

REVISTA DE DIREITO E DE ESTUDOS SOCIAIS

ISSN 0870-3965

Janeiro-Setembro — 2004

Ano XLV (XVIII da 2.ª Série) N.º 1, 2 e 3

DOCTRINA — Luís Carvalho Fernandes — Efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato de Trabalho segundo o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

Catarina de Oliveira Carvalho — A Protecção da Maternidade e da Paternidade no Código do Trabalho
César d'Araújo — O Direito Fiscal do Trabalho — IRS e IRC

José Luís Pereira Seixas — Ocupação Efectiva e Trabalhador Desportivo

JURISPRUDÊNCIA — António Monteiro Fernandes — Sobre a Serventia do Processo Disciplinar Laboral — A Propósito do «Direito de Consulta»

Júlio Gomes — Comentário de Urgência ao Acórdão do TJCE, de 20 de Novembro de 2003, Processo C-340/01, Carlito Abler e.a. e Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH v. Sanrest Großküchen Betriebsgesellschaft mbH

Luís Gonçalves da Silva — Breves Reflexões sobre a Convenção Colectiva aplicável à Pensão de Reforma no Sector Bancário

VERBO

A Protecção da Maternidade e da Paternidade no Código do Trabalho

I. A protecção da maternidade e da paternidade como valor constitucionalmente tutelado

A protecção da maternidade e da paternidade surge, desde logo, como um valor cuja tutela é imposta pela Constituição da República Portuguesa. Assumem especial relevância no contexto deste trabalho as prescrições presentes no art. 68.º deste diploma. Os princípios programáticos previstos nos n.ºs 1 e 2 do art. 68.º são enunciados no art. 33.º do CT¹, devendo orientar todo o regime da protecção da maternidade e da paternidade constante dos artigos seguintes, assim como da legislação regulamentar respectiva (RCT²). Pretende-se dar cumprimento a valores de carácter público referentes à tutela do(a) trabalhador(a) pai/mãe, da saúde da gestante e das exigências afectivas e biológicas da criança.

O n.º 3 da norma constitucional apresenta como alvo específico de protecção as mulheres grávidas e puérperas, impondo a necessidade de consagração de uma «dispensa do trabalho por período adequado, sem perda de retribuição ou de qualquer regalia». Já o n.º 4 volta a apresentar um âmbito subjectivo mais alargado, dirigindo-se a ambos os progenitores, impondo ao legislador ordinário a consagração de dispensas ao trabalho por período adequado motivadas pelos interesses da criança e pelas necessidades do agregado familiar.

¹ Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27/08.

² Regulamentação do Código do Trabalho, operada pela Lei n.º 35/2004, de 29/07.

II. Os pactos internacionais

No domínio dos pactos internacionais, encontramos inúmeros diplomas referentes a esta matéria³. De entre estes salientamos o art. 25.º, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁴; o art. 10.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais⁵; os arts. 8.º e 27.º da Carta Social Europeia⁶, que apresentam uma regulamentação bastante mais detalhada do que as normas anteriormente mencionadas. Além da referência à licença por maternidade paga, cuja duração não pode ser inferior a 14 semanas, impõe-se a protecção da mulher trabalhadora grávida ou puérpera em matéria de despedimento, amamentação, trabalho nocturno e actividades de carácter perigoso, insalubre ou penoso. De igual modo, prevê-se a necessidade de medidas apropriadas a facilitar a conjugação da vida profissional com as responsabilidades familiares, designadamente a consagração de licenças parentais.

III. O direito comunitário

O direito comunitário ocupa um papel de destaque neste domínio, contendo inúmeros instrumentos jurídicos (directivas, decisões, resoluções) referentes quer à protecção da maternidade e da paternida-

de, quer ao problema da igualdade de tratamento em função do sexo. A ligação deste problema ao tema objecto deste estudo é incontornável, uma vez que o tratamento diferenciado de uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, se reconduz, muitas vezes, como veremos *infra*, a uma discriminação sexual.

Pela importância que vão assumir neste trabalho, saliento os seguintes diplomas: a Directiva n.º 92/85/CEE, do Conselho, de 19/10, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho; a Directiva n.º 96/34/CE, do Conselho, de 3/06, relativa ao acordo-quadro sobre a licença parental celebrado pela União das Confederações da Indústria e dos Empregadores da Europa (UNICE), pelo Centro Europeu das Empresas Públicas (CEEP) e pela Confederação Europeia dos Sindicatos (CES); a Directiva, do Conselho, n.º 76/207/CEE, de 9/02, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, alterada pela Directiva n.º 2002/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23/09.

IV. Análise do direito positivo português

§ 1.º Introdução

1. Resta então averiguar em que medida a nossa lei deu cumprimento quer aos preceitos da CRP, quer aos dos pactos internacionais ratificados por Portugal, criando mecanismos de actuação que viabilizem a aplicação prática dos mesmos, e transpôs as Directivas comunitárias, consagrando, no domínio laboral, um regime específico destinado à protecção da maternidade e da paternidade.

Cumprе salientar que o momento da maternidade vai balizar as dissimilaridades de regime jusslaboral entre trabalhadores do sexo masculino e do sexo feminino. Da maternidade e consequentes necessidades ligadas ao cuidado da criança não podem derivar

³ Vd. também as Convenções e Recomendações da OIT referidas por PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *La licencia por maternidad de la trabajadora*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 52 ss. e por TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 178-179. Saliento a Convenção n.º 103 da OIT, aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 63/84, de 10/10. Esta foi alterada pela Convenção n.º 189, a qual, todavia, ainda não foi ratificada pelo Estado português.

⁴ Nos termos do art. 16.º, n.º 2, da CRP, «[o]s preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem».

⁵ Aprovado para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11/07.

⁶ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 64-A/2001, de 17/10, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 54-A/2001, de 17/10.

consequências discriminatórias. A tutela legal, neste contexto, não se restringe à saúde física da mãe e da criança: abarca a relação integral que se desenvolve entre mãe e filho. As necessidades biológicas, exigências relacionais e afectivas, essenciais no desenvolvimento da criança, fazem parte desta relação e, como tal, devem ser protegidas⁷. Mas, se assim é, há que assegurar a protecção da função parental de ambos os progenitores (inclusive dos adoptivos), estimulando (ou, pelo menos, conferindo maior amplitude teórica) uma alteração do tradicional modelo de organização familiar, conferindo ao pai, em termos igualitários, todos aqueles direitos que não se apresentam indissociáveis de factores biológicos adstritos à função de gestante e lactante. Assim, os direitos que são atribuídos de modo exclusivo à mulher trabalhadora são incindíveis do facto de ser esta a gerar e a amamentar os filhos. Nos outros planos, relativamente aos filhos, prevalece uma ideia de tratamento igualitário entre homem/mulher e partilha das responsabilidades familiares.

2. O Código do Trabalho entrou em vigor em 1/12/03 (art. 3.º, n.º 1, da lei preambular). Contudo, o início de vigência de alguns núcleos de normas deste diploma foi protelado para momento ulterior coincidente com a entrada em vigor da legislação especial para que remetem (RCT). Um destes conjuntos normativos era precisamente o que regula a protecção da maternidade e da paternidade (arts. 33.º a 52.º) – art. 3.º, n.º 2, e art. 21.º, n.º 2, als. d) e r) da lei preambular. Assim, até ao momento da entrada em vigor da RCT⁸, esta matéria continuou a ser regida pela Lei n.º 4/84, de 5/04 (com a numeração e redacção constantes do DL n.º 70/2000, de 4/05) e pelo Decreto-Lei n.º 230/2000, de 23/09 (regulamentação do regime de protecção da maternidade e da paternidade). Mesmo após o seu início de vigência, mantêm-se em vigor os arts. 3.º a 8.º e 31.º da Lei n.º 4/84, de acordo com o art. 10.º, n.º 2, da RCT.

⁷ GIOVANNI NICOLINI, *Manuale di diritto del lavoro*, 3.ª ed., Giuffrè, Milão, 2000, p. 171.

⁸ De acordo com o art. 3.º, o período de *vacatio legis* é de 30 dias.

3. O CT prevê também o alargamento do âmbito de aplicação dos preceitos legais relativos à protecção da maternidade e da paternidade à relação jurídica de emprego público que confira a qualidade de funcionário ou agente da Administração Pública (art. 5.º da lei preambular), salvaguardando o disposto em legislação especial⁹.

4. Passemos, então, ao estudo do direito positivo português constante do CT e da respectiva RCT. Esta análise será desenvolvida em três momentos distintos: numa primeira fase anterior à própria celebração do contrato de trabalho (acesso ao trabalho), num segundo momento após a conclusão deste negócio jurídico e durante a sua execução (condições de trabalho) e, finalmente, no momento da sua cessação.

§ 2.º Acesso ao trabalho

1. Informações relativas ao estado de gravidez

Na tentativa de assegurar uma igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso ao emprego, o legislador, na sequência da Directiva n.º 76/207/CEE, do Conselho, de 9/02/76¹⁰, considerava, em princípio, inadmissíveis referências ao estado civil, familiar, devendo incluir-se aqui uma eventual gravidez da mulher (art. 3.º, n.º 1, do DL n.º 392/79, de 20/09). Estes factores não podiam, em regra, ser relevantes na decisão de contratar ou não contratar, pelo que eventuais perguntas relacionadas com estas questões também não seriam, em princípio, legítimas.

Este diploma foi revogado após o início de vigência da RCT¹¹. Todavia, a mesma solução manteve-se no art. 23.º, n.º 1, do CT, e,

⁹ Ver, a este respeito, os arts. 107.º ss. da RCT.

¹⁰ *Vd.* o art. 2.º, n.º 1, desta Directiva, o qual se manteve inalterado na Directiva n.º 2002/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23/09/02, que procedeu à modificação da primeira.

¹¹ *Cf.* art. 21.º, n.º 2, al. c), da lei preambular.

especialmente, no art. 17.º, n.º 2, ao estabelecer a regra de que o empregador não pode exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador informações relativas à sua saúde ou estado de gravidez¹². Admite-se uma excepção, que deve ser restritivamente interpretada¹³, dependente do preenchimento cumulativo de vários requisitos: por um lado, a verificação de «particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional» que o justifiquem; por outro, a entrega ao trabalhador ou candidato da fundamentação escrita de tal exigência; e, por fim, a intermediação de um médico a quem são prestadas essas informações e cuja comunicação ao empregador se encontra estritamente limitada à existência ou à falta de aptidão para desempenhar a dita actividade¹⁴. Em relação ao estado de gravidez, trata-se sobretudo de assegurar que o exercício da actividade não vai afectar a função genética ou a saúde do nascituro¹⁵, embora o alcance prático

¹² Mesmo antes do início de vigência do CT, este entendimento já era partilhado na doutrina – cf. TERESA COELHO MOREIRA, *op. cit.*, pp. 174 ss. Já defendia, acertadamente, a autora que a mulher inquirida sobre o seu estado de gravidez tinha o direito de não responder e de o ocultar, «podendo mesmo responder falsamente quando perguntada pelo empregador sem que possa considerar-se que existiu o incumprimento de um dever pré-contratual, e consequentemente, que haja culpa *in contrahendo*». Esta regra sofre excepções caso ao trabalho a realizar corresponda uma tarefa condicionada ou proibida durante a gravidez. Outra interpretação esvaziaria o princípio da não discriminação no acesso ao emprego.

¹³ Parece ser também esta a opinião de GUILHERME DRAY, in AAVV, *Código do Trabalho anotado*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 107, ao defender que «... apenas em casos muito excepcionais [...] poderão ser exigidas ao trabalhador informações relativas ao seu estado de saúde ou gravidez».

¹⁴ Este último requisito, presente no n.º 3 do art. 17.º, não constava da proposta de lei, tendo surgido para ultrapassar a declaração de inconstitucionalidade da norma (acórdão n.º 306/93, de 25/06/03), ao violar o princípio da proporcionalidade na parte em que permitia o acesso directo por parte do empregador a tais informações. Defende a constitucionalidade do preceito, LÚIS GONÇALVES DA SILVA, «O Código do Trabalho face à Constituição», in *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. I, pp. 40 ss. Dúvidas quanto à compatibilização constitucional são suscitadas por JÚLIO GOMES e RAQUEL CARVALHO, «Código do Trabalho – a (in)constitucionalidade das normas relativas à repetição do procedimento disciplinar e à reintegração», *Questões Laborais*, n.º 22, 2003, p. 222.

¹⁵ Por exemplo, em serviços de radiologia – cf. GUILHERME DRAY, in AAVV, *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 107.

deste preceito seja em grande medida esvaziado pela jurisprudência do TJCE que analisarei *infra*.

2. Testes e exames médicos

No que respeita a testes e exames médicos, estabelece o art. 18.º, n.º 2, do CT, que o empregador não pode «exigir à candidata a emprego ou à trabalhadora a realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez». Não se admite, aqui, qualquer excepção.

3. Consequências da violação dos preceitos legais

A violação destes preceitos, além de justificar uma desobediência legítima do trabalhador ou do candidato a emprego, constitui o empregador numa contra-ordenação muito grave (art. 641.º, n.º 1, do CT).

Pode ainda haver lugar a responsabilidade civil, sendo passíveis de indemnização não só os danos patrimoniais mas também os não patrimoniais (art. 26.º do CT)¹⁶. A este respeito, o TJCE¹⁷ afirmou que «quando a sanção escolhida pelo Estado-membro se insere no âmbito da responsabilidade civil do empregador, a violação da proibição de discriminação deve ser suficiente para desencadear, só por si, a responsabilidade total do seu autor, sem que possam ser invocadas as causas de exclusão previstas pelo direito nacional». Do mesmo modo,

¹⁶ Relativamente à obrigação de indemnizar o candidato a emprego discriminado, *vd.* GUILHERME MACHADO DRAY, *O princípio da igualdade no direito do trabalho – Sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 286; *idem*, «Autonomia privada e igualdade na formação e execução de contratos individuais de trabalho», in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 83 ss. Sobre o dano específico da perda de «chance», *cf.* o estudo de JÚLIO GOMES, «Dano da perda de chance», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Castanheira Neves* (no prelo).

¹⁷ Acórdão de 8/11/90, processo C-177/88, que opõe Elisabeth DEKKER a Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (CJ, 1990, pp. 3941 ss.).

nega-se a subordinação da responsabilidade à prova da culpa do seu autor.

4. Exclusões ou restrições ao acesso ao emprego de um candidato ou trabalhador em razão do respectivo sexo

4.1 Nos termos do art. 27.º do CT, em regra, «[t]oda a exclusão ou restrição de acesso de um candidato a emprego ou trabalhador em razão do respectivo sexo a qualquer tipo de actividade profissional [...] constitui uma discriminação em função do sexo».

4.2 Todavia, este princípio encontra excepções previstas e reguladas na lei. A primeira encontra-se no art. 30.º do CT¹⁸ o qual proíbe ou condiciona o acesso a actividades que possam implicar riscos para o património genético. Este preceito apresenta um âmbito de aplicação mais amplo do que a lei anterior, uma vez que se refere à protecção do património genético quer do trabalhador, quer dos seus descendentes, designadamente nascituros ou mesmo concepturos. Os arts. 41.º ss. da RCT disciplinam a proibição ou o condicionamento de determinados trabalhos que possam implicar riscos para a função genética do trabalhador ou seus descendentes, atendendo ao grau de exposição a determinados agentes (físicos, químicos ou biológicos) no local de trabalho e respectivo perigo. Remete-se para lista a elaborar pelo ministério responsável pela saúde¹⁹.

¹⁸ Corresponde, com alterações, ao art. 8.º do DL n.º 392/79, de 20/09. A expressão «função genética» foi substituída por «património genético».

¹⁹ Esse tipo de actividades encontrava-se definido, designadamente, na Portaria n.º 186/73, de 13/03, que proibia às mulheres a utilização e manipulação frequente de certas substâncias tóxicas ou o exercício de algumas actividades que envolviam certas condições de risco, o que suscitava problemas de constitucionalidade e de compatibilidade com o direito comunitário, uma vez que não se fazia depender tais limitações do estado de gestação ou da maternidade, mas do simples facto de pertencer ao sexo feminino. Cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, «Igualdade de tratamento no direito laboral – A aplicação da Directiva 76/207/CEE em Portugal», *Direito e Justiça*, vol. XI, 2, 1997, p. 89; CATARINA CARVALHO,

A segunda excepção aparece tratada no art. 49.º do CT e dirige-se especificamente às trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, atribuindo-lhes um direito a especiais condições de segurança e saúde nos locais de trabalho²⁰.

As normas contidas nos n.ºs 2 e 3 transpõem o art. 4.º da Directiva n.º 92/85/CEE, de 19/10. Sempre que estejamos perante actividades susceptíveis de apresentarem um risco específico de exposição das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, a agentes, processos ou condições de trabalho perigosos, o empregador tem de cumprir algumas injunções em matéria de avaliação e informação. Num primeiro momento, deve realizar uma avaliação da natureza, grau e duração da referida exposição, com o intuito de determinar a existência de qualquer risco para a segurança ou saúde daquelas trabalhadoras e as repercussões sobre a gravidez ou amamentação. Num segundo momento, o empregador tem de informar, por escrito, as trabalhadoras dos resultados dessa avaliação e de eventuais medidas de protecção a tomar.

Na hipótese de os resultados da avaliação revelarem a existência de riscos para a segurança ou saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes ou repercussões sobre a gravidez ou amamentação, surge uma terceira obrigação a cargo do empregador que consiste em tomar as medidas necessárias para evitar a exposição daquelas aos mesmos. Esta solução resulta do art. 5.º da Directiva n.º 92/85/CEE, de 19/10, e encontra-se consagrada no n.º 4 do art. 49.º do CT. Qual o teor destas medidas? Em primeiro lugar, deve tentar adaptar temporariamente as condições de trabalho. Se esta alteração for impossível (técnica ou objectivamente), excessivamente demora-

«Considerações sobre o estatuto jurídico-laboral da mulher», in *IV Congresso nacional de direito do trabalho*, org. por António Moreira, Almedina, 2001, pp. 122-133. A Portaria n.º 229/96, de 26/06 – que derogou e revogou algumas normas da Portaria *supra* referida – fixou os agentes, processos e condições de trabalho proibidos ou condicionados às mulheres grávidas, puérperas e lactantes. Ambos os diplomas foram revogados expressamente com a entrada em vigor da RCT, nos termos do seu art. 10.º, n.º 1, als. a) e e).

²⁰ Corresponde ao art. 21.º da Lei n.º 4/84, de 5/04.

da ou onerosa, devem ser atribuídas à trabalhadora outras funções compatíveis com o seu estado e a sua categoria. Se também a modificação funcional não for viável, pelas mesmas razões, a trabalhadora será dispensada do trabalho durante todo o tempo necessário à protecção da sua segurança ou saúde. O art. 5.º da Directiva n.º 92/85/CEE impõe ainda que as razões invocadas pelo empregador para recusar a alteração das condições de trabalho ou de funções sejam devidamente justificadas. A dispensa do trabalho nunca pode ser motivada pelo interesse do empregador, cabendo-lhe a obrigação de examinar a possibilidade de adaptar as condições e/ou tempo de trabalho ou de afectar a trabalhadora a outro posto de trabalho²¹.

Em caso de dispensa de trabalho, a trabalhadora não perde qualquer direito, sendo esse período contabilizado como prestação efectiva de trabalho, excepto quanto à retribuição [art. 50.º, n.º 1, al. e), do CT]. Todavia, tem direito a um subsídio, nos termos da legislação da segurança social (art. 103.º, n.º 1, da RCT).

Para efeitos dos n.ºs 2 e 6 deste preceito, os arts. 84.º a 88.º da RCT procedem a uma enumeração das actividades condicionadas a trabalhadoras grávidas puérperas ou lactantes, atendendo à exposição a agentes (físicos, biológicos, químicos), processos industriais (v.g. o fabrico de auramina) ou condições de trabalho susceptíveis de afectar a função genética²². No que respeita ao n.º 5 desta norma, são os arts. 89.º a 95.º da RCT que procedem a uma enumeração das actividades proibidas a trabalhadoras grávidas ou lactantes, atendendo à exposição a agentes (físicos, biológicos, químicos), ou a

²¹ Neste sentido, pronunciou-se o TJCE (acórdão de 19/11/98, processo C-66/96, *CJ*, 1998, pp. 7327 ss.) sobre a incompatibilidade com o direito comunitário de normas nacionais que permitem a uma entidade empregadora não ocupar uma mulher grávida que não está inapta para o trabalho, mandando-a para casa sem lhe pagar a totalidade da sua retribuição.

²² A enumeração destes agentes, processos e condições de trabalho atende à lista (não exhaustiva) constante do anexo I da Directiva n.º 92/85/CEE, de 19/10.

certas condições de trabalho como a prestação de trabalho subterrâneo em minas²³.

4.3 O impedimento ilícito de acesso de um candidato a um emprego em violação do art. 27.º constitui uma contra-ordenação muito grave (art. 642.º, n.º 1, do CT)²⁴, podendo o infractor incorrer em responsabilidade civil tal como referi *supra* (ponto 3)²⁵.

A infracção do art. 30.º do CT constitui uma contra-ordenação muito grave (art. 642.º, n.º 1), podendo a decisão condenatória ser objecto de publicidade (n.º 2). A violação do disposto nos n.ºs 1, 2, 4, 5, do art. 49.º, de acordo com a regulamentação prevista no n.º 6, constitui uma contra-ordenação muito grave (art. 643.º, n.º 1). Já a violação do n.º 3 constitui apenas uma contra-ordenação grave (art. 643.º, n.º 2).

²³ A enumeração destes agentes, processos e condições de trabalho atende à lista (não exhaustiva) constante do anexo II da Directiva n.º 92/85/CEE, de 19/10.

²⁴ Sendo certo que a Directiva n.º 76/207/CEE, do Conselho, de 9/02/76, não estabelecia um sistema sancionatório para a violação do princípio da igualdade de tratamento, designadamente nesta fase de acesso ao emprego, a interpretação realizada pelo TJCE apontava para a ideia de que, caso um Estado-membro optasse por sanções económicas, estas não podiam ser meramente simbólicas, tendo de assumir uma real função de dissuasão, adequação e proporcionalidade em relação aos danos – *vd.* JUAN CARLOS ARCE, *El trabajo de las mujeres en el derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valência, 1999, p. 56. As alterações introduzidas no diploma comunitário pela Directiva n.º 2002/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15/12/97, consagraram tal jurisprudência no art. 8.º D. Esta norma prevê a necessidade de os Estados-membros determinarem o regime de sanções aplicável e adoptarem todas as medidas necessárias para assegurar a sua aplicação, sendo certo que as mesmas «devem ser efectivas, proporcionadas e dissuasivas».

²⁵ Sobre a dificuldade jurídica de sustentar a nulidade do contrato celebrado após a rejeição de candidatos do outro sexo, *vd.* ROMANO MARTINEZ, «Igualdade de tratamento...», *cit.*, pp. 90-91. No mesmo sentido, JÚLIA CAMPOS, «Igualdade e não-discriminação no direito do trabalho», in *IV Congresso nacional de direito do trabalho — Memórias*, org. por António Moreira, Almedina, Coimbra, 2002, p. 313. A exclusão discriminatória do trabalhador também não gera, na esfera jurídica do empregador, a obrigação de o contratar, como defende GUILHERME MACHADO DRAY, *O princípio de igualdade no direito do trabalho...*, *cit.*, p. 286.

5. Recusa de contratação de trabalhadora grávida para o exercício de actividades proibidas ou condicionadas. Validade do contrato de trabalho celebrado

5.1 Estabelecendo a ponte entre a protecção da função genética da mulher e a igualdade entre os sexos no acesso ao emprego, parece-me relevante uma referência ao acórdão do TJCE, de 3/02/00, no processo C-207/98²⁶. Suscitava-se a questão da licitude da recusa do empregador em propor à trabalhadora um contrato por tempo indeterminado, pelo facto de ela se encontrar grávida e não poder assumir de imediato as funções previstas para o lugar em causa, visto as mesmas comportarem risco de infecção e a lei nacional (alemã) proibir a colocação de mulheres grávidas em áreas em que fiquem expostas à influência de substâncias nocivas²⁷.

Alguma doutrina nacional já se pronunciou no sentido de ser lícita a recusa do empregador em contratar uma candidata ao emprego em virtude de a mesma estar impedida de exercer a actividade, por força de normas nacionais que a proíbe ou condiciona às mulheres grávidas, puérperas ou lactantes nos termos supramencionados, impondo à trabalhadora o dever de informação quanto ao seu estado de gestante²⁸.

Todavia, esse entendimento dificilmente se compatibiliza com o direito comunitário, atendendo à interpretação do TJCE²⁹. No aresto

²⁶ Silke-Karin MAHLBURG contra Land Mecklenburg-Vorpommern (CJ, 2000, pp. 549 ss.).

²⁷ A trabalhadora (S.-K. Mahlburg) tinha um contrato de trabalho a termo com o empregador para o exercício de funções de enfermagem, desde 1994. Em 1995, após ter informado o empregador da sua gravidez, apresentou a sua candidatura a dois lugares, por tempo indeterminado, vagos na estrutura hospitalar para enfermeiras de bloco operatório, os quais se destinavam a ser providos de imediato ou o mais rapidamente possível.

²⁸ Cf. PAULA MEIRA LOURENÇO, «Os deveres de informação no contrato de trabalho», RDES, ano XLIV, Janeiro/Junho 2003, p. 60. Um entendimento próximo era seguido pela jurisprudência alemã até ao momento da mencionada decisão do TJCE.

²⁹ Trata-se do art. 2.º, n.ºs 1 e 3, da Directiva, do Conselho, n.º 76/207/CEE, de 9/02, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres

referido, o TJCE, utilizando uma argumentação recorrente, lembrou que uma recusa de contratação com base em gravidez (ou por uma causa baseada essencialmente nesse estado) só pode ser feita às mulheres, constituindo por isso uma discriminação *directa* em razão do sexo³⁰.

O problema da qualificação da desigualdade de tratamento, motivada pela gravidez, como uma discriminação sexual *directa* ou

no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho. Após a alteração operada pela Directiva n.º 2002/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23/09, estes preceitos encontram-se no art. 2.º, n.º 1 e n.º 7.

