



Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito – Escola do Porto

**O PRINCÍPIO DA CONCILIAÇÃO DA VIDA
PROFISSIONAL COM A VIDA FAMILIAR –
ALGUMAS CONSIDERAÇÕES**

Dissertação de Mestrado em Direito
Especialização em Direito Privado

Apresentada por
MARIA MARGARIDA GÓIS MOREIRA
Sob a orientação da
PROFESSORA DOUTORA CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO

Porto, Junho de 2011

Lista de abreviaturas

AAFDL	– Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Ac.	– acórdão
AG	– Advogado-Geral
AL	– <i>Actualidad Laboral</i>
Ap.	– apartado
Art.	– artigo
CC	– Código Civil
CCT	– convenção colectiva de Trabalho
CDFUE	– Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CDSFT	– Carta dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores
CEEP	– Centro Europeu das Empresas Públicas
CEFDM	– Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres
CES	– Confederação Europeia dos Sindicatos
CITE	– Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego
Cl.	– cláusula
CRP	– Constituição da República Portuguesa
Csd	– considerando
CT	– Código do Trabalho
Cv	– convenção
DESC	– direitos e deveres económicos, sociais e culturais
DG	– Decreto Governamental
Dir.	– directiva

DL	– decreto-lei nº 91/2009, de 9 de Abril, que regula o regime de protecção social na parentalidade
DLG	– direitos, liberdades e garantias
DS	– <i>Droit Social</i>
DUDH	– Declaração Universal dos Direitos do Homem
DUE	– Direito da União Europeia
EM	– Estado Membro da União Europeia
Id.	– <i>idem</i>
IGT	– Inspeção-Geral do Trabalho
IRCT	– Instrumento de regulamentação colectiva de trabalho
LAF	– licença para assistência a filho
LAFD	– licença especial para acompanhamento de filho portador de deficiência ou de doença crónica
LC	– lei constitucional
LP	– licença parental em qualquer modalidade
LPC	– licença parental complementar
LPI	– licença parental inicial
LPIE	– licença parental inicial a gozar por um dos progenitores por morte ou incapacidade física ou psíquica do outro
LPM	– licença parental inicial exclusiva da Mãe
LPP	– licença parental inicial exclusiva do Pai
Ndr	– nota de rodapé
Nº	– número
OIT	– Organização Internacional do Trabalho
Par.	– parágrafo
Pg	– página
PIDESC	– Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais

Pr.	– princípio
QL	– Questões Laborais
RDES	– Revista de Direito e de Estudos Sociais
RDS	– <i>Revista de Derecho Social</i>
REDT	– <i>Revista Española de Derecho del Trabajo</i>
RF	– responsabilidade familiar
RJS	– <i>Revue de Jurisprudence Sociale</i>
RL	– <i>Relaciones Laborales</i>
ROA	– Revista da Ordem dos Advogados
Sgs	– seguintes
SJ	– <i>La Semaine Juridique</i>
TC	– Tribunal Constitucional
TFUE	– Tratado de Funcionamento da União Europeia
TGPL	– trabalhadora grávida, puérpera ou lactante
TJ (UE)	– Tribunal de Justiça da União Europeia
TR	– Tratado de Roma
TRF	– trabalhador com responsabilidades familiares
TSRF	– trabalhador sem responsabilidades familiares
UE	– União Europeia
UNICE	– União das Confederações da Indústria e dos Empregadores da Europa

2.2.2.7. Licença por adoção (44º)	37
2.2.2.8. Licença parental complementar (51º)	37
2.2.2.9. Licença para assistência a filho (52º).....	37
2.2.2.10. Licença especial para acompanhamento de filho portador de deficiência ou de doença crónica (53º e 54º)	38
2.3. Na organização do tempo de trabalho	39
IV. CONCLUSÕES E PERSPECTIVAS DE FUTURO	42
Bibliografia utilizada	44

I. INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, as leis do trabalho procuraram limitar as horas que o trabalhador passava sujeito ao domínio do empregador. Estavam em causa o direito ao descanso e à saúde daquele. Deste modo, o trabalho sempre se encontrou contraposto ao descanso¹. Uma associação, de resto, evidente, pois trata-se de dois conceitos que não subsistem um sem o outro: só há descanso porque existe trabalho e vice-versa.

No entanto, o descanso *stricto sensu*² é apenas uma parte do que se poderia chamar “tempo de não trabalho”³, competindo ao trabalhador decidir como ocupar o restante⁴. O tema da Conciliação prende-se, portanto, com o direito do trabalhador a uma vida privada e ao papel que deve ter o Direito na sua promoção.

Do que se trata é de assegurar ao trabalhador tempo para se dedicar a outras actividades, como à sua vida familiar, à sua formação⁵ ou outros *hobbies*. Deste feito, ir-se-á necessariamente tratar de regulações no tempo de trabalho⁶, que é o principal meio de actuação nesta área.

Um estudo completo da conciliação da vida profissional com a vida pessoal do trabalhador iria implicar um trabalho excessivamente longo⁷. Por esta razão, optou-se por estudar especificamente o regime do nosso CT que permite a um trabalhador dedicar tempo à sua família⁸, começando por analisar os fundamentos constitucionais do pr., essenciais para o seu desenvolvimento.

¹ Sobre o repouso e a sua relação com a Conciliação, M. LEITÃO, *Direito do Trabalho* (Coimbra: Almedina, 2010), 334.

² O tempo em que o trabalhador “recarrega baterias”, saciando as suas necessidades básicas, nomeadamente o sono e a alimentação.

³ Também chamado “tempo livre” (CORREA CARRASCO, “Tiempo de Trabajo e Igualdad de Género: Regulación Legal y Negociación Colectiva”, *RDS* 49 (2010): 192).

⁴ Tendo em conta que a distinção entre vida profissional e vida pessoal é cada vez mais ténue, como sublinha J.-E. RAY, nomeadamente devido ao aparecimento das novas tecnologias (“Avant-propos”. *DS* 1 (2004): 6-7). TERESA MOREIRA refere que os trabalhadores devem poder ocupar os seus tempos livres, como o desejarem e procura impor limites ao poder de direcção do empregador nessas horas (*Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador* (Coimbra: Coimbra Editora, 2004), 407 sgs).

⁵ Um aspecto fulcral nos dias de hoje, em que é se dá tanta importância à formação, para a progressão na carreira.

⁶ Que se encontra numa fase de mudança, devido às novas perspectivas sobre a flexibilidade laboral.

⁷ Nomeadamente, implicaria estudar todos os instrumentos de flexibilização do tempo de trabalho, o estatuto do trabalhador-estudante, a possibilidade de conciliação com uma carreira política, restringindo-nos somente à área laboral.

⁸ Seguindo a Dir. 96/34, serão direitos de conciliação todos os que surgirem por decisão de uma mulher de ser mãe, pelo cuidado de qualquer dependente ou que derivam da necessidade de auxiliar algum

Por beber de fontes internacionais, começa-se por examinar de que modo o pr. da Conciliação tem vindo a evoluir neste âmbito, o que permitirá perspectivá-lo na nossa ordem interna com uma visão de futuro.

membro familiar, estes dois últimos extensíveis aos homens. Sobre a relação entre a trabalhadora a sua família, M.^a J. TOMÉ, “Qualidade de vida: Conciliação entre o trabalho e a família”, *Lex Familiae* 1 (2004): 56-58.

II. O PR. DA CONCILIAÇÃO DA VIDA PROFISSIONAL COM A VIDA FAMILIAR

1. Origem do pr.

A conciliação da vida profissional com a vida familiar⁹ (doravante, Conciliação¹⁰) é um tema relativamente recente. Surgiu com a entrada das mulheres no mercado de trabalho, principalmente nos anos 60-70, um fenómeno que já se tinha iniciado na altura da Segunda Guerra Mundial. Este acontecimento representou uma mudança estrutural nas famílias: a tradicional repartição de tarefas (o homem encarregado do trabalho remunerado, a mulher do trabalho doméstico, do cuidado dos filhos e de outros dependentes) foi posta em causa¹¹. O que até aí não se consubstanciava num problema, por a conciliação se dar *de per se*, mudou no espaço de uns poucos anos.

Todavia, uma mudança paralela não se deu na organização tradicional do lar, fomentando o aparecimento de novos fenómenos, como “a dupla jornada de trabalho¹²”

⁹ Ao tratar da “família”, pretende-se incluir o cuidado dos dependentes, como as pessoas idosas e os portadores de deficiência, pelas suas implicações na discriminação, como irá ser desenvolvido. Importa ter presente a noção de *care*, como “todos os deveres de assistência ligados à família, tanto às crianças, como a qualquer outro dependente, tal como às pessoas idosas, as pessoas com deficiência ou simplesmente doentes” (ROSÁRIO RAMALHO, “Protection de la maternité et articulation de la vie familiale et de la vie professionnelle par les hommes et par les femmes”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, Vol. I (Coimbra : Almedina, 2003), 279-286), do qual são as mulheres que costumam ficar encarregadas, prestando o chamado “apoio informal” (ANA MURCIA CLAVERÍA, “La tutela del puesto de trabajo del trabajador/a con responsabilidades familiares”, *RL* (Jan. 2010): 21).

¹⁰ Optou-se por este termo, por ser o mais usado em Portugal e por ter sido recebido pela CRP. No entanto, como o faz notar M.^a BALLESTER PASTOR, nos outros países da União Europeia não se tem usado o termo “conciliação”, *que mais parece referir-se a um dos procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos (como a mediação e a arbitragem)*. Na Sociologia tem-se recorrido ao termo “reconciliação”, mas segundo esta autora, esta palavra, que começou com uma conotação de género que favorecia as políticas de conciliação, tem vindo a perdê-la. Propõe, por isto, a utilização de expressões mais claras e novamente conotáveis, tais como “partilha de responsabilidades” ou “co-responsabilidade” (“Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad”, *RDS* 51 (2010): 32).

¹¹ Para mais desenvolvimentos, ver LOUSADA AROCHENA, “El tiempo en las leyes con perspectiva de género”. *RDS* (Jan.-Mar. 2010): 85; ROSÁRIO RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte I, Dogmática Geral* (Coimbra: Almedina, 2009), 334; ROSÁRIO RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais* (Coimbra: Almedina, 2010), 516-517.

¹² “Em termos práticos, dois empregos fora de casa mais um doméstico somam três empregos (...) é quase sempre a mulher quem acaba por acumular dois destes três empregos” (JANNE MATLÁRY, *Para um novo feminismo* (Lisboa: Principia, 2002), 38).

ou “a dupla discriminação¹³”. Esta última consequência está na origem da actuação comunitária nesta área, que encarou o pr. da Conciliação como uma forma de promoção da igualdade entre os sexos no trabalho e no emprego, como se irá explicitar infra.

Assim, é no âmbito do DUE¹⁴, principalmente no Direito Comunitário da Igualdade de Género¹⁵, dos anos 80 e inícios dos anos 90¹⁶ (que tem jurisprudência¹⁷ e legislação própria¹⁸), que se encontram as principais fontes da regulação nacional em matéria de Conciliação. Para as entender, importa não perder de vista as suas origens.

Também há-que ter presentes os conceitos de discriminação directa e indirecta¹⁹ em função do sexo, que foram primeiramente formalizados na Dir. 76/207/CEE²⁰ e recebidos no art. 23º, nº 1, al. a) e b) CT. No campo da Conciliação, o raciocínio presente no Tribunal pode-se explicitar da seguinte forma: a igualdade entre homens e mulheres no emprego não será atingida enquanto as mulheres continuarem a assumir

¹³ A trabalhadora é discriminada por ser mulher e por ser uma TRF (ANA MURCIA CLAVERÍA, *op. cit.*, 20).

¹⁴ A primeira referência à conciliação surge, sob o termo “reconciliação”, no Programa Comunitário de Acção Social de 1974 (M.ª BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, 35).

¹⁵ Que se iniciou com o art. 119º TR, sobre igualdade em matéria remuneratória (ROSÁRIO RAMALHO, *Direito Social da União Europeia – Relatório* (Coimbra: Almedina, 2009), 79).

¹⁶ A Conciliação é um objectivo comunitário desde 1989, contido no parágrafo 16 da CDSFT, de 9/12/89, mas só em 2000 fica plasmada a sua relação com a igualdade substancial de género, na Resolução do Conselho, sobre participação equilibrada das mulheres e dos homens na actividade profissional e na vida familiar (CORREA CARRASCO, *op. cit.*, p. 196).

¹⁷ Como os ac. Garland, Defrenne, Marshall, Murphy, Grau-Hupka, Kalanke, Bilka, Barber ou Van der Akker (ac. TJ (UE) de 9/2/1982, 8/4/1976, 26/2/1986, 4/2/1988, 13/12/1994, 17/10/1995, 13/5/1986, 17/5/1990, 28/9/1994). Onde se relaciona a discriminação em função da maternidade com a discriminação em função do sexo.

¹⁸ Por exemplo as Dir. 76/207/CEE, de 9/2; 92/85/CEE, de 19/10 ou a Dir. 97/80/CE, de 15/12.

¹⁹ A noção vinha de jurisprudência comunitária, nomeadamente, dos acs de 2 de Outubro de 1997, Gerster, C-1/95 e Kording, C-100/95. Sobre os conceitos, ver também J. GOMES, *Direito do Trabalho, Relações Individuais de Trabalho*, Vol. I (Coimbra: Coimbra Editora, 2007), 393-394 e “Igualdade e não discriminação no Direito do Trabalho”, in ANTÓNIO MOREIRA (coord.), *IV Congresso nacional de Direito do Trabalho – Memórias* (Coimbra: Almedina, 2001), 267-321; CATARINA CARVALHO, *Considerações sobre o estatuto jurídico-laboral da mulher* (Coimbra: Almedina, 2001), 129-158; “A protecção da maternidade e da paternidade no Código do Trabalho”, *RDES* 65 (2004): 64-74; “O direito material e processual do trabalho dos novos tempos”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Estêvão Mallet* (São Paulo: LTr Editora, 2009), 94 sgs; M.ª M. D. SILVA, “A discriminação sexual no mercado de trabalho – Uma reflexão sobre as discriminações directas e indirectas”, *QL* 15 (2000): 89-119; VERA RAPOSO (*O poder de Eva* (Coimbra: Almedina, 2004), 301).

