

PARECER N.º 408/CITE/2021

Assunto: Eventual prática discriminatória em função do sexo – Violação do direito à igualdade de tratamento no trabalho no que se refere ao acesso ao emprego, por denúncia de contrato de trabalho durante o período experimental, nos termos do artigo 24.º do Código do Trabalho
Processo n.º 354-QX/2021

I – OBJETO

1.1. Em 24.07.2019, a CITE recebeu, um pedido de Parecer da trabalhadora grávida ..., a propósito da denúncia do seu contrato de trabalho durante o período experimental.

1.2. Na sua exposição, trabalhadora descreve os factos da forma que se transcreve:

“..., titular do cartão de cidadão n.º ..., NIF ..., NISS ..., residente na ..., vem pelo presente meio apresentar QUEIXA e apresentar um pedido de informação, o que faz nos termos e com os fundamentos seguintes:

1.º

No passado dia 22 de julho de 2020 a ora Requerente celebrou contrato de trabalho por tempo indeterminado com a ..., tendo sido admitida para exercer as funções de ... (cfr. Documento n.º 1, que se anexa).

2.º

Ficou combinado com a sua Chefia que entraria ao serviço no dia 24 de julho de 2020, pelo no dia 24 de julho de 2020 começou os turnos de integração de 12 (doze) horas cada, a partir dos quais começou a contar como elemento do serviço de ...

De igual forma,

3.º

Nos dias 25 a 27 de julho de 2020 fez os turnos de 12 (doze) horas.

4.º

No dia 2 de agosto de 2020 a Requerente enquanto estava a exercer as suas funções começou a sentir-se maldisposta, tendo sido colocada a soro, alvo de exames e análises, entre eles um teste de gravidez cujo resultado foi negativo (cfr. Documento n.º 2, que se anexa).

5.º

A ora Requerente continuou a efetuar o seu trabalho normalmente nos dias que lhe foram atribuídos na escala até ao dia 25 de Agosto.

Sendo que,

6.º

Persistindo a situação de má disposição decidiu agendar uma consulta junto do seu ginecologista que habitualmente a segue, a qual lhe confirmou que estava grávida (cfr. Documento n.º 3, que se anexa).

7.º

Face a tal situação, no dia 10 de agosto de 2020 a ora Requerente informou a sua Chefia que estava grávida, tendo continuado a prestar o seu trabalho normalmente, sem qualquer constrangimento da sua parte ou da parte da entidade patronal.

Entretanto,

8.º

No dia 21 de agosto de 2020, a ora Requerente teve um sangramento, tendo sido observada por um médico que lhe realizou uma ecografia mediante a qual foi confirmado um descolamento da placenta.

9.º

Face a tal situação foi-lhe recomendado repouso, tendo sido passada declaração risco clínico pelo período de 28 dias (cfr. Documento n.º 4, que se anexa).

10.º

No dia seguinte a ora Requerente entregou à sua Chefia a declaração médica de risco clínico, tendo ainda nesse mesmo dia trabalhado normalmente, com a realização de um turno.

11.º

A sua Chefia ao receber a declaração transmitiu à ora Requerente que iria tratar do assunto na semana seguinte.

Sendo que,

12.º

A partir do dia 23 de agosto de 2020 a ora Requerente começou o repouso recomendado pelo Médico que a observou.

Entretanto,

13.º

No dia 25 de agosto de 2020, a ora Requerente recebeu um contacto telefónico da parte da sua Chefia mediante o qual a mesma lhe transmitiu que após reunião para avaliação da sua situação tinham decidido dispensar os serviços de enfermagem da ora Requerente.

Na sequência do que,

14.º

Em 3 de setembro de 2020 a ora Requerente rececionou uma comunicação da entidade patronal enviada por correio com aviso de receção nos termos da qual lhe informavam da cessação do Contrato com base no artigo 114.º do Código dos Trabalho, com efeitos a 30 de agosto de 2020 (cfr. Documento n.º 5, que se anexa).

Ora,

15.º

Tendo presente a factualidade acima descrita, e tendo a denúncia do contrato em apreço sido unicamente motivada pelo facto da ora Requerente estar grávida, pelo presente meio solicita-se desde já informação relativamente à comunicação junto de V/ Exas. por parte da Entidade Patronal da ora Requerente relativamente à denúncia do seu Contrato, ao abrigo do direito à informação consagrado no artigo 82.º do Código do Processo Civil.

Pois que,

16.º

Nos termos do disposto no n.º 5 do artigo 114.º do Código do Trabalho a entidade patronal deve comunicar a V/ Exas. a referida denúncia.