Convém salientar que os tribunais dos Estados-membros devem interpretar as leis nacionais de acordo com as directivas e com a interpretação das mesmas realizada pelo TJCE – cf. designadamente, Acórdão *Haaga* (Processo 32/74, *Recueil de Jurisprudence*, 1974, pp. 129 e ss.); Acórdão *Mazzalai*, de 20/05/76 (Processo 111/75, *Recueil de Jurisprudence*, 1976, pp. 657 e ss.); Acórdão *Von Colson e Kamann*, de 10/04/84 (Processo 14/83, *Recueil de Jurisprudence*, 1984, pp. 1891 e ss.); Acórdão *Harz* (Processo 79/83, *Recueil de Jurisprudence*, 1984, pp. 1921 e ss.); Acórdão *Kolpinghuis Nijmegen* (Processo 80/86, *Recueil de Jurisprudence*, 1987, pp. 3969 e ss.); Acórdão *Marleasing*, de 13/11/90 (Processo C-106/89, CJ, 1990, p. 4135).

Aliás, no acórdão do TJCE, de 5/05/94, processo C-421/92, que desenvolvi *infra*, uma das partes invocou a impossibilidade de aplicação da Directiva n.º 76/207/CEE por a mesma não produzir efeito directo num litígio que opõe pessoas de direito privado, uma vez que o TJCE ainda não reconheceu o efeito directo horizontal das directivas. Esta argumentação foi recusada, invocando o tribunal tratar-se apenas de uma interpretação de uma Directiva transposta para o ordenamento jurídico do Estado-membro, sendo certo que o órgão jurisdicional nacional é obrigado a uma interpretação e aplicação conformes às exigências do direito comunitário. Sobre este problema, *vd.* CHRISTINE BOCH, «Case law – case C-32/93», *Common Market Law Review*, vol. 33, 1996, pp. 562 ss. Em sentido similar, afirmou o TJCE (acórdão de 16/12/93, processo C-334/92) que «quando um órgão jurisdicional nacional interpreta e aplica o direito nacional, deve presumir que o Estado teve a intenção de cumprir plenamente as obrigações que decorrem da directiva em causa».

³⁰ Já num acórdão de 8/11/90, processo C-177/88, que opõe Elisabeth DEKKER a Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (CJ, 1990, pp. 3941 ss.), o TJCE tinha decidido que «uma recusa de contratação por motivo de gravidez só pode ser oposta às mulheres e constitui, assim, uma discriminação *directa* em razão do sexo». O argumento invocado para afastar a existência de discriminação sexual, traduzido no facto de o empregador ter contratado outra mulher para aquele posto de trabalho, foi afastado pelo TJCE, dado que a primeira trabalhadora teria sido contratada se não estivesse grávida – o

indirecta³¹ afigura-se essencial, até porque alguma doutrina entende que a verdadeira razão da desigualdade se fundamenta aqui não directamente na gravidez, mas sim na proibição legal de prestação de trabalho associada a este estado³². A qualificação da discriminação fundada na gravidez como *directa* conduz à inadmissibilidade de justificações de tratamentos diversos fundamentados neste estado e não permite o recurso a critérios de comparação³³. Já nas hipóteses de discriminação *indirecta* afigura-se insuficiente o efeito desigual da medida, uma vez que a mesma pode ser objectivamente justificada, desde que respeite a proporcionalidade dos meios utilizados para atingir um fim legítimo.

No acórdão, o TJCE acrescentou ainda que «a protecção garantida pelo direito comunitário à mulher durante a gravidez e após o parto não pode depender da questão de saber se a sua presença, durante o período correspondente à maternidade, é indispensável ao bom funcionamento da empresa», sob pena de privar os preceitos da Directiva de qualquer efeito útil. O órgão jurisdicional explica que «a aplicação das disposições relativas à protecção da mulher grávida não pode ter como consequência um tratamento desfavorável no que respeita ao acesso ao emprego...», não permitindo ao empregador recusar a celebração do contrato em virtude de não a poder colocar de

motivo da recusa baseava-se na gravidez, logo a decisão estava directamente ligada ao sexo da candidata. Como afirmou a Comissão, determinante é a razão subjacente à recusa de contratar e não a existência de homens e mulheres candidatos ao emprego.

³¹ Sobre o alcance destes conceitos, *vd. infra*.

³² Alguma doutrina salienta, como verdadeira causa da discriminação, a legislação nacional dos Estados-membros que proíbe, durante a gravidez, o desempenho de certas actividades, do trabalho nocturno, etc. Cf. CHRISTINE BOCH, *op. cit.*, p. 558, nota 38. Uma afirmação similar é proferida por JEAN JACQMAIN («Pregnancy as grounds for dismissal», *Industrial Law Journal*, vol. 23, 1994, n.º 4, p. 356) a propósito do caso DEKKER em que o motivo da discriminação reside na legislação nacional referente às prestações sociais em caso de doença.

³³ Cf. MIGUEL RODRIGUEZ-PIÑERO, «Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora», *Relaciones Laborales*, 1991, I, p. 5; JEAN JACQMAIN, *op. cit.*, p. 357; CHRISTINE BOCH, *op. cit.*, p. 557.

imediatamente no posto de trabalho. Essa proibição só produz efeitos durante um período de tempo limitado relativamente à duração total do contrato. Tendo sido levantado o problema das consequências financeiras para o empregador de tal opção, o TJCE alegou que estas não são relevantes para recusar a contratação³⁴. Como salientou o advogado-geral SAGGIO³⁵, «a igualdade de tratamento entre homens e mulheres [...] representa um princípio fundamental do ordenamento jurídico comunitário que não pode sofrer restrições em consideração a esse tipo de exigências».

É certo, como afirmam alguns autores, que o «método tradicional comparativo» para identificar práticas discriminatórias é posto em causa quando se trata da gravidez, pois não existe qualquer termo de comparação com o sexo masculino. Explana CHRISTINE BOCH³⁶ que o tratamento desfavorável de uma mulher em virtude de uma gravidez pode, em abstracto, ser perspectivado por três vias diferentes: negando, em qualquer caso, a possibilidade de haver discriminação, admitindo que esse tratamento possa ser fundamento de discriminação consoante as circunstâncias do caso concreto ou, então, considerando-o sempre discriminatório.

³⁴ A mesma ideia já tinha sido afirmada pelo TJCE no acórdão DEKKER, *supracitado*. Neste, o empregador, para recusar a contratação, invocou que a circunstância de a trabalhadora já se encontrar grávida nesse momento não permitia o reembolso, por parte do seu Segurador, dos subsídios que estava obrigado a pagar-lhe durante a licença de maternidade. Assim, ficaria impossibilitado financeiramente de contratar um substitutivo durante a sua ausência, sofrendo uma perda de efectivos. Concluiu o TJCE que «uma recusa de contratação devida às consequências financeiras de uma ausência por motivo de gravidez deve considerar-se baseada essencialmente no facto da gravidez» e, portanto, discriminatória. A circunstância de se qualificar a discriminação como *directa* é determinante, pois afasta a admissibilidade de uma justificação objectiva e proporcional (*vd. infra*).

Entre nós, o problema suscita-se com menos acuidade do que no Reino Unido, uma vez que as prestações remuneratórias inerentes à maternidade são suportadas pela Segurança Social.

³⁵ Conclusões no processo C-207/98, *CJ*, 2000, p. 549.

³⁶ CHRISTINE BOCH, *op. cit.*, p. 554.

A questão determinante para o TJCE consiste em saber se o motivo essencial da recusa da contratação se aplica indistintamente aos trabalhadores dos dois sexos ou se, pelo contrário, ele se aplica, de forma exclusiva, a um dos sexos. Como a gravidez é privativa do sexo feminino, conclui que um tratamento diferenciado assente neste elemento é sempre discriminatório.

Nestes termos, uma interpretação do n.º 2 do art. 23.º do CT³⁷, com o intuito de excluir a existência de discriminação sexual, que permita a sua aplicação a situações similares à acabada de descrever, violaria o direito comunitário.

5.2 Outra questão intimamente ligada a esta prende-se com a apreciação da validade do contrato de trabalho celebrado com uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante para actividades que lhes estão proibidas ou condicionadas por força da lei.

Também neste domínio se defendeu, entre nós, a nulidade do contrato de trabalho por ser contrário à lei (art. 280.º CC)³⁸ ou por violar norma imperativa (art. 294.º do CC)³⁹.

Todavia, esta solução também se afigura dificilmente compatível com o direito comunitário, atendendo à interpretação realizada pela jurisprudência. Analisemos então um caso sujeito à apreciação do TJCE, cuja sentença seguiu um caminho oposto ao da doutrina supracitada⁴⁰. Este órgão jurisdicional foi chamado a pronunciar-se

³⁷ Nos termos deste preceito, «[n]ão constitui discriminação o comportamento baseado num dos factores indicados no número anterior, sempre que, em virtude da natureza das actividades profissionais em causa ou do contexto da sua execução, esse factor constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional».

³⁸ Assim, PAULA MEIRA LOURENÇO, *op. cit.*, p. 111, embora a autora pareça pressupor que a trabalhadora «ocultou» esse facto.

³⁹ Este era o entendimento da doutrina e jurisprudência alemãs dominantes que aplicavam o art. 134. do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).

⁴⁰ Acórdão de 5/05/94, processo C-421/92, que opõe Gabriele HABERMANN-BELTERMANN ao Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband NDB./OPF., *CJ*, 1994, pp. 1657 ss.

quanto à seguinte factualidade: foi celebrado um contrato de trabalho por tempo indeterminado entre uma trabalhadora e um empregador para prestação de uma actividade que devia ser efectuada exclusivamente durante a noite, ignorando ambos a gravidez da trabalhadora. Depois de conhecida a mesma, o empregador alega a nulidade do contrato invocando uma norma do ordenamento jurídico nacional (alemão) que proíbe as mulheres grávidas e que amamentam de trabalhar à noite⁴¹ e a anulabilidade por erro quanto às qualidades essenciais da trabalhadora⁴².

Também aqui o problema reside em determinar se a razão essencial da invalidade do contrato se aplica indistintamente aos trabalhadores de ambos os sexos ou, pelo contrário, somente a um deles. O TJCE considerou evidente que tratando-se de uma «ruptura contratual» motivada pela gravidez da trabalhadora apenas diz respeito às mulheres, constituindo uma discriminação directa baseada no sexo. Assim, entendeu que a Directiva n.º 76/207/CE (arts. 2.º, n.ºs 1 e 7 e 3.º, n.º 1⁴³) não permite que este contrato seja declarado nulo, nem mesmo que possa ser invocada a sua invalidade com base em erro do empregador, sobre as qualidades essenciais da trabalhadora, ocorrido no momento da celebração do contrato⁴⁴. A anulação fundada em erro

⁴¹ Art. 8. da *Mutterschutzgesetz*.

⁴² Esta solução também era admitida por alguma doutrina espanhola anterior às mais significativas decisões, nesta matéria, do TJCE – cf. MANUEL ALONSO OLEA, «Resolución de contrato de trabajo en periodo de prueba y discriminación por razón de embarazo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 36, Outubro/Dezembro de 1988, p. 620.

⁴³ Os n.ºs dos arts. correspondem à versão da Directiva após a mencionada modificação introduzida pela Directiva n.º 2002/73/CE.

⁴⁴ Outro tem sido o entendimento partilhado por parte da nossa doutrina ao admitir que a omissão por parte de uma trabalhadora acerca da sua gravidez, quando esta a impossibilita de desempenhar a sua actividade (v.g., bailarina, actriz, modelo, hospedeira), possa constituir, dependendo das circunstâncias do caso, um erro sobre a base do negócio ou sobre a qualidade da pessoa ou dolo omissivo. Cf. HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil português – Teoria geral do direito civil*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 573, nota 72; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho*, *cit.*, p. 399; PAULA MEIRA LOURENÇO, *op. cit.*, pp. 116 ss. Esta última autora opta preferencialmente pela anulabilidade com

relativo a uma qualidade essencial inerente à trabalhadora, quando essa qualidade é precisamente a gravidez, implica necessariamente que somente as mulheres se possam encontrar em tal situação. Tratando-se de um contrato por tempo indeterminado, a proibição de prestação de trabalho nocturno pelas mulheres grávidas só produz efeito por um período limitado, em comparação com a duração total do contrato, pelo que admitir que o contrato pudesse ser declarado inválido com base no impedimento temporário da trabalhadora grávida de efectuar o trabalho nocturno seria contrário ao objectivo de protecção da Directiva e privaria de efeito útil algumas das suas disposições. Como analisa o advogado-geral TESAURO⁴⁵, a declaração

fundamento em dolo omissivo, radicalizando depois o seu pensamento de forma a negar a possibilidade de gozo da licença por maternidade à trabalhadora que omitiu ou deu informações falsas acerca do seu estado para, após o início da actividade profissional, reivindicar a referida licença. Este entendimento viola diametralmente o direito comunitário, pelos motivos desenvolvidos no texto, e esquece, em primeiro lugar, que a impossibilidade para o exercício da actividade é temporária, em segundo, que uma comunicação da gravidez no momento do recrutamento teria como consequência quase incontornável a não contratação da trabalhadora. Estar-se-ia assim a perpetuar e a legitimar uma discriminação em função do sexo, impedindo, na prática, o acesso ao emprego de mulheres grávidas, puérperas ou lactantes. Em terceiro lugar, os interesses acautelados pela licença de maternidade não são apenas os da mãe, mas igualmente os da criança.

⁴⁵ Nas respectivas conclusões referentes a este processo (CJ, 1994, pp. 1657 ss.) TESAURO afirma que «a declaração de nulidade, na medida em que produz efeitos *ex tunc* e, por consequência, exactamente o mesmo efeito que um contrato nunca celebrado, equivaleria à recusa de contratação. A declaração de invalidade do contrato, efectuada por motivo de erro quanto à existência da situação de gravidez, acarretando a cessação da relação de trabalho com efeitos *ex nunc*, deveria, pelo contrário, ser assimilada ao despedimento». Embora esta distinção acabe por não ter efeitos práticos significativos, uma vez que a decisão vai ser a mesma em matéria de recusa de contratação ou de despedimento, recorro que no direito português (e também no ordenamento jurídico alemão) a anulação de um negócio jurídico produz efeitos retroactivos, embora este regime seja mitigado pelas normas especiais em matéria de invalidade do contrato de trabalho, aplicáveis à nulidade e anulabilidade (arts. 115.º ss. do CT). O direito alemão não conhece normas de direito positivo similares às nossas, pelo que essa adaptação ao contrato de trabalho tem sido realizada essencialmente pela jurisprudência. Sobre a invalidade do contrato de trabalho,

de nulidade equivaleria à recusa de contratação do trabalhador, logo as consequências não poderiam ser diferentes das analisadas no caso anterior (Mahlburg), não podendo esta protecção ser invocada para impedir a constituição válida de uma relação laboral. Acrescenta que a aplicação de normas como esta, em si mesmo legítimas, que discriminam positivamente⁴⁶ as mulheres grávidas, puérperas ou lactantes, com o intuito de as proteger, não pode redundar numa exclusão das mesmas do mercado de trabalho, sob pena de se desvirtuar o escopo dos preceitos comunitários que as admitem⁴⁷. «Seria paradoxal [...] que o reconhecimento da função social da maternidade e, em consequência, a protecção das mulheres grávidas se efectuasse excluindo-as do mercado de trabalho». A proibição da norma nacional limita-se à afectação das mulheres grávidas a um posto de trabalho nocturno e não à sua contratação⁴⁸.

Este entendimento foi reiterado, agora num momento ulterior à celebração do contrato de trabalho, no contexto da proibição de discriminação em função do sexo quanto às condições de trabalho⁴⁹. A trabalhadora gozava uma licença parental quando propôs ao empregador, por escrito, a reintegração no respectivo posto de

vd. JÚLIO GOMES e CATARINA CARVALHO, «Sobre o regime da invalidade do contrato de trabalho», in *II Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, coord. de António Moreira, Almedina, 1999, pp. 149 ss.

⁴⁶ Sobre o conceito de discriminação positiva ou inversa, vd. CATARINA CARVALHO, «Considerações...», cit., p. 148 e bibliografia aí citada.

⁴⁷ Note-se que esta norma do ordenamento jurídico alemão, que proíbe a prestação de trabalho nocturno às mulheres grávidas, é perfeitamente compatível com o direito comunitário, por força do art. 2.º, n.º 7, da Directiva n.º 76/207/CEE (alterada pela Directiva n.º 2002/73/CE) e do art. 7.º da Directiva n.º 92/85/CEE. Trata-se de assegurar a realização substancial, e não meramente formal, do princípio da igualdade.

⁴⁸ Assim, as conclusões do advogado-geral TESAURO referentes a este processo (CJ, 1994, pp. 1657 ss., ponto 7). Na nota 8, este advogado refere que o *Bundesarbeitsgericht* alterou a sua anterior jurisprudência no sentido de agora recusar à entidade empregadora a anulação de um contrato de trabalho celebrado com uma mulher grávida, «argumentando que fora intencionalmente induzida em erro quanto à existência da situação de gravidez».

⁴⁹ Acórdão do TJCE, de 27/02/03, processo C-320/01, CJ, 2003, pp. 2041 ss.

trabalho, pondo termo à licença; proposta aceite pelo empregador⁵⁰. Um mês após o reinício da actividade, a trabalhadora informou o empregador de que estava grávida de sete meses. Este último reagiu anulando o consentimento que tinha dado para a reintegração com base em dolo (omissivo) ou erro sobre uma qualidade essencial da trabalhadora, invocando designadamente proibições de trabalho impostas pela lei nacional (alemã) que impediam o cabal exercício das funções de enfermeira. O TJCE entendeu que seria incompatível com a Directiva n.º 76/207/CEE admitir que a entidade empregadora invalidasse o consentimento para a reintegração da trabalhadora no posto de trabalho pelo facto de estar em erro quanto ao seu estado de gestante. Se não podia ter em conta a gravidez da trabalhadora para recusar a reintegração no seu posto de trabalho antes do fim da licença, por constituir uma discriminação directa em função do sexo, também não podia invocar erro quanto a esse elemento.

Uma segunda pergunta relevante para se determinar o alcance da interpretação da Directiva realizada pelo TJCE será a seguinte: a resposta seria a mesma na hipótese de a trabalhadora saber que estava grávida e não ter informado o empregador desse facto? O problema foi suscitado no caso que acabei de mencionar, defendendo o TJCE que a referida Directiva se opõe a que a trabalhadora seja obrigada a informar o empregador do seu estado de gravidez, mesmo que não possa desempenhar plenamente a sua actividade em virtude das proibições de trabalho que abrangem determinadas tarefas inerentes à sua função⁵¹. Embora, a meu ver, pudesse ser procedente a

⁵⁰ Não parece suscitar dúvidas a qualificação dos requisitos aplicáveis à reintegração de um trabalhador que beneficiava de uma licença parental no seu posto de trabalho como condições de trabalho previstas na Directiva n.º 76/207/CEE [actuais arts. 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 1, al. b)].

⁵¹ Como afirma o advogado-geral RUIZ-JARABO COLOMER (conclusões apresentadas em 21/11/02, no processo C-320/01) «as disposições da Directiva 76/207 proíbem que a entidade patronal se baseie no facto de a trabalhadora estar grávida para tomar uma decisão que prejudique os seus direitos laborais. Em consequência, se a gravidez da interessada é

argumentação do governo alemão no sentido de a trabalhadora estar a actuar em abuso de direito, pois a razão que a levou a voltar ao trabalho antes do fim da licença parental foi receber o subsídio de maternidade (mais elevado do que aquele que se auferia durante a licença) e o respectivo suplemento que é pago pela entidade empregadora.

Num outro caso⁵², o TJCE considerou contrário ao direito comunitário um despedimento de uma trabalhadora por causa de gravidez, quando foi contratada por um período determinado, não informando o empregador do seu estado, embora tivesse conhecimento deste no momento da celebração do contrato, e não estando em condições de trabalhar durante grande parte do período de duração do referido negócio jurídico. A argumentação invocada pelo empregador no sentido de que a razão determinante do despedimento não foi a gravidez, mas sim violação do dever de lealdade, foi rejeitada pelo Tribunal. Pelo contrário, aceita-se o entendimento de que a trabalhadora não é obrigada a informar a entidade empregadora do seu estado, dado que esta última não tem o direito de ter em consideração esse factor no momento da celebração do contrato⁵³. A admissibilidade de

o motivo pelo qual a entidade patronal se recusa a permitir a sua reintegração na empresa antes do termo da licença parental, há uma discriminação directa em razão do sexo [...] já que os requisitos exigidos para a reintegração fazem parte das condições de trabalho que devem ser aplicadas do mesmo modo a homens e a mulheres, ao passo que a gravidez é um estado que apenas afecta estas últimas. Dado que a entidade patronal não pode tomar em consideração a gravidez no momento de se pronunciar sobre a reintegração, sob pena de cometer uma discriminação directa em razão do sexo, o estado da trabalhadora é irrelevante para a decisão da entidade patronal, com a consequência de a mulher não ser obrigada a comunicar-lhe que está grávida». O advogado-geral TESAURO, nas suas conclusões no âmbito do processo C-421/92, mencionado *supra*, já afirmava que o conhecimento da gravidez «no momento da constituição da relação laboral é desprovido de qualquer importância», embora por maioria de razão se considere ilegítima a invalidação de um contrato de trabalho quando a interessada não tinha conhecimento do seu estado.

⁵² Acórdão de 4/10/01, processo C-109/00.

⁵³ Neste sentido, afirma o advogado-geral RUIZ-JARABO COLOMER (conclusões apresentadas em 10/05/01, no processo C-109/00) que «o empregador não tem legitimidade para

uma obrigação de informar o empregador esvaziaria, em grande medida, o efeito protector do art. 10.º da Directiva n.º 92/85/CEE. Consequentemente, temos um despedimento baseado na gravidez e, portanto, discriminatório em razão do sexo. Este raciocínio aplica-se, por identidade de razão, à invocação da invalidade do contrato com os mesmos fundamentos⁵⁴.

5.3 Uma vez que estas interpretações do TJCE vinculam os órgãos jurisdicionais internos, o espaço virtual de aplicação do art. 17.º, n.º 2, do CT, no que respeita à prestação de informações relativas à gravidez de uma trabalhadora ou candidata a emprego, reduz-se significativamente⁵⁵. Mesmo que o empregador possa legitimamente questionar a trabalhadora ou candidata sobre uma eventual gravidez (pergunta justificada por «particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional», após o cumprimento do requisito formal e do recurso à intermediação de um médico), ainda assim, na maioria dos casos, não vislumbro consequências significativas decorrentes da não prestação da referida informação (ou da prestação de informação falsa).

Com efeito, mesmo que se trate de uma actividade proibida ou condicionada a trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, este motivo, só por si, não pode justificar uma recusa em contratar, nem influenciar negativamente as suas condições de trabalho, sob pena de se desvirtuar o escopo das Directivas comunitárias ao permitir-se que as mulheres sejam desfavorecidas no mercado de trabalho por causa da sua gravidez. Outro entendimento redundaria numa

perguntar à trabalhadora se está grávida. O contrário, além de representar uma intromissão no direito à intimidade da trabalhadora, equivaleria a impedir seriamente o acesso ao mercado laboral da mulher grávida».

⁵⁴ Partilha este entendimento, MARIA AMPARO BALLESTER PASTOR, *El Periodo de prueba*, Tirant lo Blanch, Valência, 1995, pp. 52-53

⁵⁵ Este problema já foi, de algum modo, antecipado por JEAN JACQMAIN, *op. cit.*, pp. 358-359, ao confrontar as Directivas comunitárias n.ºs 76/207/CEE e 92/85/CEE.

discriminação em função do sexo. Mas se o empregador não pode ter em consideração a gravidez da trabalhadora ou da candidata, no momento da sua contratação, as informações solicitadas a este respeito são irrelevantes, não podendo justificar, na hipótese de serem falsas, uma anulação do contrato, uma vez que este elemento não podia ser tido em conta pelo empregador ao tomar a decisão de contratar ou não.

§ 2.º *Desenvolvimento da relação laboral (execução do contrato de trabalho)*

1. Definição legal de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante

A definição legal de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante surge no art. 34.º do CT. A única alteração significativa, relativamente à lei anterior⁵⁶, prende-se com a ampliação do conceito jurídico de trabalhadora puérpera, previsto na alínea b). O período relevante para este efeito é alargado (de 98 dias) para os 120 dias imediatamente ulteriores ao parto.

As definições contidas neste preceito concretizam o art. 2.º da Directiva n.º 92/85/CEE, do Conselho, de 19/10, o qual prevê somente a necessidade de a trabalhadora informar o empregador do seu estado, remetendo depois para a legislação e/ou práticas nacionais. O legislador português, desenvolvendo esta norma comunitária, impôs o carácter formal de tal informação (escrita), devendo a mesma ser acompanhada da apresentação de atestado médico⁵⁷

⁵⁶ Cf. art. 2.º da Lei n.º 4/84, de 5/04.

⁵⁷ Já o direito alemão, por exemplo, transpôs o preceito comunitário, impondo à trabalhadora apenas o dever de informar o empregador sobre a sua gravidez e a data presumível do parto logo que tenha conhecimento do seu estado. A apresentação de atestado emitido pelo médico ou pela parteira depende de solicitação do empregador nesse sentido. Cf. § 5, n. 1, da *Mutterschutzgesetz*.

Uma dúvida pode ser suscitada após uma leitura atenta do preceito. Para a ilustrar vou recorrer ao seguinte exemplo: suponhamos que uma trabalhadora é despedida no oitavo mês de gravidez sem ter comunicado o seu estado de gestação, por escrito, ao empregador ou sem ter apresentado o respectivo atestado médico, será que não pode invocar a protecção resultante deste diploma, apesar de ser visível a sua situação de gestante⁵⁸? Poderia defender-se que o incumprimento destes deveres de informação implicaria a não aplicação deste especial regime protector⁵⁹. Não me parece, todavia, que esse entendimento seja aquele que melhor se adapta ao espírito da lei. Com efeito, a *ratio* desta exigência formal prende-se com a necessidade de assegurar o conhecimento de tal estado por parte do empregador, até para lhe facilitar a planificação do trabalho, cuja veracidade é confirmada pelo atestado médico. Assim, caso não seja observada a exigência de comunicação escrita e atestado médico, a solução razoável será fazer recair sobre a trabalhadora o ónus de provar que o empregador conhecia o seu estado, aplicando-se então o regime legal protector da maternidade e da paternidade⁶⁰.