²⁰ Do Conselho, de 9/2/1976, relativa à implementação do pr. da igualdade de tratamento entre mulheres e homens no acesso ao emprego.

maioritariamente as responsabilidades ligadas ao lar²¹, pois existem várias consequências de tal situação.

Antes de mais, no acesso ao emprego, como são geralmente as mulheres que prescindem do trabalho em favor da família (por exemplo, através de licenças e dispensas), permanece a ideia de que elas são menos produtivas, além de criarem encargos suplementares aos seus colegas. Por estas razões, é frequente uma mulher ser discriminada em favor de um trabalhador de sexo masculino.

Depois, na execução da relação contratual, existem discriminações salariais, na formação e nas possibilidades de progressão na carreira²².

Por fim, na cessação da relação contratual, enquanto subsistirem os estereótipos referidos no acesso ao emprego, as mulheres permanecerão numa situação de instabilidade contratual²³.

Acaba-se, deste feito, por chegar a situações de discriminação mediata ou imediata, entre os sexos²⁴, tanto na contratação, como no desenvolvimento da relação contratual ou na sua cessação.

No campo do Direito Internacional, esta relação ficou plasmada em diversos instrumentos, em vigor na nossa ordem interna²⁵. Assim a Cv da OIT²⁶ n° 156²⁷, que promove a protecção dos trabalhadores com RF, especifica no seu preâmbulo que ela se

²¹ Para um maior desenvolvimento, J. CABEZA PEREIRO, “Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres”, in *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos* (Valencia: Tirant lo blanch, 2011), 77-94.

²² CLARA SOTTOMAYOR (coord.), “Estudo sobre a aplicação da lei da parentalidade, da maternidade e da paternidade em Portugal”, *Projecto promovido pela Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (não publicado)*: 6.

²³ É frequente as mulheres estarem mais presentes em empregos de maior precariedade e de salários inferiores e uma menor taxa de emprego feminina do que masculina, CLARA SOTTOMAYOR, *op. cit.*, 4.

²⁴ ROSÁRIO RAMALHO, “Conciliação equilibrada entre a vida profissional e familiar – Uma condição para a igualdade entre mulheres e homens na União Europeia”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, Vol. I (Coimbra : Almedina, 2003), 269.

²⁵ Por força do art. 8º, nº 2, CRP.

²⁶ As recomendações da OIT não são tidas em conta no trabalho, por não possuírem por si só carácter vinculativo (G. DRAY “Autonomia privada e igualdade na formação e execução de contratos individuais de trabalho”, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. I (Coimbra: Almedina, 2003), 34). Uma delas, no entanto, merece uma menção própria, por se tratar do primeiro documento internacional que se debruça sobre a matéria da Conciliação: a Recomendação 123, sobre trabalhadores com responsabilidades familiares, de 1965 (ARLENE RICOLDI, “A noção de articulação entre família e trabalho e políticas de apoio”, *Mercado de trabalho* 42 (Fev. 2010): 37).

²⁷ De 23/6/1981, relativa à Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para os Trabalhadores dos dois Sexos: Trabalhadores com Responsabilidades Familiares. Entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa a 2/5/1986.

inclui no campo mais amplo da luta contra a discriminação no emprego e refere depois vários instrumentos internacionais com este objectivo. Menciona a necessidade de o homem assumir um maior compromisso nas RF, de forma a permitir à mulher uma maior dedicação profissional, o que irá exigir uma mudança nas mentalidades.

Também é de referir a CEFDM²⁸, que sublinha no seu Preâmbulo *a importância social da maternidade e do papel de ambos os pais na família e na educação das crianças* e a necessidade de uma mudança nas mentalidades, em relação ao papel do homem e da mulher, ligada a uma melhor partilha das RF entre os homens, as mulheres e a sociedade no seu conjunto, evitando-se assim a discriminação das mulheres (13º e 14º csd)²⁹.

Nos anos 80, as normas de promoção de uma melhor repartição de tarefas ligadas ao lar eram, portanto, vistas como normas de luta contra a discriminação.

Procurou-se lutar contra esta discriminação no emprego permitindo discriminações positivas das mulheres em função do sexo, como a instauração de quotas no acesso a certas profissões. Esta tendência foi depois contrariada pela jurisprudência comunitária, iniciando-se com o ac. Kalanke^{30/31}.

No entanto, na década de 90 notou-se uma tendência para desligar a Conciliação da discriminação em função do Género. As Dir. 96/34/CE³² e 97/81/CE³³, que regulam matérias associadas às mulheres, constituem exemplos desta tendência ao não reclamarem um âmbito de aplicação exclusivamente feminino. Também esta desvinculação se notou, a título de exemplo, no ac. Österreichischer³⁴ ou na CDFUE³⁵.

²⁸ De 17/12/1979, foi aprovada para ratificação pela Lei n.º 23/80, de 26/7.

²⁹ No tocante às normas da Cv, é de referir o art. 5º, que procura eliminar as ideias preconcebidas sobre o papel dos homens e das mulheres na sociedade, e o 11º, nº 2, al c), que fomenta a promoção de instrumentos que facilitem a Conciliação.

³⁰ TJ (UE), de 17/10/95, C-450/93.

³¹ VERA RAPOSO, *op. cit.*, 323.

³² Do Conselho, de 3/6/96, relativa ao acordo-quadro sobre a licença parental celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES.

³³ Do Conselho, de 15/12/97, respeitante ao acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES.

³⁴ De 8 de Junho de 2004, C-220/02. Estava em causa a contabilização do tempo passado em licença parental (que era em 98% dos casos gozada por mulheres) para efeitos de antiguidade. Tal foi admitido para o serviço militar obrigatório (para os homens), mas recusado nos tempos de licença parental. Foi invocada pelo Tribunal a obrigatoriedade do serviço militar, contraposta à voluntariedade da licença (que na prática foi considerada praticamente inevitável, pela falta de apoios sociais para a guarda de crianças até aos 3 anos). De notar que o ac. afirmou que o gozo da licença parental redundava num bem jurídico pessoal, mas já o cumprimento do serviço militar seria um bem jurídico colectivo (par. 60 e 61). Entendemos o raciocínio do Tribunal no sentido de não estar em causa um bem jurídico pessoal no

Esta visão apresenta o aspecto positivo de se evitarem os efeitos perversos supramencionados, mas traz com ela um outro perigo. Deste feito, a Conciliação pode vir a ser considerada como um mero “direito à ausência”. Nesta perspectiva, quanto mais os pais teriam direito a ausentarem-se para cuidarem dos familiares a cargo, tanto mais o direito se encontraria tutelado. É notório que esta visão parcelar não resolve a situação das mulheres, porque não actua na tradicional repartição de tarefas. Importava, então, recordar a ligação Conciliação-discriminação para se voltar a uma actuação nas suas causas reais.

Felizmente, nos últimos anos a doutrina tem notado uma evolução positiva na retomada de consciência da ligação entre os dois pr. referidos e, inclusive, na extensão da Conciliação a novas áreas³⁶. Assim, a recente Dir. 2010/18/UE³⁷ fomenta a assunção da co-responsabilidade, não permitindo a transferibilidade da licença de paternidade (art. 2º acordo-quadro) e afirmando ser “no intuito de promover a igualdade de oportunidades e tratamento entre homens e mulheres”. A jurisprudência foi, igualmente, enunciando esta relação³⁸, mas foi recentemente, no ac. Roca Álvarez, que ficou plasmada como nunca antes.

Neste caso, foi perguntado à Suprema Instância Comunitária se uma licença de aleitamento, de titularidade feminina mas extensível ao progenitor no caso de ambos os pais serem trabalhadores, estaria de acordo com a Dir. 76/207 (hoje substituída pela Dir. 2006/54/CE³⁹). Em causa estava um trabalhador (M. Roca Álvarez), a quem tinha sido recusado o gozo desta licença, por a sua mulher ser trabalhadora independente. Invocou

serviço militar, mas discordamos da afirmação de que o gozo de uma licença parental não redundava em vantagens para a comunidade em geral (voltar-se-á a este ponto aquando a análise constitucional da Conciliação).

³⁵ Assegura a Conciliação através de um art., o 33º, nº 2, colocado sistematicamente no capítulo IV (intitulado “Solidariedade”), em vez de estar no capítulo anterior (“Igualdade”), e que promove somente formas de protecção na parentalidade (M.^a BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, 37).

³⁶ O TJ (UE) tem-se servido da noção de conciliação-co-responsabilidade em áreas inusitadas, como na discriminação em função da idade (art. 6º Dir. 2000/78) e tem formulado interpretações extensivas do pr. em jurisprudência comunitária, nomeadamente ac. Coleman (C-303/06) e Meerts (C-116/09), M.^a BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, 39.

³⁷ De 8/3/2010, que aplica o Acordo-Quadro revisto sobre licença parental celebrado entre a BUSINESSSEUROPE, a UEAPME, o CEEP e a CES.

³⁸ Assim, no ac. Lommers (C-476/99) (par. 41): “A título liminar, importa referir que com uma medida como a que está em causa no processo principal, com a qual se pretende abolir uma desigualdade de facto, pode-se também e sem embargo correr o risco de contribuir para perpetuar uma distribuição tradicional das funções entre homens e mulheres”.

³⁹ Do Parlamento e do Conselho, de 5/07/2006, relativa à aplicação do pr. da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à actividade profissional (reformulação).

tratar-se de uma discriminação em função do sexo, porque se ele exercesse uma actividade independente, ela teria este direito. O Governo espanhol defendeu ser uma forma de protecção das mulheres contra o despedimento e de promoção da igualdade. Estaria justificada por ser promotora da igualdade de género e considerada proporcionada ao seu objectivo. Mesmo assim, o Tribunal deu razão ao trabalhador por dois motivos. Primeiro, porque a situação do pai e da mãe eram idênticas, por a função desta licença não ser de tutela da condição biológica da mãe (par. 24)⁴⁰. Depois, porque uma tal medida redundaria em ser promotora das desigualdades, ao manter a tradicional distribuição de funções entre homens e mulheres (par. 36-38). Assim, como o faz notar F. PICOD, ao proteger o pai o TJ está na realidade a tutelar os interesses da mãe^{41/42}.

2. Perspectiva actual

Como foi demonstrado, a Conciliação como “direito à ausência” está em declínio no DUE. Do que se trata hoje em dia é de actuar nas mentalidades⁴³, de forma a promover a assunção de responsabilidades pelo homem e evitar a associação recorrente “mulher-care”⁴⁴. No âmbito jus-laboral, a actuação centra-se na introdução de novas formas de trabalho flexível, ou no aperfeiçoamento das existentes, e na facilitação das ausências ao trabalho por parentalidade ou para assistência a familiares.

Na associação da igualdade entre os sexos à Conciliação, explicou-se *infra* que esta, apesar de conter vantagens inegáveis, não é forçosamente correcta, porque acaba

⁴⁰ Para mais desenvolvimentos sobre a evolução jurisprudencial e conceitual, J.-P. LHERNOULD, “Droit à congé lié à l’éducation d’un enfant”, *RJS* (Fev.2011), 102; M. AUBERT, EMMANUELLE BROUSSY, F. DONNAT, “Égalité hommes-femmes”, *AJDA* 41 (2010), 2308.

⁴¹ F. PICOD, “Congés d’allaitement pour les pères salariés: des restrictions injustifiées”, *SJ – Edition Sociale* 45 (Nov. 2010), 38.

⁴² Um dos argumentos com particular interesse, invocado pelo AG do processo, é o perigo de as trabalhadoras independentes virem a assumir sozinhas os cuidados parentais, acabando por renunciar em parte à sua actividade profissional.

⁴³ Outro possível campo de actuação encontra-se na área social, como a criação de centros de apoio aos pais e aos idosos, ou nos subsídios da SS, mas, por repartições de competências, o DUE tem de se restringir a medidas no Direito do Trabalho (M.^a BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, 34). Sobre as possibilidades de intervenção na sociedade, SARA CASACA, “Reflexões em torno de um novo contrato de género e de uma sociedade mais inclusiva”, *Sociedade e Trabalho* 38 (Maio/Ag. 2009), 75-84.

⁴⁴ Até se fala hoje em dia de direitos de conciliação “de segunda geração” (CARMEN VIQUEIRA PÉREZ, “Un balance crítico acerca de los derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal”, in J. CABEZA PEREIRO, *Conciliación...cit.*, 129).

por reforçar a associação entre a mulher e as tarefas ligadas ao lar⁴⁵. Além disto, esta actuação gera reais discriminações do homem, que tem o direito⁴⁶ a participar na vida familiar e a exercer a sua paternidade, o que frequentemente é impedido de fazer, sem possibilidades de se socorrer das medidas protectoras ligadas à maternidade, por serem, quase sempre, dirigidas apenas às mulheres⁴⁷.

Por outro lado, a noção de Conciliação remete para “RF”⁴⁸, o que leva a crer que a discriminação dos TRF poderá vir a ter um crescimento exponencial, à medida que o homem for assumindo mais RF. Neste caso, o critério discriminatório deixará de ser o sexo ou a possibilidade de uma gravidez, mas a presença de familiares dependentes. É, aliás, o que foi seguido pela Cv nº 156, que estabelece como âmbito de aplicação os trabalhadores que tenham familiares deles dependentes, economicamente ou não, o que compreende os filhos ou qualquer familiar directo, dos quais sejam responsáveis⁴⁹.

Por estas razões, verifica-se a tendência de promoção da Conciliação pela tutela dos TRF, em geral. Exemplos são a protecção dos trabalhadores discriminados por causa da sua situação familiar⁵⁰ ou o estabelecimento de uma licença de parentalidade.

⁴⁵ “Se somente a mulher é protegida durante o período que se segue ao parto, tanto contra o despedimento como pela atribuição de uma licença suplementar, porque esta protecção é excepcional e lhe é outorgada “naturalmente”, o estigma feminino ligado à conciliação do trabalho e da família permanecerá inalterado” (ROSÁRIO RAMALHO, “Protection...”, 283).

⁴⁶ E o dever (art. 36º CRP).

⁴⁷ ROSÁRIO RAMALHO, “Conciliação...”, 271.

⁴⁸ ARLENE RICOLDI, *op. cit.*, 37.