17.º

Independente de tal situação, face à presente situação solicita-se desde já que seja apreciada a presente queixa.

De facto,

18.º

E conforme resulta da factualidade acima referida, a ora Requerente desconhecia estar grávida quando assinou o contrato de trabalho e foi admitida a prestar os serviços como enfermeira.

Alias,

19.º

Conforme teste de gravidez efetuado no próprio local de trabalho – que a ora Requerente nem sequer recusou fazer – no dia de 2 de agosto de 2020 o resultado quanto a uma possível gravidez veio negativo.

Acresce que,

20.º

A ora Requerente desde que foi admitida foi exercendo as suas funções normalmente.

21.º

Situação que se manteve inclusive mesmo após ser do conhecimento da entidade patronal que estava grávida e por mais um dia após a apresentação da declaração médica que determinou a necessidade da Requerente repousar face ao descolamento da placenta que teve.

22.º

Cumprе ainda referir que o repouso que lhe foi prescrito foi apenas por um período de 28 dias e não até ao final da gravidez.

23.º

Sendo do conhecimento geral que “gravidez não é doença” e que a maioria dos descolamentos de placenta resolvem-se com o repouso de alguns dias, podendo após o mesmo ser determinado que a mulher grávida faça a sua vida normal.

24.º

Foi assim com espanto e perplexidade que a ora Requerente recebeu o contacto telefónico da parte da sua Chefia a comunicar-lhe que iriam denunciar o seu Contrato.

25.º

Situação esta que desconhece à presente data se terá tido alguma consequência na sua gravidez pois criou-lhe grande tristeza e ansiedade quanto ao seu futuro profissional e monetário.

Pois que,

26.º

A ora Requerente já é mãe solteira de um filho menor, sendo este o seu segundo filho.

27.º

A ora Requerente está ciente de que estava no período experimental, contudo a denúncia do contrato durante o período experimental deveria ser motivada por uma hipotética inabilidade, falta de competência ou não comparência do trabalhador para prestar o seu trabalho, não pelo facto da ora Requerente estar grávida.

Ora,

28.º

Falta de competência para o exercício das suas funções não estava sequer em causa, tanto mais que a ora Requerente continuou a exercer as suas funções mesmo após a entidade patronal ter conhecimento de que estava grávida.

De igual forma,

29.º

Faltas ao serviço por ter sido prescrito repouso também não terá motivado tal decisão – estamos a falar de 2 dias até ter recebido o telefonema da sua Chefia – dias estes que não contam sequer para a contagem do período experimental.

30.º

Eventual relação com a atual situação de pandemia mundial também não estará em causa dado a ora Requerente ter continuado a prestar os seus serviços mesmo após ser do conhecimento da entidade patronal que estava grávida, havendo vários profissionais da mesma área em situação de gravidez que continuam igualmente a exercer as suas funções.

31.º

Pelo que dúvidas não restam quanto ao fundamento desta denúncia do seu contrato de trabalho pela entidade patronal, motivado unicamente pelo facto de a ora Requerente estar grávida.

32.º

A ora Requerente pretende continuar a exercer as suas funções e a manter em vigor o seu Contrato de Trabalho, considerando esta denúncia ilegal, pelo que se solicita que a presente queixa seja apreciada no sentido de se concluir pela ilegalidade ou não de tal denúncia. Atento o supra exposto:

- i) Solicita-se que a ora Requerente seja informada quanto à comunicação a V/ Exas. relativamente à denúncia do seu Contrato durante o período experimental;*
- ii) Que seja admitida a presente queixa e averiguada a legalidade da denúncia do seu contrato de trabalho durante o período experimental.”*

1.3. No âmbito da atribuição da CITE, prevista na alínea f) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março, através de ofício datado de 09.02.2021, foi solicitada pronúncia à entidade empregadora, que o fez, em 15.02.2021 nos moldes que se transcrevem:

“Exmos. Senhores,

..., com sede na ..., presentemente com o capital social de € 3.313.000,00 (três milhões, trezentos e treze mil euros), titular do cartão de identificação de pessoa colectiva número ..., matriculada na Conservatória do Registo Comercial de ..., sob o mesmo número, vem apresentar respostas aos factos que abaixo se detalham:

- Relativamente aos factos apontados no art. 2.º: “Ficou combinado com a sua Chefia que entraria ao serviço no dia 24 de julho de 2020, pelo no dia 24 de julho de 2020 começou os turnos de integração de 12 (doze) horas cada, a partir dos quais começou a contar como elemento do serviço de ...”

