

PARECER N.º 1/CITE/83

Assunto: Pausas diárias para aleitação

I

Foi-nos solicitado parecer sobre a interpretação da cláusula 134.^a, alínea a), do CCT para a indústria metalúrgica ou metalomecânica, publicado no *Boletim do Trabalho e Emprego* 1.^a Série, n.º 33/81.

Esta disposição estabelece, em relação às mulheres, o seguinte direito:

d) 2 períodos de 1 hora por dia às trabalhadoras que aleitem os filhos, até 10 meses após parto, sem diminuição de retribuição nem redução do período de férias; os 2 períodos de hora podem ser acumulados, mediante acordo das partes.

Concretamente, foram-nos suscitadas 2 questões:

Determinação do regime jurídico aplicável às pausas no trabalho diário das mulheres para aleitação dos filhos;

Possibilidade de a entidade patronal, no uso do seu poder de direcção, condicionar (exercício do direito atribuído às mulheres pela cláusula acima mencionada).

II

1 - A análise dos problemas postos exige, previamente, uma tomada de posição sobre o carácter discriminatório ou não, face à Constituição da República Portuguesa, da regalia concedida às mães trabalhadoras para aleitação dos filhos.

O Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 Novembro de 1969, estabelece, no seu artigo 118.º, n.º 1 alínea b), que as mulheres têm direito a interromper o trabalho diário em 2 períodos de meia hora para aleitação dos filhos, sem diminuição da retribuição nem redução do período de férias.

A legislação relativa à protecção da maternidade constante do citado artigo 118.º foi porém, revista em termos mais latos - aliás assentes numa filosofia completamente diferente - pelo Decreto-Lei n.º 112/76, de 7 de Fevereiro. Este diploma legal reconheceu pela primeira vez no nosso país, a função social da maternidade, a assumir, pois, por toda colectividade, bem como o direito da criança recém-nascida a uma relação profunda com a mãe, mesmo que esta tenha um trabalho profissional. Apesar disso, não foi contemplado neste decreto-lei o problema da aleitação das crianças, incidindo ele, aliás, quase exclusivamente sobre o prolongamento da licença de maternidade.

A limitação do conteúdo do referido diploma, bem como os termos pouco claros em que se procedeu no artigo 7.º à revogação da legislação anterior, são susceptíveis de levantar alguns problemas sobre a subsistência do direito atribuído às mulheres pelo artigo 118.º alínea d), do Decreto-Lei n.º 49 408. No entanto, uma análise do citado artigo 7.º leva a crer que se trata de uma revogação parcial, derivada da circunstância de a nova lei alterar, em termos mais favoráveis, apenas uma parte do regime jurídico anterior.

Parece, pois, que será de seguir o entendimento de que a disposição em causa continua em vigor; uma vez que se trata de matéria não prevista no Decreto-Lei n.º 112/76, e este não consagra uma revogação expressa total. Acresce que, desta forma, se assegura uma maior protecção à maternidade e se dá mais possibilidade às trabalhadoras de conjugar a sua função maternal com a sua actividade profissional

Esta é apenas uma das facetas, e talvez a menos importante, do problema. Com efeito afigura-se-me que no campo do direito do trabalho as questões ligadas a um extremo rigor de formalismo jurídico são perfeitamente secundárias e acessórias em relação àquilo que é o seu escopo fundamental: a protecção dos

trabalhadores.

2 - A consagração na Constituição da República Portuguesa do princípio da não discriminação dos cidadãos em função do sexo¹, e a posterior criação de um enquadramento jus-laboral que transpõe as normas constitucionais para o mundo do trabalho, levanta questões no que respeita à adequação de uma norma como a do artigo 118.º, n.º 1 alínea d), do Decreto-Lei n.º 49 408, com o princípio constitucional enunciado e regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de Setembro.

Com efeito, os artigos 1.º e 3.º deste diploma garantem a igualdade entre mulheres e homens em oportunidades e tratamento no trabalho e a ausência de qualquer discriminação baseada no sexo, quer directa quer indirectamente.

Ora, se tivermos em linha de conta que da aplicação do princípio constante do artigo 118.º do Decreto-Lei n.º 49 408 resulta uma redução no trabalho diário das mulheres durante o período em que se processa a aleitação dos seus filhos, que o termo utilizado pelo mesmo artigo «aleitação» deve ser entendido, de forma ampla, como o acto de dar leite a crianças lactentes por via natural ou artificial, e, por fim, que esta última forma de procedei à aleitação pode ser efectuada indiferentemente pela mãe ou pelo pai, podemos ser levados a pensar que a atribuição daquele benefício apenas às trabalhadoras - nos casos em que estas não amamentam os seus filhos - pode ser considerada como discriminatória e atentatória do princípio da igualdade no plano do trabalho.

Parece-nos, porém, que a questão não pode colocar-se em termos tão lineares.