⁴⁹ A Cv deixa aos Estados Membros a escolha da concretização do conceito “família directa” e “filhos a cargo” (1º, nº 3). Nota-se que não poderão ser apenas os filhos, pois a Cv prevê expressamente o cuidado de outros membros da família imediata, em números distintos do mesmo art. (1º, nº 2 e 3).

⁵⁰ Sobre as RF como critério discriminatório, M.ª GARCÍA RUBIO, “La tutela del trabajador varón en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar”, in J. CABEZA PEREIRO, *Conciliación...cit.*, 361.

III. O PR. DA CONCILIAÇÃO NA CRP E NO CT

1. Na CRP

A Constituição laboral portuguesa contém referências concretas à Conciliação, mas ficaria incompleta uma análise limitada a este âmbito. De facto, tal como a Constituição laboral “não constitui uma realidade autónoma dentro de uma constituição, devendo sempre interpretar-se no contexto global da constituição⁵¹”, também o pr. da Conciliação não pode ser visto de forma parcelar, dentro de uma parte da CRP.

Assim, num sentido lato, a CRP promove de várias formas a Conciliação.

Antes de mais, porque garante a todos os cidadãos a defesa e desenvolvimento da sua personalidade (26º, nº 1, CRP). Neste art., fundado no pr. da dignidade da pessoa humana, o legislador constitucional pretendeu tutelar o direito ao desenvolvimento da personalidade⁵² e a uma esfera de autonomia pessoal, fora da intervenção jurídica⁵³. A realização do primeiro fim passará necessariamente por tempos de “não trabalho”, nos quais o trabalhador poderá desenvolver mais aspectos da sua personalidade e participar no desenvolvimento das pessoas com quem convive. Quanto ao segundo bem jurídico, redunda em proporcionar ao trabalhador os referidos momentos em que se encontra fora da margem de intervenção do seu empregador. Toda esta temática tem implicações na distinção entre “vida pessoal e vida profissional” do trabalhador, um tema de actualidade, com discussões de grande interesse em países vizinhos⁵⁴.

⁵¹ G. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. (Coimbra: Almedina, 2003), 346. Também, R. MARTINEZ, “A Constituição de 1976 e o Direito do Trabalho”, in *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976, evolução constitucional e perspectivas futuras* (Lisboa: AAFDL, 2001), 153.

⁵² J. MIRANDA e R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I* (Coimbra: Almedina, 2005), 287.

⁵³ J. MIRANDA e R. MEDEIROS, *Constituição...*(2005), 288.

⁵⁴ Interessaria aprofundar os limites do Direito quanto à possibilidade de “forçar” o trabalhador a gozar da sua vida pessoal, pelo bem do próprio, bem como a utilidade da existência de limites ao tempo de trabalho e o uso das novas tecnologias, fora das horas de trabalho. É relevante a leitura de dois nº especiais de *DS*, que tratam exclusivamente deste tema: Janeiro de 2004 e 2010. Sobre o uso das novas tecnologias, TERESA MOREIRA desenvolveu na sua tese os limites do controlo do empregador, nomeadamente mediante estes recursos. Aceita-os, desde que não ultrapassem os limites do contrato de trabalho e não “permitam sujeitar a própria pessoa do trabalhador” (*op. cit.*, 246). Salienta numerosas vantagens destes meios de trabalho, mas o perigo que representam para a vida privada do trabalhador (*op. cit.*, 293).

Trata-se, além disto, do direito fundamental do trabalhador à educação dos seus filhos, “que contribui para a sua plena realização pessoal⁵⁵”.

Na regulação específica dos direitos fundamentais dos trabalhadores (59º CRP), certa doutrina considera que no nº 1, al. b) e c), ficou plasmada a conexão destes com o pr. da dignidade da pessoa humana e com os outros direitos fundamentais, “designadamente com o direito ao desenvolvimento da personalidade”⁵⁶. Aliás, é sintomático que o art. 59º, nº 1, b), ponha ao mesmo nível a realização pessoal e a Conciliação, as duas como consequências de um trabalho exercido em condições condignas, o que equivale a considerar o pr. da Conciliação como parte integrante de um trabalho exercido “em condições socialmente dignificantes”⁵⁷. Naturalmente, tratando-se de DESC, com um conteúdo programático, esta obrigação do Estado cumprir-se-á de maneiras diferentes em função da época, para mais porque a noção de existência condigna é variável conforme as situações económicas e sociais, não dependendo apenas da remuneração auferida^{58/59}.

O art. 59º, nº 1, d) e nº 2, b), é uma concretização do nº 1, al. b)⁶⁰ e promove indirectamente o pr. em estudo ao assegurar direitos sociais dos trabalhadores que lhes permitam dedicar tempo à sua vida pessoal e familiar. Todo o regime do tempo de trabalho é consequência destes direitos fundamentais dos trabalhadores. Merece uma

⁵⁵ J. MIRANDA e R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, 2ª ed. (Coimbra: Coimbra Editora, Wolters Kluwer, 2010), 828.

⁵⁶ J. MIRANDA e R. MEDEIROS, *op. cit.*, 1156. Os mesmos autores defendem que este direito tem ainda muita potencialidade interpretativa, dando o exemplo do direito à ocupação efectiva no local de trabalho.

⁵⁷ R. MARTINEZ, *op. cit.*, 158.

⁵⁸ o incumprimento desta obrigação gera apenas responsabilidade política do Estado (S. MARTINEZ 1978, *op. cit.*, 82).

⁵⁹ Em França deu-se um caso que permite ilustrar uma materialização deste conceito. Numa decisão sobre os limites às cláusulas de mobilidade geográfica, que devem estipular no contrato a zona geográfica a que se aplicam (para mais, ver os comentários de C. RADÉ às duas decisões da *Cour de Cassation (Chambre sociale)*, de 14 Outubro 2008, em *DS 1* (2009): 112-114), a *Cour de Cassation* proclamou um verdadeiro direito fundamental do trabalhador a uma “vida pessoal e familiar” (*Cour de Cassation (Chambre sociale)* – 13 Janvier 2009, comentado por C. RADÉ em *DS 5* (2009): 614-615). Foi afirmado que o empregador deve avaliar os interesses em jogo, para determinar se a ordem de alteração do local de trabalho é proporcionada, em função dos prejuízos sofridos pelo trabalhador (neste caso, uma trabalhadora viúva, mãe de duas crianças pequenas) e os ganhos da empresa. Foi considerado que esta mutação afectava o seu direito a uma vida pessoal e familiar. Sendo um direito fundamental, inverte-se o ónus da prova e compete ao empregador a prova de que a mutação se justifica. Segundo C. RADÉ (*DS 5* (2009): 615), o que a instância de recurso pretendeu foi impor aos tribunais de primeira instância que, de futuro, analisem as pretensões do trabalhador, de forma a qualificar a gravidade da falta deste último.

⁶⁰ J. MIRANDA e R. MEDEIROS, *op. cit.*, 1156.

menção especial o art. 59º, nº 2, c), por tratar da protecção no trabalho das TGPL, à qual se voltará.

Além disto, o Estado assumiu como tarefa fundamental a promoção da igualdade entre homens e mulheres (9º, h)), com um artigo de âmbito geral (13º), que faz referência à igualdade entre os sexos (nº 2), e outro específico, para a protecção da igualdade no trabalho (corpo do art. 59º) e no seu acesso (58º, nº 2, b))⁶¹. De notar que por estar incluído nos DLG, o art. 13º produz efeito imediato e aplica-se tanto a entidades públicas como a particulares⁶². Este facto é de extrema importância, pois apesar de muitas normas que concretizam o direito à igualdade dos trabalhadores serem normas programáticas, não deixam de estar alicerçadas num direito fundamental⁶³.

Também há que ter em conta que a sua presença na CRP implica uma obrigação do Estado de criar “as oportunidades e as condições que a todos permitam usufruir dos mesmos direitos e cumprir os mesmos deveres”⁶⁴, o que leva a discussão para os limites da intervenção do Estado na tutela da igualdade como diferença fundamentada⁶⁵. Em causa está a existência de um dever de diferenciação positiva do legislador, o que permitiria a declaração de inconstitucionalidade de certas leis que não estabelecessem desigualdades⁶⁶. Perspectivam-se grandes potencialidades neste tema, na criação de melhores condições para a Conciliação.

O art. 68º estabelece a protecção da maternidade e da paternidade pelo Estado, por estarem em causa “valores sociais eminentes” (68º, nº 2, CRP). No tocante à gravidez, outorga uma especial protecção às mulheres grávidas antes e depois do parto,

⁶¹ Em consequência do que já foi defendido no campo da igualdade de género, é portanto incumbência do Estado o fomento de uma melhor partilha de responsabilidades no lar, ANA MURCIA CLAVERÍA, *op. Cit.*, 21.

⁶² ROSÁRIO RAMALHO, “Igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória: a aplicação da Dir. 75/117/CE em Portugal”, *ROA* (1997): 163. Sobre a aplicabilidade directa dos DLG nas relações entre particulares, veja-se TERESA MOREIRA, *op. cit.*, 53-56, que desenvolve as dissensões doutrinárias sobre a aplicabilidade directa destes direitos, bem como G. DRAY *Autonomia...*, 156.

⁶³ Assim, em Espanha o TC já determinou que “a dimensão constitucional [...] de todas aquelas medidas tendentes a facilitar a compatibilidade da vida laboral e familiar dos trabalhadores, tanto desde a perspectiva do direito à não discriminação em função do sexo (14 CE) das mulheres trabalhadoras, como desde a obrigação de protecção da família e da infância (39 CE), terá de prevalecer e servir de orientação para a solução de qualquer dúvida interpretativa” (Sentença TC 3/2007, de 15/1 – CORREA CARRASCO, *op. cit.*, 221).

⁶⁴ J. MIRANDA e R. MEDEIROS, *Constituição...*(2005), 120.

⁶⁵ Oposta à igualdade como universalidade, M.ª L. AMARAL, “O pr. da igualdade na Constituição Portuguesa”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes* (Coimbra: Coimbra Editora, 2004), 38.

⁶⁶ M.ª L. AMARAL, *op. cit.*, 44.

tal como o direito a uma dispensa de trabalho “por período adequado, sem perda de retribuição ou de quaisquer regalias” (nº 3). Diferentemente, o número seguinte protege a maternidade e a paternidade, atribuindo genericamente o direito à dispensa de trabalho “de acordo com os interesses da criança e as necessidades do agregado familiar”. Esta formulação é suficientemente ampla para permitir ao Estado ir adaptando a lei, consoante as mentalidades da época e aquilo que ele terá capacidade para assegurar em cada momento.

Num sentido estrito, a CRP contém referências específicas à Conciliação, nos art. 59º, nº 1, b) e 67º, nº 2, h)⁶⁷. Ambos os artigos integram a categoria de DESC, o que faz deles direitos com uma menor “densidade constitucional”⁶⁸, em relação aos DLG⁶⁹. Têm os dois conteúdos e sentidos diferentes. Assim, o art. 59º já foi referido como uma concretização do pr. da dignidade no trabalho⁷⁰. Diferentemente, o art. 67º, nº 2, h) surge no âmbito da protecção da família, um “elemento fundamental da sociedade⁷¹” e leva o tema da Conciliação para as suas relevâncias a nível social: na formação de cidadãos equilibrados⁷², no aumento da natalidade, na diminuição da taxa de divórcio, nomeadamente. É, portanto, incumbência do Estado proteger os cidadãos que optem por constituir família, não podendo ser prejudicados em relação àqueles que não tomaram esta opção e tendo os mesmos direitos do que estes últimos⁷³. Uma das formas de o Estado assegurar esta tarefa será pela legislação laboral ordinária, de que se irá tratar seguidamente⁷⁴.

⁶⁷ Introduzidos, respectivamente, em sede de revisão constitucional, em 1997 (LC, nº 1/1997, de 20/9/97) e em 2004 (LC nº 1/2004, de 24/7/04).

⁶⁸ J. MIRANDA, *Direito Constitucional IV* (Coimbra: Coimbra Editora, 2008), 151.

⁶⁹ Mas não elimina o respeito pelo seu conteúdo essencial e, em certos casos, efeito directo e até invocação perante particulares (J. MIRANDA, *op. cit.*, 150).

⁷⁰ J. MIRANDA e R. MEDEIROS, *op. cit.*, 1156.

⁷¹ Ac. nº 181/97, TC: É na família que “o ser humano inicia as suas relações com os outros e desenvolve a sua personalidade”.

⁷² Nas palavras de RITA LOBO XAVIER, “cidadãos equilibrados, úteis e responsáveis” (“Novas sobre a união “more uxório” em Portugal”, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa* (Lisboa: Universidade Católica Editora, 2002), 1405).

⁷³ J. MIRANDA e R. MEDEIROS, *op. cit.*, 1370. Estes autores citam também um ac. do TC que realça a protecção da família como unidade, incluindo a “vida conjunta do agregado familiar” (ac. TC nº 829/96). Ver também ac. TC, nº 232/04.

⁷⁴ Novamente está-se em presença de uma norma programática, pelo que está consagrada uma obrigação de fim e não de meio (J. MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição* (Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003), 442.

A Conciliação afigura-se, portanto, como um direito com importantes consequências na vida do trabalhador. Certa doutrina considera-o inclusive como mais um pr. do nosso ordenamento jurídico derivado do pr. da protecção do trabalhador, como os pr. de protecção da maternidade e da paternidade, da dignidade e da segurança no emprego e da igualdade de oportunidades no acesso ao emprego⁷⁵.

2. No CT

A Conciliação pode ser efectivada de várias formas pelos sujeitos que nela intervêm.

Assim, dentro dos limites impostos pelas ordens internacionais e pela CRP, o Estado é livre de legislar, podendo ser mais proteccionista ou mais liberal, privilegiar mais a família ou os interesses empresariais, sendo certo que nunca poderá agradar igualmente a todos⁷⁶.

Do ponto de vista do empregador, este encontra-se limitado pelo mínimo imposto pela lei, mas poderá em certos casos acordar individualmente medidas mais favoráveis ao trabalhador (art. 3º, nº 4 CT) ou recorrer à negociação colectiva.