A Sr.^a Enf.^a ... (...) fez a admissão na Direção de Recursos Humanos dia 22 de Julho de 2020. Nesse dia foi acolhida no serviço, dada a ausência da Enfermeira Responsável, pelo elemento que a substituíra.

Foi depois contactada pela Sra. Enf.^a ..., Enfermeira Responsável, que combinou o seu início de funções para o dia 24 de julho. Confirmamos que a colaboradora iniciou funções no dia 24 de julho de 2020, com jornadas de 12 horas, situação que era do seu conhecimento, que foi explicada durante todo o processo de recrutamento e seleção e que foi aceite pela mesma.

A Sra. Enf. ..., Enfermeira Certificada pela Ordem dos Enfermeiros, teve período de integração tutorada, e como elemento supranumerário à dotação usual da equipa.

Salientamos que, mesmo quando já não se encontrava como elemento supranumerário, a organização do trabalho e prestação de cuidados aos doentes é feita com articulação em equipa e que todos os recentes (e não recentes) elementos contam com os colegas mais experientes e com a Chefia para esclarecimento de dúvidas e apoio sempre que necessário.

Por este motivo, consideramos que a Sra. Enf.^a ... se manteve em integração ao seu contexto de trabalho durante o período experimental.

Com o passar do tempo, a Sr.^a Enf.^a ... foi-se revelando uma profissional “insegura”, frágil, com fraca aceitação pela equipa e com dificuldade em assumir responsabilidades, com prejuízo para a prestação de cuidados aos doentes.

Revelou dificuldades em lidar com a pressão, priorização de atividades e articulação em equipa, uma constante em contexto hospitalar, agravada pela pandemia de Covid19, onde as circunstâncias e modo de trabalho sofreram grandes alterações.

As dificuldades identificadas revelaram que a Sra. Enf.^a ... não apresentava o perfil pretendido para as funções alvo da sua contratação.

- Relativamente aos factos apontados no art.º 13.º - “No dia 25 de agosto de 2020, a ora Requerente recebeu um contacto telefónico da parte da sua Chefia mediante o qual a mesma lhe transmitiu que após reunião para avaliação da sua situação tinham decidido dispensar os serviços de enfermagem da ora Requerente ...”.

Face ao exposto no ponto acima, foi na altura considerado que de facto a Sra. Enf.^a ... não correspondia ao perfil pretendido para o exercício de funções em contexto hospitalar e que, estando ainda ao abrigo do período experimental, iríamos rescindir contrato. Iria começar uma nova escala dia 31 de agosto e considerámos não contar já com esta colaboradora para a mesma.

Foi disto informada por telefone, pela sua Chefia, uma vez que a mesma se encontrava ausente e impossibilitada de vir presencialmente ao seu local de trabalho, por estar de baixa, para ser devidamente esclarecida.

- Cabe-nos ainda esclarecer que, relativamente ao art.º 10.º - “No dia seguinte a ora Requerente entregou à sua Chefia a declaração médica de risco clínico, tendo ainda nesse mesmo dia trabalhado normalmente, com a realização de um turno.

A Sra. Enf.^a ... tentou contactar a sua chefia Sábado, dia 22 de agosto, às 7h40. Efetivamente não foi possível atender ou devolver o contacto no imediato. Só mais tarde, e já no final do turno é que a colaboradora comunica que foi a uma consulta de rotina e que se encontrava de repouso por gravidez de risco clínico até dia 18/09 tendo deixado nesse dia o certificado de incapacidade para o trabalho na secretária da chefia.

Pelo exposto, confirmamos que a decisão de rescisão do contrato de trabalho, durante o período experimental, teve por base o desempenho profissional da Sra. Enf.^a O perfil e as competências demonstradas não se revelaram adequadas ao que se espera dum Enfermeiro que tem que trabalhar em ambiente hospitalar.”.

1.4. Por se considerar relevante para o caso em apreço, reproduz-se aqui a comunicação datada de 26.08.2020, realizada pela entidade empregadora, ao abrigo da comunicação obrigatória prevista no n.º 5 do artigo 114.º do Código do Trabalho:

“Assunto: Comunicação da rescisão do contrato de trabalho sem termo em período experimental.

