicitou a prestação de trabalho em regime de horário flexível, que foi autorizada por força do Parecer n.º 468/CITE/2019.

Refere a trabalhadora que em consequência do usufruto do direito a trabalhar em regime de horário flexível, lhe foi comunicado pelo empregador que o acordo de isenção de horário de trabalho celebrado em 01.01.2014 seria suspenso.

Acrescenta a trabalhadora ora queixosa que em consequência dessa decisão da entidade empregadora, foi prejudicada na sua retribuição mensal.

Assim, considerando que a trabalhadora alega que nunca celebrou qualquer acordo de isenção de horário, afigura-se que a penalização retributiva em virtude do

gozo do direito a trabalhar em regime de horário flexível, pode consubstanciar uma prática discriminatória em função da parentalidade.

Nestes termos, dispõe o n.º 1 do artigo 24.º do Código do Trabalho (CT), relativo ao direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho determina 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, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, identidade de género, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos".

Neste sentido, atendendo à informação prestada e de molde a afastar os indícios de discriminação invocados pela trabalhadora, recomenda-se a junção da seguinte informação/documentação:

- Contrato de trabalho da trabalhadora queixosa;*
- Acordo de Isenção de Horário de Trabalho celebrado com a trabalhadora nos termos do n.º 1 do artigo 218.º do Código do Trabalho;*
- Indicação, de entre a generalidade dos/as trabalhadores/as, daqueles/as que detêm acordo de Isenção de Horário de trabalho e a indicação das respetivas categorias profissionais desses/as trabalhadores/as;*
- Informação/documentação considerada pertinente para a análise do presente processo.*

Face ao exposto, e tendo em consideração as atribuições da CITE, designadamente a prevista na alínea f) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 76/2012 de 26 de março, solicita-se que, no prazo de dez dias úteis, nos comuniquem o que tiverem por conveniente."

1.3. Por ofício n.º 1075/2020, datado de 19.05.2020, a CITE voltou a solicitar que a entidade empregadora se pronunciasse.

1.4. Em resposta aos ofícios da CITE, a entidade empregadora respondeu, conforme se transcreve:

Assunto: Processo n.º 1056/QX/2020

"(...) Foi a ... informada que a CITE recebeu uma exposição da N/ Colaboradora ... E que pretende, em virtude da mesma, aferir se houve penalização retributiva, pelo facto da Colaboradora passar a exercer funções em regime de horário flexível.

Começamos por afirmar, como também V. Exas. terão oportunidade de concluir, que não há, nem houve, qualquer penalização intencional à Colaboradora em virtude da atribuição do seu atual horário.

O que sucede é que a Colaboradora tinha um acordo de Isenção de Horário de Trabalho (doravante IHT), na modalidade prevista no actual artigo 219º, n.º 1 alínea a) do Código do Trabalho, aprovado pela Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro, e da cláusula 14ª n.º 2 do Contrato Colectivo de Trabalho para o sector do ..., publicado no BTE, n.º ..., de 15 de ... de 2008, com as alterações publicadas no BTE, n.º ..., de 08 de ... de 2016.

Esta IHT correspondia à não sujeição da Colaboradora aos limites máximos dos períodos normais de trabalho e teve início a 01/07/2014, mais precisamente a partir do momento em que a Colaboradora passou a desempenhar funções efetivas na ...

Em virtude desse acordo de IHT – e exclusivamente em virtude desse – a Colaboradora recebia, a par do seu vencimento base, uma retribuição específica, nos termos do artigo 265.º do Código do Trabalho. Essa rubrica salarial, aliás, vinha expressamente descrita em todos os seus recibos de vencimento desde essa data.

Porém, com o seu atual horário, a Colaboradora deixou de ter condições objetivas para prestar o seu trabalho sem estar sujeita aos limites máximos dos períodos normais de trabalho. Deixando, com isso, de haver viabilidade jurídica para se manter o acordo de IHT e, conseqüentemente, a aludida retribuição específica.