Por fim, o trabalhador, o sujeito mais interessado na Conciliação, estará constantemente dependente das medidas que lhe forem oferecidas pelo legislador ou pela CCT. Deverá, sempre que possível, poder optar pela forma como ele quiserá realizar esta tarefa. Implica isto que se criem leis e normas de IRCT suficientemente amplas, para este sujeito manter o domínio sobre o espaço que ele quiser dar à família ou ao seu emprego⁷⁷.

Como é sabido, cada vez se têm colocado mais esperanças na negociação colectiva, tanto a nível internacional⁷⁸, como a nível nacional, pois ela permite adaptar

⁷⁵ ROSÁRIO RAMALHO, *Direito do Trabalho...I*, 510.

⁷⁶ M. MINÉ. “Le droit du temps de travail à la lumière des droits fondamentaux de la personne”, *Le Droit Ouvrier* (Jan. 2011): 40.

⁷⁷ Revestem-se de particular importância as acções de formação que são realizadas pelos recursos humanos nas empresas, com vista a facilitar a Conciliação aos trabalhadores (NURIA CHINCHILLA e MARUJA MORAGAS. *Senhores do nosso destino – Como conciliar a vida profissional, familiar e pessoal* (Viseu: Alêtheia Editores, 2009), 188 e 249.

⁷⁸ A título de exemplo, refere-se a Cv nº 156 da OIT, que determina no seu art. 11º que as organizações de trabalhadores e de empregadores têm o direito a participar na elaboração das medidas das áreas nela reguladas.

às concretas exigências da empresa as normas gerais e abstractas⁷⁹ e por vezes ir até onde a lei não conseguiu. Ora, a empresa tem interesses inegáveis em facilitar aos seus assalariados a Conciliação, pois o trabalhador poderá dedicar-se com mais intensidade ao seu ofício, uma vez que deixará de estar permanentemente dividido⁸⁰. Além disto, um trabalhador realizado familiarmente consegue frequentemente ser mais inovador, por estar mais descansado e motivado, uma vantagem inegável num tempo em que a imaginação faz a diferença a nível empresarial. Outros aspectos positivos são o ambiente que se cria na empresa e evitar-se a fuga de talentos⁸¹.

Entre nós, certas matérias que são estudadas no presente trabalho recebem uma menção expressa no CT, como podendo ser alteradas por IRCT, sempre que estes disponham em sentido mais favorável: art. 3º, nº 1, al. a); b); g) e h). Além disto, o CT estabelece que as CCT regulem medidas de promoção da igualdade no emprego (art. 492º, nº 2, al. d)). O equivalente espanhol desta norma (85.1 e 85.2 ET) tem tido uma influência positiva no ordenamento a que pertence, o qual tem adoptado medidas de promoção da Conciliação, nomeadamente através de planos de igualdade nas empresas⁸².

2.1. Igualdade entre os TRF e os TSRF

Como se adiantou na primeira parte, tratar da Conciliação redundaria em analisar a protecção outorgada aos TRF. Neste âmbito, notar-se-á que o CT 2009 não relaciona a parentalidade com a igualdade entre homens e mulheres, o que pode representar um

⁷⁹ No regime do tempo de trabalho muito se poderá fazer nesta área, em face das modernas tendências de flexibilização. Tal opção aporta inegáveis vantagens a nível da gestão e racionalização dos custos empresariais (por exemplo, na diminuição do trabalho suplementar). Referindo-se às novas soluções em matéria de tempo de trabalho, SUPÍOT qualifica-as como “individualizadas” e “heterogéneas” (A. SUPÍOT (Aavv), *Transformações do trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*, Perspectivas laborais 1 (Coimbra: Coimbra Editora, 2003), 126-133).

⁸⁰ Estudos foram feitos que demonstram a dissociação entre os índices de produtividade nacionais e o tempo que os trabalhadores passam no local de trabalho (CORREA CARRASCO, *op. cit.*, 194).

⁸¹ “Três em quatro trabalhadores das principais economias europeias estariam dispostos a reduzir o seu salário em troca de uma maior flexibilidade horária” (“Hacia el trabajo sin ataduras”, *El País*, 9/9/2009 – CORREA CARRASCO, *op. cit.*, 192).

⁸² ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO, “Igualdad de mujeres y hombres en el trabajo (Un estudio de Derecho comparado)”, *REDT* 147 (Jul.-Set. 2010): 530. Ver também ROSARIO GALLARDO MOYA, “Los nuevos planes de igualdad en la empresa: un análisis de las primeras experiencias”, *RDS* 48 (Out.-Dez. 2009), 83-107; VALDÉS DAL-RE, “Igualdad de género y negociación colectiva: el marco general”, *RL* 14 (Jul. 2010): 1-10.

perigo para a efectividade da Conciliação⁸³. Por outro lado, o legislador pode ter considerado que ela já estava suficientemente acautelada com as normas existentes. Procuraremos confirmar esta afirmação.

Um aspecto positivo do CT 2009 é que nele está subjacente o intento de o pai trabalhador assumir mais ou melhor as suas RF. Nisto, o legislador foi influenciado pela ordem internacional, como a Cv n.º 156 da OIT e a CEFDM⁸⁴.

Contudo, é essencialmente a Dir. 2010/18 que detém um papel de relevo nesta matéria. No âmbito das normativas que promovem a conciliação, é o que se pode chamar um instrumento “neutro”, por conter normas destinadas tanto a homens como a mulheres⁸⁵. Já se situa numa corrente que se deu conta do perigo que representam normas com um âmbito de aplicação exclusivamente feminino e que promove, portanto, uma maior participação do pai na vida familiar. Aliás, os considerandos que encabeçam a dir., bem como o Preâmbulo do acordo-quadro, denotam mais do que uma vez a preocupação dos interlocutores sociais e da Comissão pela “conciliação entre vida profissional, familiar e privada⁸⁶”.

2.1.1. Protecção da maternidade

A maternidade merece uma menção autónoma, porquanto as normas que regulam a sua protecção procuram um duplo objectivo: a saúde das TGPL e a Igualdade/Conciliação. No âmbito deste trabalho procurar-se-á estudar o segundo interesse, mas por vezes serão indissociáveis, por estarem ambos presentes na mesma norma.

Este tema esteve desde muito cedo previsto em cv internacionais. Assim, a DUDH prevê a protecção da maternidade (25º, nº 2), bem como o PIDESC (10º, nº 2)⁸⁷ e a CEFDM (11º, nº 2, b)). Em seio de Cv da OIT, existe a Cv nº 103⁸⁸, mas é

⁸³ ROSÁRIO RAMALHO, *Direito do Trabalho...II*, 611.

⁸⁴ Em especial o art. 5º.

⁸⁵ Sobre as vantagens e inconvenientes deste tipo de instrumentos, M.ª BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, 35.

⁸⁶ Csd (4). Mais referências nos csd (3) e (8).

⁸⁷ Refere uma licença de maternidade de duração “razoável”.

⁸⁸ Ratificada entre nós pelo DG 63/84, de 10/10/84. Prevê uma licença de pelo menos 12 semanas (3º, nº 2). Portugal não aderiu às Cv 183 e 191 que alargam o âmbito de aplicação e a duração da licença para 18 semanas, por razões ainda misteriosas para nós.

principalmente no Direito Comunitário que está baseada a nossa legislação, da qual são exemplos a CDFUE, que estabelece a existência de uma licença de maternidade (33º) e a Dir. 92/85/CEE⁸⁹, que prevê uma duração da licença de pelo menos 14 semanas, das quais duas semanas obrigatórias (8º)⁹⁰.

Para um correcto entendimento do regime que se irá desenvolver, importa ter presentes as noções de TGPL, introduzidas pela Dir. 92/85, no art. 2º, e recebidas no nosso CT, no art. 36º. O conceito de mulher puérpera é antes de mais médico. Consubstancia o estado em que se encontra uma mulher durante o puerpério, o período em que o médico deve manter um especial controlo da sua paciente. Geralmente é marcada uma consulta no final deste tempo, que ronda as seis semanas quando se trata de um parto regular⁹¹. Voltar-se-á à licença de maternidade por ocasião do estudo das ausências ao trabalho, limitando-nos aqui às outras formas existentes de protecção da maternidade.

Assim, está vedado ao empregador ordenar a trabalhadora ou a candidata a emprego que responda a perguntas sobre o estado ou sobre a possibilidade de uma gravidez (17º, nº 1, b)), bem como de solicitar testes de gravidez (19º, nº 2). De notar que ambas as normas apenas proibem que o empregador exija uma informação, mas não que formule perguntas. Deste feito, chega-se à conclusão de que apenas constitui contra-ordenação a insistência na resposta ou na feitura de teste ou exame de gravidez. Tal interpretação esvaziaria quase por completo a norma do seu conteúdo, pois uma pergunta deste tipo, nestas circunstâncias, e que não receba resposta, equivale a uma “auto-condenação” da trabalhadora. Além disto, viola directamente o Direito Comunitário, que prevê a proibição de tais perguntas⁹². Por estas razões, consideramos

⁸⁹ Do Conselho, de 19/10/1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das TGPL no trabalho.

⁹⁰ Por ter fundamento médico ou biológico, a Dir. dirige-se somente às mulheres, acabando por não abranger todas as questões ligadas à parentalidade; não pretende a prossecução da igualdade entre os sexos e menos ainda do pr. da Conciliação. Contudo, certa doutrina encontra uma função conciliatória na duração da licença de maternidade, por o tempo ser superior ao necessário para a recuperação da mãe (BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, 39). Em face da insuficiência deste instrumento para a prossecução de interesses conciliatórios, a tendência jurisprudencial começou a ser de ampliação do âmbito de aplicação da Dir. 92/85, alargando a protecção por ela atribuída ou os objectivos por ela prosseguidos, relacionando a maternidade com a política antidiscriminatória e com a Conciliação (PALMA RAMALHO, “Protection...” *cit.*, 272).

⁹¹ Sobre o puerpério, LILLETE ANDRADE, “Puerpério e lactação”, in L. GRAÇA (coord.), *Medicina materno fetal 1*, 2ª ed. (Lousã: Lidel, 2000), 423-427.

⁹² A revogada Dir. 76/207 proibia expressamente tais perguntas no art. 2º, nº 1, que proibia a referência à situação matrimonial ou familiar, mas tal já não sucede no art. equivalente da Dir. 2006/54 (14º).

admitir-se uma interpretação extensiva da norma, de forma a proibir inclusive as perguntas^{93/94}.

A proibição do art. 19º, nº 2, é absoluta, mas a outra admite excepções, quando esteja em causa a protecção da saúde da trabalhadora e do feto, o que deverá ser justificado por escrito e decorrer pela intermediação de um médico (17º, nº 1, b) e nº 2 e 19º, nºs 1 e 3). Este último não poderá prestar informações sobre o estado de gravidez da trabalhadora ou candidata a emprego, mas apenas revelar se ela se encontra apta ou não para o trabalho.

A protecção contra o despedimento segue o mesmo regime para todos os TRF, pelo que será tratada mais adiante. No tocante às TGPL, esta matéria é rica em jurisprudência do TJ (UE)⁹⁵.

2.1.2. Protecção no acesso ao emprego e contra o despedimento

De forma a proteger os TRF da discriminação, o CT proíbe a intromissão do empregador na vida privada do candidato a emprego ou trabalhador (17º, nº 1, al. a)), impedindo aquele de exigir respostas sobre a existência ou a possibilidade de vir a ter filhos⁹⁶, bem como qualquer tipo de perguntas sobre a situação familiar actual ou futura, como a existência de dependentes⁹⁷. Mais uma vez, o problema levantado na análise da al. b) coloca-se aqui e observa-se que em entrevistas tais perguntas ainda são formuladas e aceites como normais, não obstante serem irrelevantes para averiguar da capacidade técnica do candidato ao desempenho da profissão. Por outro lado, entende-

⁹³ De outro modo, acaba-se por prejudicar as mulheres que conhecem os seus direitos e recusam responder, sem possibilidade de virem invocar posteriormente que o acto praticado pelo empregador foi ilegal. Concordamos com a interpretação do AG do ac. *Tele Danmark*, que invoca a ilegitimidade do empregador, além da intromissão na vida privada da trabalhadora, ao praticar tal acto.

⁹⁴ Sobre as soluções no direito comparado, TERESA MOREIRA, *op. cit.*, 173-174, que defende a proibição de o empregador formular perguntas sobre o estado civil e a gravidez, admitindo inclusive a possibilidade de o trabalhador mentir, sempre que não se trate de casos em que a pergunta era legitimamente colocada, como no art. 17º, nº 1, al. b).

⁹⁵ Exemplos emblemáticos são os ac. *Webb* (já referido), *Habermann-Beltermann* (C-421/92) ou *Thibault* (C-136/95). Sobre o assunto, G. DRAY, “Autonomia...”, 102-103.

⁹⁶ O CT protege deste modo a parentalidade e não somente a maternidade.

⁹⁷ Na sua anotação ao art. 17º, G. DRAY recorda a inspiração do Código na *teoria das três esferas*, que coloca os dados sobre a situação familiar no âmbito da esfera íntima, a única que não pode ceder face a outros interesses (R. MARTINEZ (Aavv), *Código do Trabalho anotado*. 8ª ed. (Coimbra: Almedina, 2009), 156).

se que o empregador procure conhecer a pessoa que vai contratar, tendo em conta a importância que reveste uma boa convivência dos trabalhadores na empresa.

Já no tocante ao desenvolvimento da relação contratual, temos sérias dúvidas de que o trabalhador não responda a perguntas formuladas pelo empregador, sobretudo em pequenas e médias empresas, onde a convivência entre eles é geralmente frequente. De notar que o art. exige o preenchimento de certos requisitos para a pergunta ser aceitável. No âmbito deste preceito já se entende que o CT não proíba a formulação de perguntas, pois elas surgem espontaneamente em relações de convivência, mas dê ao trabalhador a possibilidade de não responder. Talvez fosse necessário, portanto, distinguir a tutela nas situações de entrevistas de emprego, das ocorrências diárias⁹⁸.

Contrariamente ao art. 17º, o art. 24º CT procura expressamente a igualdade no emprego e no seu acesso, fazendo até uma referência à Conciliação, no nº 3, al. b). O nº 1 prevê que o trabalhador não seja discriminado, designadamente, pela sua situação familiar, que interpretamos como compreendendo a situação actual e a potencial⁹⁹. O nº 2 concretiza o direito à igualdade e o nº 3 abre excepções, para tratar de forma diferente as situações que o são¹⁰⁰, como aquelas em que seja necessária a protecção da Conciliação¹⁰¹.