Exma. Senhora Presidente da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego,

Em cumprimento do disposto no n.º 3 do artigo 144º do código do trabalho, vimos pela presente comunicar a V. Exa. que no dia 25 de agosto de 2020, demos conhecimento à senhora D. ..., atualmente uma trabalhadora grávida da intenção de rescisão do contrato de trabalho sem termo

em período experimental, o qual, conseqüentemente, terminará no próximo dia 30 de agosto de 2020.

Esta rescisão do contrato de trabalho sem termo em período experimental da referida trabalhadora é justificada pela circunstância de se ter constatado que as necessidades de trabalho que justificaram a contratação da referida trabalhadora deixaram de se verificar.”.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela resolução n.º 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979, e com entrada em vigor na ordem internacional a 3 de setembro de 1981, em conformidade com o artigo 27.º, n.º 1, assinada por Portugal a 24 de Abril de 1980 e aprovada para ratificação pela Lei n.º 23/80, de 26 de julho, publicada no Diário da República I Série A, n.º 171/80 e em vigor na ordem jurídica portuguesa desde 3 de setembro de 1981, determina no seu artigo 11.º que: *"Os Estados Partes comprometem-se a tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres no domínio do emprego com o fim de assegurar, com base na igualdade dos homens e das mulheres, os mesmos direitos, em particular: (...) Proibir, sob pena de sanções, o despedimento por causa da gravidez ou de gozo do direito a um período de dispensa do trabalho por ocasião da maternidade, bem como a discriminação nos despedimentos fundada no estado matrimonial; (...) Instituir a concessão do direito a um período de dispensa do trabalho por ocasião da maternidade pago ou conferindo direito a prestações sociais comparáveis, com a garantia da manutenção do emprego anterior, dos direitos de antiguidade e das vantagens sociais (...)."*

2.2. 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. (...)”.

2.3. É, pois, jurisprudência uniforme do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias que o despedimento de uma trabalhadora devido à sua gravidez constitui uma discriminação direta em razão do sexo, proibida nos termos do artigo 14.º n.º 1, alínea c) da Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional.

2.4. Na verdade, e de acordo com o já previsto na Diretiva 92/85/CEE de 19 de outubro de 1982 relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho, foi afirmado que:

Considerando que as trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes devem ser consideradas, sob diversos pontos de vista, como um grupo sujeito a riscos específicos e que devem ser tomadas medidas no que respeita à sua saúde e segurança;

Considerando que a proteção da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes não deve desfavorecer as mulheres no mercado de trabalho e não deve afetar as diretivas em matéria de igualdade de tratamento entre homens e mulheres; Considerando que a vulnerabilidade da trabalhadora grávida, puérpera ou lactante torna necessário um direito a um período de licença de maternidade de pelo menos 14 semanas consecutivas, repartidas antes e/ou após o parto, e o caráter obrigatório de um período de licença de maternidade de pelo menos duas semanas, repartidas antes e/ou após o parto;

Considerando, além disso, que as disposições relativas à licença de maternidade não teriam igualmente efeitos úteis se não fossem acompanhadas da manutenção dos direitos ligados ao contrato de trabalho e da manutenção de uma remuneração e/ou do benefício de uma prestação adequada, Considerando que a noção de prestação adequada em caso de licença de maternidade deve ser considerada um ponto técnico de referência destinado a fixar o nível de proteção mínima e não deverá em caso algum ser interpretado como implicando uma analogia da gravidez à doença; Tal Diretiva veio determinar, no Artigo 10.º relativo a “*Proibição de despedimento*” que: “*A fim de garantir às trabalhadoras, na aceção do artigo 2.º, o exercício dos direitos de proteção da sua segurança e saúde reconhecidos no presente artigo, prevê-se que:*

1. Os Estados-membros tomem as medidas necessárias para proibir que as trabalhadoras, na aceção do artigo 2.º, sejam despedidas durante o período compreendido entre o início da gravidez e o termo da licença de maternidade referida no n.º 1 do artigo 8.º, salvo nos casos excepcionais não relacionados com o estado de gravidez admitidos pelas legislações e/ou práticas nacionais e, se for caso disso, na medida em que a autoridade competente tenha dado o seu acordo.
2. Quando uma trabalhadora, na aceção do artigo 2.º, for despedida durante o período referido no n.º 1, o empregador deve justificar devidamente o despedimento por escrito.
3. Os Estados-membros tomem as medidas necessárias para proteger as trabalhadoras, na aceção do artigo 2.º, contra as consequências de um despedimento que fosse ilegal por força do n.º 1.”