Daí que, com devido respeito, a atuação do ... não se tenha tratado de um comportamento de carácter discriminatório, mas tão-somente de uma inevitabilidade jurídica e, por sua vez, legítima.

Note-se que, tal como se deixou claro na comunicação à Colaboradora, o acordo de IHT supra referido retomará os seus efeitos se e quando se tornar objetivamente possível, ou seja, se e quando à Colaboradora for possível não mais estar sujeita aos limites máximos dos períodos normais de trabalho, até lá os seus efeitos terão que estar suspensos.

Aproveitamos ainda para referir que tal circunstância foi também apurada pela ACT - que nos notificou para o efeito - sem que, após análise dos documentos enviados e respetiva exposição, tenha havido qualquer outro desenvolvimento.

Mantemo-nos ao dispor para quaisquer esclarecimentos que tenham por convenientes,

Sem mais assunto, apresentamos os nossos melhores cumprimentos (...)

1.5. Do processo constam ainda os seguintes elementos:

- Carta da entidade empregadora datada de 24.11.2019 a comunicar à trabalhadora a concessão do regime de horário flexível;
- Carta da entidade empregadora datada de 05.12.2019 a comunicar à trabalhadora a suspensão de isenção de horário de trabalho;
- Ficha individual da trabalhadora;

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. 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.

2.2. 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.

2.3. E, prevê a carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no seu artigo 33.º sob a epígrafe *“Vida familiar e vida profissional”*, que:

“1. É assegurada a proteção da família nos planos jurídico, económico e social. (...)”.

2.4. 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, reforçando que as “políticas de conciliação entre a vida profissional e a vida familiar deverão contribuir para a concretização da igualdade entre homens e mulheres, promover a participação das mulheres no mercado de trabalho, a partilha equitativa das responsabilidades de prestação de cuidados entre homens e mulheres e reduzir as disparidades de rendimentos e de remunerações entre homens e mulheres” (Considerando 6).

2.5. A Recomendação (UE) 2017/761 da Comissão, de 26 de abril de 2017 sobre o Pilar Europeu dos Direitos Sociais adotou, no seu ponto 9 (capítulo II), sob a epígrafe “Equilíbrio entre a vida profissional e a vida privada” recomendar que “Os trabalhadores com filhos e familiares dependentes têm o direito de beneficiar de licenças adequadas, de regimes de trabalho flexíveis e de aceder a serviços de acolhimento. As mulheres e os homens têm igualdade de acesso a licenças especiais para cumprirem as suas responsabilidades familiares e devem ser incentivados a utilizá-las de forma equilibrada”.

2.6. 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 arbitrio legislativo e a proibição da discriminação.

2.7. O n.º 1 do artigo 68.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), consagra que os pais e às 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.

2.8. No âmbito da atividade laboral, o artigo 59.º da CRP estabelece:

“(…) 1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:

b) 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; (…)”.

2.9. Como corolário das disposições comunitárias e constitucionais, o Código do Trabalho, na redação conferida pela Lei n.º 120/2015, de 1 de setembro e pela Lei nº 90/2019, de 04 de setembro, materializa os princípios e normas que regulam a proteção da parentalidade - artigos 33º a 65º e estabelece as disposições gerais sobre igualdade e não discriminação, nos artigos 23º a 32º.

2.10. Com efeito, preconiza o artigo 35.º do CT, que a proteção da parentalidade se materializa, nomeadamente através da atribuição ao direito a trabalhar em regime de horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares.

2.11. E, sob a epígrafe “horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares”, prevê o artigo 56.º daquele diploma legal, que o trabalhador, com filho menor de 12 (doze) anos ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica, que com ele viva em comunhão de mesa e habitação, tem direito a trabalhar em regime de horário

flexível, entendendo-se que este horário é aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário.