2. Conceitos de discriminação directa e indirecta e sua aplicabilidade às trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, designadamente em matéria retributiva

2.1 Uma nota introdutória respeitante ao alcance do conceito de discriminação afigura-se necessária para uma cabal compreensão das considerações que irei tecer ao longo deste excerto.

⁵⁸ JEAN JACQMAIN, *op. cit.*, p. 358, ao analisar a Directiva comunitária, demonstra a mesma perplexidade, perguntando: «Será possível que uma mulher visivelmente grávida que não informou o empregador do seu estado não seja protegida?»

⁵⁹ Neste sentido, PAULA MEIRA LOURENÇO, *op. cit.*, p. 137.

⁶⁰ Próximo deste entendimento, JÚLIO GOMES, «Do uso e abuso do período experimental», *RDES*, Agosto/Dezembro 2000, n.º 3 e 4, p. 262.

A nossa lei adoptou um conceito amplo que, além da discriminação directa, também abarca a chamada discriminação indirecta, opção primordial para uma real efectivação do princípio da igualdade de tratamento entre os sexos aos mais diversos níveis (art. 23.º, n.º 1, do CT⁶¹). A definição destes conceitos surge no art. 32.º, n.º 2, als. a) e b), da RCT, seguindo um entendimento consolidado no direito e jurisprudência comunitárias⁶². A *discriminação directa* assenta na existência de uma norma (legal, regulamentar ou convencional), critério ou prática que estabelece um regime diferenciado em função de um dos factores discriminatórios referidos no n.º 1, entre os quais aparece o *sexo* do trabalhador. Já na *discriminação indirecta*, a disposição, critério ou prática, surge com uma aparência de neutralidade; mas, sob a aparente igualdade formal, coloca pessoas que se incluem num dos factores indicados no n.º 1 numa posição de desvantagem comparativamente com outras. Nas palavras de JUAN CARLOS ARCE⁶³, lidamos com «um elemento não proibido e aparentemente legítimo que, apesar disso, provoca um impacto adverso no colectivo mais desfavorecido», produzindo o mesmo efeito perverso que se pretende eliminar com a discriminação directa. Não se exige qualquer intenção discriminatória ou culpa por parte do empregador⁶⁴. Este pode, contudo, demonstrar o carácter adequado e neces-

⁶¹ A proibição das práticas discriminatórias indirectas era referida, de forma expressa, no contexto da discriminação em função do sexo, no art. 3.º, n.º 1, do DL n.º 392/79, de 20/10/79, e no art. 2.º do DL n.º 105/97, de 13/09. Agora, alargou-se explicitamente o seu âmbito a todos os factores de discriminação.

⁶² Estas definições identificam-se com as que encontramos no art. 2.º, n.º 2, das Directivas n.º 76/207/CEE (após a alteração operada pela Directiva n.º 2002/73/CE), n.º 97/80/CE, n.º 2000/43/CE, n.º 2000/78/CE.

⁶³ *Op. cit.*, pp. 25 ss. Sobre esta teoria e sobre o conceito de discriminação indirecta, veja-se também MARIA MANUELA MAIA DA SILVA, «A discriminação sexual no mercado de trabalho – Uma reflexão sobre as discriminações directas e indirectas», *Questões Laborais*, n.º 15, 2000, pp. 88 ss. e, da mesma autora, *A discriminação sexual no mercado de trabalho – As questões mais polémicas*, 1999, Porto, pp. 17 ss. e GIOVANNI NICOLINI, *op. cit.*, pp. 149 e 158.

⁶⁴ Cfr. CHRISTINE BOCH, *op. cit.*, p. 557.

sário de tal disposição, critério ou prática, justificada por factores objectivos não relacionados com o sexo, com observância do princípio da proporcionalidade dos meios para os atingir. Tal justificação já não será admissível, como referi, se se tratar de uma discriminação directa.

2.2 Estes conceitos de discriminação vão assumir importância decisiva no âmbito da protecção da trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, pois, como referi *supra* no contexto do acesso ao emprego, o TJCE entende que um tratamento laboral distinto fundado no estado de gestante, parturiente ou lactante não pode ser oposto senão às mulheres e, consequentemente, constituirá uma discriminação directa fundada no sexo⁶⁵.

Poderia dizer-se que esta qualidade de gestante não é aplicável a todas as mulheres, pelo que a discriminação não resultaria unicamente do sexo, mas de um elemento adicional; ou mesmo que este entendimento conduz a um tratamento distinto entre as próprias mulheres consoante estejam ou não grávidas, uma vez que não existe «um equivalente masculino a uma mulher grávida», pelo que não poderia existir discriminação por comparação com um homem⁶⁶.

O TJCE entende, como mencionei, que a qualificação da discriminação como directa depende de saber se a razão que a justifica se aplica indistintamente aos trabalhadores de ambos os sexos ou somente a um deles, sendo a gravidez exclusiva de um dos sexos.

Este entendimento não se restringe ao âmbito do acesso ao emprego; abarca diferenças de tratamento relativas às condições de trabalho e à própria cessação do contrato⁶⁷. Neste sentido, entendeu

⁶⁵ Vd. MARIA AMPARO BALLESTER PASTOR, *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*, Tirant lo Blanch, Valência, 2000, p. 19.

⁶⁶ Cf. MIGUEL RODRIGUEZ-PIÑERO, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁷ Em relação à aplicação deste princípio em matéria de cessação do contrato de trabalho, *vd. infra*.

o TJCE⁶⁸ ser incompatível com a Directiva n.º 76/207/CEE, a privação de uma trabalhadora do direito de ser objecto de uma classificação anual dos trabalhadores realizada pelo respectivo superior hierárquico por causa da ausência durante período prolongado, motivada pelo gozo de uma licença por maternidade. Em consequência, a trabalhadora não pôde beneficiar de uma promoção profissional, nem do correspondente acréscimo remuneratório anual. Afirmou aquele órgão jurisdicional que este tratamento desfavorável no que se refere às condições de trabalho, porque baseado na gravidez e subsequente licença de maternidade, constitui discriminação directa em função do sexo, visto que, se ela não tivesse estado grávida, esse direito não poderia ter-lhe sido recusado.

Assim, vemos que as trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, gozam de uma dupla tutela laboral: um nível de protecção geral decorrente da proibição de discriminações em razão do sexo (arts. 22.º ss. do CT e respectiva RCT) e uma tutela mais específica proporcionada pelo regime jurídico constante dos arts. 33.º e seguintes do CT e respectiva RCT⁶⁹.

2.3 O conceito de discriminação vai assumir importância decisiva no âmbito da igualdade retributiva⁷⁰ entre trabalhadores de ambos os sexos para um trabalho igual ou de idêntico valor⁷¹ prestado à mesma entidade patronal (art. 28.º do CT).

⁶⁸ Cf. acórdão de 30/04/98, processo C-136/95, *CJ*, 1998, pp. 2011 ss.

⁶⁹ Esta dupla tutela é imposta pelo próprio direito comunitário, a nível geral, pela Directiva n.º 76/207/CEE e a nível especial pela Directiva n.º 92/85/CEE. Cf. conclusões do advogado-geral Tizziano, no processo C-438/99 (*CJ*, 2001, p. I-6915).

⁷⁰ Embora este conceito não se restrinja de modo algum à vertente retributiva do princípio da igualdade entre os sexos. Aliás, como salienta MANUELA MAIA DA SILVA, «A discriminação sexual...», cit., p. 93: «os requisitos de acesso ao emprego são muito susceptíveis de serem marcados por discriminação indirecta, na medida em que se podem utilizar critérios que, aparentemente inofensivos, podem gerar resultados discriminatórios».

⁷¹ O art. 119.º TCE, versão do art. 141.º anterior ao Tratado de Amesterdão, utilizava o conceito restrito de «trabalho igual», expressão que foi ampliada abrangendo agora também

A proibição de discriminação a nível retributivo deve abarcar não só a retribuição base (*vd.* art. 250.º), mas também outras prestações, em dinheiro ou em espécie, pagas pelo empregador em razão do trabalho, que não se enquadram num conceito de retribuição em sentido técnico.

O DL n.º 392/79 continha, no art. 2.º, al. c), uma definição do conceito de remuneração como «toda e qualquer prestação patrimonial a que o trabalhador [tem] direito por força do contrato individual de trabalho, *com ou sem natureza retributiva*, feita em dinheiro ou em espécie...», seguindo-se uma enumeração exemplificativa⁷².

A RCT não contém uma norma de conteúdo equivalente. Todavia, uma visão ampla deste conceito impõe-se, desde logo, por força do art. 141.º do TCE⁷³, conjugado com a interpretação extensiva do mesmo, realizada pelo TJCE. Este órgão tem considerado retribuição todas as prestações, em dinheiro ou espécie, actuais ou futuras, realizadas, ainda que indirectamente, pela entidade patronal ao trabalhador em virtude

o trabalho de valor igual. Esta dupla terminologia foi adoptada pela Directiva n.º 75/117/CEE (art. 1.º).

Os conceitos de trabalho igual ou de igual valor encontram-se no art. 32.º, n.º 2, als. c) e d), da RCT, transpondo estas disposições comunitárias. Trabalho igual é aquele que é prestado ao mesmo empregador quando as funções desempenhadas são iguais ou objectivamente semelhantes, em natureza, qualidade e quantidade. O trabalho é de valor igual quando, sendo prestado ao mesmo empregador, corresponde a um conjunto de funções «consideradas equivalentes atendendo, nomeadamente, às qualificações ou experiência exigidas, às responsabilidades atribuídas, ao esforço físico e psíquico e às condições em que o trabalho é efectuado». Quanto ao problema da determinação do «valor do trabalho», *vd.* MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, «Igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória: a aplicação da Directiva 75/117/CE em Portugal», *ROA*, Janeiro de 1997, pp. 173 ss.; MANUELA MAIA DA SILVA, «A discriminação sexual...», *cit.*, pp. 99 ss.

⁷² Esta noção ampla também podia ser encontrada no art. 3.º, al. c), do DL n.º 426/81, de 18/11, que veio alargar o regime previsto no DL n.º 392/79 à administração pública. A enumeração exemplificativa deste último diploma contemplava outras situações como as despesas de representação.

⁷³ Corresponde, após o Tratado de Amesterdão, ao antigo art. 119.º do TCE.

do emprego deste último, designadamente, gratificações, indemnizações por despedimento, benefícios resultantes de regimes de pensões complementares e certas pensões substitutivas não complementares, compensações complementares aos subsídios de desemprego⁷⁴.

O que foi dito não significa que não possa existir um tratamento retributivo diferente e não discriminatório. Simplesmente, nos termos do n.º 2 do art. 28.º, as variações a este nível só serão legítimas se assentarem em razões objectivas, comuns a homens e mulheres, mas nunca baseadas no sexo, como sejam: a maior experiência, antiguidade, produtividade, condições específicas de trabalho que implicam maior perigosidade ou dificuldade.

2.4 Vários problemas têm sido levantados, entre nós, no domínio específico das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, relativamente à perda de prestações retributivas ou equivalentes decorren-

⁷⁴ Veja-se, entre outros, o caso WORRINGHAM (acórdão de 11/03/81, no processo 69/80) em que o tribunal qualificou como remuneração as cotizações para um regime convencional de reforma pagas pelo empregador através de uma soma suplementar adicionada ao salário bruto; a decisão GARLAND (acórdão de 9/02/82, processo 12/81), onde se consideraram abrangidos pelo art. 119.º TCE os benefícios especiais nas viagens concedidos, após a reforma, a trabalhadores do sexo masculino e respectiva família nos caminhos-de-ferro britânicos para quem trabalhavam; no caso KOWALSKA (processo n.º C-33/89, acórdão de 27/06/90), afirmou-se que as indemnizações concedidas ao trabalhador em virtude do seu despedimento também eram subsumíveis ao art. 119.º; o aresto BARBER (processo C-262/88, acórdão de 12/05/88), declarou abrangidas pelo art. 119.º as pensões de reforma pagas por regimes privados complementares contratuais; o acórdão DEFREYN (de 13/07/00, no processo C-166/99) considerou remuneração para efeitos do art. 119.º as compensações complementares aos subsídios de desemprego, pagas a trabalhadores cujo contrato cessou por mútuo consentimento; o acórdão de 21/10/99, processo C-333/97, qualificou como retribuição para efeitos do art. 119.º uma gratificação de Natal; no acórdão de 13/07/89, processo 171/88, determinou-se que a prestação paga pelo empregador «durante o período de licença por doença de um trabalhador é abrangido pelo conceito de remuneração». Como salienta ROSÁRIO PALMA RAMALHO, «Igualdade de tratamento...», *cit.*, p. 170, o critério essencial para a delimitação do conceito de retribuição parece ser a sua decorrência da relação de trabalho ou de emprego e não a sua natureza retributiva que o encara como contrapartida directa do trabalho.

te do exercício de direitos inerentes àquele estado. A questão coloca-se nos mesmos termos quanto ao pai trabalhador relativamente aos direitos legalmente consagrados inerentes a esse estatuto.

Um desses problemas refere-se à perda dos *prémios de assiduidade ou de produtividade* na sequência de faltas justificadas para consultas pré-natais, do gozo da licença por maternidade ou da dispensa para amamentação/aleitação⁷⁵.

Após o início de vigência da RCT, resulta do art. 37.º, n.º 3, que as licenças, faltas e dispensas relativas à protecção da maternidade e da paternidade não podem fundamentar diferenciações retributivas entre trabalhadores, mesmo nos termos em que as mesmas são admitidas pelo art. 28.º, n.º 2, do CT, sob pena de estarmos perante fenómenos discriminatórios, *maxime* em função do sexo⁷⁶. Da enumeração exemplificativa deste último artigo constam designadamente os prémios de produtividade e de assiduidade. Esta solução decorre do art. 2.º, n.º 7, da Directiva n.º 76/207/CEE (alterada pela Directiva n.º 2002/73/CE) ao prever que o «tratamento menos favorável de uma mulher no quadro da gravidez ou da licença por maternidade [...] constitui uma discriminação em função do sexo», como já vinha entendendo o TJCE. Esta protecção abarca os trabalhadores do sexo masculino que gozem de licenças por paternidade.

Note-se que chegaríamos a um resultado idêntico, por maioria de razão, invocando o acórdão do Pleno do STJ, n.º 16/96⁷⁷, que fixou jurisprudência no sentido de as faltas justificadas não representarem uma causa legítima de diferenciação salarial.

⁷⁵ O mesmo problema pode colocar-se a propósito de uma participação nos resultados – cf. Parecer n.º 2/CITE/91, onde a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE) entendeu que, tratando-se de uma regalia, não podia deixar de ser atribuída quando a trabalhadora gozou a licença por maternidade ou a dispensa para amamentação, sob pena de traduzir uma discriminação em função do sexo.

⁷⁶ Este é também o entendimento constante da CITE (v.g., parecer n.º 12/CITE/91, de 5/10; parecer n.º 7/CITE/90; parecer n.º 5/CITE/90).

⁷⁷ DR, I-A, de 4/12.

Nestes termos, não restam dúvidas acerca da inadmissibilidade de perda de *prémios de assiduidade* ou de *produtividade* na sequência de faltas justificadas para consultas pré-natais, do gozo da dispensa para amamentação/aleitação ou da licença por maternidade.

2.5 Uma segunda questão, mais controversa, tem sido suscitada a propósito do *subsídio de refeição*. Nas hipóteses em que este é considerado retribuição⁷⁸, nunca poderá ser retirado nas situações de licenças, faltas e dispensas relativas à protecção da maternidade e da paternidade⁷⁹.

Menos evidente é a resposta nos casos em que este subsídio é considerado uma mera ajuda de custo, à semelhança de outros como um subsídio de transporte ou abono de viagem (vd. art. 260.º, n.º 2)⁸⁰. Estando em causa o pagamento de uma despesa que o trabalhador sofre pelo facto de ir trabalhar, a mesma não seria devida nas situações que não há prestação de trabalho.

⁷⁸ Quando, sendo essa despesa frequente, a respectiva importância, na parte que excede os montantes normais, se encontre prevista no contrato ou se deva considerar pelos usos como elemento integrante da retribuição – cf. art. 260 do CT.

⁷⁹ Cf. acórdão da Relação de Coimbra, de 10/03/94, *CJ*, II, p. 59.

⁸⁰ Esta qualificação do subsídio de almoço como ajuda de custo, nos termos do art. 260.º, n.º 2, do CT, não constava expressamente do direito anterior. O legislador não teve, contudo, uma preocupação em assegurar a coerência do CT a este respeito, uma vez que esta visão do subsídio de almoço não se compagina bem com o tratamento do mesmo em matéria de trabalho a tempo parcial. Com efeito, o n.º 6 do art. 185.º do CT, *in fine*, prevê que, quando o período normal de trabalho diário for inferior a cinco horas, o subsídio de refeição é calculado proporcionalmente. Esta solução já vem do direito revogado e era criticada por JÚLIO GOMES («Trabalho a tempo parcial», in *III Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, coord. por António Moreira, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 84 ss.) por permitir resultados iníquos não compatíveis com a sua qualificação como ajuda de custo. Explica o autor que «o que deveria importar era saber se o horário implica ou não a “obrigação” de comer fora de casa, caso em que o subsídio deveria ser pago por inteiro. Assim, se o trabalhador a tempo parcial trabalhar apenas um dia por semana das 11h às 12h e das 13h às 16h, de acordo com a nossa lei receberá apenas, supondo que o período normal de trabalho semanal de um trabalhador a tempo completo em situação comparável é de 40 horas, um

A Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE)⁸¹ considerou que o subsídio de refeição continua a ser devido, afirmando que o não pagamento do mesmo consubstanciaria uma discriminação em função do sexo, tendo em conta designadamente o conceito abrangente e não técnico de remuneração previsto no art. 141.º do TCE⁸². Entendimento secundado por alguma jurisprudên-

décimo (4 horas/40 horas) do subsídio de almoço nesse dia de trabalho, ao passo que se um trabalhador trabalhar um dia por semana das 13h às 18h receberá por inteiro, ao que parece, o subsídio de almoço, ainda que, em rigor, não carecesse dele por ter possibilidades de almoçar em casa».

⁸¹ Cf., entre outros, os seguintes pareceres: n.ºs 6/CITE/91, 6/CITE/2000, 22/CITE/2000, 35/CITE/2000.

⁸² No acórdão de 21/10/99, que opõe Susanne LEWEN a Lothar Denda (processo C-333/97, *CJ*, 1999, pp. 7243 ss.), o TJCE afirmou que uma gratificação paga pelo empregador, «como subsídio excepcional por ocasião do Natal» não está abrangida pelo art. 11.º, n.º 2, al. b), da Directiva n.º 92/85/CEE, ao garantir a manutenção, durante a licença por maternidade, de «uma remuneração e/ou benefício de uma prestação adequada às trabalhadoras», uma vez que não se destina a assegurar um rendimento de valor mínimo equivalente ao que a trabalhadora receberia se o seu contrato de trabalho se encontrasse suspenso por doença (n.º 3 deste último preceito).

Todavia, constitui retribuição para efeitos do (actual) art. 141.º do TCE (como referi *supra*), logo o Tribunal nega a admissibilidade de redução proporcional da gratificação, quando visa remunerar retroactivamente o trabalho cumprido, em consequência da não prestação da actividade nos «períodos de protecção da mãe», devendo estes ser equiparados aos períodos de trabalho. De outra forma, tal prática traduzir-se-ia numa discriminação em função do sexo, uma vez que aqueles períodos seriam contabilizados como tempo de trabalho no caso de as trabalhadoras não estarem grávidas. Mas trata-se de uma gratificação e não de um montante pago equivalente a um «reembolso de despesas», pelo que a resposta será mais evidente.

Não se afigura claro, se o Tribunal manteria o mesmo entendimento no caso de a gratificação não constituir uma remuneração retroactiva do trabalho cumprido, estando apenas sujeita à condição de o trabalhador se encontrar em actividade no momento da sua concessão. O TJCE pronuncia-se expressamente sobre a admissibilidade de não pagamento desta quantia nas hipóteses em que as trabalhadoras gozam uma licença parental. Todavia, a manutenção da coerência argumentativa do Tribunal conduziria a uma solução diferente nos casos de gozo de licenças por maternidade, pois tal prática constituiria uma discriminação sexual.

cia quanto ao pagamento do mesmo durante o gozo da licença por maternidade⁸³.

O seu pagamento é expressamente imposto, pelo art. 113.º da RCT, aos funcionários e agentes da Administração Pública, num conjunto abrangente de situações, nomeadamente nos casos de licença por maternidade, paternidade, adopção, dispensas para consultas, amamentação e aleitação, faltas para assistência a netos e dispensa de trabalho nocturno. Todavia, este preceito não encontra uma norma correspondente no domínio das relações laborais de direito privado. A sua consagração exclusiva no contexto do regime especial aplicável à Administração Pública indicia a intenção legislativa de não consagrar idêntica solução para os restantes trabalhadores, pois então faria sentido, de uma perspectiva sistemática, prever esta solução no regime geral e não especial. Pode-se é questionar a constitucionalidade desta diferença de tratamento⁸⁴, designadamente em face do art. 13.º da CRP.

2.6 Os aumentos salariais ocorridos durante o período de gozo das licenças de maternidade e de paternidade beneficiam igualmente estes trabalhadores, desde que tivessem direito a essa melhoria caso não se encontrassem ausentes. Esta solução consta expressamente do n.º 7 do art. 2.º da Directiva n.º 76/207/CEE (alterada pela Directiva n.º 2002/73/CE) e já resultava de arestos do TJCE. Assim, partindo do art. 141.º do TCE, o TJCE⁸⁵ afirmou que constitui remuneração a prestação que

⁸³ Admitem a obrigatoriedade do seu pagamento durante a licença por maternidade, os acórdãos da Relação de Lisboa de 19/05/99, de 11/7/2002, de 20/11/2002, embora a indisponibilidade de texto integral não me permita apreciar a respectiva factualidade e argumentação (www.dgsi.pt).

⁸⁴ O acórdão da Relação de Lisboa, de 12/01/2000 (www.dgsi.pt), considerou constitucional esta diferença de tratamento, «pois estamos perante uma diferenciação de tratamento que é legítima e que se baseia numa distribuição objectiva de situações». A indisponibilidade de texto integral não me permite avaliar a respectiva argumentação.

⁸⁵ Acórdão de 13/02/96, processo C-342/93, Joan GILLESPIE e outros contra Northern Health and Social Services Boards (*CJ*, 1996, pp. 475 ss.). Esta qualificação é repetida no acórdão de 16/09/99, processo C-218/98, *CJ*, 1999, pp. 5723 ss.

o empregador paga, por força da lei ou de CCT, a uma trabalhadora durante a licença por maternidade. Deste modo, o seu montante deverá integrar os aumentos de retribuição ocorridos entre o início do período abrangido pelos salários de referência⁸⁶ e o fim da licença por maternidade. «Excluir o trabalhador feminino desse aumento durante a licença por maternidade seria discriminá-lo exclusivamente na qualidade de trabalhador porque, se não tivesse estado grávida, a mulher teria recebido o salário aumentado.»

Este entendimento deve valer igualmente para as hipóteses em que a prestação é paga pela Segurança Social, tendo em conta o valor mínimo previsto no art. 11.º, n.º 3, da Directiva n.º 92/85/CEE: aquele que a trabalhadora receberia em caso de «suspensão da sua actividade por razões relacionadas com o seu estado de saúde». O aumento salarial deve reflectir-se no cálculo da prestação por maternidade paga pela Segurança Social⁸⁷.

3. Ónus da prova

Neste contexto assume particular relevância o preceito contido no n.º 3 do art. 23.º do CT. Esta norma consagra o regime fundamental em matéria de ónus de alegação e ónus da prova. Atribui ao trabalhador, vítima de discriminação, apenas o ónus de alegar, fundamentando-a por referência ao(s) trabalhador(es) em relação ao(s) qual(is) se considera discriminado, cabendo ao empregador «provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos factores indicados no n.º 1». Trata-se, desde logo, de uma imposição do direito comunitário (cf. Directiva n.º 97/80/CE, de 15/12); embo-

⁸⁶ Salário semanal médio calculado a partir dos dois últimos salários que as trabalhadoras receberam nos dois meses que antecederam a semana de referência (15.ª semana que antecede a presumida semana do parto).

⁸⁷ Cf. PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *op. cit.*, pp. 144-145. MARIA AMPARO BALLESTER PASTOR (*La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral...*, *cit.*, pp. 29-30) critica a ausência de mecanismos, no ordenamento jurídico espanhol, que possibilitem a alteração da prestação de maternidade em consequência de um aumento salarial.

ra, muito antes deste diploma, já o TJCE viesse afirmando tal repartição do ónus da prova⁸⁸. Verificando-se a existência de uma conduta *prima facie* discriminatória, deve caber ao empregador a prova (de modo não genérico) de que o tratamento diferenciado foi motivado por razões objectivas de necessidade da empresa e demais requisitos previstos no n.º 2 do art. 23.º

O art. 35.º da RCT esclarece que este regime em matéria de ónus da prova também se aplica em caso de invocação de qualquer prática discriminatória motivada pelo gozo de licença por maternidade, dispensa para consultas pré-natais, licença parental, faltas para assistência a menores, etc. De facto, na esmagadora maioria dos casos, este tratamento reconduzir-se-á a uma discriminação em função do sexo, inequivocamente abrangida pelo n.º 3 do artigo 23.º

4. Tempo de trabalho

1. Trabalho nocturno

1.1 Uma breve referência deve ainda ser feita ao problema da proibição do trabalho nocturno feminino presente, antes do início de vigência do CT, no art. 31.º do DL n.º 409/71, de 27/09, apesar de a polémica se apresentar superada entre nós. Com efeito, a doutrina já considerava que esta norma, ao proibir às mulheres o acesso ao emprego nocturno, era inconstitucional por violar o art. 13.º e o art. 58, n.º 2, al. b), da CRP, devendo considerar-se revogada pelo DL n.º 392/79 que veio consagrar a proibição da discriminação em função do sexo (arts. 3.º, 4.º, n.º 2, 8.º e 23.º)⁸⁹.