2.5. Conforme referido no Acórdão do Tribunal de Justiça, proferido no Processo C- 438/99, disponível em www.eur-lex.europa.eu: “(...) Pela sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o artigo 10.º da Diretiva 92/85 proíbe a não renovação pelo empregador do contrato de trabalho com duração determinada de uma trabalhadora grávida. 40. M. L. Jiménez Melgar sustenta que a proteção que decorre do artigo 10.º da Diretiva 92/85 beneficia as mulheres vinculadas ao seu empregador tanto por um contrato com duração indeterminada como por um contrato com duração determinada. Uma interpretação contrária dessa disposição redundaria em operar uma discriminação incompatível com o objetivo da referida diretiva. 41. No mesmo sentido, a Comissão alega que a não renovação de um contrato de trabalho com duração determinada, na medida em que esteja provado que é devida a motivos relacionados com a gravidez, constitui igualmente uma discriminação direta em razão do sexo. Com efeito, a não renovação de tal contrato equivaleria a uma recusa de contratar uma mulher grávida, o que seria claramente contrário aos artigos 2.º e 3.º da Diretiva 76/207, tal como o Tribunal de Justiça o tem entendido em várias ocasiões (acórdãos de 8 de novembro de 1990, Dekker, C-177/88, Colect., p. I-3941, n.º 12, e de 3 de fevereiro de 2000, Mahlburg, C-207/98, Colect., p. I-549, n.ºs 27 a 30). (...) 43. A este propósito, força é declarar que a Diretiva 92/85 não efetua qualquer distinção, quanto ao alcance da proibição do despedimento das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, consoante a duração da relação de trabalho em causa. Se o legislador comunitário tivesse querido excluir do âmbito de aplicação da referida diretiva os contratos com duração determinada, que representam uma parte importante das relações de trabalho, tê-lo-ia expressamente precisado (acórdão hoje proferido, Tele Danmark, C-109/00, Colect., p. I-6993, n.º 33). 44. É, portanto, manifesto que a proibição de despedimento enunciada no artigo 10.º da Diretiva 92/85 se aplica tanto aos contratos de trabalho com duração determinada como aos celebrados com duração

*indeterminada. 45. É também evidente que a não renovação de um contrato de trabalho com duração determinada, quando este chegou ao seu termo normal, não poderá ser equiparado a um despedimento e, como tal, não é contrário ao artigo 10.º da Diretiva 92/85. 46. Todavia, tal como salientaram tanto o advogado-geral, no n.º 50 das suas conclusões, como a Comissão, em certas circunstâncias, **a não renovação de um contrato com duração determinada é suscetível de se analisar como uma recusa de recrutamento.** Ora, é de jurisprudência constante que uma recusa de contratação de uma trabalhadora, julgada porém apta a exercer a atividade em causa, em razão do seu estado de gravidez, constitui uma discriminação direta baseada no sexo, contrária aos artigos 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 1, da Diretiva 76/207 (acórdãos, já referidos, Dekker, n.º 12, e Mahlburg, n.º 20). Incumbe ao órgão jurisdicional nacional verificar se a não renovação de um contrato de trabalho, quando este se inscreve numa sucessão de contratos com duração determinada, foi efetivamente motivada pelo estado de gravidez da trabalhadora. 47. Deve, por conseguinte, responder-se à terceira questão que, embora a proibição de despedimento prevista no artigo 10.º da Diretiva 92/85 se aplique tanto aos contratos de trabalho com duração indeterminada como aos celebrados com duração determinada, a falta de renovação de tal contrato, quando este chegou ao seu termo normal, não poderá ser considerada um despedimento proibido pela referida disposição. Todavia, na medida em que a não renovação de um contrato de trabalho com duração determinada seja motivada pelo estado de gravidez da trabalhadora, constitui uma discriminação direta em razão do sexo, contrária aos artigos 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 1, da Diretiva 76/207.”*

2.6. Na verdade, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, em 30 de abril de 1998 – Acórdão Thibault – esclareceu inequivocamente que: “25. (...) A atribuição de tais direitos, reconhecidos na diretiva¹, tem por objetivo garantir a concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere tanto ao acesso ao emprego (artigo 3.º, n.º 1) como às condições de trabalho (artigo 5.º, n.º 1). Portanto, o exercício dos direitos conferidos às mulheres em conformidade com o artigo 2.º, n.º 3, não pode ser objeto de um tratamento desfavorável no que se refere ao seu acesso ao emprego assim como às suas condições de trabalho. Nesta perspetiva, a diretiva tem em vista atingir uma igualdade substancial e não formal.”