2.12. O/A trabalhador/a que pretenda exercer o direito estabelecido no citado artigo 56.º, designadamente trabalhar em regime de horário flexível, deverá solicitá-lo ao empregador, por escrito, com a antecedência de 30 dias, indicando qual o horário pretendido, bem como indicar o prazo previsto, dentro do limite aplicável, e declarar que o menor vive com ele/a em comunhão de mesa e habitação – cfr. artigo 57.º, do Código do Trabalho (CT).

2.13. Uma vez solicitada autorização de trabalho em regime de horário flexível, a entidade empregadora apenas poderá recusar o pedido com fundamento em uma de duas situações, quando alegue e demonstre, de forma objetiva e concreta, a existência de exigências imperiosas do funcionamento da empresa que obstem à recusa, ou a impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a se este/a for indispensável, nos termos do disposto no n.º 2, do mencionado artigo 57.º.

2.14. Dispõe o n.º 3 daquele preceito legal, que o empregador tem de comunicar a sua decisão, por escrito, ao/à trabalhador/a, no prazo de 20 (vinte) dias, contados a partir da receção do pedido. No caso de não observância pelo empregador do prazo indicado, considera-se aceite o pedido do/a trabalhador/a, nos termos da alínea a) do n.º 8 do artigo 57.º do Código do Trabalho.

2.15. Quando o empregador pretenda recusar o pedido, é obrigatório o envio do processo à CITE, para emissão de parecer prévio, nos 5 (cinco) dias subsequentes ao fim do prazo estabelecido para apreciação pelo/a trabalhador/a da intenção de recusa, implicando a sua falta a aceitação do pedido, nos termos da alínea c) do n.º 8 do artigo 57.º, do Código do Trabalho.

2.16. Nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, caso o parecer desta Comissão seja desfavorável, a entidade empregadora só poderá recusar o pedido do trabalhador/a após decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo.

2.17. Por outra via, o artigo 24.º do CT, consagra o direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere às condições de trabalho, não podendo o/a trabalhador/a ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever, em razão da sua situação familiar e, concretamente, no que respeita à retribuição e outras prestações patrimoniais, cabendo ao Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos.

2.18. Nos termos do artigo 31.º do Código do Trabalho, 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 em função do sexo, não podendo fundamentar qualquer diferença na retribuição dos trabalhadores, as licenças, faltas ou dispensas relativas à proteção na parentalidade.

2.19. Com efeito, importa chamar à colação o disposto no artigo 23.º do Código do Trabalho, donde são explanados os conceitos de discriminação.

Nestes termos, dita aquele artigo que se considera 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.

2.20. Preconiza o artigo 25.º do Código do Trabalho, que o empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta em razão de qualquer fator de discriminação, cabendo a quem alega a discriminação indicar o/a trabalhador/a em relação a quem se considera discriminado, incumbindo à entidade empregadora provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer fator de discriminação.

2.21. Sallenta-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.

2.22. 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 - *vide* artigo 28.º do Código do Trabalho.

2.23. 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.

2.24. 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.

2.25. 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”.

2.26. Ora, no caso em apreço, a trabalhadora apresentou queixa junto desta Comissão, alegando, em suma, estar a ser discriminada em função da Parentalidade desde que lhe foi concedida autorização para trabalhar em regime de horário flexível¹, uma vez que por esse motivo, lhe foi efetuado um corte no vencimento. Refere que a Entidade Empregadora fundamenta essa decisão com a suspensão do acordo de Isenção de horário de trabalho, que alega nunca ter celebrado.

2.27. Por outro lado, advoga o empregador que não existe qualquer discriminação, uma vez que a trabalhadora celebrou em 01.07.2014 um acordo de isenção de Horário de Trabalho, na modalidade prevista no artigo 219.º, n.º 1 alínea a) do CT, conforme consta expressamente em todos os recibos de vencimento, pelo que a trabalhadora “(...) deixou de ter condições objetivas para prestar o seu trabalho sem estar sujeita aos limites máximos dos períodos normais de trabalho. Deixando, com isso, de haver viabilidade jurídica para se manter o acordo de IHT e, conseqüentemente, a aludida retribuição específica (...)”.