⁸⁸ Cf. acórdão de 17/10/89, processo 109/88, que opõe Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark e Dansk Arbejdsgiverforening for DANFOSS (CJ, 1988, pp. 3199 ss.).

⁸⁹ *Vd.* FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, «Sobre o trabalho nocturno feminino na indústria», *Questões Laborais*, 1994, n.º 1, p. 34; *idem*, *Comentário às leis da duração do trabalho e do trabalho suplementar*, Coimbra, 1995, p. 99; ANTÓNIO DA MOTTA VEIGA, *Lições de direito do trabalho*, 6.ª ed., Lisboa, 1995, p. 445.

O TJCE, pronunciando-se sobre esta questão, veio afirmar que a proibição de trabalho nocturno às mulheres não pode ser subsumida à excepção prevista no art. 2.º, n.º 2, da Directiva n.º 76/207/CE (esta norma refere-se às actividades profissionais para as quais, em razão da sua natureza ou das condições do seu exercício, o sexo é um factor determinante), pelo que normas de direito interno dos Estados-membros que contenham esta proibição violam a Directiva. De facto, podem gerar discriminações ao potenciar entraves artificiais na concorrência do trabalho, atentando contra o princípio da igualdade quer no acesso ao trabalho, quer nas condições de trabalho, dificultando a admissão de mulheres em empresas de trabalho por turnos rotativos ou que recorrem ao trabalho nocturno, impedindo-as de auferirem o acréscimo retributivo inerente ao mesmo ou prejudicando uma eventual ascensão na carreira⁹⁰. A orientação do TJCE quanto à questão do trabalho nocturno⁹¹ foi seguida pelo art. 10.º da Directiva n.º 93/104/CE, do Conselho, de 23/11, ao circunscrever a possibilidade de os Estados-membros sujeitarem a certas garantias o trabalho nocturno prestado por determinadas categorias de trabalhadores a situações de risco para a segurança ou saúde relacionadas com o trabalho durante o período nocturno, omitindo qualquer referência ao trabalho feminino.

1.2 Deste modo, só em situações específicas ligadas à gravidez, maternidade ou amamentação, podem justificar-se limites deste teor, admitidos pelo art. 2.º, n.º 7, da Directiva n.º 76/207/CE (alterada pela Directiva n.º 2002/73/CE) e impostas pelo art. 7.º da Directiva n.º 92/85/CEE, do Conselho, de 19/10.

Tal sucede efectivamente entre nós por força do disposto no art. 47.º do CT, o qual dispensa do trabalho nocturno as trabalhadoras

«durante um período de 112 dias antes e depois do parto, dos quais pelo menos metade antes da data presumível do parto»; portanto, a dispensa deve ser utilizada no mínimo de 56 dias antes do parto, podendo os restantes 56 ser aproveitados antes ou depois deste evento. Note-se que, apesar de o CT ter restringido, para a generalidade dos trabalhadores, o conceito supletivo de trabalho nocturno àquele que se situa entre as 22 horas de um dia e as 7 horas do dia seguinte (art. 192, n.º 3), para efeito da dispensa de trabalho nocturno de trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes continua a valer a noção supletiva prevista na lei anterior: entre as 20 horas de um dia e as 7 horas do dia seguinte⁹².

A dispensa pode ainda alargar-se a todo o restante período da gravidez ou ao tempo que durar a amamentação, mediante a apresentação de atestado médico que certifique que tal é necessário para a saúde da mulher trabalhadora ou para a do nascituro [als: b) e c) do art. 47.º].

1.3 Para obter esta dispensa, a trabalhadora deve observar o procedimento previsto no art. 83.º da RCT. Assim, ela tem a obrigação de informar o empregador com a antecedência de 10 dias, salvo se se tratar de uma situação de urgência comprovada pelo médico.

Terá ainda de apresentar atestado médico, se pretender o alargamento da dispensa a todo o restante período da gravidez ou ao tempo que durar a amamentação, que certifique que tal é necessário para a saúde da mulher trabalhadora ou para a do nascituro.

Independentemente deste regime, a dispensa deve ser determinada pelo médico do trabalho sempre que este identificar qualquer risco para a trabalhadora grávida, puérpera ou lactante.

1.4 A trabalhadora que se encontra dispensada, nos termos deste artigo, de prestar trabalho nocturno deve realizar a sua actividade

⁹⁰ Cf. LIBERAL FERNANDES, *ult. op. cit.*, p. 31; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «O tempo de trabalho no direito comunitário», in *Dois temas de direito comunitário do trabalho*, Porto, 2000, pp. 117-118, nota 18; MANUELA MAIA DA SILVA, «A discriminação sexual...», cit., p. 107; GIOVANNI NICOLINI, *Congedi parentali*, Giuffrè, Milão, 2000, pp. 87 ss.

⁹¹ *Vd.* decisão STOECKEL, processo C-345/89, de 25/07/91, *CJ*, 1991, p. 4047.

⁹² Uma solução similar encontra-se prevista para os menores com idade inferior a 16 anos (art. 65.º, n.º 1) e para os trabalhadores deficientes ou com doença crónica (art. 77.º).

num horário de trabalho diurno. Só se tal não for possível, é que a mesma se encontra dispensada de trabalhar (n.ºs 2 e 3). A dispensa de trabalho nocturno não implica a perda de quaisquer direitos da trabalhadora, sendo considerada como prestação efectiva de serviço, excepto quanto à retribuição [art. 50.º, n.º 1, al. f)]. Todavia, a trabalhadora tem direito a um subsídio nos termos da legislação da segurança social (art. 103.º, n.º 1, da RCT).

2. Trabalho suplementar ⁹³

2.1 As trabalhadoras grávidas ou com filho de idade inferior a um ano podem recusar a prestação de trabalho suplementar, ou seja, escapam à regra da obrigatoriedade legal de realização de trabalho fora do horário (*vd.* art. 198.º), podendo no entanto prestá-lo se assim o entenderem, nos termos do art. 46.º, n.º 1, do CT⁹⁴. A lei anterior⁹⁵ referia-se às mulheres grávidas ou com filhos com idade inferior a 10 meses. O CT alargou a idade do menor para os 12 meses.

2.2 Perante o actual regime da maternidade e paternidade, assim como todo o espírito legislativo subjacente a estas alterações e às imposições comunitárias, defendi, ao abrigo da lei anterior, a necessidade de se efectuar uma interpretação extensiva da última parte do preceito, permitindo o recurso a esta faculdade aos homens com

⁹³ Entre o início de vigência do CT e a entrada em vigor da legislação regulamentar, ocorreu, por lapso do legislador, uma lacuna na matéria respeitante a esta dispensa da prestação de trabalho suplementar, inexistindo qualquer norma em vigor com este conteúdo. De facto, o DL n.º 421/83 foi revogado em 1/12/2003 [art. 21.º, n.º 1, al. i), da lei preambular]; todavia, o art. 46.º só iniciou a sua vigência com a entrada em vigor da RCT (art. 3.º, n.º 2, da lei preambular).

⁹⁴ Uma excepção idêntica vale para os trabalhadores com deficiência ou doença crónica – art. 76.º Mais exigente é a norma aplicável aos menores (art. 64.º), uma vez que os proíbe de prestarem trabalho suplementar. Portanto, neste último caso, os trabalhadores menores estão impedidos de o prestar, mesmo que o desejem.

⁹⁵ Art. 3.º, n.º 2, al. b), do DL n.º 421/83, de 2/12.

filhos com idade inferior (agora) a 12 meses, de modo a estimular uma idêntica repartição de tarefas no cuidado dos filhos⁹⁶. Aliás, esta solução era a que melhor se compaginava com o contexto da lei, uma vez que se permite ao pai, em determinadas situações (designadamente por decisão conjunta), o gozo de uma licença por período idêntico àquele a que a mãe teria direito (art. 36.º, n.º 2) e à dispensa para aleitação até o filho perfazer um ano (por decisão conjunta). Todavia, tal resultado interpretativo é agora questionado pelo n.º 2 do art. 46.º, preceito novo de conteúdo mais redutor do que a minha interpretação, ao permitir ao pai invocar este regime somente quando o mesmo beneficiou da licença por paternidade sucedânea da de maternidade regulada no art. 36.º, n.º 2.

2.3 A recusa de prestação de trabalho suplementar por parte de um(a) trabalhador(a) abrangido por este artigo é legítima [art. 121.º, n.º 1, al. d), *in fine*], não podendo portanto ser sancionada pelo empregador.

A violação deste preceito traduz apenas uma contra-ordenação leve (art. 643.º, n.º 3).

3. Actividade prestada em regime de adaptabilidade do período normal de trabalho ⁹⁷

3.1 O n.º 3 do art. 45.º do CT atribui às trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes o direito à dispensa da prestação de trabalho

⁹⁶ *Vd.* CATARINA CARVALHO, «Considerações...», cit., pp. 143-144.

⁹⁷ Entre o início de vigência do CT e a entrada em vigor da RCT, ocorreu, por lapso do legislador, uma lacuna na matéria respeitante à dispensa da prestação de trabalho em regime de adaptabilidade das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, inexistindo qualquer norma em vigor com este conteúdo. De facto, este direito constituiu uma inovação introduzida pela Lei n.º 61/99, de 30/06, que veio aditar o art. 6.º-A ao DL n.º 409/71, diploma revogado pelo Código [art. 21.º, n.º 1, al. b), da lei preambular]. Todavia, os arts. 33.º a 52.º só iniciaram a sua vigência com a entrada em vigor da RCT (art. 3.º, n.º 2, da lei preambular).

em regime de adaptabilidade, o qual se encontra regulado nos arts. 164.º a 166.º Este direito é alargado ainda às hipóteses de mera aleitação sempre que a prática de horário organizado de acordo com aquele regime afecte as exigências de regularidade da mesma (n.º 4). Neste último caso, beneficia da dispensa o progenitor que aleitar a criança, o qual tanto pode ser a mãe como o pai (*vd.* artigo 39.º, n.º 3).

3.2 Para a determinação dos limites máximos à duração do trabalho, incluindo também o trabalho suplementar⁹⁸, o legislador consagrou, no art. 169.º do CT, que a duração média semanal do trabalho não pode exceder as quarenta e oito horas num período de referência de quatro meses (ou seis nos casos previstos nos n.ºs 2 e 3 do art. 166.º)⁹⁹.

Esclarece o legislador que os dias de licença por maternidade e por paternidade, assim como de licença especial do pai ou da mãe para assistência a pessoa com deficiência e a doente crónico, «são considerados com base no correspondente período normal de trabalho». Assim, como explica LIBERAL FERNANDES¹⁰⁰, «para o cálculo daquela média, os dias de ausência [...] contam como períodos normais de trabalho, não podendo a mesma [média] ser apurada apenas com base nos dias em que não se verificaram tais ausências».

3.3 A recusa de prestação de trabalho em regime de adaptabilidade por parte de um(a) trabalhador(a) abrangido por este artigo é legítima [art. 121.º, n.º 1, al. d), *in fine*], não podendo portanto ser sancionada pelo empregador.

⁹⁸ Mesmo aquele prestado por motivo de força maior previsto no art. 199.º, n.º 2, do CT.

⁹⁹ O período de referência de quatro ou seis meses tem carácter supletivo, podendo o instrumento de regulamentação colectiva prever outro até ao limite máximo de doze meses. Esta solução resulta de um normativo comunitário presente no art. 6.º da Directiva n.º 93/104/CE, de 23/11. Sobre esta, ver MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *op. cit.*, p. 115.

¹⁰⁰ «Algumas notas sobre a Lei n.º 73/98, de 10/11», *Questões Laborais*, n.º 13, 1999, pp. 118-119.

A violação deste preceito traduz apenas uma contra-ordenação leve (art. 643.º, n.º 3).

4. Trabalho a tempo parcial/ horário flexível

4.1 Os trabalhadores com filhos menores de 12 anos têm direito a trabalhar a tempo parcial ou com horário flexível, de acordo com o art. 45.º, n.º 1, do CT¹⁰¹. O mesmo se aplica na hipótese de o trabalhador ter filhos deficientes, nos termos do n.º 2, independentemente da idade. Em qualquer caso, o trabalhador não pode estar impedido ou inibido totalmente de exercer o poder paternal — art. 100.º, als. i) e j), da RCT.

Este direito é atribuído a qualquer um dos progenitores, ao adoptante, ao tutor, à pessoa a quem foi deferida a confiança judicial ou administrativa do menor, ao cônjuge ou à pessoa em união de facto com qualquer um destes ou com o progenitor, desde que viva em comunhão de mesa e habitação com o menor — art. 99.º, n.º 1, als. e) e f), da RCT.

A opção pelo regime de horário flexível pressupõe que o outro progenitor exerça uma actividade profissional ou então que esteja totalmente impedido/inibido de exercer o poder paternal [art. 80.º, n.º 1, al. b), *in fine*, da RCT].

No caso de termos dois titulares do direito a trabalhar a tempo parcial, este pode ser exercido por um de forma exclusiva ou, em conjunto com o outro, de modo sucessivo e não em simultâneo — art. 78.º da RCT. A opção pela passagem a um regime de trabalho a tempo parcial pressupõe que o trabalhador esgotou a licença parental, em qualquer uma das suas modalidades, regulada nos n.ºs 1 e 2 do art. 43.º (*vd. infra*).

4.2 Tratando-se do regime de trabalho a tempo parcial e se nada for acordado em sentido diverso, o período normal de trabalho

¹⁰¹ Os n.ºs 1 e 2 do art. 45.º do CT correspondem ao art. 19.º da Lei n.º 4/84, de 5/04.

semanal passa a metade do praticado a tempo completo em situação comparável (*vd.* art. 182.º). Relativamente à sua distribuição ao longo da semana, o trabalhador pode optar por prestar a sua actividade diariamente, de manhã ou de tarde (trabalho a tempo parcial horizontal) ou, então, três dias por semana, de manhã e de tarde (trabalho a tempo parcial vertical).

A passagem ao regime de trabalho a tempo parcial é temporária, podendo durar até ao máximo de 2 anos ou de 3 no caso de um terceiro filho ou mais. Tratando-se de filho com deficiência ou doença crónica, este prazo pode ser prorrogado até 4 anos (art. 81.º, n.º 1, da RCT). Findo este período, o trabalhador retoma a prestação de trabalho a tempo completo.

No regime de flexibilidade de horário, o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário – art. 79.º, n.º 2, da RCT. O horário flexível é elaborado pelo empregador e contém um ou dois períodos de presença obrigatória, de duração igual a metade do período normal de trabalho diário. São indicados os períodos para início e termo do trabalho diário, cada um com duração não inferior a um terço do período normal de trabalho diário¹⁰² e prevê-se um intervalo de descanso não superior a duas horas, de modo a não ser ultrapassada a fronteira das seis horas consecutivas de trabalho. Valem aqui dois limites. Um, relativo ao período normal de trabalho diário, correspondente a 10 horas; outro, respeitante ao período normal de trabalho semanal, que deve ser cumprido em média em cada período de quatro semanas (art. 79.º da RCT).

4.3 Para o exercício do direito a trabalhar a tempo parcial, o trabalhador deve solicitar ao empregador a alteração para este regime com a antecedência de 30 dias, com as seguintes indicações: o prazo

¹⁰² A duração deste período pode ser reduzida na medida do necessário para que o horário se contenha dentro do período de funcionamento.

de duração; a repartição semanal do período normal de trabalho pretendida; a declaração de que o menor faz parte do seu agregado familiar, de que o outro progenitor não se encontra ao mesmo tempo em situação de trabalho a tempo parcial e de que não está esgotado o período máximo de duração deste regime – art. 80.º, n.º 1, da RCT. O mesmo vale para as situações de prorrogação da prestação de trabalho a tempo parcial (art. 81.º, n.º 1, da RCT).

Na hipótese de optar por um horário flexível, o trabalhador deve solicitar ao empregador a alteração de horário com a mesma antecedência de 30 dias, embora parte das indicações obrigatórias sejam necessariamente diversas. Além das menções comuns ao regime de trabalho a tempo parcial (o prazo de duração deste regime, a declaração de que o menor faz parte do seu agregado familiar e de que não está esgotado o período máximo de duração respectivo), tem de declarar que o outro progenitor tem actividade profissional ou, não a tendo, que se encontra impedido/inibido de exercer totalmente o poder paternal – art. 80.º, n.º 1, da RCT.

4.4 A recusa do empregador só é lícita se tiver por fundamento razões imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou à impossibilidade de substituição do trabalhador (se este for indispensável) e a CITE der um parecer prévio favorável. Alguns exemplos podem ser retirados da cláusula 2, n.º 3, al. e), da Directiva n.º 96/34/CE, de 3/ /06: a impossibilidade de encontrar um substituto durante o aviso prévio, o carácter sazonal do trabalho, uma percentagem significativa de trabalhadores pediu licença parental ao mesmo tempo, etc.

Na hipótese de o parecer da CITE ser desfavorável, a recusa do empregador só pode operar através de decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo, em paralelo com o que sucede em matéria de protecção no despedimento de trabalhadora grávida, puerpera ou lactante (*vd.* art. 51.º, n.º 5).

Verificados estes pressupostos, a entidade empregadora tem, ainda, de informar, fundamentadamente e por escrito, o trabalhador da recusa, no prazo de 20 dias a contar da recepção do requerimento,

sendo certo que o desrespeito pelo prazo implica a aceitação do pedido [art. 80.º, n.º 9, al. a), da RCT]. Este último pode, no prazo de 5 dias a contar da recepção desta comunicação, apresentar, por escrito, uma apreciação dos argumentos invocados na intenção de recusa. Findo este prazo, o empregador tem 5 dias para enviar o processo à CITE, acompanhado de cópia do pedido, da intenção de recusa e da apreciação do trabalhador (se a mesma existir). Esta entidade tem 30 dias para dar o parecer e notificar empregador e trabalhador do mesmo; se não o fizer tempestivamente considera-se que é favorável à recusa (art. 80.º, n.ºs 2 a 8, da RCT).

4.5 O empregador aceita o pedido do trabalhador, nos termos em que o mesmo foi formulado, nas seguintes situações: a) se, no prazo de 20 dias após a recepção do mesmo, não comunicar ao trabalhador a intenção de o recusar; b) ou se, tendo comunicado a intenção de recusar o pedido, não informou o trabalhador da decisão sobre o mesmo, nos 5 dias após ter sido notificado do parecer da CITE ou no termo do prazo para esta entidade o notificar; c) ou, ainda, se não enviar o processo à CITE dentro do prazo legalmente imposto – art. 80.º, n.º 9, da RCT.

5. Licenças parentais

As licenças parentais vão estabelecer a ponte entre o princípio da tutela e aquele outro da paridade de tratamento. Trata-se de conciliar a vida profissional e pessoal do(a) trabalhador(a). Pretende-se dar cumprimento a valores de carácter público referentes à tutela da trabalhadora mãe, da saúde da gestante e das exigências afectivas e biológicas da criança¹⁰³.

¹⁰³ GIOVANNI NICOLINI, *op. cit.*, p. 169. No que respeita especificamente à licença por maternidade, o TJCE repetiu variadas vezes que o seu escopo se prende com a protecção da condição biológica da mulher no decurso da gravidez e na sequência desta e com a tutela

1. Licença por maternidade

1.1 O n.º 1 do art. 35.º do CT atribui à mulher trabalhadora uma licença por maternidade de 120 dias consecutivos, período a que acrescem 30 dias por cada gemelar, na hipótese de nascimentos múltiplos. Todavia, por força do n.º 4, ela é obrigada a gozar apenas seis semanas, podendo prescindir do gozo do período restante¹⁰⁴. Esta referência indica, como explica JORGE LEITE¹⁰⁵, a existência de um período de licença de gozo obrigatório (seis semanas) e um outro de gozo não obrigatório ou voluntário. O nosso legislador optou assim por alargar os benefícios mínimos impostos pelo art. 8.º da Directiva n.º 92/85/CEE e da Carta Social Europeia que se referem a uma licença de maternidade de 14 semanas, sendo obrigatório o gozo de duas semanas¹⁰⁶. No entanto, a consagração de um período de seis semanas de gozo obrigatório resulta do art. 3.º, n.º 3, da Convenção n.º 103 da OIT¹⁰⁷.

Do período geral de licença de maternidade (120 dias), 90 dias têm de ser gozados necessariamente a seguir ao parto. Os restantes 30 dias podem ser gozados antes do parto, devendo a trabalhadora informar o empregador e apresentar atestado médico com indicação da data

das relações particulares entre a mulher e o seu filho no decurso do período que segue à gravidez e ao parto. Cf., entre muitos outros, o acórdão de 27/10/98, processo C-411/96, *CJ*, 1998, pp. 6401 ss.

¹⁰⁴ Trata-se, segundo MARIA AMPARO BALLESTER PASTOR (*La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral...*, *cit.*, p. 34) de «controlar eventuais retornos antecipados forçados pelo empresário».

¹⁰⁵ JORGE LEITE, «A tutela da saúde das mães trabalhadoras (crónica a propósito da Lei 17/95)», *Questões Laborais*, 1995, n.º 5, pp. 123-124.

¹⁰⁶ A Directiva n.º 92/85/CEE permite, no art. 8.º, n.º 2, que a licença obrigatória tenha lugar antes do parto, se for essa a opção do Estado-membro, pois refere «duas semanas, repartidas antes e/ou depois do parto».

¹⁰⁷ Aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 63/84, de 10/10. Foi objecto de alterações, em 2000, introduzidas pela Convenção n.º 183 da OIT que ainda não foi contudo ratificada por Portugal.

previsível do parto, com a antecedência de 10 dias ou, em caso de urgência, logo que possível (art. 68.º, n.ºs 4 e 5, da RCT).

O art. 68.º, n.º 1, da RCT, permite à trabalhadora optar por uma licença por maternidade superior em 25% à regra geral do n.º 1 do preceito em análise, ou seja, equivalente a um período de 150 dias, remetendo para a legislação da segurança social. Para o efeito, a trabalhadora tem de informar o empregador da sua opção, nos sete dias subsequentes ao parto. Se não o fizer, aplica-se supletivamente a licença de 120 dias.

1.2 Nas situações de risco clínico para a mãe ou para o nascituro, à licença referida *supra* acresce uma outra, anterior ao parto, pelo período necessário a prevenir o risco, fixado por prescrição médica (n.º 3). A trabalhadora deve informar o empregador e apresentar atestado médico com indicação da data previsível do parto, com a antecedência de 10 dias ou, em caso de urgência, logo que possível (art. 68.º, n.ºs 4 e 5, *ex vi* do n.º 7, da RCT).

1.3 No caso de internamento hospitalar da mãe ou da criança ulterior ao parto e durante o período de licença por maternidade, suspende-se a contagem do prazo da mesma durante o tempo de duração do internamento, desde que haja solicitação da mãe nesse sentido. Para este efeito, a trabalhadora deve comunicar tal facto ao empregador, juntando declaração do estabelecimento hospitalar – n.º 6 do art. 68.º da RCT. A Lei n.º 4/84 utilizava de modo pouco rigoroso a terminologia «interrupção», quando se tratava efectivamente de uma suspensão do prazo, correcção que é realizada pelo n.º 5 do art. 35.º do CT.

1.4 A principal alteração consagrada neste artigo, relativamente ao direito anterior¹⁰⁸, refere-se à licença em situação de aborto. Nestes

¹⁰⁸ Art. 10.º da Lei n.º 4/84 já mencionada.

casos, a mulher trabalhadora tinha direito a uma licença que oscilava entre o mínimo de 14 dias e o máximo de 30 dias. Aqui o bem jurídico a tutelar é somente a saúde da mãe, uma vez que não há nenhuma relação familiar a desenvolver, pelo que o período de licença é necessariamente mais curto¹⁰⁹. Com o início de vigência do n.º 6 do art. 35.º, este direito reduziu-se, todavia, às hipóteses de aborto espontâneo e às situações previstas no art. 142.º do Código Penal, deixando de abranger a totalidade das hipóteses de interrupção da gravidez.

A bondade desta solução é claramente discutível, embora possa aparentemente fazer sentido numa perspectiva de coerência do ordenamento jurídico global que criminalizando a prática de aborto fora das situações supra-referidas conduz à ausência de tutela da mulher trabalhadora nessas hipóteses. Contudo, como salienta GUILHERME DRAY¹¹⁰, «a prática de aborto, mesmo nos casos não admitidos por lei, não deixa de configurar uma situação que justifica um especial regime de protecção», além de se estar, deste modo, «a atribuir ao empregador o poder de dispor acerca da licitude ou ilicitude de uma prática de interrupção da gravidez, quando tal competência não lhe é atribuída por lei».

1.5 A lei continua a não fazer qualquer referência às situações de nado-morto ou de nado-vivo que venha a falecer após o parto, eliminada pela Lei n.º 17/95, de 9/06. Partilho a opinião expressa por MARIA BALLESTER PASTOR¹¹¹ acerca da difícil compreensão desta lacuna em confronto com a regulação detalhada das hipóteses de morte da mãe, num momento em que a taxa de mortalidade materna

¹⁰⁹ No ordenamento jurídico espanhol, o aborto é tratado como qualquer outra incapacidade temporária para trabalhar, tal como a doença, não tendo, apesar das críticas de alguma doutrina, um tratamento jurídico autónomo. Cf. PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *op. cit.*, pp. 103-105.

¹¹⁰ AAVV, *Código do trabalho anotado*, cit., p. 136.

¹¹¹ *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral...*, cit., p. 38.

é tão reduzida. É evidente que estas normas se afiguram necessárias para responder a situações que podem eventualmente ter lugar, mas contrastam com a total falta de tratamento de outros casos que ocorrem com mais frequência.