2.7. 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

¹ A Diretiva analisada no Acórdão foi a Diretiva 76/207/CEE, de 9.02.1976, atualmente revogada pela Diretiva 2006/54/CE.

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.

2.8. Já, o artigo 68.º da CRP, no seu n.º 1, consagra que os pais e as 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.

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

2.9. No âmbito da Legislação infraconstitucional, e em concretização dos normativos comunitários e Constitucionais, o Código do Trabalho instituiu o dever de solicitar o parecer prévio à entidade com competência na área da igualdade e não discriminação entre mulheres e homens no trabalho no emprego e na formação profissional sempre que esteja em causa uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante (artigo 63.º do Código do Trabalho), o dever de comunicar à entidade com competência na área da igualdade e não discriminação entre mulheres e homens no trabalho, o motivo para a não renovação de contrato a termo de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou trabalhador no gozo de licença parental (n.º 3 do artigo 144.º do Código do Trabalho) e mais recentemente a obrigatoriedade de comunicar à mesma entidade, a denúncia do contrato de trabalho durante o período experimental, sempre que esteja em causa uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou um trabalhador no gozo de licença parental.

2.10. Ora, a entidade com competência na área da igualdade e não discriminação entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional é a CITE, conforme prevê o Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março.

2.11. Quanto ao direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho, prescreve o artigo 24.º do Código do Trabalho, sob a epígrafe “*Direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho*” o seguinte: “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 (...) sexo, (...) situação familiar (...) devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos.

2 - O direito referido no número anterior respeita, designadamente:

- a) A critérios de seleção e a condições de contratação, em qualquer setor de atividade e a todos os níveis hierárquicos;*
- b) A acesso a todos os tipos de orientação, formação e reconversão profissionais de qualquer nível, incluindo a aquisição de experiência prática;*
- c) A retribuição e outras prestações patrimoniais, promoção a todos os níveis hierárquicos e critérios para seleção de trabalhadores a despedir;*
- d) A filiação ou participação em estruturas de representação coletiva, ou em qualquer outra organização cujos membros exercem uma determinada profissão, incluindo os benefícios por elas atribuídos.*

3 - O disposto nos números anteriores não prejudica a aplicação:

(...)

b) De disposições relativas à especial proteção de património genético, gravidez, parentalidade, adoção e outras situações respeitantes à conciliação da atividade profissional com a vida familiar.

4 - O empregador deve afixar na empresa, em local apropriado, a informação relativa aos direitos e deveres do trabalhador em matéria de igualdade e não discriminação.

5 - Constitui contraordenação muito grave a violação do disposto no n.º 1 e constitui contraordenação leve a violação do disposto no n.º 4. (Redação do n.º 1 dada pela Lei n.º 28/2015, de 4 de abril)”.

2.12. Por seu turno, o artigo 25.º do Código do Trabalho, relativo à proibição de discriminação, determina que:

“1 - O empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta, em razão nomeadamente dos fatores referidos no n.º 1 do artigo anterior.”

E, de acordo com o n.º 5 do mencionado preceito legal, cabe a quem alega a discriminação indicar o trabalhador ou trabalhadores relativamente a quem se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer fator de discriminação.

2.13. Para concretização dos conceitos de discriminação, importa socorreremo-nos do disposto no artigo 23.º do Código do Trabalho.

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.

2.14. Nos termos do disposto no artigo 30.º do Código do Trabalho, a exclusão ou restrição de acesso de candidato a emprego ou trabalho em razão do sexo a determinada atividade ou à formação profissional exigida para ter acesso a essa atividade constitui discriminação em função do sexo.

2.15. Nos casos de denúncia de contrato de trabalho durante o período experimental de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, ou trabalhador no gozo de licença parental, importa verificar se o direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho foi assegurado, designadamente no que se refere aos critérios de seleção e a condições de contratação e a critérios para seleção de trabalhadores a despedir, nos termos previstos no n.º 1 e na alínea a) do n.º 2 do artigo 24.º do Código do Trabalho.

2.16. Como é sabido, o objetivo do período experimental é o de permitir às partes, no tempo inicial de execução do contrato, apreciar o interesse na sua manutenção. Assim, na perspetiva do empregador, o período experimental visa comprovar se o/a trabalhador/a possui as qualidades, aptidões e competências exigidas pelo posto de trabalho que vai ocupar. Na perspetiva do/a trabalhador/a, visa permitir-lhe confrontar as expectativas criadas e bem assim, confirmar o seu interesse na manutenção do vínculo.