Quanto ao procedimento no despedimento das TGPL e trabalhadores a gozarem de alguma medida do regime de protecção na parentalidade¹⁰², encontra-se previsto no art. 63º CT¹⁰³. Ao contrato a termo não renovado, aplica-se o art. 144º, nº 3. O despedimento ou a não renovação de um contrato a termo já deram origem a várias

⁹⁸ Uma solução seria alterar o art. 24º, de forma a proibir a formulação de perguntas sobre certos assuntos nas entrevistas de emprego, deixando a possibilidade de as colocar no dia-a-dia, com autorização para não responder.

⁹⁹ Um exemplo de uma discriminação pela situação familiar potencial, seria a não contratação de um trabalhador por estar noivo ou por a sua esposa estar grávida.

¹⁰⁰ R. MARTINEZ, *Código...*, 175.

¹⁰¹ Tal norma, lida em conjugação com o nº 2, está munida de uma grande potencialidade, no referente a normas de tutela específica de TRF. Por exemplo, à sua luz, poder-se-ia admitir que um TRF tenha prioridade na escolha dos momentos para realizar acções de formação (nº 2, b)), seja despedido somente após os TSRF etc.

¹⁰² Ficam sem tutela própria os trabalhadores com outras responsabilidades familiares.

¹⁰³ À luz da tutela outorgada aos TRF no gozo de uma licença parental e em face da incongruência conceitual do CT em matéria de parentalidade, talvez se possa aceitar que a protecção se estenda a todos os TRF que se encontrem a usufruir, por qualquer forma, do regime de protecção na parentalidade. Estaria de acordo com as protecções do legislador comunitário, em matéria de Conciliação.

decisões do TJ (UE)¹⁰⁴, com base nas Dir. 76/207, 92/85 e, mais recentemente, 2006/54/CE.

A nossa lei respeita, portanto, a CDFUE, que estipula a necessidade de uma especial protecção contra o despedimento, por motivos ligados à maternidade (33º, nº 2). É de admirar, no entanto, que o legislador europeu não se tenha preocupado também com o despedimento por motivos ligados à paternidade, sobretudo tendo em conta a sequência do art., que prevê a existência de uma licença parental, o que demonstra uma evidente atenção com a posição do pai. A nosso ver, estamos em presença de uma situação em que se denota um maior cuidado da lei com a não discriminação das mulheres do que com a Conciliação. De facto, a aplicação directa deste último pr. teria levado a uma preocupação pela não discriminação dos TRF e não somente das TGPL. Consequentemente, teria assegurado a protecção contra o despedimento “por motivos ligados à parentalidade”. Note-se que tal decisão teria levado às protecções já existentes na CDFUE, prosseguindo, além disso, a igualdade entre os sexos, tão presente na mente do legislador comunitário.

Felizmente, já na Dir. 2010/18, o elemento discriminatório é o gozo real ou potencial da licença parental, o que está de acordo com os csd iniciais da Dir. (3, 4 e 8) e do acordo-quadro (3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 24), que afirmam ser um dos objectivos desta legislação melhorar a Conciliação.

No âmbito de outros institutos de direito derivado, a Dir. 2002/73 cuida da igualdade entre homens e mulheres no trabalho e nessa perspectiva prevê a protecção da discriminação das TGPL por motivos ligados à maternidade (art. 1º, nº 7). Tal matéria também é regulada pelas Dir. 2006/54/CE e 2000/78/CE.

A OIT também se apercebeu da necessidade de protecção dos TRF na protecção contra o desemprego. Assim, é relevante a Cv nº 156, em particular o art. 8º, que estabelece a proibição de despedimento por motivos ligados às RF (8º). Denota-se o âmbito de aplicação aos TRF e não somente às TGPL.

Por fim, a CEFDM refere, no seu art. 11º, nº 2, a), a necessidade de os Estados tomarem medidas para protegerem o emprego das TGPL.

Um último ponto de relevo é o ónus da prova, antes de mais previsto pela Dir. 2006/54. Encontra-se prevista no art. 19º e estipula que a parte que alega a

¹⁰⁴ Alguns exemplos de acs são Jiménez Melgar (de 4/10/2001, C-438/99), Tele Danmark (de 4/10/2001, C-109/00) ou Bush (de 27/02/2003, C-320/01).

discriminação não tem de fazer a prova de que ela existe, deixando a contraprova à demandada. Esta disposição foi acolhida na nossa ordem interna pelo art. 25º, nº 5, CT.

2.1.3. Protecção no regresso ao trabalho

Resta abordar um meio de luta contra a discriminação dos TRF, porventura menos patente. Trata-se das medidas que devem ser tomadas para que um trabalhador que se tenha ausentado ao trabalho por motivos relacionados com a Conciliação não seja por tal discriminado, ao nível das condições que encontrar ao regressar.

Nas fontes comunitárias, a Dir. 2010/18, que vem substituir a Dir. 96/34/CE e que ainda se encontra no prazo admitido para a sua transposição¹⁰⁵, prevê, na cl. 5ª, que devem ser tomadas medidas que permitam aos trabalhadores que usufruem de uma licença parental não serem discriminados por causa de tal opção (nº 4), serem novamente admitidos ao seu posto de trabalho ou equivalente (nº 1) e não perderem os seus direitos adquiridos (nº 2). Também a Dir. 2002/73 estipula o direito das mulheres a não serem discriminadas no regresso da sua licença de maternidade, mantendo-se o mesmo trabalho, ou equivalente, e as condições de trabalho, como se nunca se tivessem ausentado (2º, nº 7).

Neste âmbito, o CT português prevê que se administre formação para uma boa reinserção profissional, após o regresso de licença para assistência a filho ou a pessoa com deficiência ou doença crónica (61º). Algumas considerações devem ser tecidas.

Primeiro, este art. refere uma ausência ao trabalho para assistência a pessoa com deficiência ou doença crónica. Supomos que tal ausência tenha de ser de alguma duração, para se justificarem formações e sessões de actualização. Ora, no tocante a ausências para assistência a pessoas com deficiência e doença crónica, o CT 2009 apenas prevê a assistência a filho (53º CT), a neto (50º, nº 3) e ao cônjuge ou pessoa que viva em união de facto com o trabalhador (252º, nº 2)¹⁰⁶. Considerando que este último art. não pretendia ser tido em conta por uma norma inserida no capítulo regulador da protecção na parentalidade, resta concluir que o art. 61º se aplica aos casos de licenças para assistência a filho ou a neto com deficiência ou doença crónica, além da assistência a filho, já mencionada (52º).

¹⁰⁵ Tem de ser transposta na ordem interna até 18/03/2012 (art. 1º dir. 2010/18).

¹⁰⁶ Não se tem aqui em conta a extensão dos direitos a licenças, atribuída pelo art. 64º, nº 1, al. b), pois está implícita em cada licença.

Depois, é provável que a protecção tenha ficado restrita às licenças referidas, por serem as que determinam uma ausência mais prolongada ao trabalho (excepto a 50º, nº 3) e por serem gozadas após as licenças iniciais, contando-se, portanto, que o trabalhador será actualizado desde o momento inicial da sua ausência ao trabalho.

Porém, não se entende qual foi a razão de ser por a lei apenas prever a actualização do trabalhador aquando o regresso destas licenças. Qualquer ausência do trabalho por motivos de parentalidade deveria conferir o direito a uma actualização, sob pena de discriminação¹⁰⁷. Assim, à luz do art. 25º, nº 6, o trabalhador poderia invocar a falta de formação como um motivo de discriminação, em relação aos seus pares¹⁰⁸.

Ainda neste ponto, o art. 65º, nº 3, em relação às licenças por situação de risco clínico durante a gravidez, por interrupção da gravidez, por adopção ou LP, permite que o trabalhador não seja prejudicado pela sua ausência, considerando-se o tempo que ele já tiver passado em acções de formação e permitindo ao trabalhador que preste as provas de progressão na carreira quando regressar (al b) e c)). Deduz-se que qualquer um destes direitos se aplica, pelas razões que lhes subjazem, no caso de dispensas e faltas. Por fim, o nº 5 do mesmo art. prevê o direito a retomar a actividade contratada mal o trabalhador volte ao trabalho ou mal ocorra uma vaga.

2.2. Direito à “ausência” ao trabalho

Uma das formas de tutelar o direito à Conciliação é a atribuição de direitos à ausência ao trabalho, muito presentes no regime da parentalidade, que irá ser objecto de desenvolvimento. Dois art. teriam merecido serem aprofundados, o que não foi possível realizar, por limitações de extensão. Trata-se do 252º e do 249º, nº 2, al. a), b), e) e f). Ambos ocupam um lugar de relevo no regime português da Conciliação.

A parentalidade foi concretizada no CT 2009 através de diversos institutos, mas a sua sistematização não é consensual na doutrina¹⁰⁹, que se esmerou em tentar *racionalizar*¹¹⁰ o regime existente. De facto, na mesma subsecção o CT agrupou um

¹⁰⁷ Já previsto no tocante à informação que manda habitualmente o empregador aos seus subordinados (art. 65º, nº 4, al. c)).

¹⁰⁸ Auxiliando-se das dir. comunitárias, como o art. 14º, nº 1, b), Dir. 2006/54.

¹⁰⁹ R. MARTINEZ, *Código...*, 196-197; M. LEITÃO, *op. cit.*, 207-216; ROSÁRIO RAMALHO, *Direito do Trabalho...II*, 600 sgs.

¹¹⁰ ROSÁRIO RAMALHO, *Direito do Trabalho...II*, 605.

conjunto de normas com objectivos diversos¹¹¹, com formas diferentes de os prosseguir¹¹² e que ocorrem em circunstâncias variadas¹¹³.

Assim, sob o termo “dispensa”, o legislador reuniu situações em que o trabalhador se pode ausentar justificadamente ao trabalho (45º-47º) e outras que se reconduzem a isenções de prestar trabalho sob certos regimes de tempo de trabalho (58º-60º). Daí que LUÍSA GONÇALVES¹¹⁴ considere estarem em causa duas situações diversas: o primeiro tipo de dispensa consubstanciaria um incumprimento do contrato de trabalho, por se tratar de um tempo em que não é executado, mas já a segunda modalidade se reconduziria a um cumprimento sob condições diversas das que foram inicialmente estipuladas¹¹⁵.

Outra questão encontra-se no regime das licenças que, tal como as dispensas, não beneficiam de uma definição legal. Assim, no regime da parentalidade podem-se regular situações de ausência ao trabalho por um tempo superior a um dia ou situações com efeitos na organização do tempo de trabalho (51º). Na maioria das licenças, contrariamente ao que sucede nas dispensas em que o legislador determina expressamente que se trata de “dispensa de trabalho”, é necessário “adivinhar” que o trabalhador tem direito a não se apresentar ao local de trabalho, durante o tempo referido¹¹⁶, tal como no art. 38º ou 40º.

Também as faltas (art. 49º e 50º) são próximas em termos de regime das dispensas, na sua modalidade de ausência ao trabalho. Aliás, ROSÁRIO RAMALHO chega a agrupar certas dispensas sob a noção de falta¹¹⁷.

Como se pode ver, o critério formal, do nome, não permite uma correcta sistematização do regime, razão pela qual optámos por uma organização mais prática: a

¹¹¹ A protecção da saúde e segurança das TGPL, do feto e do bebé; a igualdade no acesso e na execução do contrato de trabalho das TGPL e dos TRF em geral; a promoção da Conciliação.

¹¹² Que vão, nomeadamente, de faltas justificadas à protecção no despedimento, passando por períodos de licenças e alterações no tempo de trabalho.

¹¹³ Por exemplo, por parentalidade ou assistência a algum membro do agregado familiar.

¹¹⁴ LUÍSA GONÇALVES, “A inexecução do contrato de trabalho” (Dissertação de Doutoramento, Universidad de Salamanca, 2010): 131.

¹¹⁵ R. MARTINEZ também não fez caso da terminologia utilizada pelo legislador e optou por distinguir estes dois tipos de licenças (*Código...*, 197); ROSÁRIO RAMALHO, usando outra sistemática, também assim fez (*Direito do Trabalho...II*, 601-602); já M. LEITÃO optou por não distinguir as licenças das dispensas (*op. cit.*, 207-216).

¹¹⁶ A palavra “licença”, em si-mesma, apenas significa “permissão”, “faculdade”, pelo que apenas se pode extrapolar deste conceito um direito a algo.

¹¹⁷ ROSÁRIO RAMALHO, *Direito do Trabalho...II*, 508.

distinção entre as situações que ocasionam ausências ao trabalho e as que levam a alterações do regime de prestação de trabalho, quanto ao tempo.

Para um correcto entendimento desta parte, o CT deve ser lido em conjugação com o DL n.º 91/2009, de 9 de Abril, que regula o regime de protecção social na parentalidade, e com os art. 64.º e 65.º CT.

2.2.1. Ausências por umas horas

Nesta parte, interessam-nos as situações em que, no dia da ausência, o período normal de trabalho seja inferior ao estipulado contratualmente.

2.2.1.1. *A dispensa para avaliação para a¹¹⁸ adopção (45.º) e a dispensa para consulta pré-natal (46.º)*

Pelas suas semelhanças de regimes, estas licenças serão tratadas em conjunto. Ambas dão direito a três ausências ao trabalho, sendo a primeira uma novidade do CT 2009.

Primeiro, no art. 45.º o legislador optou por permitir a ausência ao trabalho por três vezes, sem justificar este número, à semelhança do que sucede no art. 46.º, em relação ao pai¹¹⁹, verificando-se, portanto, uma analogia de regimes. No entanto, apenas a dispensa para consulta pré-natal nunca é recusada à mãe, uma diferenciação com uma fraca justificação, visto a probabilidade de os processos de adopção requererem mais do que três ausências ao trabalho ser grande, se tivermos em conta as dificuldades procedimentais a eles subjacentes. Sempre se pode invocar que na prática o direito é de seis ausências, admitindo que se trate de um casal de trabalhadores que queira adoptar, mas tal argumento não convence, por a adopção ser um processo que deve ser feito em conjunto, tanto por causa dos serviços de assistência social que normalmente querem conhecer ambos os candidatos a adoptantes, como por estes (trata-se de uma decisão importante, que deve ser vivida em conjunto), como pela própria criança ou jovem.