Alguns autores defendem a inexistência de qualquer lacuna, devendo esta situação ser subsumida à regra geral de duração da licença regulada no n.º 1 do presente artigo¹¹². No mesmo sentido pronunciou-se a CITE¹¹³.

Esta solução afigura-se-me, todavia, de bondade discutível, tendo em conta que o período de licença de maternidade tem também por escopo o acompanhamento da criança, objectivo que, neste caso, não se vai verificar, pelo que se justifica um período de licença menor. Saliente-se, que os motivos que justificaram a intervenção legislativa comunitária, que se encontra na base do nosso regime legal de protecção da maternidade e da paternidade, são de dois tipos: por um lado, a necessidade de «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 prejudicada pela acumulação de encargos resultantes do exercício simultâneo de uma actividade profissional»¹¹⁴. Aliás, no país vizinho, tem-se entendido que a morte da criança limita a duração da licença por maternidade ao período de gozo obrigatório de seis semanas. O pai não tem, assim, direito à licença,

¹¹² Cf. JORGE LEITE, *op. cit.*, p. 23, nota 11; ABEL DA COSTA FERREIRA, *Lei das férias, feriados e faltas*, Lisboa, 1997, p. 68, nota 22.

¹¹³ Cf. Pareceres n.º 13/CITE/2000 e n.º 19/CITE/2000.

¹¹⁴ Cf. conclusões do advogado-geral SAGGIO no processo C-207/98 (CJ, 2000, pp. 549 ss.). Este escopo é referido em praticamente todas as decisões do TJCE sobre a matéria, v.g., acórdãos de 30/04/98 (processo C-136/95), de 30/06/98 (processo C-394/96), de 27/10/98 (processo C-411/96), de 27/02/03 (processo C-320/01).

uma vez que apenas pode participar, por decisão conjunta, no período de gozo voluntário¹¹⁵.

As hipóteses de nado-morto aproximam-se significativamente da situação de aborto, sendo certo que esta última licença é substancialmente menor em relação à regra geral do n.º 1, apesar de a mulher necessitar também aqui tempo para a sua recuperação física e psíquica¹¹⁶.

1.6. Esta licença não determina a perda de quaisquer direitos, sendo tratada como prestação efectiva de trabalho para os diversos efeitos¹¹⁷, excepto quanto à retribuição – art. 50.º, n.º 1, al. a), do CT. Todavia, o trabalhador tem direito a um subsídio, nos termos da legislação da segurança social (art. 103.º, n.º 1, da RCT).

Apesar de desaparecer do actual art. 103.º, n.º 1, da RCT, o preceito contido na al. b) do art. 26.º da Lei n.º 4/84, continua a manter-se um regime dual, dificilmente explicável, entre as trabalhadoras abrangidas pelo regime geral de segurança social (têm direito a um subsídio de maternidade nos termos definidos em diploma próprio) e aquelas que são funcionárias ou agentes da Administração Pública (auferem a remuneração a que teriam direito caso se encontrassem em exercício efectivo de funções)¹¹⁸.

¹¹⁵ Cf. PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *op. cit.*, pp. 102-103. O actual art. 7.º, n.º 2, do Real Decreto 1.251/2001, de 16/11, prevê a atribuição da prestação da segurança social à mãe durante o período de licença obrigatório (seis semanas após o parto)

¹¹⁶ Em Espanha, estas hipóteses têm o mesmo tratamento que o aborto, aplicando-se o regime de incapacidade temporária para o trabalho, tal como para as situações de doença, e respectiva prestação da segurança social – cfr. PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *op. cit.*, p. 103.

¹¹⁷ Designadamente para eventuais promoções – cf. acórdão do TJCE, de 30/04/98, processo C-136/95, CJ, 1998, pp. 2011 ss.

¹¹⁸ Assim, o art. 107.º da RCT, aplicável à Administração Pública, dispõe que as licenças por maternidade, paternidade e por adopção «não determinam a perda de quaisquer direitos, sendo consideradas como prestação efectiva de serviço para todos os efeitos, designadamente de antiguidade e abono de subsídio de refeição». Para uma análise desta dicotomia e demonstração dos diferentes resultados a que a mesma conduz, veja-se JORGE LEITE, *op. cit.*, pp. 125-126.

O aumento do período de férias, previsto no art. 213.º, n.º 3, também não é prejudicado pelo gozo desta licença – art. 97.º, n.º 1, da RCT.

Para a determinação dos limites máximos à duração média semanal do trabalho (art. 169.º do CT), os dias de licença por maternidade «são considerados com base no correspondente período normal de trabalho»¹¹⁹.

A violação do disposto no art. 35.º constitui uma contra-ordenação muito grave (art. 643.º, n.º 1, do CT).

2. Licença por paternidade

2.1 O n.º 1 do art. 36.º do CT¹²⁰ atribui ao pai o direito a gozar cinco dias úteis de licença por paternidade (seguidos ou interpolados) no mês seguinte ao nascimento do filho. A novidade relativamente ao regime legal anterior reside no facto de se instituir que o gozo deste direito é obrigatório. O trabalhador não pode estar impedido ou inibido totalmente de exercer o poder paternal – art. 100.º, al. a), da RCT.

Para o exercer, o trabalhador deve informar a sua entidade empregadora com antecedência de 5 dias relativamente ao início do período ou, em caso de urgência comprovada, logo que possível – art. 69.º, n.º 1, da RCT.

2.2 O legislador, seguindo uma ideia de tratamento igualitário e repartição equitativa das responsabilidades parentais, atribui ao pai/trabalhador uma «*licença sucedânea da licença de maternidade*»¹²¹,

¹¹⁹ Como referis *supra*, nas palavras de LIBERAL FERNANDES («Algumas notas sobre a Lei n.º 73/98, de 10/11», cit., pp. 118-119), «para o cálculo daquela média, os dias de ausência [...] contam como períodos normais de trabalho, não podendo a mesma [média] ser apurada apenas com base nos dias em que não se verificaram tais ausências».

¹²⁰ Corresponde, com alterações, ao art. 11.º da Lei n.º 4/84, de 5/04.

¹²¹ A expressão é de JORGE LEITE, *op. cit.*, p. 124.

nas hipóteses de incapacidade física, psíquica ou morte da mãe, nos termos do n.º 2 do art. 36.º No caso de a mãe já ter gozado algum tempo de licença, o pai terá direito apenas ao remanescente daquele período. Na hipótese inversa, o pai pode gozar os 120 dias.

A consagração de um período mínimo de licença ocorre apenas na hipótese de morte da mãe, tendo o mesmo sido ampliado de 14 para 30 dias, nos termos do n.º 3 do artigo mencionado. Assim, por exemplo, se a mãe morresse após ter utilizado 100 dias de licença por maternidade, o pai só teria direito, em regra, ao remanescente: 20 dias. Todavia, como o mínimo é, nestas circunstâncias, 30 dias, ele pode, se assim o entender (não é, a meu ver, obrigado a fazê-lo), gozar este período mais alargado.

O exercício deste direito pressupõe que o trabalhador informe, logo que possível, o empregador, apresentando a certidão de óbito ou o atestado médico comprovativo e declarando o período de licença por maternidade gozado pela mãe — art. 69.º, n.º 2, da RCT.

O gozo desta licença por paternidade pode ainda ter como fundamento uma decisão conjunta dos pais [al. c) do n.º 2]. De facto, os condicionalismos profissionais de um e de outro podem justificar uma menor disponibilidade de a mãe se ausentar, por um período tão longo, da sua actividade profissional, estando o pai mais habilitado a fazê-lo com menores custos a nível de carreira profissional¹²². Esta possibilidade só existe, todavia, se ambos os progenitores trabalharem; excluem-se as hipóteses em que a mãe não desenvolve uma actividade retribuída ou se encontra desempregada, o que leva alguma doutrina a afirmar o fracasso do intuito de

¹²² Além de se pretender eliminar discriminações sexuais, PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *op. cit.*, pp. 79 ss., assinala um outro motivo capaz de justificar a licença por paternidade: «a protecção do bem jurídico da estabilidade no emprego da mulher trabalhadora», sem prejudicar o filho. Outra solução traduziria mais um obstáculo «ao acesso e permanência da mulher no mercado de trabalho». Assim, permite-se uma repartição, não só dos encargos derivados do nascimento do filho, mas também dos riscos profissionais daqui decorrentes.

potenciar uma divisão das responsabilidades familiares mais equitativa¹²³.

Esta opção impõe o cumprimento de determinadas obrigações de teor procedimental. Assim, o trabalhador deve informar a sua entidade empregadora, com a antecedência mínima de 10 dias, apresentando um documento de que conste a decisão conjunta. Concomitantemente deve declarar qual o período de licença por maternidade gozado pela mãe e provar que o empregador da mãe foi informado da decisão conjunta (n.º 3 do art. 69.º da RCT). Nesta situação, existe sempre um período de licença por maternidade necessariamente utilizada pela mãe, uma vez que ela é obrigada a gozar seis semanas.

Dúvidas podem ser suscitadas acerca da admissibilidade de gozo simultâneo desta licença por ambos os progenitores (desde que, obviamente, a soma dos períodos gozados por ambos não ultrapasse o tempo legalmente previsto), a tempo completo ou a tempo parcial. A nossa lei não alude a estas modalidades, contrariamente por exemplo ao ordenamento jurídico espanhol¹²⁴, no caso de gozo da licença por paternidade por decisão conjunta. Contudo, na licença por adopção admite-se expressamente o gozo simultâneo por ambos os adoptantes em regime de trabalho a tempo parcial (art. 71.º, n.º 4, da RCT). Daqui parece decorrer, embora não seja totalmente claro, que o legislador não pretendeu consagrar a mesma faculdade para a licença por maternidade e por paternidade.

O n.º 4 regula a «*licença de paternidade por direito próprio*», na terminologia de JORGE LEITE¹²⁵, cujo facto constitutivo se traduz na

¹²³ Cf. MARIA AMPARO BALLESTER PASTOR, *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral...*, cit., p. 33.

¹²⁴ Cfr. o art. 48.4 do *Estatuto de los Trabajadores*; MARIA AMPARO BALLESTER PASTOR, *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral...*, cit., pp. 36, 39-40; PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *op. cit.*, pp. 115 ss. No que respeita ao gozo a tempo parcial, o mesmo pressupõe o acordo entre empregador e trabalhador e suscitam-se dúvidas quanto à sua aplicabilidade às seis semanas de gozo obrigatório.

¹²⁵ *Op. cit.*, p. 124.

morte, incapacidade física ou psíquica da mãe *não trabalhadora* nos 120 dias imediatamente a seguir ao parto. A lei anterior consagrava um período mais restrito de 98 dias.

Nestas hipóteses, o pai terá direito a uma licença pelo período igual ao tempo não gozado pela mãe. Em caso de morte desta, o período mínimo é também de 30 dias, à semelhança do que acontece na licença sucedânea quando a mãe é trabalhadora.

2.3 Estas licenças não determinam a perda de quaisquer direitos, sendo tratadas como prestação efectiva de trabalho para os diversos efeitos, excepto quanto à retribuição – art. 50.º, n.º 1, al. b), do CT. Todavia, o trabalhador tem direito a um subsídio, nos termos da legislação da segurança social (art. 103.º, n.º 1, da RCT).

O aumento do período de férias, previsto no art. 213.º, n.º 3, do CT, para o qual se remete, também não é prejudicado pelo gozo desta licença – art. 97.º, n.º 1, da RCT.

Para a determinação dos limites máximos à duração média semanal do trabalho (art. 169.º do CT), os dias de licença por paternidade «são considerados com base no correspondente período normal de trabalho»¹²⁶.

A violação do disposto no art. 36.º constitui uma contra-ordenação grave, segundo o n.º 2 do art. 643.º do CT.

3. Licença em caso de adopção

3.1 Mantém-se a solução já decorrente do direito anterior no sentido de aproximar os regimes das licenças por maternidade ou por paternidade na filiação biológica da adoptiva. Acentua-se a ideia de que o bem jurídico fundamentalmente protegido por estas licenças se

¹²⁶ Como referi *supra*, nas palavras de LIBERAL FERNANDES («Algumas notas sobre a Lei n.º 73/98, de 10/11», cit., pp. 118-119), «para o cálculo daquela média, os dias de ausência [...] contam como períodos normais de trabalho, não podendo a mesma [média] ser apurada apenas com base nos dias em que não se verificaram tais ausências».

identifica com o acompanhamento do filho, secundarizando-se a protecção da saúde da mãe¹²⁷.

A licença por adopção corresponde a 100 dias consecutivos e encontra-se regulada no art. 38.º do CT¹²⁸. Só existe em relação a menores de 15 anos e não se aplica aos casos em que o trabalhador vai adoptar o filho do cônjuge ou de pessoa que com ele viva em união de facto – 71.º, n.º 8, da RCT. Obviamente, também aqui, o trabalhador não pode estar totalmente impedido ou inibido de exercer o poder paternal – art. 100.º, al. b), da RCT. O período geral de licença (100 dias consecutivos) vai ser acrescido de 30 dias por cada adoptado em caso de adopções múltiplas, à semelhança do que sucede com os nascimentos múltiplos (vd. art. 35.º, n.º 2, do CT) – art. 71.º, n.º 1, da RCT.

O início da contagem deste período dá-se com a confiança judicial ou administrativa reguladas, respectivamente, nos arts. 1978.º e 1980.º do CC, por via do DL n.º 185/93, de 22/05, alterado sucessivamente pelo DL n.º 120/98, de 8/05 e pelo DL n.º 31/2003, de 21/08¹²⁹. Na hipótese em que a confiança administrativa se traduz na confirmação da permanência do menor a cargo do adoptante, este só tem direito à licença se a data em que o menor ficou de facto a seu cargo tiver ocorrido há menos de 100 dias e apenas até ao momento em que estes se completem – art. 71.º, n.º 2, RCT.

Na situação em que encontramos dois candidatos a adoptantes, ambos trabalhadores, o n.º 2 do art. 38.º do CT admite a repartição da licença de 100 dias consecutivos entre eles, conforme decisão conjunta. Podemos, deste modo, configurar várias hipóteses possíveis

admitidas pela lei: a) a licença é gozada integralmente por apenas um dos adoptantes; b) a licença é gozada por ambos, simultaneamente, em regime de trabalho a tempo parcial; c) a licença é gozada, de modo repartido, por ambos, em períodos sucessivos (n.º 4 do art. 71.º da RCT).

3.2 O trabalhador que pretende gozar esta licença deve, a nível procedimental, informar o empregador, com a antecedência de 10 dias, ou, tratando-se de urgência comprovada, logo que possível. Afigura-se ainda necessário fazer prova dos elementos constitutivos deste direito, ou seja, da confiança judicial ou administrativa do adoptando e da sua idade (art. 71.º, n.º 3, da RCT).

Tratando-se de dois candidatos a adoptantes nos termos referidos, o trabalhador deve apresentar documento de que conste a decisão conjunta, assim como a prova de que o seu cônjuge informou o respectivo empregador da mesma. No caso de gozo repartido da licença, tem ainda de declarar o período gozado pelo seu cônjuge (art. 71.º, n.º 4, da RCT). Apesar de a letra deste preceito referir somente a hipótese de *cônjuges* candidatos à adopção, deverá também aplicar-se quando os candidatos vivem em união de facto nas condições previstas na Lei n.º 7/2001, de 11/05 (vd. art. 7.º do diploma).

3.3. A situação de internamento hospitalar do candidato a adopção ou do adoptado tem um tratamento jurídico análogo àquele previsto, no art. 35.º, n.º 5, do CT, para o internamento hospitalar da mãe ou da criança durante o período de licença a seguir ao parto. Assim, o período de licença suspende-se durante o tempo de duração do referido internamento. O candidato a adoptante deve, para obter este efeito suspensivo, comunicar tal situação ao empregador, juntando declaração comprovativa do estabelecimento hospitalar (art. 71.º, n.º 7, da RCT).

Caso o trabalhador adoptante venha a falecer durante a licença, o cônjuge sobrevivente não adoptante tem, de forma sucedânea, o direito a gozar o período remanescente. Se o adoptado viver em comunhão

¹²⁷ MARIA AMPARO BALLESTER PASTOR, *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral...*, cit., pp. 41-42.

¹²⁸ Corresponde, com alterações, ao art. 13.º da Lei n.º 4/84, de 5/04.

¹²⁹ Poderia justificar-se a consagração *de iure condendo* de um regime especial para o caso da adopção internacional, à semelhança do que sucede com a legislação espanhola (vd. art. 48.4 do *Estatuto de los Trabajadores*), nos termos do qual a licença poderia antecipar-se até quatro semanas para permitir a deslocação dos pais adoptivos ao local de origem do menor.

de mesa e habitação com o cônjuge sobrevivente, este período não pode ser inferior a 14 dias (art. 71.º, n.º 6, da RCT).

3.4 Esta licença não determina a perda de quaisquer direitos, sendo tratada como prestação efectiva de trabalho para os diversos efeitos, excepto quanto à retribuição – art. 50.º, n.º 1, al. c), do CT. Todavia, o trabalhador tem direito a um subsídio, nos termos da legislação da segurança social (art. 103.º, n.º 1, da RCT).

A violação do art. 38.º constitui uma contra-ordenação grave – art. 643.º, n.º 2, do CT.

4. Licença parental para assistência a filho ou adoptado

4.1 A licença parental para assistência a filho ou adoptado encontra-se regulada nos n.ºs 1 e 2 do art. 43.º, transpondo para o ordenamento jurídico interno a cláusula 2 da Directiva n.º 96/34/CE, de 3/10/06. A sua atribuição é também imposta pelo art. 27.º, n.º 2, da Carta Social Europeia. Permite-se, deste modo, que os progenitores possam optar pelo cuidado pessoal do menor em vez de recorrerem a sistemas comunitários.

A licença parental visa a prestação de assistência a filho ou adoptado com idade igual ou inferior a seis anos. Só depois de esgotada, poderão os progenitores gozar a licença especial prevista nos n.ºs 3 e 4. Beneficiam deste regime não só os progenitores (pai e mãe) e adoptantes, mas também o tutor (art. 99.º, n.º 2, da RCT), bem como os respectivos cônjuges ou pessoas com quem vivem em união de facto, desde que residam com o menor (n.º 5 do art. 43.º do CT). O trabalhador não pode estar totalmente impedido ou inibido de exercer o poder paternal – art. 43.º, n.º 1, do CT e art. 100.º, al. d), da RCT. O âmbito de potenciais beneficiários desta licença é, contudo, mais reduzido por comparação com a licença especial, uma vez que esta refere ainda a pessoa a quem for deferida a confiança judicial ou administrativa do menor [cf. art. 99.º, n.º 1, al. b), da RCT]. Não vislumbro, todavia, uma justifica-

ção para esta diversidade, até porque o gozo da licença especial pressupõe o esgotamento prévio da licença parental.

A licença parental pode ter três configurações diversas: a) o gozo de três meses seguidos de licença; b) ou, em alternativa, trabalho a tempo parcial durante 12 meses¹³⁰, com um período normal de trabalho igual a metade do tempo completo; c) ou, finalmente, a conjugação, de modo intercalado, das duas modalidades anteriores, desde que a soma total do período de ausência e de redução do tempo de trabalho seja igual aos períodos normais de trabalho de 3 meses.

Os instrumentos de regulamentação colectiva podem ainda prever, como alternativa, uma modalidade de licença parental que se traduz em ausências interpoladas ao trabalho com a duração igual aos períodos normais de trabalho de 3 meses, como resulta do n.º 7 do art. 43.º

Havendo dois titulares deste direito, eles podem, em princípio, exercê-lo simultaneamente, ou, então, de forma alternada ou sucessiva. Contudo, se tiverem o mesmo empregador e pretenderem exercê-lo em simultâneo, aquele pode adiar a licença de um deles, desde que se verifiquem «exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou serviço» e seja fornecida, por escrito, a respectiva fundamentação – art. 76.º, n.º 2, da RCT.

O gozo interpolado desta licença tem por limite três períodos. Se um dos progenitores optar por não exercer este direito, o mesmo perde-se, uma vez que não pode ser acumulado pelo outro (n.º 2 do art. 43.º do CT).

4.2 Quanto ao procedimento a adoptar, o art. 76.º da RCT impõe que o progenitor informe a entidade empregadora, por escrito, do início e termo do período em que pretende gozar a licença em qualquer uma das suas modalidades. Esta comunicação deve ter lugar

¹³⁰ Este período foi alargado em relação à lei anterior (art. 17.º da Lei n.º 4/84, de 5/04) que consagrava apenas 6 meses.

30 dias antes do respectivo início, nos termos do n.º 6 do art. 43.º do CT.

4.3 A licença parental não implica a perda de qualquer direito, sendo considerada como prestação efectiva de serviço para todos os efeitos, excepto quanto à retribuição – art. 101.º, n.º 1, da RCT. Contudo, a licença parental gozada pelo pai atribui-lhe o direito a um subsídio, nos termos da legislação da segurança social, correspondente aos primeiros 15 dias (ou período equivalente), desde que estes sejam imediatamente subsequentes à licença por maternidade ou por paternidade (n.º 2 do art. 103.º da RCT).

O período de licença parental é tido em conta para a taxa de formação das pensões de invalidez e velhice dos regimes de segurança social – art. 50.º, n.º 3, do CT¹³¹.

A violação do disposto no art. 43.º do CT constitui uma contra-ordenação grave (art. 643.º, n.º 2), com a excepção evidente do n.º 6, pois esta norma impõe uma obrigação de aviso prévio ao trabalhador.

4.4 Esta licença, assim como a especial, pode suspender-se por doença do trabalhador, desde que este informe a entidade empregadora, apresentando atestado médico comprovativo, embora já não o possa ser por conveniência do empregador, nos termos regulados no art. 97.º, n.º 2, da RCT.

Em caso de falecimento do filho durante o período de licença, esta termina, devendo o trabalhador comunicar tal facto, no prazo de 5 dias, ao empregador. Ele vai, então, retomar a sua actividade na

¹³¹ Em caso de insolvência do empregador e consequente recurso ao Fundo de Garantia Salarial (art. 380.º do CT e arts. 316.º e ss. da RCT), o período de referência previsto no art. 319.º, n.º 1, da RCT (seis meses anteriores à data da propositura da acção ou apresentação do requerimento referido no artigo anterior) não abrange «o período durante o qual a relação de trabalho está suspensa devido a uma licença parental e que, por essa razão, não dá direito a qualquer remuneração» – cf. acórdão do TJCE, de 15/05/03, processo C-160/01, *CJ*, 2003, pp. 4791 ss.

primeira vaga que ocorrer na empresa. Não havendo qualquer vaga, no termo do período previsto para a licença (art. 97.º, n.º 2, da RCT).

5. Licença especial para assistência a filho ou adoptado

5.1 Depois de esgotada a licença parental, o pai ou a mãe têm ainda direito a uma licença especial para assistência a filho ou adoptado, nos termos dos n.ºs 3 e 4 do art. 43.º do CT. Este direito é alargado ao adoptante, ao tutor, à pessoa a quem foi deferida a confiança judicial ou administrativa do menor, ao cônjuge ou à pessoa em união de facto com qualquer um destes ou com o progenitor, desde que viva em comunhão de mesa e habitação com o menor – art. 99.º, n.º 1, al. b), da RCT. Evidentemente, o trabalhador não pode estar impedido ou inibido totalmente de exercer o poder paternal [art. 100.º, al. f), da RCT].

Contudo, ao contrário do que sucede com a licença parental, este direito só se constitui se o outro progenitor exercer uma actividade profissional ou, não a exercendo, estiver impedido/inibido totalmente de exercer o poder paternal, segundo o n.º 1 do art. 77.º da RCT. Havendo dois titulares, a licença pode ser gozada por qualquer um deles ou por ambos de forma sucessiva, mas não simultaneamente como no caso da licença parental (n.º 2 do art. 77.º da RCT).

5.2 A duração da licença especial não pode, em regra, ultrapassar os 2 anos, embora admita prorrogação até 3 anos em caso de nascimento de um terceiro filho ou mais – n.ºs 3 e 4 do art. 43.º do CT. Dentro deste limite, cabe ao trabalhador a opção pelo período inicial de duração da licença. Se no procedimento descrito *infra*, o trabalhador não mencionar a respectiva duração, aplica-se supletivamente o prazo de 6 meses.

Findo o período inicial de licença, sem que tenham sido atingidos os limites máximos, o trabalhador deve comunicar à entidade empregadora a sua intenção de regressar ao trabalho ou de prorrogar a licença, por escrito e com a antecedência de 15 dias relativamente ao termo da mesma (n.ºs 4 e 5 do art. 77.º da RCT).

5.3 Quanto ao procedimento a adoptar, o art. 77.º, n.º 3, da RCT, impõe que o progenitor informe a entidade empregadora, por escrito, do início e termo do período em que pretende gozar a licença. Esta comunicação deve ter lugar 30 dias antes do respectivo início. Tem também de declarar que o outro progenitor desenvolve uma actividade profissional e não se encontra simultaneamente em situação de licença ou então, não exercendo uma actividade profissional, que se encontra totalmente impedido/inibido de exercer o poder paternal. Esta declaração deve ainda indicar que o filho faz parte do seu agregado familiar e que o período máximo de licença (mencionado *supra*) não se encontra esgotado.

5.4 A licença especial produz os efeitos decorrentes de uma suspensão do contrato de trabalho (*vd.* art. 331.º), ou seja, suspendem-se os direitos, deveres e garantias que pressupõem a efectiva prestação de trabalho, onde naturalmente se inclui a retribuição, de acordo com o art. 101.º, n.º 4, da RCT.

Diferentemente da licença parental, não é considerada como prestação efectiva de serviço para todos os efeitos, mas é tida em conta para a taxa de formação das pensões de invalidez e velhice dos regimes de segurança social – art. 50.º, n.º 3, do CT.

5.5 Relativamente à possibilidade de suspensão da licença, às consequências decorrentes do falecimento do filho durante esse período, e ao regime de responsabilidade contra-ordenacional vale o que foi dito para a licença parental.