2.17. Para tal, refere o artigo 111.º do Código do Trabalho que, no decurso do período experimental, as partes devem agir de modo que possam apreciar o interesse na manutenção do contrato de trabalho.

2.18. De acordo com o artigo 114.º do Código do Trabalho, qualquer das partes pode denunciar o contrato de trabalho sem necessidade de invocação de justa causa e sem direito a indemnização. Todavia, tal como explica Palma Ramalho² “(...) *o facto desta denúncia ser incondicionada não*

² Ramalho, Maria – Tratado de Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais: – 5.ª ed. – Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2014. ISBN 978-972-40-5597-8. P. 203.

significa, no entanto, que seja insindicável e que possa ser exercida em moldes abusivos, ou seja, que contrariem a função para que foi instituído o próprio período experimental (...)”.

2.19. Quer isto dizer que apesar de inexistir a necessidade de invocação de justa causa, a denúncia de contrato de trabalho durante o período experimental não pode servir para camuflar motivações ilícitas.

2.20. Dito de outra forma, o que resulta dos normativos legais é que apesar de não existir a obrigação legal de o empregador apresentar justificação para denunciar um contrato de trabalho, a mesma nunca pode ter subjacente prática discriminatória, nomeadamente em função do sexo por via da gravidez.

2.21. É, portanto, neste paradigma que a matéria de igualdade e não discriminação se insere, assumindo-se de uma especial complexidade a comprovação da violação do direito à igualdade e não discriminação com base no sexo, no acesso ao emprego, mormente, na denúncia de contrato de trabalho durante o período experimental.

2.22. A isto acresce que, como é sabido, raras são vezes em que quem pratica um ato discriminatório, nomeadamente em função do sexo, o assume de forma direta.

2.23. De facto, em regra, a pessoa/entidade que discrimina atua de forma consciente de que a sua conduta é socialmente reprovável e ilegal, fazendo de tudo para dissimular e camuflar o seu comportamento, procurando encontrar razões válidas para encobrir a sua atuação.

2.24. Ciente desta realidade e da especial complexidade que a prática de qualquer acto discriminatório acarreta, o legislador, instituiu no artigo 25.º do Código do Trabalho, relativo à proibição de discriminação, que:

“1 - O empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta, em razão nomeadamente dos fatores referidos no n.º1 do artigo anterior.”

(...)

5 - Cabe a quem alega a discriminação indicar o trabalhador ou trabalhadores relativamente a quem se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer fator de discriminação. (...) – Sublinhado nosso.

2.25. Por seu turno, o artigo 28.º do Código do trabalho determina que a prática de ato discriminatório lesivo de trabalhador/a ou candidato/a a emprego confere-lhe o direito a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais do direito.

III - O CASO CONCRETO

3.1. No caso em apreço, a trabalhadora foi contratada em 22.07.2020, para desempenhar as funções de Enfermeira, tendo sido celebrado contrato de trabalho sem termo, estabelecendo-se um período experimental de 180 dias. No decurso do período experimental, a entidade empregadora, através de carta datada de 26.08.2020, comunicou à trabalhadora a denúncia do contrato de trabalho, com efeitos a partir de 30.08.2020.

3.2. Com efeito, a trabalhadora vem alegar que a denúncia do seu contrato de trabalho só se verificou porquanto engravidou. Por sua vez, a entidade empregadora, ao abrigo da comunicação prevista no n.º 5 do artigo 114.º do Código do Trabalho refere que *“Esta rescisão do contrato de trabalho sem termo em período experimental da referida trabalhadora é justificada pela circunstância de se ter constatado que as necessidades de trabalho que justificaram a contratação da referida trabalhadora deixaram de se verificar.”*. Por outro lado, em sede de resposta ao princípio do Contraditório, a entidade empregadora alega que o contrato do trabalho foi denunciado uma vez que a trabalhadora apresentava dificuldades e não apresentava o perfil pretendido para as funções alvo da sua contratação, concluindo da seguinte forma: *Pelo exposto, confirmamos que a decisão de rescisão do contrato de trabalho, durante o período experimental, teve por base o desempenho profissional da Sra. Enf.ª O perfil e as competências demonstradas não se revelaram adequadas ao que se espera dum Enfermeiro que tem que trabalhar em ambiente hospitalar.”*

3.3. Relembremos, no caso em apreço, que cabe ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer fator de discriminação – Cfr. n.º 5 do artigo 25.º do Código do Trabalho.