2.28. Com efeito, afigura-se-nos pacífico afirmar que, cancelado um acordo de Isenção de Horário de Trabalho pode o complemento remuneratório associado ser retirado porquanto deixam de se verificar os pressupostos que fundamentaram a sua atribuição. É disso exemplo, as situações em que um/a trabalhador/a em Isenção de Horário de Trabalho, passa a trabalhar em regime de horário flexível com execução fixa do horário.

2.29. Sucede, porém, que no caso em apreço, o busillis da questão é em nossa opinião outro, ou seja, verificar a (in)existência do mencionado Acordo de Isenção de Horário de Trabalho e por conseguinte, (in)existindo, as referidas prestações preenchem os elementos do conceito de retribuição.

¹ Ver Parecer n.º 468/CITE/2019, disponível em www.cite.gov.pt

Analisemos,

2.30. As normas que regulam o Acordo de Isenção de Horário de Trabalho encontram-se previstas na Subsecção IV, do Capítulo II, do título II do Código do Trabalho, nomeadamente nos seus artigos 218.º e 219.º

2.31. De acordo com o n.º 1 do artigo 218.º do Código do Trabalho, sob a epígrafe “*Condições de Isenção de Horário de Trabalho*” determina que:

“**Por acordo escrito**, pode ser isento de horário de trabalho o trabalhador que se encontre numa das seguintes situações (...)”, sublinhado nosso.

2.32. Quanto às modalidades do acordo de Isenção de Horário de Trabalho, prevê o artigo 219.º do Código do Trabalho, entre outras modalidades, que as partes podem acordar a não sujeição aos limites máximos do período normal de trabalho.

2.33. De acordo com o artigo 265.º do Código do Trabalho, o/a trabalhador/a isento de horário de trabalho tem direito a retribuição específica estabelecida por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou, na falta deste, não inferior a uma hora de trabalho suplementar por dia ou duas horas de trabalho suplementar por semana, quando se trate de regime de isenção de horário com observância do período normal de trabalho.

2.34. Com efeito, tal como decorre do n.º 1 do artigo 219.º do Código do Trabalho, o acordo de Isenção de Horário de Trabalho carece de redução a escrito, pelo que só se pode considerar pela sua existência se tiver sido cumprida essa formalidade.

2.35. Nas palavras de Francisco Liberal Fernandes²: “(...) *A redução a escrito do acordo de isenção constitui um requisito de validade (formalidade ad substantiam); com efeito, independentemente da segurança jurídica que lhe é correlativa, aquela exigência visa*

² Fernandes, Francisco Liberal – **O trabalho e o tempo - Comentário ao código do trabalho** [documento eletrónico]: – 1.ª ed. – Porto: Reitoria da universidade do Porto, 2018. [Consult. 08.09.2020]. Disponível em: <https://www.cije.up.pt/download-file/2099>. ISBN 978-989-746-157-6. P. 257-259

não só proteger a liberdade negocial do trabalhador, como permitir à administração do trabalho controlar o recurso daquela modalidade de organização do trabalho. Por isso, a não observância dessa formalidade origina a nulidade do regime instituído (art.º 220º do Código Civil) e a conseqüente inexigibilidade ao trabalhador do respectivo cumprimento. Embora possa ser estabelecido no próprio contrato de trabalho, o facto de o acordo de isenção gozar de autonomia face à celebração daquele (maxime quando o contrato de trabalho decorre do mero consenso) significa que a invalidade (formal ou substantiva) daquele acordo não afecta a validade do segundo (art. 121º, n.º 2), porquanto os vícios eventualmente existentes devem ser imputados à entidade empregadora, já que a recusa do trabalhador em assinar o respectivo documento deve ser considerada como falta de acordo. Por isso, a invocação pelo empregador da invalidade do contrato de trabalho com fundamento na nulidade da cláusula de isenção é contrariada pela proibição de venire contra factum proprium. Por sua vez, a actividade realizada no contexto de um regime de isenção de horário nulo fica sujeita à disciplina laboral comum, designadamente às normas previstas para o trabalho suplementar. IV. 1. Pelas implicações que acarreta a nível da vida pessoal e profissional, a instituição da isenção do horário de trabalho está dependente do consentimento, por escrito, do trabalhador (n.º 1). (...)