6. Licença para assistência a deficientes ou doentes crónicos

6.1 O art. 44.º do CT¹³² atribui aos progenitores (pai e mãe) o direito a uma licença para acompanhamento de filho que seja portador de deficiência ou doença crónica, durante os primeiros 12 anos de vida. Este

¹³² Substitui o art. 18.º da Lei n.º 4/84, de 5/04.

direito é alargado ao adoptante, ao tutor, à pessoa a quem foi deferida a confiança judicial ou administrativa do menor, ao cônjuge ou à pessoa em união de facto com qualquer um destes ou com o progenitor, desde que viva em comunhão de mesa e habitação com o menor, nos mesmos termos da licença especial (art. 99.º, n.º 1, da RCT). Também aqui se esclarece que o trabalhador não pode estar totalmente impedido ou inibido de exercer o poder paternal [art. 100.º, al. e), da RCT].

6.2 A duração da licença corresponderá a períodos iguais ou inferiores a seis meses, à escolha do trabalhador, podendo ser prorrogados sucessivamente até ao limite máximo de 4 anos.

Quanto aos restantes requisitos e ao procedimento a adoptar, o n.º 2 do art. 44.º remete, com as necessárias adaptações, para o regime da licença especial analisado *supra*.

6.3 Tal como a licença especial para assistência a filho ou adoptado, esta produz os efeitos decorrentes de uma suspensão do contrato de trabalho (art. 101.º, n.º 4, da RCT). Todavia, neste caso, o trabalhador tem direito a um subsídio para assistência a deficientes profundos e doentes crónicos, nos termos da legislação da segurança social – art. 106.º da RCT.

O período de licença é tido em conta para a taxa de formação das pensões de invalidez e velhice dos regimes de segurança social (art. 50.º, n.º 3 e art. 105.º da RCT) e não prejudica a atribuição dos benefícios de assistência médica e medicamentosa a que o trabalhador tenha direito.

Para a determinação dos limites máximos à duração média semanal do trabalho (art. 169.º do CT), os dias de licença especial do pai ou da mãe para assistência a pessoa com deficiência ou doença crónica «são considerados com base no correspondente período normal de trabalho»¹³³.

¹³³ Como referis *supra*, nas palavras de LIBERAL FERNANDES («Algumas notas sobre a Lei n.º 73/98, de 10/11», cit., pp. 118-119), «para o cálculo daquela média, os dias de ausência

A violação do disposto no n.º 1 do art. 44.º constitui uma contra-ordenação grave (art. 643.º, n.º 2, do CT).

6.4 De acordo com o n.º 2 do art. 44.º, aplica-se supletivamente a esta licença, com as necessárias adaptações, o regime previsto para a licença especial, designadamente quanto à possibilidade de suspensão por doença do trabalhador e às consequências da morte do filho.

6. Dispensas e faltas

1. *Dispensa para consultas, amamentação ou aleitação*

1.1 As trabalhadoras grávidas podem faltar para consultas médicas, exames pré-natais e preparação para o parto, pelo tempo e número de vezes necessários para o efeito, sempre que não seja possível efectuá-las fora do horário de trabalho O n.º 1 do art. 39.º do CT¹³⁴ refere-se somente à dispensa para consultas pré-natais. Contudo, o n.º 3 do art. 72.º da RCT equipara a preparação para o parto a esta situação.

No caso de as consultas ou a preparação para o parto só serem possíveis durante o horário de trabalho, o empregador pode exigir à trabalhadora prova desta circunstância, além da prova da realização da dita consulta (art. 72.º, n.º 2, da RCT).

1.2 Após o nascimento da criança, a mãe tem direito à dispensa de trabalho durante dois períodos diários distintos com a duração máxima de uma hora para amamentação, durante todo o tempo que esta durar, nos termos do n.º 2 do art. 39.º do CT e do n.º 3 do art. 73.º da RCT. Admite-se que, por acordo entre trabalhador e empregador, seja aplicável um regime diferente, por exemplo, um único período

[...] contam como períodos normais de trabalho, não podendo a mesma [média] ser apurada apenas com base nos dias em que não se verificaram tais ausências».

¹³⁴ Corresponde, com ligeiras alterações, ao art. 14.º da Lei n.º 4/84, de 5/04.

de duas horas. Na amamentação, a criança é alimentada através do peito materno, razão pela qual só pode ser realizada pela trabalhadora lactante (por oposição à aleitação), não estando sujeita a qualquer limite temporal.

Para exercer o direito a esta dispensa, a trabalhadora deve comunicar ao empregador, com 10 dias de antecedência relativamente ao início da mesma, que amamenta o filho. A apresentação do respectivo atestado médico passa, na actual lei, a ser exigível apenas após o primeiro ano de vida da criança, por força do n.º 1 do art. 73.º da RCT.

1.3 A partir do momento em que não há lugar à amamentação, aplica-se um regime comum a ambos os sexos, podendo, por decisão conjunta, quer a mãe, quer o pai trabalhador proceder à aleitação da criança, hipótese em que beneficiarão de idêntica dispensa até o menor completar um ano de idade (n.º 3 do art. 39.º do CT). De facto, os direitos que são atribuídos de modo exclusivo à mulher são incindíveis do facto de ser esta a gerar e a amamentar os filhos. Nos outros planos, prevalece uma ideia de tratamento igualitário entre homem/mulher. Contudo, parece resultar da RCT [art. 73.º, n.º 2, als. c) e d)] que um dos progenitores só pode gozar deste direito desde que o outro seja, também ele, trabalhador. Assim, para que um progenitor possa exercer este direito, é necessário que ambos trabalhem¹³⁵.

Este direito é alargado ao adoptante, ao tutor, à pessoa a quem foi deferida a confiança judicial ou administrativa do menor, ao cônjuge ou à pessoa em união de facto com qualquer um destes ou com o progenitor, desde que viva em comunhão de mesa e habitação com o

¹³⁵ No direito espanhol, a solução parece ser ligeiramente diferente, uma vez que ambos os progenitores têm de trabalhar para que o pai possa obter a dispensa para aleitação, não sucedendo o mesmo quando é a mãe que a solicita. MARIA AMPARO BALLESTER PASTOR (*La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral...*, cit., p. 63) qualifica esta solução como paradoxal e levanta dúvidas acerca da sua compatibilidade com a Directiva n.º 96/34/CE por esta exigir total igualdade no gozo das licenças parentais.

menor, por força do art. 99.º, n.º 1, da RCT. O trabalhador não pode estar totalmente impedido ou inibido de exercer o poder paternal [art. 100.º, al. c), da RCT].

Quanto ao procedimento a adoptar, o titular deste direito tem de comunicar ao empregador que aleita a criança, com 10 dias de antecedência relativamente ao início da dispensa, apresentando documento que confirme a decisão conjunta no sentido de ser um ou outro (ou ambos) a proceder à aleitação e prova de que o outro progenitor informou a respectiva entidade empregadora da decisão conjunta. Finalmente, tem ainda de declarar qual o período de dispensa gozado pelo outro progenitor, caso tenham optado pelo exercício conjunto alternado deste direito (n.º 2 do art. 73.º da RCT).

1.4 Um problema que já se colocava face ao direito anterior e que não encontrava resposta no ordenamento jurídico positivo, consistia em saber se o período de dispensa para amamentação ou aleitação era proporcionalmente alargado na hipótese de nascimentos múltiplos.

Em sentido positivo pronunciaram-se a CITE¹³⁶ e o Tribunal Central Administrativo¹³⁷. Partiram do argumento literal, uma vez que o art. 14.º, n.º 2, da Lei n.º 4/84 utilizava o vocábulo «missão» para traduzir a tarefa de amamentar que incumbe à mãe, para afirmar que «o direito que se está a contemplar é o direito do filho e não da mãe», esclarecendo que «se os deveres e direitos legais são conferidos em razão da existência do filho, este não poderá, obviamente, ser afectado pelo nascimento de um irmão gémeo, a não ser que a lei contemple a situação de outra forma». Interpretação reforçada pelo elemento sistemático, dado que os diplomas que regulam esta matéria têm por finalidade «assegurar direitos das mulheres grávidas, dos nascituros, das crianças e dos pais», sendo certo que o direito a

dispensa para amamentação «existe por causa do filho e para o filho e não por causa da mãe ou para a mãe».

Mais problemáticas poderiam ser algumas situações-limite, hoje em dia mais frequentes com o desenvolvimento dos processos de fertilização «in vitro», de trigémeos ou mais – a mãe poderia vir a ter direito a uma dispensa de seis horas diárias para amamentação, sem perda de retribuição.

Actualmente, esta situação encontra-se expressamente prevista no n.º 4 do art. 73.º da RCT, o qual prevê um acréscimo de 30 minutos por cada gemelar. Ou seja, o período de dispensa para amamentação ou aleitação é alargado, embora não de forma proporcional. Assim, uma trabalhadora que tenha dois filhos gémeos terá direito a dois períodos diários de 90 minutos cada, salvo acordo com o empregador em sentido diverso.

1.5 Uma questão que tem gerado alguns conflitos e que continua a não encontrar resposta expressa na lei é a de saber a quem compete fixar os períodos de amamentação ou aleitação da criança.

A resposta parece, todavia, evidente. Trata-se de um direito da trabalhadora a exercer no interesse da criança, logo não pode ser o empregador a fixar estes períodos de acordo com as conveniências da empresa. A alimentação da criança não pode secundarizar-se em função de interesses empresariais. Além de que, muitas vezes, atendendo à distância física do local de trabalho, a fixação desta hora no meio do período normal de trabalho, por exemplo, inviabilizaria, do ponto de vista prático, o exercício deste direito¹³⁸.

¹³⁶ Neste sentido, veja-se o acórdão da Relação do Porto, de 19/10/98, processo 9840641 (não publicado), onde se afirma claramente que compete à mãe trabalhadora a definição do período de gozo da dispensa para amamentação.

O mesmo entendimento era partilhado pela jurisprudência e doutrina espanholas antes do início de vigência do n.º 6 do art. 37 do *Estatuto de los Trabajadores* que veio consagrar expressamente esta solução – cf. MARIA AMPARO BALLESTER PASTOR, *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral...*, cit., pp. 62 ss. Em caso de conflito com o empregador prevê-se a possibilidade de recurso a um procedimento judicial especial.

¹³⁶ Parecer n.º 38A/CITE/2000.

¹³⁷ Acórdão de 12/05/2000, processo 3831/99.

1.6 Na hipótese de o progenitor que amamenta ou aleita a criança ter um contrato de trabalho a tempo parcial, a respectiva dispensa é reduzida na proporção do período normal de trabalho, nos termos do n.º 5 do art. 73.º da RCT. Esta solução já se encontrava no direito anterior (art. 14.º, n.º 4, da Lei n.º 4/84)¹³⁹. No entanto, o regime actual prevê o limite mínimo de 30 minutos de dispensa, para evitar o esvaziamento prático deste direito. Esclarece-se ainda que esta proporção é feita, em cada dia, atendendo ao período normal de trabalho diário¹⁴⁰, devendo ser gozada num único período não superior a uma hora. Se da aplicação da regra do cálculo proporcional resultar o direito a uma dispensa superior a uma hora diária, o remanescente será gozado num segundo período. Admite-se que as partes, por acordo, possam consagrar um regime diferente.

1.7 As dispensas de trabalho previstas neste artigo não determinam a perda de quaisquer direitos, sendo tratadas como prestação efectiva de serviço para todos os efeitos, inclusivamente não afectam o direito à retribuição – art. 50.º, n.º 2, do CT. Dá-se, assim, cumprimento ao art. 9.º da Directiva n.º 92/85/CEE, embora se alargue a protecção imposta por este preceito à dispensa para amamentação ou aleitação, uma vez que ele só se refere aos exames pré-natais.

A violação do disposto no art. 39.º do CT constitui uma contra-ordenação grave (art. 643.º, n.º 2, do CT).

¹³⁹ Outra parece ser a solução no ordenamento jurídico do país vizinho, na ausência de norma similar à nossa ou de disposição constante de instrumento de regulamentação colectiva – cf. MARIA AMPARO BALLESTER PASTOR, *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral...*, cit., p. 64.

¹⁴⁰ Esta solução já era defendida, antes do início de vigência do CT, por JÚLIO GOMES, «Trabalho a tempo parcial», cit., p. 87, nota 41.

2. Faltas para assistência a menores, a pessoas com deficiência ou doença crónica

2.1 O art. 40.º do CT¹⁴¹ prevê a possibilidade de os trabalhadores faltarem para prestação de assistência a filhos, adoptados ou a enteados menores de 10 anos. Este direito não abarca, portanto, apenas os progenitores, mas é alargado ao adoptante, ao tutor, à pessoa a quem foi deferida a confiança judicial ou administrativa do menor, ao cônjuge ou à pessoa em união de facto com qualquer um destes ou com o progenitor, desde que viva em comunhão de mesa e habitação com o menor (n.º 3 do art. 40.º e art. 99.º, n.º 1, da RCT). A possibilidade de a tutela ou guarda da criança poder resultar também de decisão administrativa não constava do direito anterior. Como em todas as situações analisadas *supra*, o trabalhador não pode estar impedido ou inibido totalmente de exercer o poder paternal [art. 100.º, al. e), da RCT].

2.2 A admissibilidade de faltas ao trabalho por motivo de força maior associado a razões familiares urgentes resulta de uma imposição comunitária constante da cláusula 3 da Directiva n.º 96/34/CE, de 3/06, a qual admite todavia que os Estados-membros possam especificar as respectivas condições e limites.

Em cumprimento desta disposição comunitária, o nosso legislador só considerou justificadas¹⁴² as faltas para assistência a menores que preencham concomitantemente vários requisitos. Em primeiro lugar, só se aplicam a filhos/adoptados/enteados menores de 10 anos. Em segundo lugar, a assistência aqui prevista tem por fundamento a doença ou acidente do menor. Em terceiro lugar, consagra-se um limite máximo para o número de faltas justificadas com este funda-

¹⁴¹ Este regime de faltas encontrava-se regulado, antes da entrada em vigor do CT e da respectiva regulamentação, no art. 15.º da Lei n.º 4/84, de 5/04.

¹⁴² *Vd.* art. 225.º, n.º 2, al. e), do CT.

mento: 30 dias por ano (por trabalhador). E, finalmente, recorre-se a dois conceitos indeterminados de preenchimento necessário e cumulativo: a assistência tem de ser simultaneamente inadiável e imprescindível.

2.3 No que respeita ao procedimento a adoptar, o empregador pode exigir do trabalhador quer a prova do carácter inadiável e imprescindível da assistência, quer a declaração de que o outro progenitor tem actividade profissional e não faltou pelo mesmo motivo ou, em alternativa, que está impossibilitado de prestar a dita assistência (art. 74.º, n.º 1, da RCT).

2.4 Na hipótese de o menor de 10 anos ser hospitalizado, as faltas justificadas alargam-se a todo o período em que a mesma durar, não podendo ser exercida em simultâneo por ambos os progenitores – n.º 2 do art. 40.º do CT. Para comprovar a veracidade do motivo justificativo das faltas, o empregador pode exigir declaração de internamento do estabelecimento hospitalar (art. 74.º, n.º 2, da RCT).

2.5 O regime previsto no art. 40.º do CT é aplicável às hipóteses em que o filho, adoptado ou filho do cônjuge que com este resida, seja portador de deficiência ou doença crónica (art. 42.º do CT). Vemos assim que, contrariamente ao que sucedia com a lei anterior¹⁴³, este preceito abrange, além dos portadores de deficiência, as situações de doença crónica.

Quanto ao âmbito subjectivo, requisitos e procedimento a adoptar, aplica-se o art. 40.º que regula as faltas para assistência a menores. A única diferença consiste na circunstância de a idade do portador de deficiência ou de doença crónica ser irrelevante.

¹⁴³ Art. 16.º da Lei n.º 4/84, de 5/04.

2.6 Estas faltas não determinam a perda de quaisquer direitos, sendo tratadas como prestação efectiva de trabalho para os diversos efeitos, excepto quanto à retribuição – art. 50.º, n.º 1, als. d) e g), do CT. Todavia, tratando-se de faltas para assistência a menores, o trabalhador tem direito a um subsídio, nos termos da legislação da segurança social (art. 103.º, n.º 1, e art. 104.º da RCT).

A violação do disposto no art. 40.º ou no art. 42.º constitui uma contra-ordenação grave (art. 643.º, n.º 2, do CT).

3. Faltas para assistência a outros familiares

3.1 O art. 203.º da RCT¹⁴⁴ prevê a possibilidade de o trabalhador faltar para prestação de assistência ao cônjuge, parente ou afim na linha recta ascendente ou no 2.º grau da linha colateral, filho, adoptado ou enteado com mais de 10 anos. Tratando-se de menor com mais de 10 anos, são titulares deste direito não apenas os progenitores, mas também o adoptante, o tutor, a pessoa a quem foi deferida a confiança judicial ou administrativa do menor (n.º 3 do artigo mencionado). A possibilidade de a tutela ou guarda da criança poder resultar também de decisão administrativa não constava do direito anterior¹⁴⁵. Como em todas as situações analisadas *supra*, nestes casos, o trabalhador não pode estar impedido ou inibido totalmente de exercer o poder paternal [art. 100.º, al. e), da RCT].

3.2 À semelhança do que sucede na hipótese anterior, o legislador só considera justificadas¹⁴⁶ as faltas para assistência à família que preencherem cumulativamente vários requisitos.

Em primeiro lugar, só se aplicam ao cônjuge, parente ou afim na linha recta ascendente ou no 2.º grau da linha colateral, filho,

¹⁴⁴ Para a administração pública, veja-se o art. 110.º da RCT.

¹⁴⁵ Cf. art. 32.º da Lei n.º 4/84, de 5/04.

¹⁴⁶ *Vd.* art. 225.º, n.º 2, al. e), do CT.

adoptado ou enteado com mais de 10 anos. Desaparece a referência expressa, presente na lei revogada, às faltas para assistir pessoa com quem o trabalhador vive em união de facto. Supressão que não se compreende atento o elemento sistemático da interpretação e a coerência interna do Código, uma vez que o legislador demonstrou, em inúmeros preceitos, a preocupação em tratar de modo simétrico o casamento e a união de facto. Veja-se, por exemplo, o art. 227.º, n.º 2, que alterou correctamente o regime legal anteriormente vigente ao consagrar, em hipótese de falecimento, o mesmo número de dias de faltas justificadas para ambos os casos. O mesmo entendimento subjaz aos arts. 217.º, n.º 5, do CT e 99.º da RCT. Por este motivo, penso que a norma deve ser objecto de uma interpretação extensiva, por haver identidade de razão e por força do elemento sistemático, abarcando o espírito do preceito a união de facto.

Em segundo lugar, a assistência aqui prevista tem por fundamento a doença ou acidente. Em terceiro lugar, consagra-se um limite máximo para o número de faltas justificadas com este fundamento: 15 dias por ano. Este período pode ser alargado na proporção de um dia por cada filho, adoptado ou enteado além do primeiro (n.º 2 do art. 203.º da RCT). Trata-se de uma inovação face à lei anterior. E, finalmente, recorre-se a dois conceitos indeterminados de preenchimento necessário e cumulativo: a assistência tem de ser simultaneamente inadiável e imprescindível.

3.3 No que respeita ao procedimento a adoptar, o empregador pode exigir do trabalhador quer a prova do carácter inadiável e imprescindível da assistência, quer a declaração de que os outros membros do agregado familiar exercem actividade profissional e não faltaram pelo mesmo motivo ou, em alternativa, estão impossibilitados de prestar a dita assistência (n.º 4 do art. 203.º da RCT).

3.4 Estas faltas não determinam a perda de quaisquer direitos, sendo tratadas como prestação efectiva de serviço para os diversos efeitos, excepto quanto à retribuição – art. 204.º da RCT.

4. Situação especial das faltas dadas pelos avós para assistência a netos nascidos de filhos adolescentes

4.1 O art. 41.º do CT manteve, com ligeiras alterações, a possibilidade de o(a) trabalhador(a) faltar para acompanhamento de netos de filhos adolescentes¹⁴⁷. Para além dos avós, este regime de faltas beneficia, ainda, o tutor do adolescente, o trabalhador a quem tenha sido deferida a confiança judicial ou administrativa do mesmo, o seu cônjuge ou pessoa com quem vive em união de facto (art. 99.º, n.º 3, da RCT). O trabalhador que pretende faltar por este motivo não pode, evidentemente, estar totalmente impedido ou inibido de exercer o poder paternal [art. 100.º, al. g), da RCT].

Se existirem dois titulares deste direito, podemos configurar várias hipóteses possíveis, admitidas pelo 75.º, n.º 2, da RCT, conforme decisão conjunta: a) o período de faltas é gozado integralmente por apenas um deles; b) é gozado por ambos, simultaneamente, em regime de trabalho a tempo parcial; c) é gozado por ambos em períodos sucessivos¹⁴⁸.

4.2 As faltas para assistência a netos só são justificadas¹⁴⁹ se estiverem preenchidos cumulativamente vários requisitos.

Em primeiro lugar, só se aplicam em relação a netos que sejam filhos de adolescentes com idade inferior a 16 anos. Parecem ficar, assim, excluídos os netos de filhos de adolescentes com 16 anos, contrariamente ao que resultava da Lei n.º 4/84 que referia os «adolescentes com idade até aos 16 anos».

Em segundo lugar, o adolescente tem de viver em comunhão de mesa e habitação com o(s) seu(s) progenitor(es). GUILHERME

¹⁴⁷ Este regime encontrava-se no art. 27.º da Lei n.º 4/84, de 5/04.

¹⁴⁸ O titular que exerce o direito de faltar ao trabalho por este motivo deve apresentar ao empregador um documento do qual conste a decisão conjunta, assim como a prova de que o outro titular informou o respectivo empregador da mesma (art. 75.º, n.º 3, da RCT).

¹⁴⁹ Vd. art. 225.º, n.º 2, al. e), do CT.

DRAY¹⁵⁰ defende fundadamente uma interpretação extensiva do preceito de forma a abranger as situações em que apenas o neto e não o progenitor adolescente vive em comunhão de mesa e habitação com os avós. Esta hipótese estaria abrangida pelo espírito da norma atendendo à sua *ratio*: «colmatar eventuais ausências dos pais adolescentes na educação e acompanhamento do desenvolvimento físico e psíquico do menor, através da intervenção dos avós». Esta solução parece ser confirmada pela RCT ao exigir que o trabalhador declare que o neto vive consigo em comunhão de mesa e habitação e não estabelecer semelhante exigência para o filho adolescente [art. 75.º, n.º 1, al. a)].

Em terceiro lugar, consagra-se um limite máximo para o número de faltas justificadas com este fundamento: 30 dias consecutivos a seguir ao nascimento do neto.

Finalmente, a constituição deste direito pressupõe, ainda, que o cônjuge do trabalhador não possa prestar assistência ao neto, em virtude de exercer uma actividade profissional, de se encontrar física ou psiquicamente impossibilitado de o fazer ou, ainda, por não viver em comunhão de mesa e habitação com ele [art. 75.º, n.º 1, al. c), da RCT].

4.3 No que respeita ao procedimento a adoptar, o trabalhador que pretende faltar por este motivo deve informar o empregador, com a antecedência de 5 dias¹⁵¹, e declarar que o neto é filho de adolescente com idade inferior a 16 anos, que vive consigo em comunhão de mesa e habitação e que o seu cônjuge exerce actividade profissional, ou, em alternativa, se encontra física ou psiquicamente impossibilitado de cuidar do neto, ou então não vive em comunhão de mesa e habitação com este (art. 75.º, n.º 1, da RCT).

4.4 Estas faltas para assistência a netos não implicam a perda de qualquer direito, sendo consideradas como prestação efectiva de

¹⁵⁰ AAVV, *Código do Trabalho anotado*, cit., p. 147.

¹⁵¹ Solução que já resultaria do art. 228.º, n.º 1, do CT.

serviço para todos os efeitos, excepto quanto à retribuição – art. 101.º, n.º 1, da RCT¹⁵².

A violação do disposto no art. 41.º constitui uma contra-ordenação grave (art. 643.º, n.º 2, do CT).

7. Efeitos das licenças, dispensas e faltas

7.1 De acordo com o art. 50.º do CT¹⁵³, as licenças, faltas e dispensas previstas no n.º 1¹⁵⁴ não implicam a perda de qualquer direito, sendo tratadas como prestação efectiva de trabalho para os diversos efeitos (v.g., antiguidade, promoções, etc.), excepto quanto à retribuição. Todavia, o trabalhador tem direito a um subsídio nos termos da legislação da segurança social (art. 103.º, n.º 1, e art. 104.º da RCT).

Diversamente, as dispensas referidas no n.º 2, para consultas, amamentação e aleitação (art. 39.º), não implicam sequer a perda de retribuição.

7.2. Quanto às faltas para assistência a netos (art. 41.º) e à licença parental (art. 43.º, n.ºs 1 e 2), prevê o art. 101.º, n.º 1, da RCT, que as mesmas não implicam a perda de qualquer direito, sendo consideradas como prestação efectiva de serviço para todos os efeitos, excepto quanto à retribuição. Contudo, como já referi, a licença parental gozada pelo pai atribui-lhe o direito a um subsídio, nos termos da

¹⁵² Desaparece o direito a um subsídio da segurança social, cuja previsão na lei anterior resultava da remissão operada pelo n.º 3 do art. 27.º da Lei n.º 4/84 para o art. 26.º, n.º 1, do mesmo diploma.

¹⁵³ Corresponde ao art. 23.º da Lei n.º 4/84, de 5/04 e traduz uma obrigação imposta aos Estados-membros pelo art. 11.º da Directiva n.º 92/85/CEE, de 19/10.

¹⁵⁴ Licenças por maternidade (art. 35.º), paternidade (art. 36.º) ou adopção (art. 38.º), faltas para assistência a menores (art. 40.º), dispensas de trabalho nocturno (art. 47.º, n.º 3) ou motivadas pela necessidade de protecção da saúde ou segurança da trabalhadora grávida, puérpera ou lactante [art. 49.º, n.º 2, al. c)]. Todos os artigos referidos pertencem ao CT.

legislação da segurança social, correspondente aos primeiros 15 dias (ou período equivalente), desde que estes sejam imediatamente subsequentes à licença por maternidade ou por paternidade – n.º 2 do art. 103.º da RCT. O período de licença parental é tomado em consideração para a taxa de formação das pensões de invalidez e velhice dos regimes de segurança social (n.º 3 do art. 50.º do CT e art. 105.º da RCT).