3.4. Assim, alvitrados os elementos constantes do processo, mormente as justificações contraditórias do empregador relativamente às motivações que levaram à denúncia do contrato de trabalho, afigura-se não estar afastada a hipótese de a denúncia do contrato de trabalho ter radicado em prática discriminatória em função do sexo, em virtude da gravidez.

Ora vejamos,

3.5. Em primeira linha o empregador vem arguir que o contrato cessou por ter constatado que as necessidades de trabalho que justificaram a contratação da trabalhadora deixaram de se verificar, o que muito se admira, porquanto a trabalhadora havia sido contratada através de contrato de trabalho sem termo, o que afasta a hipótese de o contrato ter sido celebrado para fazer face a necessidades temporárias da empresa.

3.6. Neste sentido, acha-se no mínimo estranho, que essa necessidade - relembre-se - que não era transitória, tenha desaparecido, passado um mês de execução do contrato.

3.7. Por outro lado, quando instado a responder às alegações de discriminação levantadas pela trabalhadora, a entidade empregadora vem referir que a denúncia do contrato está relacionada com o desempenho profissional da trabalhadora, uma vez que o seu perfil e as competências demonstradas não se revelaram adequadas ao que se espera dum/a Enfermeiro/a que tem que trabalhar em ambiente hospitalar.

3.8. Concretiza ainda o empregador que a trabalhadora *“foi-se revelando uma profissional “insegura”, frágil, com fraca aceitação pela equipa e com dificuldade em assumir responsabilidades, com prejuízo para a de prestação de cuidados aos doentes. Revelou dificuldades em lidar com a pressão, priorização de atividades e articulação em equipa, uma constante em contexto hospitalar, agravada pela pandemia de Covid19, onde as circunstâncias e modo de trabalho sofreram grandes alterações.”*

3.9. Posto isto, as questões que se impõem colocar são as seguintes: Se a trabalhadora não detinha o perfil e as competências adequadas para a função desempenhada, por que motivo, só agora o empregador o alega? Ou seja, se a motivação do empregador para fazer cessar o contrato era o desempenho da trabalhadora, por que não o indicou na sua carta datada de 26.08.2020? Por seu turno, se a motivação para a cessação do contrato foi o término das necessidades da empresa, por que motivo não manteve a empregadora a sua posição?

3.10. Estas são perguntas às quais se julga não haver resposta no presente processo.

3.11. Salienda-se que, sendo certo que o n.º 5 do artigo 144.º do Código do Trabalho não obriga à apresentação de qualquer justificação, a verdade é que tendo a empregadora decidido fazê-lo, presume-se que as mesmas são verdadeiras, motivo pelo qual não se compreende a mudança de argumentação.

3.12. Assim, face às justificações contraditórias e face à ausência de prova apresentada pelo empregador - seja para justificar a alegação de 26.08.2020, seja para justificar a alegação de 15.02.2021 – entende-se que os indícios de discriminação levantados pela trabalhadora não foram afastados pela entidade empregadora, como lhe competia.

3.13. Isto equivale a dizer que o empregador alegou - de duas formas diferentes é certo - mas não comprovou, como lhe competia, que a denúncia do contrato de trabalho da trabalhadora não radicou em prática discriminatória em função do sexo, em virtude da gravidez.

III – CONCLUSÃO

Face ao que antecede, a CITE delibera:

4.1. Existir indícios de prática discriminatória violadora do direito à igualdade no acesso ao emprego em virtude da denúncia de contrato de trabalho sem termo por motivo de gravidez, praticada pela entidade empregadora ...

4.2. Remeter o presente parecer à ACT – Autoridade para as Condições do Trabalho, uma vez que o mesmo conclui por indícios de prática discriminatória violadora do direito à igualdade no acesso ao emprego em virtude da denúncia de contrato de trabalho sem termo por motivo de gravidez, o que pode constituir contra-ordenação muito grave, por violação das disposições conjugadas dos artigos 24.º e 25.º do Código do Trabalho.

4.3. Informar a trabalhadora ... que, nos termos do artigo 28º do Código do Trabalho, a trabalhadora que seja lesada por ato discriminatório tem direito a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais do direito.

4.4. Recomendar à entidade empregadora “...” que respeite os direitos relativos à igualdade e não discriminação, proteção da parentalidade e conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, previstos nos artigos 23.º a 65.º do Código do Trabalho, tal como decorre dos princípios enunciados na Constituição da República Portuguesa.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 18 DE AGOSTO DE 2021, COM OS VOTOS CONTRA DOS REPRESENTANTES DA CIP - CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL E DA 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.