2.36. Decorre ainda do processo que a alegada Isenção de Horário de Trabalho está correlacionada com as funções ..., uma vez que passou a ser atribuído em julho de 2013, data em que a trabalhadora começou a exercer aquelas funções que, aliás, alega nunca ter deixado de desempenhar.

2.37. Com efeito, cabia sempre à entidade empregadora, ora pelas regras gerais do direito – cfr. n.º 1 do artigo 342.º do Código Civil, ora pelas regras do n.º 5 do artigo 25.º do Código do Trabalho, demonstrar que o acordo de Isenção de Horário existia e cumpria as formalidades exigidas, uma vez que a trabalhadora alega nunca ter assinado qualquer acordo escrito de Isenção de Horário de Trabalho.

2.38. Assim, não tendo o empregador, demonstrado conforme lhe competia, que existia um acordo de Isenção de Horário de trabalho, só nos resta concluir pela sua inexistência.

2.39. Acresce que, mesmo que tivesse sido celebrado um acordo de Isenção de Horário de trabalho verbal, o mesmo sempre se consideraria nulo nos termos do artigo 221.º do Código Civil.

2.40. Com efeito, é nosso entendimento que a prestação remuneratória em causa deve fazer parte integrante do vencimento da trabalhadora, pelo que a redução efetuada pelo empregador deve ter-se como ilegal.

2.41. Em rigor, inexistindo um acordo de Isenção de Horário de trabalho e tendo a trabalhadora auferido aquela prestação por força da progressão na carreira, passando a desempenhar funções de maior responsabilidade, que aliás, mantém até à data, é de entender-se que a prestação remuneratória que a trabalhadora auferia sob a capa do acordo de Isenção de Horário de Trabalho é, na verdade, parte integrante da retribuição da trabalhadora, por preencher os elementos constantes daquele conceito e que se fundamentam em cargo de responsabilidade elevada.

2.42. Ora, dispõe o n.º 1 do artigo 258.º do Código do Trabalho que se considera 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. Já o n.º 2 estabelece que a retribuição compreende a retribuição base e **outras prestações regulares e periódicas feitas**, direta ou indiretamente, em dinheiro ou em espécie. Por sua vez, o n.º 3 impõe que se presume constituir retribuição qualquer prestação do empregador ao trabalhador.

2.43. Assim, *“(…)A primeira perspectiva em que se encara a retribuição assenta na ideia de correspondência ou contrapartida negocial: é retribuição tudo o que as partes contratarem (ou resultar dos usos ou da lei para o tipo de relação laboral em causa) como contrapartida da disponibilidade da força de trabalho. A segunda decorre de uma presunção: considera-se que as prestações que sejam realizadas regular e periodicamente pressupõem uma vinculação prévia do empregador e suscitam uma expectativa de ganho por parte do trabalhador, ainda que tais prestações se não encontrem expressamente consignadas no contrato (Cfr. Monteiro Fernandes,*