¹¹⁸ O intitulado do art. 45.º usa o artigo “a”, ao referir-se à adopção, mas já o 65.º, n.º 1, j), o suprimiu, o que nos parece mais correcto.

¹¹⁹ “No que se refere ao pai, este direito [conferido pelo art. 46.º] é uma novidade do actual CT. O limite das três dispensas para este efeito é, todavia, arbitrário” (ROSÁRIO RAMALHO, *Direito do Trabalho... II*, 604).

Sendo assim, assumimos que o legislador apenas deu direito a três dispensas, o que é manifestamente insuficiente e pode tornar-se um entrave à adoção. Ora, tal situação não nos parece fazer sentido em face da ideia do legislador na formulação deste novo CT¹²⁰. Deste feito, importa prosseguir o raciocínio até ao fim e equiparar a avaliação para adoção com as consultas pré-natais, naquilo que têm de semelhante.

Assim, o acompanhamento da mãe, pelo pai, a uma consulta pré-natal tem meramente fins conciliatórios, pois o que procura é um maior envolvimento daquele na gravidez da trabalhadora, de forma a não deixar somente a esta as consequências da parentalidade. No direito dos candidatos a adoptantes encontra-se o mesmo pr. Assim, o direito dos candidatos a faltarem por três vezes ao trabalho não é somente motivado por razões procedimentais, mas também por o legislador querer tutelar o seu direito a adoptar, facilitando-lhes que possam conciliá-lo com o trabalho. Aliás, o número de faltas que o pai pode dar (três) recorda aquele que é atribuído em sede de consulta pré-natal.

Estão, portanto, presentes os mesmos direitos, excepto em relação à mãe, que, por razões de saúde na maternidade, se pode sempre ausentar para consultas pré-natais, desde que cumpridos os requisitos do art. 46º, nº 1 e 2. Ora, será que não se pode aceitar que os candidatos a adopção têm o mesmo direito de ausência, invocando o direito à igualdade entre os trabalhadores que pretendam ser pais? Teriam de fazer as mesmas provas do que a trabalhadora (art. 46º, nº 1 e 2). Seriam situações em que apenas um dos trabalhadores se ausentaria ao trabalho, guardando as três dispensas para ausências em simultâneo dos adoptantes.

2.2.1.2. A dispensa para amamentação ou aleitação (47º¹²¹ e 48º)

Enquanto a mãe estiver a amamentar poderá ausentar-se do trabalho em dois períodos distintos, de uma hora cada, até um ano após o nascimento da criança. Tratando-se de aleitação e trabalhando ambos os pais, qualquer um deles terá direito a exercer este direito. Tendo havido nascimento de gémeos, acrescem trinta minutos por cada um. Se algum dos progenitores trabalhar a tempo parcial, a dispensa para

¹²⁰ Pelo preâmbulo fica claro que está na sua mente equiparar os regimes de protecção na maternidade com o regime de protecção na adopção.

¹²¹ ROSÁRIO RAMALHO considera não se tratar de uma dispensa, mas de uma redução do tempo de trabalho e que é aí que deveria caber (à semelhança do art. 54º).

amamentação ou aleitação será reduzida proporcionalmente, não podendo ser inferior a 30 min. Sendo o regime idêntico ao CT 2003, continua actual a opinião de CATARINA CARVALHO, não admitindo que a organização destes períodos se submeta a “interesses empresariais”, sob pena de ficarem desprovidas de sentido¹²². O problema suscitado em Espanha e resolvido pelo TJ (UE) no ac. Roca Álvarez, não se coloca na nossa ordem interna, por o art. atribuir indistintamente o direito a aleitamento aos pais¹²³.

2.2.1.3. *Faltas justificadas*

Primeiramente, o trabalhador pode faltar “para prestar assistência inadiável e imprescindível, em caso de doença e acidente” a filho¹²⁴. O regime do art. 49º deve ser lido em conjugação com o art. 252º, consubstanciando este o regime-geral daquele. Ambos estabelecem a obrigatoriedade da assistência ser “inadiável” e “imprescindível¹²⁵”, sendo a prova exigível pelo empregador (49º, nº 5).

É de realçar que o nº 4 prevê que o pai e a mãe não possam faltar em simultâneo, o que permite aumentar o número de faltas permitidas, pois cada trabalhador tem direito às faltas previstas no art. 49º. Além disto, trata-se de uma forma de “constranger” o pai a faltar, em substituição da mãe, quando os dias desta se tiverem esgotado¹²⁶.

Fora dos casos previstos no art. 49º, o trabalhador pode faltar para prestar assistência inadiável e imprescindível a outros membros do seu agregado familiar, designadamente a filho maior de 18 anos, por força do art. 252º, consubstanciando este o seu regime-geral.

¹²² CATARINA CARVALHO, “A protecção da maternidade...”, 105.

¹²³ Já o que foi defendido em Espanha no tocante à equiparação da adopção à maternidade, também nas adopções múltiplas, se deverá aplicar entre nós, pelos princípios que subjazem ao CT 2009 (BELÉN FERNANDEZ DOCAMPO, “El permiso de lactancia: duración y acumulación en los supuestos de parto y adopción múltiple, in J. CABEZA PEREIRO, *Conciliación...cit.*, 185.

¹²⁴ Defendendo uma interpretação extensiva à união de facto, CATARINA CARVALHO, “A protecção da maternidade...”, 110.

¹²⁵ ROSÁRIO RAMALHO refere que os casos em que o outro progenitor ou o acompanhante possa prestar assistência não cabem nestes requisitos, mas se o médico pediatra determinar como importante a presença de ambos os pais, esta falta passará a estar justificada (*Direito do Trabalho...II*, 602).

¹²⁶ Parece-nos, contudo, que seria de instaurar uma forma suplementar de incentivo às faltas do pai.

O trabalhador também pode faltar para prestar assistência a neto (50º). Trata-se de um caso em que o legislador se preocupou com a Conciliação do trabalhador, pois as situações de pais adolescentes causam reais transtornos na vida de qualquer pessoa, tendo merecido uma especial tutela do Direito¹²⁷. Aliás, sistematicamente, esta norma poderia caber mais acertadamente no art. 49º (se se trata de auxiliar o filho) ou no 252º (se o valor a prosseguir é a assistência a neto).

Então, o art. prevê que após o nascimento de um neto, filho de menor de 16 anos e vivendo em comunhão de mesa e habitação com o avô, este último possa faltar até 30 dias consecutivos (nº 1)¹²⁸. O trabalhador também pode gozar do direito conferido pelo 49º aos pais, desde que estes informem o respectivo empregador e os dias de falta sejam descontados daqueles a que têm direito (49º, nº 6).

A ambas as faltas se aplicam os art. 249º, nº 2, e) e f) CT.

2.2.2. Ausências por um dia ou mais

2.2.2.1. Licença em situação de risco clínico durante a gravidez (37º)

Esta licença permite à trabalhadora ficar dispensada de trabalhar por todo o tempo que permanecer a situação de risco, para ela ou para o nascituro. Nos seus pressupostos está a irrelevância da origem do impedimento, podendo ou não ter a ver com as condições em que o trabalho é prestado. Por isso, este regime parece ser geral em relação ao art. 62º, nº 3, c), que prevê uma dispensa nos casos em que o risco para a gravidez e amamentação provenha das próprias condições de trabalho.

2.2.2.2. Licença por interrupção da gravidez (38º)

Permite a dispensa de trabalho entre 14 e 30 dias.

A situação do nado-morto, que já foi discutida por ocasião do CT anterior e teria agora merecida uma solução expressa, continua sem estar resolvida¹²⁹. À luz do CT

¹²⁷ G. DRAY faz notar que é uma forma de paliar a ausências do adolescente na educação e crescimento do bebé (R. MARTINEZ, *Código...*, 217).

¹²⁸ Veio-se assim alterar o regime do CT 2003.

¹²⁹ Sobre a evolução legislativa, ver LUÍSA GONÇALVES “A licença por maternidade e a suspensão do contrato de trabalho”, in *Miscelâneas 4* (Coimbra: Almedina, 2006), 161.

2003 foi defendido tanto a aplicação do regime da licença por maternidade (120 dias, por força do antigo 35º, nº 1)¹³⁰, como a existência de uma lacuna que se aproximaria das situações de aborto (35º, nº 6, do CT 2003)¹³¹. Em Espanha, a solução legal é semelhante à do aborto, apesar de certa doutrina considerar que a mulher deveria sempre gozar das seis semanas necessárias para a recuperação da gravidez¹³².

A nosso ver, importa antes de mais apurar a razão de ser de cada uma destas licenças. Esta matéria está frequentemente relacionada com termos médicos, o que dificulta a sua clareza.

Primeiro, o art. 38º não determina se se trata de uma interrupção voluntária ou involuntária da gravidez, nem faz distinções quanto ao tempo de gestação. Depois, o art. 41º tem como elemento determinante para o gozo da licença de maternidade, a existência de parto. Ora, ambas estas situações são conciliáveis, pois existem casos em que, na sequência de morte do feto¹³³ (interrupção da gravidez), se deva induzir o parto. Importa, então, adoptar critérios que permitam ter um discurso claro.

Assim, parece-nos que a razão de ser da licença por interrupção da gravidez é a recuperação física e psicológica da mãe¹³⁴. Consoante o tempo de gestação e o estado emocional da trabalhadora, o tempo de recuperação será mais ou menos extenso, competindo ao médico determinar o período de licença¹³⁵. Neste âmbito, existe uma grande semelhança com as seis semanas posteriores ao parto e que são de gozo obrigatório (o tempo de puerpério, já mencionado mais acima¹³⁶). Pelo que se conclui

¹³⁰ J. LEITE, “A tutela da saúde das mães trabalhadoras”, *QL* 5 (1995): 23 e CITE, pareceres nº 13/CITE/2000 e nº 19/CITE/2000.

¹³¹ J. GOMES, *Direito...*, 445; CATARINA CARVALHO, “A licença...”, 88-89.

¹³² A Jurisprudência espanhola já se pronunciou sobre as situações em que houve um erro sobre a data do parto, caso em que as seis semanas se contam a partir da data real (STSJ Ilhas Baleares, Sala do Social, 1ª Secção, 31/10/2006, processo 323/2006), sobre o direito a essas seis semanas nos casos de nado-morto (Id.) ou em que a mãe decide voltar ao trabalho antes de essas seis semanas, considerando esta atitude como não impeditiva de receber o subsídio por maternidade (Id.) – M.ª LÓPEZ ANIORTE, “La suspensión contractual por maternidad (II)”. *Actualidad Laboral* (Dez. 2009): 2643-2644.

¹³³ A partir de três meses considera-se feto.

¹³⁴ A gravidez produz alterações hormonais, físicas e emocionais fortes. Os médicos seguem com rigor todo o processo de gestação.

¹³⁵ Poderá ser necessário estender a ausência ao trabalho, o que deixará de ficar compreendido nesta licença para passar para o regime geral das faltas por motivo de doença (249º, nº 2, al. d)).

¹³⁶ Neste âmbito, interessa reproduzir as interessantes palavras do AG do processo C-207/98, sobre as razões justificativas das seis semanas de licença: “assegurar a protecção da condição biológica da mulher durante a gravidez e na sequência da mesma, até ao momento em que as suas funções fisiológicas e psíquicas estejam normalizadas na sequência do parto, e, por outro, a protecção da relação particular entre a mulher e o filho no período subsequente à gravidez e ao parto, evitando que essa relação seja

que o critério de distinção terá de ser o próprio parto. Assim, seguindo o exemplo já referido, se tiver ocorrido uma interrupção da gravidez¹³⁷, que leve a induzir um parto, estaremos em presença de um nado-morto, o que dará origem às seis semanas de licença obrigatória. O mesmo sucederá se o bebé morrer durante o parto (iniciado naturalmente)¹³⁸. Parece-nos a solução mais coerente, reforçada pela ideia de que se uma criança morrer logo depois do parto, a mãe terá também direito à licença de maternidade de seis semanas, além dos cinco dias por morte de filho (251º, nº 1, a)¹³⁹.

Esta matéria prende-se com a função conciliatória das licenças, ou seja se elas existem para reforçar a criação dos laços próprios entre mãe e filho. Como se viu, consideramos que o primeiro bem jurídico tutelado nas seis semanas de licença é a saúde no trabalho, mas não deixa por isto de estar presente o fim conciliatório, que passará a consubstanciar o principal objecto tutelado após o termo do período inicial.

Quanto ao pai, este apenas recebe tutela do direito nos casos de nado-vivo¹⁴⁰, pois para ele não existem razões biológicas. É verdade, no entanto, que tanto a LPM como a licença por interrupção da gravidez não têm somente como fim a saúde física da mãe, mas também psicológica¹⁴¹. Ora, acontece que nos casos de nado-morto, existe outra pessoa que sofre moralmente a morte de um filho: o homem. É um facto que para efeitos jurídicos “filho e pai” não são os termos adequados, por não ter ocorrido um nascimento completo e com vida, mas tal relação não deixa de ser vista como tal pelo trabalhador e pelas pessoas com quem convive. Parece-nos, inclusive, que o seu sofrimento poderá ser maior do que o de certas mulheres que tenham interrompido a sua gravidez, voluntariamente ou não. Deste feito, não seria demais outorgar ao trabalhador o direito a faltar justificadamente ao trabalho, por ocorrência de nado-morto, do qual ele

prejudicada pela acumulação de encargos resultantes do exercício simultâneo de uma actividade profissional”.

¹³⁷ Tratando-se de um estado já bastante avançado da gestação, só poderá ser uma interrupção não voluntária, à luz do art. 142º, nº 1, b)-e) CP, excepto se a situação couber na al. a).

¹³⁸ A cesariana é equiparada ao parto, em termos de direitos.

¹³⁹ Neste sentido, LUÍSA GONÇALVES. *A licença...*, 163-164, que acrescenta que, nos casos de nado-vivo, para se justificarem os cinco dias, a morte deverá ter ocorrido no final do período obrigatório de licença.

¹⁴⁰ Pode faltar cinco dias por morte de filho.