Não é admissível a acumulação destas faltas ou licenças com outras similares previstas na lei ou em IRCT (n.º 3 do referido art. 101.º).

7.3 O regime da licença especial (art. 43.º, n.ºs 3 e 4) e da licença para assistir pessoa com deficiência ou doença crónica (art. 44.º) encontra-se previsto no art. 101.º, n.º 4, da RCT. Nos termos mencionados *supra*, produzem os efeitos decorrentes de uma suspensão do contrato de trabalho.

Estes períodos são tomados em consideração para a taxa de formação das pensões de invalidez e velhice dos regimes de segurança social (n.º 3 do art. 50.º do CT e art. 105.º da RCT) e não prejudicam a atribuição dos benefícios de assistência médica e medicamentosa a que o trabalhador tenha direito. Na hipótese prevista no art. 44.º, o trabalhador tem direito a um subsídio nos termos da legislação da segurança social – art. 106.º da RCT.

7.4 Recordo que, nos termos do art. 37.º, n.º 3, da RCT, as licenças, faltas e dispensas relativas à protecção da maternidade e da paternidade não podem fundamentar diferenciações retributivas entre trabalhadores e remeto para as considerações tecidas *supra*.

7.5 Outros efeitos das licenças por maternidade, paternidade, adopção e da licença parental encontram-se regulados no n.º 2 do art. 101.º da RCT. Assim, suspendem o gozo das férias, não prejudicam o tempo decorrido de qualquer estágio ou curso de formação (embora o trabalhador tenha de cumprir, obviamente, o

período em falta para o completar) e adiam a prestação de provas para progressão na carreira profissional para data ulterior ao termo da licença.

7.6 Após o termo do período de licença por maternidade, paternidade, adopção ou parental, o(a) trabalhador(a) tem o direito de retomar a respectiva actividade em condições que não podem ser menos favoráveis, beneficiando de eventuais melhorias nas condições de trabalho a que teriam tido direito durante a sua ausência¹⁵⁵. No que respeita à licença por maternidade, cumpre relembrar o que foi dito *supra* (§ 2º, 2.) a propósito de uma decisão do TJCE¹⁵⁶, sobre a necessidade de o montante pago durante a licença de maternidade dever integrar os aumentos de retribuição ocorridos nesse período.

7.7 O trabalhador que se encontre a gozar a licença parental ou especial (art. 43.º), a licença para assistência a pessoa com deficiência ou doença crónica (art. 44.º), ou a trabalhar a tempo parcial para assistência a filho (art. 45.º), não pode exercer outra actividade, autónoma ou subordinada, incompatível com o escopo respectivo art. 102.º da RCT¹⁵⁷.

7.8 A violação do art. 50.º constitui uma contra-ordenação grave (art. 643.º, n.º 2, do CT).

¹⁵⁵ Cf. art. 2.º, n.º 7, da Directiva n.º 76/207/CEE, alterada pela Directiva n.º 2002/73/CE.

¹⁵⁶ Acórdão de 13/02/96, processo C-342/93 (CJ, 1996, pp. 475 ss.).

¹⁵⁷ Apesar de a RCT só prever incompatibilidades a propósito destas licenças, o exercício de uma actividade profissional durante o período de licença por maternidade ou por paternidade parece-me claramente incompatível com o escopo das mesmas e contrária ao princípio da boa fé. Sobre este ponto, *vd.* PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *op. cit.*, pp. 124 ss.

§ 3. Cessação do contrato de trabalho de trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes

1. Considerações gerais

1.1 O art. 3. , n  1, al. c), da Directiva n.  76/207/CEE¹⁵⁸, ao afirmar a aplicação do princípio da igualdade de tratamento às condições de emprego e de trabalho, explicita que estas incluem as condições de despedimento. Por sua vez, o TJCE interpretou a expressão despedimento num sentido amplo de modo a abarcar diversas formas de cessação desta relação jurídica, incluindo a cessação por mútuo acordo¹⁵⁹.

Também neste domínio, se pode afirmar que o despedimento motivado pelo estado de gravidez¹⁶⁰ constitui uma discriminação directa em função do sexo, na medida em que diz respeito apenas às mulheres, sendo contrário àquela Directiva comunit ria¹⁶¹.

¹⁵⁸ Após a alteração efectuada pela Directiva n.  2002/73/CE. Antes desta ocorrência, tal preceito podia ser encontrado no art. 5.  da Directiva.

¹⁵⁹ Decisão BURTON, de 16/02/82, processo 19/81, *European Court Reports*, 1982, p. 554.

No processo 152/84 (acórdão de 26/02/86, *CJ*, 1986-2, p. 723), o TJCE apreciou uma situação em que o empregador invoca a circunstância de a trabalhadora ter ultrapassado a idade de reforma (60 anos) para fazer cessar o contrato de trabalho, sendo certo que a idade de reforma dos homens se situava nos 65 anos. Partindo desta factualidade, o tribunal considerou que a «fixação de um limite de idade no que concerne à cessação da relação de trabalho no âmbito de uma política geral de despedimento», diz respeito às condições de despedimento e releva, portanto, da Directiva 76/207», concluindo no sentido de que constitui uma discriminação em razão do sexo proibida pela directiva.

¹⁶⁰ O mesmo vale para trabalhadoras puérperas ou lactantes.

¹⁶¹ Cfr., designadamente, acórdão do TJCE, de 8/11/90, processo C-179/88, supramencionado; acórdão de 30/06/98, processo C-394/96, que opõe Mary BROWN a Rentokil, Lda., (*CJ*, 1998, pp. 4185 ss.); as conclusões do advogado-geral Tizziano, no processo C-438/99 (*CJ*, 2001, p. I-6915). *Vd. também MARIA AMPARO BALLESTER PASTOR, La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral..., cit.*, p. 50.

Neste contexto, merece especial atenção o aresto do TJCE, no pol mico caso WEBB¹⁶², ao configurar como contrário   dita Directiva o despedimento de uma trabalhadora que foi contratada por tempo indeterminado com vista a substituir uma outra durante a licença de maternidade desta última e que não pôde assegurar esta substituição em virtude de ela própria ficar grávida pouco tempo após a sua contrata  o¹⁶³. Repete-se a ideia de que a cessação do contrato de trabalho em virtude da gravidez diz respeito exclusivamente às mulheres, constituindo, por isso, discriminação em função do sexo,   semelhança do que sucede em matéria de recrutamento quando há uma recusa em empregar uma mulher gr vida¹⁶⁴. Rejeita-se, por outro lado, a argumentação de que a desigualdade de tratamento não se baseia no facto de a trabalhadora estar grávida, mas sim na sua incapacidade de cumprir, durante determinado período, a prestação para a qual foi contratada (assegurando a substituição da trabalhadora em licença de maternidade), situação que seria equivalente   de um trabalhador do sexo masculino incapacitado por razões médicas de trabalhar durante o mesmo arco temporal. Nega-se, desde logo, a possibilidade de equiparação de uma gravidez a um estado patol gico¹⁶⁵; contrariamente aos seus colegas do sexo masculino, a ausência

¹⁶² Acórdão de 14/07/94, processo C-32/93, que opõe Carole Louise Webb a Emo Air Cargo (UK), Lda., *CJ*, 1994, p. 3567.

¹⁶³ Sobre o impacto que este acórdão teve na jurisprudência da *House of Lords*, *vd. CHRISTINE BOCH, op. cit.*, pp. 562 ss.

¹⁶⁴ *Vd. supra.*

¹⁶⁵ No acórdão de 8/11/90 (caso HERTZ), processo C-179/88 (*Recueil de Jurisprudence*, 1990, pp. 3979 ss.), o TJCE entendeu que não era discriminatório em razão do sexo o despedimento de uma trabalhadora motivado por faltas continuadas devidas a uma doença com origem na gravidez ou no parto, uma vez que essas ausências se verificaram após o período de licença por maternidade e implicariam também, nas mesmas condições, o despedimento de um trabalhador do sexo masculino. Aqui, o problema não se centrou na gravidez em si, portanto, voltou-se a aceitar a comparação com trabalhadores do sexo masculino para averiguação da existência de comportamentos discriminatórios e, como salientou CHRISTINE BOCH (*op. cit.*, p. 557, nota 37), tratando-se de uma discriminação indirecta, podiam também invocar-se justificações legítimas. Limita-se, assim, o período

durante o gozo da licença de maternidade, vai cumular com qualquer outra justificada por motivos de saúde. Por outro lado, a determinação

temporal de protecção da trabalhadora à duração da licença por maternidade, passando a partir daí a motivar-se as ausências na doença genericamente entendida, uma vez que, segundo o Tribunal, a doença prolongada, ainda que com origem na gravidez ou parto, não está contemplada na Directiva. Esta última limita-se a proteger a mulher nos despedimentos motivados pela maternidade durante o período de licença fixado pelo Estado-membro. Após este período estaremos perante «estados patológicos que não relevam dos riscos comuns da gravidez e que devem, assim, receber o mesmo tratamento que as situações de doença “de direito comum”» (conclusões do advogado-geral Ruiz-Jarabo Colomer no processo C-394/96, *CJ*, 1998, pp. 4185 ss.). Poderia o TJCE ter colocado a hipótese de se estar perante uma possível discriminação indirecta, como opina MIGUEL RODRIGUEZ-PINERO (*op. cit.*, p. 10), especialmente nos Estados-membros cuja legislação prevê períodos excessivamente curtos de licença por maternidade. Esta possibilidade parece ter sido afastada pelo órgão jurisdicional ao afirmar (ponto 18) que não é relevante saber se as mulheres faltam mais por causa da doença do que os homens, nem, consequentemente, averiguar da existência de discriminação indirecta.

CHRISTINE BOCH (pp. 558-559) questiona, todavia, a razoabilidade e coerência da argumentação do TJCE ao limitar a duração do período temporal em que a discriminação baseada na gravidez é, *deper se*, ilícita. Pergunta a autora como é que uma doença derivada da gravidez e, portanto, inseparável do sexo feminino pode ser «reclassificada» pelo TJCE? Se o tratamento desigual motivado pela gravidez constitui, para este Tribunal, discriminação sexual, como é que uma doença relacionada com a gravidez não é considerada nos mesmos termos? Também a *ratio* das normas comunitárias nesta matéria (a protecção da condição biológica da mulher) apontariam em sentido diverso. Tratando-se de uma doença resultante da gravidez não se compreende, na opinião da autora, a coerência lógica do TJCE ao tratar esta doença como qualquer outra. Conclui que tal se deve ao facto de este órgão jurisdicional aceitar, ainda que não expressamente, a existência de justificações válidas que se podem até relacionar com as razões de ordem financeira que rejeitou no caso DEKKER. De forma crítica, explica que o período de licença por maternidade não pode ser utilizado para qualificar uma doença como sendo ou não relacionada com a gravidez. Além de que o recurso ao período de licença nos termos definidos pela lei nacional dos Estados-membros põe em causa a uniformização do direito comunitário nos diversos países.

No caso BROWN (acórdão de 30/06/98, processo C-394/96, supramencionado), o TJCE reiterou esta interpretação, aditando ainda que não podem ser tidas em conta para o cálculo do período que justifica o despedimento (admitido pela lei do Estado-membro) as faltas dadas durante a gravidez e devidas a incapacidade para o trabalho com origem nesse estado. Recusou-se a jurisprudência manifestada no caso LARSSON (acórdão de 29/05/97, processo C-400/95, *CJ*, 1997, pp. 2757 ss.), bastante criticada, pela sua incoerência, pelo advogado-geral Ruiz-Jarabo Colomer (conclusões no processo C-394/96, *CJ*, 1998, pp. 4185 ss.).

da importância da presença da trabalhadora para o bom funcionamento da empresa não pode ser tida em conta, sob pena de se esvaziar a protecção garantida pelo direito comunitário à mulher durante a gravidez. De facto, a disponibilidade de uma trabalhadora no local e tempo de trabalho acordados é pré-condição fundamental para a realização efectiva do objecto contratual, sendo certo que o gozo da licença por maternidade a impede de prestar essa actividade durante esse período. Contudo, se o empregador pudesse despedir a trabalhadora invocando os problemas específicos que lhe adviriam dessa futura ausência, a protecção das mulheres grávidas seria virtualmente eliminada¹⁶⁶.

Aparentemente esta decisão justificar-se-ia atendendo à circunstância de a trabalhadora ter sido contratada por tempo indeterminado, facto, aliás, enfatizado pelo próprio tribunal e pelo advogado-geral¹⁶⁷. Poder-se-ia pensar que a solução seria diferente se se tratasse de um contrato a termo¹⁶⁸. Neste último, a ausência da trabalhadora, motivada pelo gozo da licença por maternidade, assumiria uma importância absoluta por dificultar o cumprimento das obrigações objecto do contrato. Contudo, como salienta ALONSO OLEA¹⁶⁹, se entendermos que, caso o contrato tivesse sido celebrado por tempo determinado, o despedimento da Sr.^a Webb não era discriminatório, chegamos à conclusão aparentemente paradoxal não de que se pode despedir a trabalhadora apesar de estar grávida, mas precisamente por estar grávida. No mesmo sentido, explica SARAH MOORE¹⁷⁰, que à luz da argumentação do TJCE, ao considerar como uma discriminação

¹⁶⁶ Assim, SARAH MOORE, «Sex, pregnancy and dismissal», *European Law Review*, vol. 19, 1994, p. 658.

¹⁶⁷ Nas suas conclusões, o advogado-geral TESAURO (*CJ*, 1994, pp. I-3567 ss.) refere «o seu recrutamento resulta de um contrato sem prazo e [...] a impossibilidade em que se encontra de fornecer a prestação para que foi contratada respeita, pois, a um período limitado de tempo em relação à duração total do contrato».

¹⁶⁸ Neste sentido, CHRISTINE BOCH, *op. cit.*, pp. 560 ss.

¹⁶⁹ *Apud* JUAN CARLOS ARCE, *op. cit.*, p. 85.

¹⁷⁰ *Op. cit.*, p. 659. *Vd. também* CHRISTINE BOCH, *op. cit.*, pp. 561 ss.

sexual directa um tratamento desfavorável de uma trabalhadora pelo facto de estar grávida, torna-se difícil distinguir as situações de contratos de trabalho celebrados por tempo indeterminado daqueles outros concluídos a termo. Em ambos os casos, a inexigibilidade de prestar trabalho deve-se à gravidez, por muito relevante que essa prestação possa ser tendo em conta a configuração contratual concreta.

Num acórdão ulterior¹⁷¹, este problema foi esclarecido pelo TJCE. O Tribunal afirmou inequivocamente que «a circunstância de um contrato de trabalho ter sido celebrado por tempo determinado ou indeterminado é irrelevante em relação à natureza discriminatória do despedimento». Em ambos os casos, a incapacidade da trabalhadora para cumprir a prestação laboral tem origem na sua gravidez e tanto é discriminatório um despedimento quando a relação laboral é por tempo indeterminado como quando é a termo, sendo certo que a duração do contrato não é um factor tido em conta pela Directiva¹⁷². Reitera-se a ideia de que a protecção concedida pelo direito comunitário à trabalhadora durante a gravidez e após o parto não pode depender da questão de saber se a sua presença, durante o período correspondente à licença por maternidade, é indispensável ao bom funcionamento da empresa, sob pena de privar de efeito útil as normas da Directiva n.º 76/207/CEE; sendo certo que «[e]sta interpretação não pode ser alterada devido à circunstância de o contrato de trabalho ser celebrado por tempo determinado». De outro modo, seriam excluídas do âmbito de protecção do diploma comunitário uma parte importante das relações laborais, constituindo mais um incentivo ao recurso à contratação a termo por permitir um nível de protecção das trabalhadoras mais reduzido. Ora, o n.º 1 do art. 4.º da Directiva n.º 1999/70/CE,

do Conselho, de 28/06¹⁷³, relativa ao contrato a termo, dedicado ao princípio da não discriminação, estabelece que os trabalhadores a termo não poderão ter um tratamento menos favorável, em matéria de condições de emprego, do que os trabalhadores permanentes numa situação comparável, pelo simples facto de os primeiros terem um contrato a termo, salvo se razões objectivas justificarem um tratamento diferente. As condições de emprego englobam, como já referi, o despedimento e a gravidez não constitui uma razão objectiva passível de justificar um tratamento diferenciado entre trabalhadores a termo e por tempo indeterminado¹⁷⁴.

No ordenamento jurídico português, o empregador não poderia recorrer ao despedimento por facto imputável ao trabalhador (art. 396.º do CT), por não existir justa causa¹⁷⁵. Resta saber se ele pode denunciar o contrato por se encontrar no período experimental, problema analisado *infra*.

1.2 O art. 7.º da Directiva n.º 76/207/CEE (alterada pela Directiva n.º 2002/73/CE) impõe aos Estados-membros a obrigação de tomar as medidas necessárias contra despedimentos que constituam reacção a queixas do trabalhador, designadamente o recurso a acções judiciais

¹⁷³ Respeitante ao acordo-quadro entre a Confederação Europeia dos Sindicatos, a União das Confederações da Indústria e dos Empregadores da Europa e o Centro Europeu das Empresas Públicas. Para uma análise desta Directiva em confronto com o nosso direito interno, *vd.* JÚLIO GOMES, «O contrato de trabalho a termo ou a tapeçaria de Penélope», *in* *Estudos do Instituto de Direito do trabalho*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 35 ss.

¹⁷⁴ Neste sentido, *cf.* as conclusões do advogado-geral RUIZ-JARABO COLOMER, apresentadas em 10/05/01, no processo C-109/00. *Cfr.* também as críticas esgrimidas por JEAN JACQMAIN, *op. cit.*, p. 356.

¹⁷⁵ Curiosamente o art. 6.º da Convenção n.º 103 da OIT supramencionada e ratificada por Portugal parece impor uma total inflexibilidade em matéria de despedimento de trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, ao prescrever, sem excepções, a ilegalidade do despedimento ocorrido durante os períodos de ausência relacionados com a maternidade, incluindo as hipóteses em que o pré-aviso expira durante a dita ausência. A Convenção n.º 183, que a modifica (ainda não ratificada), pelo contrário, já vem admitir o despedimento por motivos não relacionados com a gravidez, a maternidade ou a amamentação (art. 8.º, n.º 1).

¹⁷¹ Acórdão do TJCE, de 4/10/01, processo C-109/00, referido *supra*.

¹⁷² Conclusões do advogado-geral RUIZ-JARABO COLOMER, apresentadas em 10/05/01, no processo C-109/00.

destinadas a fazer respeitar o princípio da igualdade de tratamento. Dando cumprimento a esta disposição comunitária, a proibição do despedimento ou a aplicação de outras sanções disciplinares motivadas por reclamação da trabalhadora baseada em alegada discriminação resulta das normas referentes ao despedimento por facto imputável ao trabalhador (arts. 396.º, 429.º e 430.º do CT) e do próprio art. 374.º do CT¹⁷⁶ relativo a sanções abusivas [designadamente da al. d) deste preceito que classifica como abusiva a sanção disciplinar fundada na circunstância de o trabalhador invocar direitos ou garantias que lhe assistem]. Em termos paralelos ao que sucede com o regime das sanções abusivas, estabelece-se, no art. 38.º da RCT, uma presunção ilidível do carácter abusivo da sanção que tem lugar dentro do prazo de um ano a contar da data da «reclamação, queixa ou propositura da acção judicial contra o empregador», procedendo-se assim ao alargamento do prazo de seis meses previsto no n.º 2 do art. 374.º A aplicação de uma sanção disciplinar por estes motivos atribui à trabalhadora um direito a ser indemnizada nos termos gerais de direito, para além de outras previstas na lei. Assume especial importância a elevação da indemnização por antiguidade devida na situação de despedimento que pode ser fixada pelo tribunal entre 30 e 60 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fracção de antiguidade (arts. 375.º, n.º 2, e 439.º, n.º 4)¹⁷⁷.

2. Protecção especial concedida às trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes

2.1. Razão de ordem. Âmbito subjectivo

Após estas considerações de carácter geral, cumpre atender à protecção concedida às trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactan-

¹⁷⁶ Corresponde ao art. 32.º da LCT.

¹⁷⁷ No domínio da lei anterior (art. 33.º, n.º 2, da LCT) a indemnização por antiguidade era elevada para o dobro.

tes em matéria de despedimento, na sequência do art. 10.º da Directiva n.º 92/85/CEE. A razão de ser deste preceito prende-se com a redução do risco que um eventual despedimento implica para a situação física e psíquica das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, incluindo o perigo particularmente grave de incitar a trabalhadora grávida a interromper voluntariamente a gravidez¹⁷⁸. Além dos interesses da mulher trabalhadora, estão em causa os do nascituro e da criança, uma vez que da estabilidade do emprego da mãe depende, em larga medida, o seu desenvolvimento normal e saudável.

O regime especial consta do art. 51.º do CT, sendo aplicável não só às trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, mas igualmente ao pai trabalhador durante o gozo da licença por paternidade (art. 98.º, n.º 4, da RCT).

2.2 Parecer da CITE prévio ao despedimento. Procedimento a adoptar pelo empregador

2.2.1 Determina o n.º 1 do art. 51.º do CT que o despedimento de trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, carece do parecer prévio da CITE. Surge aqui uma primeira alteração face ao direito anterior: restringiu-se a formulação da Lei n.º 4/84¹⁷⁹ que se referia, em termos abrangentes, à «cessação do contrato de trabalho» e não somente ao despedimento. Eliminam-se algumas dúvidas suscitadas

¹⁷⁸ Cf., v.g., considerandos da Directiva n.º 92/85/CEE; acórdão do TJCE, de 14/07/94, processo C-32/93, *CJ*, 1994, pp. 3567 ss.; acórdão de 4/10/01, processo C-109/00, e acórdão de 30/06/98, processo C-394/96, supramencionados. A este propósito, o advogado-geral RUIZ-JARABO COLOMER (conclusões apresentadas em 10/05/01, no processo C-109/00) refere uma notícia publicada no jornal *El País*, em 19/03/00, sobre uma jogadora de andebol profissional que viu rescindido o seu contrato ao comunicar ao clube que estava grávida. Aparentemente, o respectivo contrato incluía uma cláusula nos termos da qual a gravidez era motivo de rescisão. Em 23/03, o mesmo jornal publica a notícia de que a jogadora teve um aborto espontâneo devido possivelmente a ter jogado uma partida de competição estando grávida de dois meses.

¹⁷⁹ Art. 24.º da Lei n.º 4/84, de 5/04.

pela doutrina em relação ao alcance desta última norma, designadamente quando se tratasse de denúncia do contrato pelo empregador no período experimental¹⁸⁰.

No que respeita às modalidades de despedimento promovido pelo empregador que carecem do referido parecer, elas abarcam o despedimento por facto imputável ao trabalhador (art. 396.º), o despedimento colectivo (art. 397.º), o despedimento por extinção do posto de trabalho (art. 402.º) e o despedimento por inadaptção (art. 405.º). O momento em que o parecer deve ser solicitado, nas diversas hipóteses, é definido no art. 98.º, n.º 1, da RCT¹⁸¹. Apesar de abrangida por este último preceito, a exigência do parecer não faz, aparentemente, muito sentido em hipóteses de despedimentos colectivos que abarquem a totalidade dos trabalhadores.

2.2.2 No que respeita ao procedimento a adoptar, o empregador deverá remeter cópia do processo à CITE nos momentos definidos, para as diferentes hipóteses de despedimento, no art. 98.º, n.º 1, da RCT. O parecer deverá ser comunicado a ambos os contraentes nos 30 dias subsequentes à recepção do processo de despedimento (n.º 3 do art. 51.º do CT). Caso aquela entidade não se pronuncie dentro deste prazo, considera-se satisfeita a exigência do n.º 1 e em sentido favorável ao despedimento (art. 98.º, n.º 2, da RCT), seguindo o processo os trâmites normais.

¹⁸⁰ Cf. CATARINA CARVALHO, «Considerações...», cit., pp. 145-146; JÚLIO GOMES, «Do uso e abuso do período experimental», cit., pp. 262 ss. Explica este último autor (pp. 263 ss.) que houve uma regressão relativamente ao regime da LCT (Regime jurídico do contrato individual de trabalho, aprovado pelo DL n.º 48408, de 24/11/1969) ou, pelo menos, à sua aplicação. Veja-se, ainda, PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, 2.ª ed., Principia, 2002, pp. 203-204.

¹⁸¹ No despedimento por facto imputável ao trabalhador, após as diligências probatórias referidas no art. 414.º, n.º 3; no despedimento colectivo, depois da fase das consultas regulada no art. 420.º; no despedimento por extinção do posto de trabalho, após as consultas referidas nos n.ºs 1 e 2 do art. 424.º; no despedimento por inadaptção, depois das consultas reguladas no art. 427.º

2.2.3 Se CITE emitir um parecer desfavorável, então o despedimento só poderá ter lugar através de uma acção judicial que reconheça a existência de motivo justificativo (n.º 5 do art. 51.º), a qual deverá ser intentada nos 30 dias subsequentes à notificação do parecer (art. 98.º, n.º 3, da RCT), sem prejuízo da aplicação do procedimento previsto neste diploma para a modalidade de despedimento em causa.

2.2.4 O n.º 4 do art. 51.º estabelece, como consequência da falta de solicitação do parecer à CITE, a invalidade do procedimento e não a nulidade do despedimento como a lei anterior. Esta opção não é despicienda tendo em conta o conteúdo da norma do art. 436.º, n.º 2, do CT¹⁸², ao permitir a reabertura do procedimento disciplinar, até ao termo do prazo para a contestação, quando a sua invalidade implica a ilicitude do despedimento. Assim, o empregador pode, neste período, solicitar o parecer à CITE, embora o mesmo possa não ser tempestivo. Resta saber o que sucede na hipótese de o parecer ser notificado aos contraentes dentro do prazo, mas com um conteúdo desfavorável ao despedimento: o empregador pode intentar uma acção judicial com vista ao reconhecimento da existência do motivo justificativo, quando já despediu a trabalhadora? Penso que não.