“Direito do Trabalho”, 16.ª edição, Coimbra, págs. 395). Cabe, assim, ao trabalhador demonstrar o recebimento da prestação (pecuniária) em causa, competindo ao empregador provar a não verificação dos elementos integrantes do conceito legal de retribuição, (art.º 344.º n.º 1 do Código Civil), a fim de obviar à sua qualificação como retribuição. Cfr. Ac. do STJ de 22-09-93, CJ, 1993, III, pág. 269. É regular a prestação não arbitrária, mas sim constante. É periódica a prestação que é paga em períodos certos no tempo ou aproximadamente certos, inserindo-se na própria ideia de periodicidade típica do contrato de trabalho. O carácter regular e periódico da retribuição tem a ver com a sua afectação a necessidades regulares e periódicas do trabalhador e ainda com a própria distribuição no tempo da prestação do trabalho (também regular e periódico). Exigindo o carácter periódico a lei considera que ela deve ser relativa a períodos certos no tempo (ou aproximadamente certos) de modo a integrar-se na periodicidade e na repetência própria das relações contratuais de trabalho e nas necessidades reciprocas dos dois contraentes que o contrato de trabalho se destina a servir. Vide, Lobo Xavier “Iniciação ao Direito do Trabalho”, Verbo, 2.ª Edição, pág. 220. (...).”³

2.44. Com efeito, considera-se que a prestação que a trabalhadora recebia preenche os elementos integrantes do conceito de retribuição, porquanto a trabalhadora desde que assumiu, em julho de 2013, as funções de “...” – funções, repete-se, que a trabalhadora continua a desempenhar - passou a receber de forma regular e periódica uma prestação compensatória, sem ter celebrado qualquer acordo escrito de Isenção de Horário de Trabalho válido, devendo assim, considerar-se que aquela prestação se traduziu num aumento salarial em virtude da progressão na carreira e no aumento das responsabilidades.

2.45. Interpretar de outra forma, seria no entendimento da CITE, violar frontalmente o Princípio da Irreduzibilidade salarial previsto na alínea d) do n.º 1 do artigo 129.º do Código do Trabalho e conseqüentemente, discriminar a trabalhadora em função da parentalidade, porquanto fazendo a prestação remuneratória parte integrante do vencimento da trabalhadora, em virtude das funções ... desempenhadas desde julho de 2013, não poderia o empregador ter reduzido a retribuição da trabalhadora, ainda para mais, após o exercício do direito a trabalhar em regime de horário flexível.

³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25.09.2019, processo n.º 14746/18.3T8LSB.L1-4

2.46. De igual modo, deve, em nossa opinião, entender-se que a conduta adotada pelo empregador é violadora da alínea a) do n.º 1 do artigo 129.º do Código do Trabalho, que proíbe ao empregador a oposição, por qualquer forma, a que o trabalhador exerça os seus direitos, bem como a despedi-lo, aplicar-lhe outra sanção, ou tratá-lo desfavoravelmente por causa desse exercício.

III – CONCLUSÃO

3.1. Existir prática discriminatória direta em função da parentalidade, praticada pela entidade empregadora ..., violadora do direito à igualdade de condições de trabalho, nos termos do artigo 24.º e do artigo 31.º do Código do Trabalho, em virtude da redução salarial motivada pelo usufruto do regime de horário flexível;

3.2. Recomendar à ..., que reconheça aquela prestação remuneratória como parte integrante da retribuição da trabalhadora em virtude do desempenho de funções ... e de acordo com a alínea a) do n.º 1 do artigo 129.º do Código do Trabalho;

3.3. Recomendar à ..., que reconhecendo a prestação remuneratória como parte integrante da retribuição da trabalhadora proceda ao pagamento dos retroativos referentes aos meses em que deveria ter auferido e não auferiu aqueles valores;

3.4. 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 da parentalidade assim como, da violação das alíneas a) e d) do n.º 1 do artigo 129.º do Código do Trabalho.

3.5. 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 MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 14 DE OUTUBRO DE 2020, COM OS VOTOS CONTRA DOS REPRESENTANTES DA CIP - CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL E CTP - CONFEDERAÇÃO DO TURISMO DE PORTUGAL, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À MESMA ATA.