¹⁴¹ Caso contrário, a licença por interrupção da gravidez, ocorrida nos primeiros meses de gestação, encontraria uma fraca fundamentação, pois geralmente o processo ocorre sem grandes complicações para a mãe, sendo rápida a recuperação.

era o progenitor¹⁴². Além disto, permite o luto do pai e o acompanhamento da mãe naqueles dias¹⁴³.

Vêm, em seguida, as quatro licenças ligadas ao parto e ao acompanhamento de bebês.

2.2.2.3. *Licença Parental Inicial (40º)*

É atribuída tanto ao pai como à mãe trabalhadores, salvaguardados os dias a serem gozados exclusivamente por cada um. Dá direito a 120 ou 150 dias consecutivos de licença, que podem ser partilhados pelos progenitores. Como referimos, na sequência do Direito Comunitário, o art. 40º, nº 2, tem por objectivo fomentar uma melhor repartição dos cuidados familiares entre o pai e a mãe, incentivando o trabalhador a tirar 30 dias¹⁴⁴ (consecutivos ou em dois períodos de 15 dias) de licença, após o período de gozo obrigatório pela mãe, o que permitirá acrescer 30 dias à LPI¹⁴⁵. No caso de nascimento de gémeos, acrescem 30 dias por criança. Esta medida dará aos trabalhadores homens que o desejem a possibilidade de conciliarem mais positivamente a sua vida familiar com o seu trabalho.

O nosso legislador poderia ter dado um passo mais na promoção da co-responsabilidade se tivesse previsto um regime supletivo diferente do estabelecido pelo 40º, nº 6, tal como a obrigação de o pai gozar determinados dias da licença, quando a declaração referida nos nºs 4 e 5 não tivesse sido emitida.

2.2.2.4. *Licença parental inicial exclusiva da Mãe (41º)*

A LPM já foi referida como visando uma boa recuperação da mãe a seguir ao parto, o cuidado do recém-nascido e a promoção dos laços tão próprios que unem uma

¹⁴² Por razões de facilidade procedimental, o critério para outorgar este direito passaria a ser o estado de cônjuge ou de vivência em união de facto com a mulher que esteve grávida, pois a paternidade não chegou a ser estabelecida.

¹⁴³ Quanto ao número de dias, parece-nos de aceitar também o direito a cinco, pois os laços criados não serão muito diferentes dos existentes em casos de nados-vivos, mortos logo após o parto, que conferem este mesmo direito ao pai.

¹⁴⁴ Em consequência, a nossa lei está de acordo com o csd (16) da Dir. 2010/18.

¹⁴⁵ Portanto, a LPI pode ir de 120 a 180 dias.

mãe ao seu filho. Por isso, esta licença é intransferível e obriga a mãe a gozar as 6 semanas de LPI a seguir ao parto, o que inviabiliza a possibilidade de o pai se ausentar ao trabalho durante essa temporada (ou seja, os 32 dias, depois dos 10 dias a que ele tem direito), uma altura que ele pode considerar de grande importância, para acompanhar a mãe e a criança¹⁴⁶.

2.2.2.5. *Licença parental inicial a gozar por um dos progenitores por morte ou incapacidade física ou psíquica do outro (42º)*

Pelas suas características¹⁴⁷, a duração desta LP depende do tempo da LPI que já tiver sido gozado, remetendo para o art. 40º, nº 1, 2 ou 3.

2.2.2.6. *Licença parental inicial exclusiva do Pai (43º)*

A LPP encontra-se prevista no art. 43º e obriga o pai a gozar de uma licença durante 5 dias úteis, imediatamente após o nascimento da criança, e outros 5 dias, nos 30 dias posteriores ao nascimento. Acrescem dois dias úteis por cada gémeo¹⁴⁸. Novamente, a razão de ser desta obrigação é o fomento da assunção de RF pelo pai. Tal licença também poderá beneficiar o descanso da mãe e facilitará que haja um acordo dos pais no sentido de a LPI não ser exclusivamente gozada pela mãe.

O art. 43º, nº 4, estabelece um dever de comunicação do trabalhador ao empregador, que deverá ser de, pelo menos, 5 dias, no caso de o trabalhador querer gozar dos dez dias suplementares (43º, nº 2). Assim, ele poderá estar já a usufruir da LPP quando fizer tal comunicação, o que lhe permite decidir após o nascimento da criança e, à primeira vista, com menos constrangimentos.

O art. 43º, nº 5, estabelece uma contra-ordenação em caso de incumprimento dos três primeiros números do artigo, o que pode ser visto sob duas perspectivas. Na perspectiva do trabalhador, este tem o dever de gozar, pelo menos, de 10 dias de licença

¹⁴⁶ Talvez uma solução de futuro seja dar a possibilidade ao pai de tirar esses dias iniciais, que depois seriam descontados à totalidade da LPI. Fomentaria o envolvimento do pai nos primeiros dias.

¹⁴⁷ “Visa-se garantir o gozo efectivo e integral da *licença parental inicial* por parte de um dos progenitores em caso de impedimento [...] do outro progenitor” (R. MARTINEZ, *Código...*, 208).

¹⁴⁸ A razão de ser destes dois dias é um mistério, pois o que moveu o legislador a outorgar a LPP não se altera pelo facto de nascer mais uma criança. Talvez pretenda que o pai passe, no total, com cada bebé, o mesmo tempo que teria se só tivesse nascido um. Neste caso, porque não lhe ter dado mais cinco dias por filho?

(nº 1). Tal só poderá acontecer mediante comunicação ao empregador, pelo que deve entender-se que a comunicação em si é um dever do trabalhador (e não um ónus¹⁴⁹), sob pena de tirar aplicabilidade ao preceito. Quanto ao empregador, este é responsável pela contra-ordenação cometida pelo empregador no caso de não comunicação seguida de não gozo da licença (551º, nº 1), o que o obriga a vigiar a que o trabalhador cumpra o seu dever e até a incentivá-lo, à luz do pr. da protecção do trabalhador¹⁵⁰.

2.2.2.7. *Licença por adopção (44º)*

Esta matéria foi alvo de particular atenção do legislador do CT 2009, por o regime anterior favorecer a maternidade sob a adopção. Por esta razão, optou-se por equiparar os dois regimes, em matéria de duração (44º, nº 1 a 3) e de subsídio (34º DL). Visto a sua razão de ser consistir na adaptação do ou dos adoptantes à criança ou jovem (que terá de ter menos de 15 anos) e vice-versa, a licença não é outorgada nos casos de tal ambientação já existir (44º, nº 4).

Seguem-se as “licenças para acompanhamento de crianças”, que “têm como objectivo promover a conciliação entre a vida profissional e o apoio à família¹⁵¹”.

2.2.2.8. *Licença parental complementar (51º)*

Esta pode consubstanciar-se em quatro modalidades, que podem ser gozadas em momentos consecutivos ou em três períodos interpolados e não são transferíveis de um progenitor para o outro (51º, nº 2).

2.2.2.9. *Licença para assistência a filho (52º)*

Depois de ambos os progenitores terem gozado da LPC, em qualquer das suas modalidades, aplica-se a LAF. Esta tem o limite de dois anos, no caso de um ou mais

¹⁴⁹ G. DRAY defende tratar-se aqui de um ónus do trabalhador o que, apesar de parecer ser a correcta interpretação formal do preceito, nos parece menos acertado se lido de forma sistemática (R. MARTINEZ, *Código...*,209).

¹⁵⁰ Desenvolvido por ROSÁRIO RAMALHO, *Direito do Trabalho...II*, 510.

¹⁵¹ ROSÁRIO RAMALHO, *Direito do Trabalho...I*, 609.

filhos (nº 1), ou de três, se houver três ou mais filhos (nº 2). O art. 52º, nº 3, diz-nos *a contrario* que, no caso de um dos progenitores não ter restrições para se ocupar dos filhos, esta licença deixa de poder ser gozada pelo progenitor trabalhador.

2.2.2.10. Licença especial para acompanhamento de filho portador de deficiência ou de doença crónica (53º e 54º)

Dá direito a uma ausência ao trabalho de seis meses, prorrogável até quatro anos. Grande parte do seu regime é idêntico à licença anterior (53º, nº 3). Para além disto, os trabalhadores que queiram prestar esta assistência têm direito a uma redução do período normal de trabalho semanal, se o filho tiver menos de 1 ano, ou a outras condições de trabalho especiais (54º).

Há que ir sempre aferindo a regulação destas licenças com o art. 65º CT. Por exemplo, o nº 6 deste artigo estabelece a suspensão da remuneração bem como de todos os direitos que pressuponham uma efectiva prestação de trabalho, mas tal não se verifica, na LAF, quanto à formação dos direitos relativos às pensões de reforma e de invalidez, à luz do art. 22º, nº 3, DL. Por maioria de razão, e como este artigo faz referência aos “períodos” previstos no art. 52º e não à licença em si, tal regime é aplicável à LAFD (53º, nº 3, CT).

As licenças estão presentemente de acordo com o direito comunitário, em concreto com o acordo-quadro, aprovado pela Dir. 96/34. No entanto, face à próxima entrada em vigor da Dir. 2010/18, pode-se desde já analisar se o nosso regime terá de ser modificado para se tornar conforme com esta. A cláusula que regula a licença parental é a segunda, que prevê a atribuição de um direito individual a uma licença parental que poderá ir até 8 meses, na sua primeira parte. Na sua segunda parte impõe que a licença parental inicial tenha um mínimo de 4 meses para cada progenitor, sendo um mês não transferível¹⁵². À luz da 3ª cl., entende-se que estes 4 meses não devem necessariamente consubstanciar numa paragem, podendo os Estados determinar de que modos se irão repartir (crédito de horas, trabalho a tempo parcial, trabalho a tempo

¹⁵² Sobre as vantagens de não transferibilidade dos direitos, para efeitos de conciliação, TERESA PÉREZ DEL RÍO, “La normativa interna sobre derechos de conciliación: la corresponsabilidad”, in J. CABEZA PEREIRO, *Conciliación...cit.*, 61-62.

completo ou sob forma fragmentada). É o que ficou reflectido na licença parental complementar, no art. 51º, nº 1, mas onde se prevê o prazo de três meses (al a)), por ser aquele a que obrigava a Dir. 96/34. Esta alínea a) terá, portanto, de ser alterada, para ficar conforme ao novo acordo-quadro¹⁵³. Também a exigência de 30 dias não serem transferíveis deverá ser alterado na nossa ordem interna, que não obriga a tal (40º, nº 2, CT).

2.3. Na organização do tempo de trabalho

De forma a permitir a Conciliação, o TRF tem direito a um regime especial do seu tempo de trabalho, previsto nos art. 54º a 60º CT.

Antes de mais, os trabalhadores que tenham um filho com menos de um ano, com uma deficiência ou uma doença crónica, podem trabalhar em condições de trabalho especiais (54º, nº 1). Este direito só existe quando os dois trabalhadores “exercem actividade profissional” ou quando só um deles detenha o poder paternal¹⁵⁴ (nº 2). No primeiro caso, os trabalhadores podem gozar os dois deste direito, sucessivamente. Como o Código não o estipula, entende-se que serão os trabalhadores, de acordo com o empregador, que deverão acordar a duração dos períodos referidos no nº 3. O empregador deverá adequar o horário do trabalhador em função do estipulado, pelo que não fará sentido que os períodos sejam muito curtos, por exemplo inferiores a uma semana, o que iria dificultar o cumprimento destas regras, se os trabalhadores não estiverem na mesma empresa. Já no caso contrário, parece mais viável que partilhem o direito de forma mais flexível e possam ausentar-se os dois, em momentos diferentes, na mesma semana, de forma a perfazerem-se as cinco horas semanais¹⁵⁵.

Também o conceito de “actividade profissional”, referido no nº 2 e 6, b), presta-se a confusão. Assim, se se entender que o legislador só quis incluir nesta alínea os trabalhadores dependentes, o direito poderá não ser atribuído a casais em que um dos membros seja um trabalhador independente. Esta interpretação tiraria parte do seu

¹⁵³ Neste sentido, ROSÁRIO RAMALHO, *Direito do Trabalho...II*, 609.

¹⁵⁴ Terá de ser alterado para “poder parental”, de forma a ficar de acordo com a nova terminologia do CC e do próprio CT.

¹⁵⁵ O art. 54º, nº 5, não é claro, não se percebe qual será a sua remuneração.

sentido a esta norma que procura, precisamente, facilitar a prestação de cuidados à criança, nestas situações¹⁵⁶.

Depois, pelo art. 55º, ao trabalhador que tenha um filho com deficiência ou doença crónica, de qualquer idade, que viva com ele em comunhão de mesa e habitação ou sempre que se trate de um filho com menos de 12 anos, é atribuído o direito a trabalhar a tempo parcial (nº 1). Se o trabalhador tiver um filho ou dois, esta redução de horário é prorrogável durante dois anos, mas passa a ser três anos no caso de três ou mais filhos. Se se tratar de um filho portador de deficiência ou de doença crónica, o limite passa a ser de quatro anos (nº 4). Este direito pode ser exercido por qualquer dos progenitores alternadamente, depois da licença parental complementar (nº 2). De notar que aqui já parece irrelevante para o legislador que o cônjuge trabalhe ou não. O procedimento deste pedido do trabalhador, bem como do art. seguinte, encontra-se previsto no art. 57º.

Algumas questões são de levantar sobre estas normas. Primeiro, o legislador apenas refere a possibilidade de o trabalho em regime de trabalho a tempo parcial ser prorrogável, mas cabe perguntar-se se o trabalhador poderá optar por interromper o exercício do seu direito, sem ter chegado ao seu termo máximo, para retomá-lo mais tarde, o que é de aceitar à luz do art. 57º, nº 1, b), ii).

Outro problema prende-se com a conjugação deste regime com o número de filhos do trabalhador. O CT parece dizer, no 55º, nº 4, que quando nasça um terceiro filho, aquele que já tiver gozado durante dois anos do direito a trabalhar a tempo parcial só poderá fazê-lo durante mais um ano. Significa isto que se nascer uma quarta criança o trabalhador já não terá direito a nada, quando nesse momento ele teria provavelmente mais necessidade de trabalhar sob este regime. Portanto, talvez a interpretação correcta não seja a desenvolvida, mas antes que o trabalhador tem direito, por filho, a dois, três ou quatro anos, consoante o número de filhos e o estado de saúde destes.