2.3 Caducidade do contrato de trabalho a termo

Caso o empregador pretenda invocar a caducidade do contrato de trabalho a termo de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, o art. 133, n.º 3, do CT, impõe-lhe a obrigação de comunicar à CITE «o motivo da não renovação do contrato de trabalho a termo», no prazo

¹⁸² Sobre a constitucionalidade deste preceito, vd. JÚLIO GOMES e RAQUEL CARVALHO, *op. cit.*, pp. 212 ss.; JOSÉ JOÃO ABRANTES, «O Código do Trabalho e a Constituição», *Questões Laborais*, n.º 22, 2003, pp. 143 ss.; JOÃO LEAL AMADO, «Algumas notas sobre o regime do despedimento *contra legem* no Código do Trabalho», in *VII Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, coord. por António Moreira, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 284-285. Em sentido diferente, vd. LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *op. cit.*, pp. 44 ss.

máximo de 5 dias úteis. Trata-se, no entanto, de uma mera comunicação e não de um pedido de parecer prévio. As consequências da violação deste dever parecem reduzir-se, todavia, a uma contra-ordenação leve (art. 655.º, n.º 3).

O TJCE foi chamado a pronunciar-se sobre esta questão, tendo concluído que a proibição de despedimento prevista no art. 10.º da Directiva n.º 92/85/CEE se aplica tanto aos contratos de trabalho com duração indeterminada como aos celebrados com duração determinada¹⁸³. Até porque a duração desta relação laboral é potencialmente aleatória, podendo ser mais ou menos longa, uma vez que o contrato pode ser objecto de renovações¹⁸⁴. No entanto, afirmou o mesmo órgão jurisdicional que a não renovação de tal contrato, quando este chegou ao seu termo normal, não poderá ser equiparada, só por si, a um despedimento proibido pela referida norma comunitária.

Contudo, na medida em que a não renovação seja motivada pelo estado de gravidez da trabalhadora, constitui uma discriminação directa em função do sexo, contrária à Directiva n.º 76/207/CEE. De facto, como explica o TJCE, «a não renovação do contrato equivaleria a uma recusa de contratar uma mulher grávida», o que violaria a última Directiva referida, assim como, entre nós, as normas do direito nacional que a transpuseram, designadamente os arts. 22.º, 27.º e 28.º do CT.

No mesmo sentido, já se pronunciou Tribunal Constitucional espanhol¹⁸⁵ ao considerar existir discriminação quando o empregador deixa de renovar o contrato em virtude de ter tido conhecimento da

gravidez da trabalhadora¹⁸⁶. Constava da matéria de facto provada que o empregador renovou o contrato de outras cinco trabalhadoras, para as mesmas funções, e fez caducar apenas o de uma, informando verbalmente o marido da mesma de que a causa da não renovação se prendia com a sua gravidez. Consequentemente, o órgão jurisdicional do país vizinho qualificou como nula a decisão do empregador de não renovar o contrato a termo, entendendo que o mesmo se tinha renovado, tal como sucedera com as restantes trabalhadoras. Assim sendo, os efeitos da decisão do empregador eram equiparáveis aos de um despedimento ilícito.

Partindo agora da factualidade descrita a propósito do caso WEBB supramencionado, vamos supor que a trabalhadora foi contratada a termo incerto para substituir uma outra que se encontrava a gozar a licença por maternidade, ao abrigo do art. 143.º, al. a), do CT. O contrato dura pelo tempo necessário à substituição do trabalhador ausente (art. 144.º do CT). Todavia, algum tempo depois, descobriu que ela própria estava grávida. *Quid iuris?* A única diferença em relação ao caso anterior reside na circunstância de a trabalhadora ter celebrado um contrato de trabalho de duração temporal limitada. Em princípio, para o contrato caducar é necessário que a trabalhadora substituída regresse. Mas, poderá o empregador invocar a cláusula geral do art. 387.º, al. b)? Penso que não se poderá, com segurança, qualificar a impossibilidade como definitiva até porque pode acontecer que ocorra uma interrupção involuntária da gravidez ou que a trabalhadora se limite a gozar o período obrigatório de licença de

¹⁸³ Acórdão de 4/10/01, processo C-438/99, que opõe Maria Luísa Jiménez Melgar contra Ayuntamiento de los Barrios, *CJ*, 2001, p. 6915. O mesmo entendimento é sufragado pelo advogado-geral Tizziano, nas suas conclusões (*CJ*, 2001, p. I-6915). No mesmo sentido, acórdão do TJCE, de 4/10/01, processo C-109/00, supramencionado.

¹⁸⁴ Cf. Acórdão do TJCE, de 4/10/01, processo C-109/00, referido *supra*.

¹⁸⁵ Cf. JUAN CARLOS ARCE, *op. cit.*, pp. 85-86 e MARIA AMPARO BALLESTER PASTOR, *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral...*, *cit.*, p. 22, nota 27.

¹⁸⁶ As dificuldades probatórias podem ser atenuadas pelos arts. 23.º, n.º 3, do CT e 35.º da RCT, com recurso a um critério comparativo com outros trabalhadores. Por exemplo, não se renovou o contrato de uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, mas sim o de todos os outros trabalhadores que realizam funções similares. Podem ainda indiciar discriminação factos como o comportamento habitual do empregador em matéria de contratação ou cessação de contratos de mulheres grávidas, puérperas ou lactantes ou a contratação de outro trabalhador praticamente simultânea com a invocação da caducidade do contrato — cf. PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *op. cit.*, pp. 198 ss.

maternidade. Em regra, o empregador terá, portanto, de celebrar outro contrato a termo para substituir a substituta.

2.4 Denúncia no período experimental

2.4.1 Nos termos do art. 105.º do CT, a denúncia no período experimental não tem de ser motivada («sem necessidade de invocação de justa causa»). Todavia, não pode ser fundada em motivos discriminatórios, designadamente em função do sexo, como seria o caso da denúncia do contrato determinada pela gravidez da trabalhadora, sob pena de ilicitude, por violar o art. 13.º da CRP e os preceitos imperativos constantes dos arts. 22.º, 23.º e 27.º do CT. Tal não significa que o empregador não possa denunciar no período experimental o contrato que o vincula a uma trabalhadora grávida¹⁸⁷. Simplesmente, essa cessação contratual tem de se fundar em motivos alheios à gravidez como, por exemplo, a insuficiência profissional para o desempenho das funções. Mesmo tratando-se de uma denúncia, e não de um despedimento, esta é subsumível «às condições de trabalho» previstas no art. 22.º e 27.º do CT, nos termos da interpretação ampla do TJCE referida *supra*.

Partindo de uma perspectiva de unidade do sistema jurídico, compreende-se mal que o empregador tenha de comunicar à CITE o motivo da não renovação do contrato de trabalho a termo (art. 133.º, n.º 3, do CT), em total contraste com a ausência de necessidade de motivação ou comunicação similar no período experimental, sendo certo que este permite encobrir, pelo menos de igual forma, práticas discriminatórias.

¹⁸⁷ O art. L. 122-25 do *Code du Travail* prevê expressamente a inadmissibilidade de a gravidez da trabalhadora ser tida em conta para fazer cessar o contrato no decurso do período experimental, tal como sucede em matéria de recrutamento de uma candidata a emprego. Em situação de litígio, cabe ao empregador motivar a sua decisão. Mantendo-se a dúvida, esta deve beneficiar a trabalhadora grávida, nos termos do preceito legal referido. Cf. LAURE DE LA PRADELLE, «La période d'essai», *Revue Pratique de Droit Social*, n.º 611, 1996, pp. 91 ss.

2.4.2 A inexigência de fundamentação torna muito difícil a prova do carácter abusivo da denúncia por ser discriminatória¹⁸⁸. Contudo, o art. 23.º, n.º 3, do CT, já analisado *supra*, consagra um regime especial em matéria de ónus da prova¹⁸⁹, fazendo recair sobre a trabalhadora apenas o ónus de alegar a discriminação, fundamentando-a¹⁹⁰, cabendo ao empregador a prova de que a denúncia do contrato não foi baseada em qualquer comportamento discriminatório, *maxime*, na gravidez da trabalhadora. Com efeito, à semelhança do que afirmei noutro domínio¹⁹¹, esta suposta inversão do ónus da prova não significa que o empregador deva provar que não realizou qualquer prática discriminatória. A situação deve ser analisada sob outro prisma: o empregador não tem de destruir a presunção, mas sim

¹⁸⁸ Como explica PEDRO FURTADO MARTINS, *op. cit.*, p. 203, nota 8, «não tendo a entidade empregadora que fundamentar o acto de denúncia, não será fácil demonstrar as verdadeiras razões que o justificam».

¹⁸⁹ Este artigo deve ser conjugado com o art. 35.º da RCT que esclarece e, em algumas hipóteses, alarga este regime do ónus da prova à invocação de práticas discriminatórias motivadas, designadamente, pelo exercício de direitos inerentes ao estatuto de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante.

¹⁹⁰ Para exemplificação, vou recorrer a um caso submetido à apreciação dos tribunais espanhóis. Uma trabalhadora contratada para prestar serviços na secção de diálise de um laboratório informa o empregador, dentro do período experimental, que não podia continuar a trabalhar nessa secção porque se encontrava grávida. Foi-lhe comunicado de imediato que se prescindia do seu trabalho por não corresponder às expectativas inerentes ao período de experiência. Assim, recai sobre a trabalhadora o ónus de alegar a discriminação, fundamentando-a com estes factos: a comunicação da gravidez seguida da denúncia imediata do contrato. Será o empregador quem terá de provar que a gravidez não esteve na base da denúncia, mas sim outros comportamentos que frustraram as expectativas inerentes ao período experimental. Cf. MANUEL ALONSO OLEA, «Resolución de contrato de trabajo...», *cit.*, pp. 617 ss. A propósito deste caso concreto, FURTADO MARTINS, *op. cit.*, p. 204, nota 11, defendeu poder a denúncia ser perfeitamente justificada em virtude de a gravidez impedir a trabalhadora de desempenhar as funções para as quais foi contratada. Todavia, este entendimento esquece que tal prática consubstanciaria, de forma inequívoca, uma discriminação em razão do sexo e violaria quer o direito interno, quer o direito comunitário, nos termos *supra* analisados.

¹⁹¹ CATARINA CARVALHO, «Considerações...», *cit.*, p. 140.

de demonstrar a existência de uma causa lícita justificativa da denúncia. Claro que essa necessidade de justificação, aplicável à denúncia do contrato no período experimental, faz surgir, num segundo momento, uma obrigação de motivação que o art. 105.º, n.º 1, do CT, não impõe para a generalidade das situações¹⁹². Note-se que esta necessidade de motivação surge, não no momento da denúncia propriamente dita, mas num momento eventual subsequente à impugnação judicial da mesma por parte da trabalhadora por a considerar discriminatória. Não cabe ao tribunal substituir-se ao empregador na avaliação das qualidades da trabalhadora, mas apenas assegurar que a ruptura contratual não oculta um motivo discriminatório¹⁹³.

2.4.3 No que respeita aos efeitos da ilicitude da denúncia no período experimental, encontramos duas correntes doutrinárias distintas. Alguma doutrina defende que a mesma não deve ser equiparada a um despedimento ilícito, com todas as consequências daí decorrentes, embora admita a aplicação do instituto da responsabilidade civil¹⁹⁴.

Outros autores¹⁹⁵ defendem essa equiparação. Com efeito, ocorrendo uma denúncia abusiva do contrato de trabalho, *maxime* por

¹⁹² Com o mesmo entendimento, partindo da aplicação de normas similares do ordenamento jurídico espanhol, MARIA AMPARO BALLESTER PASTOR, *El Periodo de prueba*, cit., pp. 50 ss. A mesma autora, no seu estudo *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral...*, cit., p. 22, nota 27, e p. 52, nota 84, refere uma sentença do Tribunal Constitucional em sentido similar.

¹⁹³ Assim, LAURE DE LA PRADELLE, *op. cit.*, p. 92.

¹⁹⁴ Neste sentido, FURTADO MARTINS, *op. cit.*, p. 202. A opinião deste autor foi seguida pela Relação de Lisboa, em acórdão de 8/11/00 que o cita expressamente (CJ, 2000, V, pp. 156 ss.), embora contradizendo o que tinha dito antes: a rescisão do contrato no período experimental não pode consubstanciar um despedimento ilícito, «a menos que tal rescisão integre uma situação de abuso de direito» (itálico meu).

¹⁹⁵ JÚLIO GOMES, «Do uso e abuso do período experimental», cit., pp. 268 ss. No direito italiano, defende esta equiparação GISELLA DE SIMONE, «Note a margine di un caso di recesso discriminatorio per ragioni di sesso al termine del periodo di prova», *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1992, II, pp. 240 ss., assim como parte da jurisprudência deste país.

motivos discriminatórios, tudo se passa como se o empregador não tivesse o direito de o denunciar ou como se não existisse tal período experimental¹⁹⁶. A solução deve ser idêntica àquela aplicável quando a denúncia ocorre após o termo do período de experiência, quando, por exemplo, este durava 180 dias e o empregador pensava que a sua duração era de 240 dias, atendendo ao carácter indeterminado dos conceitos do art. 107.º do CT. Se a entidade empregadora não podia denunciar o contrato, então a declaração emitida com o intuito de extinguir o vínculo laboral corresponde a uma declaração de despedimento ilícita por inexistência de justa causa e de procedimento disciplinar¹⁹⁷. Como defende MARIA DO AMPARO BALLESTER PASTOR¹⁹⁸, a extinção do contrato de trabalho durante o período experimental pode dar lugar a outras qualificações diferentes da denúncia, em função das circunstâncias do caso concreto. É o que sucede quando uma aparente denúncia se funda em causas discriminatórias, tornando-se «causal», na medida em que cabe agora ao empregador provar a existência de um motivo não discriminatório.

¹⁹⁶ Como salienta LAURE DE LA PRADELLE, *op. cit.*, p. 92, a liberdade do empregador inerente à possibilidade de denunciar o contrato não significa que ele o possa fazer fora dos limites da finalidade do período experimental. Assim, o exercício do direito é paralisado, negando-se a pretensão nele fundada, e consequentemente não se produzem os efeitos jurídicos pretendidos, podendo exigir-se a «remoção do que se fez» – cf. JORGE COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito – Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 76 ss.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 666 ss.

¹⁹⁷ Mais duvidosa me parece a afirmação de que «caso o trabalhador opte pela reintegração, a relação de trabalho converte-se numa relação definitiva e estável» (JÚLIO GOMES, «Do uso e abuso do período experimental», cit., p. 270). Embora outro entendimento esvazie, na prática, o direito à reintegração (ocorrendo esta ainda no período experimental, o empregador pode voltar a denunciar o contrato), não vislumbro fundamento legal suficiente para a aceitar. JÚLIO GOMES (*idem*, p. 271) invoca o elemento sistemático da interpretação ao apelar aos lugares paralelos para recusar que o legislador possa tratar com menos severidade uma denúncia ilícita ou abusiva no período experimental do que o mero incumprimento da forma escrita no contrato a termo.

¹⁹⁸ *El periodo de prueba*, cit., pp. 63 ss.

2.5 Suspensão judicial do despedimento

A providência cautelar de suspensão judicial do despedimento é objecto de um tratamento especial, no n.º 6 do art. 51.º, mais favorável às trabalhadoras, na medida em que a mesma só não será procedente na hipótese de se verificarem cumulativamente dois requisitos: o parecer da CITE ser favorável ao despedimento e o tribunal considerar que existe uma probabilidade séria de verificação do motivo justificativo¹⁹⁹

2.6 Presunção de inexistência de justa causa

O n.º 2 do art. 51.º desta norma consagra, aparentemente, uma presunção ilidível de inexistência de justa causa no despedimento de trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes. A solução não é nova, embora se esclareça, agora, que a mesma só se aplica às hipóteses de despedimento por facto imputável à trabalhadora.

Como já afirmei face ao direito anterior²⁰⁰, não consigo vislumbrar o alcance exacto deste preceito, visto que o ónus da prova da justa causa cabe sempre, nos termos gerais, ao empregador; portanto a finalidade desta técnica legislativa (inverter o ónus da prova) cai no vazio. Por outro lado, esta presunção também não apresenta qualquer significado útil a nível da providência cautelar de suspensão judicial do despedimento, regulada no Código de Processo do Trabalho (por exemplo, retirar-se da dita presunção a probabilidade séria de inexistência de justa causa), visto a mesma ter aqui um tratamento específico, como referi *supra*.

Poderia ter alguma utilidade prática no contexto do despedimento colectivo ou por extinção do posto de trabalho no sentido de poder

¹⁹⁹ Nos termos gerais, o tribunal só decreta a suspensão preventiva do despedimento se concluir pela verificação de probabilidade séria de inexistência de justa causa, após uma ponderação de todas as circunstâncias relevantes (art. 39.º, n.º 1, do Código de Processo do Trabalho).

²⁰⁰ CATARINA CARVALHO, «Considerações...», cit., pp. 146-147.

impor à entidade empregadora uma especial necessidade de justificar os critérios subjacentes à selecção de trabalhadores abrangidos pela medida, *maxime*, da trabalhadora grávida, puérpera ou lactante em favor de outros colegas com a sua categoria ou funções equivalentes. Todavia, esta presunção não abarca estas hipóteses.

2.7 Consequências da declaração de ilicitude do despedimento de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante

2.7.1 De acordo com os n.ºs 7 e 8 do art. 51.º²⁰¹, se o despedimento da trabalhadora grávida, puérpera ou lactante for declarado ilícito, por se verificar uma das situações previstas no art. 429.º ou em virtude da invalidade do respectivo procedimento²⁰², ela pode optar por ser reintegrada, sem que o empregador a isso se possa opor através da faculdade prevista no art. 438.º, n.º 2²⁰³; ou seja, o direito à reintegração não sofre qualquer reserva mesmo que se trate de uma microempresa ou de uma trabalhadora com cargo de administração ou direcção.

2.7.2 Se a trabalhadora optar pela indemnização por antiguidade, em alternativa à reintegração, o seu valor será o previsto no art. 439.º, n.º 4: entre 30 e 60 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fracção, com o mínimo de 6 meses, podendo ser estabelecida outra em IRCT.

A lei anterior atribuíra à trabalhadora uma indemnização por antiguidade elevada ao dobro da prevista em lei geral, ou seja, dois meses de retribuição base por cada ano de antiguidade ou fracção.

²⁰¹ O n.º 8 do art. 51.º foi introduzido pelo Compromisso Tripartido relativo à Proposta de lei do Código do Trabalho apresentada à Comissão Permanente de Concertação Social.

²⁰² Nos termos dos arts. 430.º e ss.

²⁰³ Sobre os problemas de constitucionalidade suscitados pelo art. 438.º, n.º 2, *vd.* José JOÃO ABRANTES, *op. cit.*, pp. 143 ss.; JOÃO LEAL AMADO, *op. cit.*, pp. 290 ss. e ainda, em sentido diverso, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *op. cit.*, pp. 51 ss.

Contudo, o regime actualmente em vigor em matéria de indemnização por despedimento ilícito segue uma racionalidade distinta ao prever a possibilidade de o tribunal fixar o montante da indemnização entre 15 e 45 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade ou fracção²⁰⁴.

2.7.3 A trabalhadora pode ainda exigir uma indemnização por danos não patrimoniais, o que já resultaria do art. 436.º, n.º 1, al. a), para além da eventual responsabilidade contra-ordenacional²⁰⁵

Bibliografia

- ABRANTES, JOSÉ João. «O Código do Trabalho e a Constituição», *Questões Laborais*, n.º 22, 2003, 141-145.
- ABREU, Jorge Coutinho de. *Do abuso de direito Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Almedina, Coimbra, 1983.
- ALONSO OLEA, Manuel. «Resolución de contrato de trabajo en periodo de prueba y discriminación por razón de embarazo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 36, Outubro/Dezembro de 1988, 617-620.
- AMADO, João Leal. «Algumas notas sobre o regime do despedimento contra legem no Código do Trabalho», in *VII Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, coord. por António Moreira, Almedina, Coimbra, 2004, 275-295.
- BALLESTER PASTOR, Maria Amparo. *El Periodo de prueba*, Tirant lo Blanch, Valência, 1995.

²⁰⁴ Tal divergência podia suscitar dificuldades práticas de aplicação coerente do regime do art. 24.º, n.º 8, da Lei n.º 4/84 durante o período em que o art. 51.º do CT ainda não estava em vigor. Recorde-se que este preceito só iniciou a sua vigência com a entrada em vigor do RCT.

²⁰⁵ A violação do n.º 1 do art. 51.º do CT constitui uma contra-ordenação grave, nos termos do art. 643.º, n.º 2, deste diploma.

- BALLESTER PASTOR, Maria Amparo. *La ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores com diez años de retraso*, Tirant lo Blanch, Valência, 2000.
- BOCH, Christine. «Case law – case C-32/93», *Common Market Law Review*, vol. 33, 1996, 547-567.
- CAMPOS, Júlia. «Igualdade e não-discriminação no direito do trabalho», in *IV Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, org. por António Moreira, Almedina, Coimbra, 2002, 267-321.
- CARLOS ARCE, Juan. *El trabajo de las mujeres en el derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valência, 1999.
- CARVALHO, Catarina de Oliveira. «Considerações sobre o estatuto jurídico-laboral da mulher», in *IV Congresso nacional de direito do trabalho*, org. por António Moreira, Almedina, 2001, 129-158.
- DE SIMONE, Gisella. «Note a margine di un caso di recesso discriminatorio per ragioni di sesso al termine del periodo di prova», *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1992, II, 228-244.
- DRAY, GUILHERME in AAVV, *Código do Trabalho anotado*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2004.
- 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, Almedina, Coimbra, 2001, 21-105.
- DRAY, Guilherme Machado. *O princípio de igualdade no direito do trabalho – Sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999.
- FERNANDES, Francisco Liberal. «Algumas notas sobre a Lei n.º 73/98, de 10/11», *Questões Laborais*, n.º 13, 1999, 111-120.
- FERNANDES, Francisco Liberal. «Sobre o trabalho nocturno feminino na indústria», *Questões Laborais*, 1994, n.º 1, 24-36.
- FERNANDES, Francisco Liberal. *Comentário às leis da duração do trabalho e do trabalho suplementar*, Coimbra, 1995.
- FERREIRA, Abel da Costa. *Lei das férias, feriados e faltas*, Lisboa, 1997

- GOMES, Júlio / CARVALHO, Catarina de Oliveira. «Sobre o regime da invalidade do contrato de trabalho», in *II Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, coord. de António Moreira, Almedina, 1999, 149-175.
- GOMES, Júlio / CARVALHO, Raquel. «Código do Trabalho – a (in)constitucionalidade das normas relativas à repetição do procedimento disciplinar e à reintegração», *Questões Laborais*, n.º 22, 2003, 212-223.
- GOMES, Júlio «Dano da perda de chance», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Castanheira Neves* (no prelo).
- GOMES, Júlio. «Do uso e abuso do período experimental», *RDES*, Agosto/Dezembro 2000, 37-276.
- GOMES, Júlio. «O contrato de trabalho a termo ou a tapeçaria de Penélope», in *Estudos do Instituto de Direito do trabalho*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2003, 35-99.
- GOMES, Júlio. «Trabalho a tempo parcial», in *III Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, coord. por António Moreira, Almedina, Coimbra, 2001, 57-92.
- HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil português – Teoria geral do direito civil*, Almedina, Coimbra, 1992.
- JACQMAIN, Jean. «Pregnancy as grounds for dismissal», *Industrial Law Journal*, vol. 23, 1994, n.º 4, 355-359.
- LA PRADELLE, Laure de. «La periode d'essai», *Revue Pratique de Droit Social*, n.º 611, 1996, 79-93.
- LEITE, Jorge. «A tutela da saúde das mães trabalhadoras (crónica a propósito da Lei 17/95)», *Questões Laborais*, 1995, n.º 5, 117-128.
- LOURENÇO, Paula Meira. «Os deveres de informação no contrato de trabalho», *RDES*, ano XLIV, Janeiro/Junho 2003, 29-157.
- MARTINEZ, Pedro Romano. «Igualdade de tratamento no direito laboral – A aplicação da Directiva 76/207/CEE em Portugal», *Direito e Justiça*, vol. XI, 2, 1997, 83-94.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*, Almedina, Coimbra, 2002.

- MARTINS, Pedro Furtado. *Cessação do contrato de trabalho*, 2.ª ed., Principia, 2002.
- MOORE, Sarah. «Sex, pregnancy and dismissal», *European Law Review*, vol. 19, 1994, 653-660.
- MOREIRA, Teresa Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- NICOLINI, Giovanni. *Manuale di diritto del lavoro*, 3.ª ed., Giuffrè, Milão, 2000.
- NICOLINI, Giovanni. *Congedi Parentali*, Giuffrè, Milão, 2000.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar. *La licencia por maternidad de la trabajadora*, Dykinson, Madrid, 2002.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. «Igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória: a aplicação da Directiva 75/117/CE em Portugal», *ROA*, Janeiro de 1997, 159-181.
- RIBEIRO, Maria de Fátima. «O tempo de trabalho no direito comunitário», in *Dois temas de direito comunitário do trabalho*, Porto, 2000, 109-151.
- RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. «Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora», *Relaciones Laborales*, 1991, I, 3-10.
- SILVA, Luís Gonçalves da. «O Código do Trabalho face à Constituição», in *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. I, 9-105.
- SILVA, Maria Manuela Maia da. «A discriminação sexual no mercado de trabalho – Uma reflexão sobre as discriminações directas e indirectas», *Questões Laborais*, n.º 15, 2000, 84-119.
- SILVA, Maria Manuela Maia da. *A discriminação sexual no mercado de trabalho – As questões mais polémicas*, 1999, Porto.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*, Almedina, Coimbra, 2003.
- VEIGA, António da Motta. *Lições de direito do trabalho*, 6.ª ed., Lisboa, 1995.

CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO
Universidade Católica Portuguesa – Porto