Sob os mesmos pressupostos do art. 55º, o trabalhador pode optar por um regime de horário flexível, que será elaborado pelo empregador, segundo os requisitos do art. 56º, nº 3. Não deixa de chamar a atenção que, contrariamente ao que sucede no regime

¹⁵⁶ Esta matéria prende-se com o conceito de “actividade profissional”, que foi alterado entre o CT 2003 e 2009 e que mereceria um maior desenvolvimento, nomeadamente quanto a saber se este conceito poderá abarcar a actividade independente.

de trabalho a tempo parcial (55º, nº 3 e 57º, nº 1, c)), o trabalhador não tem a possibilidade de manifestar a sua preferência quanto ao seu horário, o que não encontra justificação, na confrontação dos dois regimes. No entanto, já não se encontra presente a limitação do regime pelo número de filhos.

O art. 58º permite que a TGPL, assim como o trabalhador, nos casos em que tal possa prejudicar a aleitação da criança, tenham a possibilidade de ficar dispensados de trabalhar em regime de adaptabilidade, de banco de horas ou de horário concentrado.

O mesmo se pode dizer em relação ao trabalho suplementar, sempre que se trate de trabalhadora grávida ou de qualquer trabalhador com filho de idade inferior a 12 meses¹⁵⁷ (59º). No caso de trabalhadora que esteja a amamentar, estende-se a todo o período de amamentação, se tal for necessário para a sua saúde ou da criança (nº 2).

Por fim, as TGPL estão dispensadas de prestar trabalho nocturno (60º)¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Deixou assim de existir a discriminação entre sexos, presente no CT 2003 que, segundo J. GOMES, era o reflexo de “estereótipos tradicionais e que contribuem para a discriminação – segundo os quais cuidar dos filhos é basicamente tarefa da mãe e não do pai” (*Direito...*, 445-446).

¹⁵⁸ Sendo trabalho nocturno o previsto no art. 60º, diferentemente do 223º, para a generalidade dos trabalhadores.

IV. CONCLUSÕES E PERSPECTIVAS DE FUTURO

Ao chegarmos ao fim deste trabalho, verificamos que no âmbito do CT a análise do pr. restringiu-se, quase exclusivamente, ao regime da parentalidade. A verdade é que não nos foi possível enveredar por outro caminho, por não existirem mais normas relacionadas com o *care*¹⁵⁹. Todavia, fica desde já uma chamada de atenção para a importância do cuidado aos idosos que, em face do envelhecimento da população, tende a ser um dos próximos temas de extraordinária actualidade, à semelhança do que sucede, hoje em dia, com as preocupantes taxas de natalidade¹⁶⁰.

No contexto da parentalidade, a recente Dir. 2010/18 pode vir a introduzir novidades positivas no nosso ordenamento, mas as suas potencialidades encontram-se limitadas, por não existirem quaisquer referências ao direito a compensações económicas para o pai, nem ao cuidado de dependentes¹⁶¹. Ora, é certo que o problema da Conciliação prende-se antes de mais com questões económicas, e só depois culturais¹⁶², pelo que uma evolução do direito comunitário nesse sentido se afiguraria, em nossa opinião, fundamental para uma adequada promoção da Conciliação.

Outra conclusão que retiramos deste trabalho, particularmente do estudo da sua vertente constitucional e comunitária, é a de que o pr. da Conciliação não se encontrará plenamente alcançado enquanto permanecer associado exclusivamente ao problema da igualdade entre os sexos. Observou-se que a sua prossecução permite a tutela de outros princípios e direitos, nomeadamente a protecção e promoção da parentalidade. Também se verificou que a conexão com a igualdade apresenta vantagens e inconvenientes e que a instância comunitária voltou agora a esta associação. Talvez o passo seguinte seja a

¹⁵⁹ Poder-se-ia, é verdade, ter estudado todo o regime que permite flexibilizar o tempo de trabalho e que possibilita o cuidado de dependentes; no entanto, este assunto deve ser enquadrado no pr. da conciliação da vida profissional com a vida pessoal, no seu sentido mais lato, pelo que optámos por aprofundar o tema em análise e deixar esta matéria para trabalhos futuros. Este assunto prende-se com noções como a *flexigurança*, que mereceria um estudo autónomo, e com as potencialidades existentes na alteração do próprio sistema laboral, evoluindo de uma perspectiva *fordista* para outra mais adequada aos nossos tempos.

¹⁶⁰ ROSÁRIO RAMALHO, *Direito do Trabalho...II*, 611.

¹⁶¹ M.^a B. PASTOR, *op. cit.*, 52.

¹⁶² ROSÁRIO RAMALHO, *Direito do Trabalho...I*, 243.

sua invocação, não por proteger o pr. da igualdade, mas por consubstanciar, ele-próprio, um valor da nossa ordem jurídica, merecedor de uma tutela autónoma¹⁶³.

¹⁶³ Como referimos, as CCT poderão assumir um papel relevante nestas mudanças. A União Europeia está disposta a dar-lhes este lugar de destaque, mas caberá agora às associações sindicais e patronais optarem por explorar as respectivas potencialidades.

Bibliografia utilizada

Autores portugueses

AMARAL, Maria Lúcia. “O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa”. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, AAVV, 35-57. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ANDRADE, Liliete. “Puerpério e lactação”. In *Medicina materno fetal 1*, 2ª ed., Luís Mendes da GRAÇA, 423-427. Lousã: Lidel, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Catarina de Oliveira. “A protecção da maternidade e da paternidade no Código do Trabalho”. *RDES*, ano 65 (2004): 41-137.

CARVALHO, Catarina de Oliveira. “O direito material e processual do trabalho dos novos tempos”. In *Estudos em Homenagem ao Professor Estêvão Mallet*, Jorge Cavalcanti Boucinhas FILHO (AAVV), 94-108. São Paulo: LTr Editora, 2009.

CARVALHO, Catarina Oliveira. “Considerações sobre o estatuto jurídico-laboral da mulher”. In *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, António MOREIRA (coord.), 129-158. Coimbra: Almedina, 2001.

CASACA, Sara Falcão. “Reflexões em torno de um novo contrato de género e de uma sociedade mais inclusiva”. *Sociedade e Trabalho* 38 (Maio/Ag. 2009): 71-87.

DRAY, Guilherme Machado. “Autonomia privada e igualdade na formação e execução de contratos individuais de trabalho”. In *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. I, Maria do Rosário Palma RAMALHO, 21-105. Coimbra: Almedina, 2003.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. “Igualdade e não discriminação no Direito do Trabalho”. In *IV Congresso nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, António MOREIRA (coord.), 267-321. Coimbra: Almedina, 2001.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do Trabalho, Volume I – Relações individuais de trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GONÇALVES, Luísa Andias, *A inexecução do contrato de trabalho. Um enfoque à luz da igualdade efectiva entre os sexos*. Universidade de Salamanca: Dissertação de Doutoramento, 2010.

GONÇALVES, Luísa Andias. “A licença por maternidade e a suspensão do contrato de trabalho”. In *Miscelâneas 4*, IDET, 131-186. Coimbra: Almedina, 2006.

LEITE, Jorge. “A tutela da saúde das mães trabalhadoras”, *QL 5* (1995):117-128.

MARTINEZ, Pedro Romano. “A Constituição de 1976 e o Direito do Trabalho”. In *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976, evolução constitucional e perspectivas futuras*, AAVV, 149-188. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.

MARTINEZ, Pedro Romano; Luís Miguel MONTEIRO; Joana VASCONCELOS; Pedro Madeira de BRITO; Guilherme DRAY; Luís Gonçalves da SILVA. *Código do Trabalho anotado*, 8ª ed.. Coimbra: Almedina, 2009.

MARTINEZ, Soares. *Comentários à Constituição Portuguesa de 1976*. Lisboa: Verbo, 1978.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito do Trabalho*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I - Introdução geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, Wolters Kluwer, 2010.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I - Introdução geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional IV*, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

MOREIRA, Teresa Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. “Conciliação equilibrada entre a vida profissional e familiar – Uma condição para a igualdade entre mulheres e homens na União Europeia”. In *Estudos de Direito do Trabalho*, Vol. I, Maria do Rosário Palma RAMALHO, 269-277. Coimbra: Almedina, 2003.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. “Igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória: a aplicação da Dir. 75/117/CE em Portugal”. *Revista da Ordem dos Advogados* 57 (Jan. 1997): 159-181.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. “Igualdade e não discriminação em razão do género no domínio laboral – situação portuguesa e relação com o Direito Comunitário. Algumas notas”. In *Estudos de Direito do Trabalho*, Vol. I, Maria do Rosário Palma RAMALHO, 227-246. Coimbra: Almedina, 2003.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. “Protection de la maternité et articulation de la vie familiale et de la vie professionnelle par les hommes et par les femmes”. In *Estudos de Direito do Trabalho*, Vol. I, Maria do Rosário Palma RAMALHO, 279-286. Coimbra: Almedina, 2003.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho, Parte I, Dogmática geral*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho, Parte II, Situações laborais individuais*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito Social da União Europeia – Relatório*. Coimbra: Almedina, 2009.

RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *O poder de Eva*. Coimbra: Almedina, 2004.

SILVA, Maria Maia da. “A discriminação sexual no mercado de trabalho – Uma reflexão sobre as discriminações directas e indirectas”. *Questões Laborais* 15 (2000): 89-119.

SOTTOMAYOR, Maria Clara (coord.); Catarina CARVALHO; Raquel MATOS; Liliana CUNHA; Maria I. GUIMARÃES; Manuela MAIA; Luísa ANDIAS. “Estudo sobre a aplicação da lei da parentalidade, da maternidade e da paternidade em Portugal”, *Projecto promovido pela Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género* (não publicado).

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. “Qualidade de vida: Conciliação entre o trabalho e a família”. *Lex Familiae* 1 (2004): 51-64.

XAVIER, Rita Lobo. “Novas sobre a união *more uxório* em Portugal”. In *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, 1393-1406. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2002.

Autores estrangeiros

ARLENE RICOLDI, “A noção de articulação entre família e trabalho e políticas de apoio”, *Mercado de trabalho* 42 (Fev. 2010): 37-43.

AUBERT, Michel; Emmanuelle BROUSSY; Francis DONNAT. “Égalité hommes-femmes”. *AJDA* 41 (2010): 2308-2309.

BALLESTER PASTOR, María Amparo. “Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad”. *Revista de Derecho Social* 51 (Jul.-Set. 2010): 31-66.

CABEZA PEREIRO, Jaime. “Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres”. In Jaime CABEZA PEREIRO (dir.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, 77-100. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.

CHINCHILLA, Nuria e MORAGAS, Maruja. *Senhores do nosso destino – Como conciliar a vida profissional, familiar e pessoal*. Viseu: Alêtheia Editores, 2009.

CORREA CARRASCO, Manuel. “Tiempo de Trabajo e Igualdad de Género: Regulación Legal y Negociación Colectiva”. *Revista de Derecho Social* 49 (2010): 189-225.

CRISTÓBAL RONCERO, Rosario. “Igualdad de mujeres y hombres en el trabajo (Un estudio de Derecho comparado)”. *Revista española de Derecho del Trabajo* 147 (Jul.-Set. 2010): 511-560.

FERNANDEZ DOCAMPO, Belén. “El permiso de lactancia: duración y acumulación en los supuestos de parto y adopción múltiple”. In Jaime CABEZA PEREIRO (dir.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, 175-189. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.

GALLARDO MOYA, Rosario. “Los nuevos planes de igualdad en la empresa: un análisis de las primeras experiencias”. *Revista de Derecho Social* 48 (2009): 83-107.

GARCÍA RUBIO, M.^a Amparo. “La tutela del trabajador varón en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar”. In Jaime CABEZA PEREIRO, *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, 347-367. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.

LHERNOULD, Jean-Philippe. “Droit à congé lié à l’éducation d’un enfant”. *Revue de Jurisprudence Sociale* (Fev. 2011): 102-103.

LÓPEZ ANIORTE, María del Carmen. “La suspensión contractual por maternidad (II)”. *Actualidad Laboral* (Dez. 2009): 2643-2648.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando. “El tiempo en las leyes con perspectiva de género”. *Revista de Derecho Social* 49 (Jan.-Mar. 2010): 83-96.

MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda. “Suspensión del contrato de trabajo por maternidad”. *Actualidad laboral* (Maio 2009): 1085-1098.

MATLÁRY, Janne Haaland. *Para um novo feminismo*. Lisboa: Principia, 2002.

MINÉ, Michel. “Le droit du temps de travail à la lumière des droits fondamentaux de la personne”. *Le Droit Ouvrier* 750 (Jan. 2011): 40-46.

MURCIA CLAVERÍA, Ana. “La tutela del puesto de trabajo del trabajador/a con responsabilidades familiares”. *Relaciones Laborales* 1 (Jan. 2010): 13-48.

PÉREZ DEL RÍO, Teresa. “La normativa interna sobre derechos de conciliación: la corresponsabilidad”. In Jaime CABEZA PEREIRO (dir.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, 51-76. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.

PICOD, Fabrice. “Congés d’allaitement pour les pères salariés: des restrictions injustifiées”. *La Semaine Juridique – édition sociale* 45 (Nov. 2010): 36-38.

RADÉ, Christophe. “Cour de Cassation (Chambre sociale) – 13 Janvier 2009”, *DS* 5 (2009): 614-615.

RADÉ, Christophe. “*Cour de Cassation (Chambre sociale) – 14 Octobre 2008*”, *DS* 1 (2009): 112-114.

RAY, Jean-Emmanuel. “Avant-propos”. *DS* 1 (2004): 5-10.

SUPIOT, Alain. “Transformações do trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa”, *Perspectivas laborais* 1 (Coimbra: Coimbra Editora, 2003).

TUDELA CAMBRONERO, Gregório e VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda. *Tiempo de trabajo y flexibilidad laboral*. Fundación Alternativas, 2007.

VALDÉS DAL-RÉ, “Igualdad de género y negociación colectiva: el marco general”, *Relaciones Laborales* 14 (Jul. 2010): 1-10.

VIQUEIRA PÉREZ, Carmen. “Un balance crítico acerca de los derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal”. In Jaime CABEZA PEREIRO (dir.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, 101-131. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.