E certo que, desde a adopção das primeiras medidas a nível nacional e internacional, nos fins do século passado e princípios deste século, para proteger o trabalho das mulheres, as ideias sobre a natureza e o âmbito que essa protecção deve assumir têm vindo a sofrer alterações progressivamente mais substanciais. Com efeito, a importância que o próprio emprego feminino atingiu, e principalmente a transformação da atitude das mulheres em relação à vida profissional, foram alguns dos factores que provocaram uma modificação profunda na filosofia que se encontrava na base de tais medidas protectoras. Por outro lado os progressos tecnológicos e as suas repercussões nas condições de trabalho, tornando-a menos perigosas e insalubres, fizeram com que, por vezes, deixassem de se justificar algumas dessas medidas ou, pelo menos, de continuarem específicas das mulheres. Por fim verificou-se que as diversas disposições destinadas a proteger o trabalho feminino - com inteira justificação no contexto em que tinham sido adoptadas - serviam frequentemente de pretexto para se limitar, em relação às mulheres, o acesso ao emprego, para as colocar nos postos mais baixos da hierarquia salarial e para lhes recusar possibilidades de produção e promoção numa carreira profissional. Quer isto dizer que, em certos casos, uma boa parte das medidas proteccionistas constituía uma arma que se virava contra os interesses profissionais das trabalhadoras.

Assim, o princípio da igualdade de oportunidades e de tratamento entre homens e mulheres na sociedade, particularmente no mundo do trabalho, surgiu como objectivo universalmente aceite no plano internacional e progressivamente recebido pelas legislações que, nos diversos países, regulamentam o trabalho feminino. Daqui resultou, na maior parte desses países, a análise exaustiva de todas as disposições legais que protegiam especificamente as trabalhadoras, a fim de as rever, quando injustificadas. Por outro lado, assistiu-se à tendência crescente para proceder à repartição com os homens, dos cuidados a ter com as crianças.

No entanto, verificou-se que as disposições ligadas ao papel fundamental das mulheres na sua função procriadora não foram postas em causa. Pelo contrário, temos vindo, nos últimos anos, a assistir a uma intervenção frequente do legislador no sentido de reforçar e alargar as medidas legislativas de protecção à maternidade. Esta passou a ser considerada como função social, que assegura a renovação da sociedade e,

¹ Artigos 13.º, 60.º e 59.º n.º 3 alínea b).

como tal, necessita de ser devidamente acautelada, bem como assumida por toda a sociedade, sem que constitua, só por si, violação do princípio da igualdade.

Para além dos elementos fundamentais sobre os quais assenta essa protecção - licença de maternidade remunerada e garantia de segurança no emprego -, as legislações de numerosos países, na esteira da convenção n.º 103, de 1952, da Organização Internacional do Trabalho, prevêem, tal como em Portugal, a possibilidade de as mães interromperem o seu trabalho, geralmente em 2 períodos de meia hora, sem perda de remuneração, com o objectivo de aleitarem os seus filhos.

Trata-se de uma medida que, embora diga respeito fundamentalmente aos direitos da criança, aparece sempre inserida - como resulta da análise de vários sistemas jurídicos - nos esquemas legais de protecção à mulher em razão da maternidade, dado constituir o complemento da função essencial de procriação que a natureza lhe atribui. Por outro lado deve entender-se que, apesar de concebida como um meio de dar às trabalhadoras a possibilidade de tanto quanto possível, amamentarem os seus filhos - que hoje se pensa trazei inegáveis vantagens do ponto de vista fisiológico e psicológico -, não pode ser retirada àquelas que não o podem fazer naturalmente, tendo de recorrer a meios artificiais. Parece pois, dever concluir-se que, dada a sua finalidade, ela se encontra incluída no âmbito da função social da maternidade, constitucionalmente consagrada (artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa), não podendo ser considerada como uma regalia discriminatória. É certo que, a efectivarem-se as modernas tendências constantes da recomendação da OIT sobre trabalhadores com responsabilidades familiares de 1981, poderá verificar-se, no futuro, a extensão aos pais de tais facilidades, até agora reservadas às mães, no caso de estas não amamentarem os seus filhos.

No entanto, ainda é cedo para fazerem previsões seguras nesta matéria, que depende de elementos tão diversos como a evolução das concepções sobre o próprio valor da maternidade, dos estudos que venham a fazer-se sobre a psicologia do recém-nascido, do avanço da ciência e da tecnologia e ainda do desenvolvimento das infra-estruturas sociais de apoio aos trabalhadores.

Por tudo isto, julga-se poder concluir que não deve ser eliminada a regalia que o artigo 118.º, n.º 1, alínea d), do Decreto-Lei n.º 49 408 veio atribuir às mães que trabalham, pelo facto de ser considerada discriminatória.

Não se deverá, porém, deixar de considerar que a aplicação deste direito poderá conduzi eventualmente a situações abusivas em que as trabalhadoras, com base na legislação referida beneficiem de uma redução da duração diária do seu trabalho sem ser para fins de aleitação. Mas, em tais casos, restará à entidade patronal, nos termos gerais de direito, provar que o benefício atribuído foi utilizado para fins diversos do previsto. O facto de existirem situações de abuso do direito não pode servir; porém, de fundamento para a eliminação do mesmo.

III

1 - A primeira questão sobre a qual foi solicitado parecer diz respeito à determinação do regime aplicável às pausas para aleitação, face às disposições legais já referidas e ao disposto na cláusula 134.º, n.º 1, alínea d), do CCT dos metalúrgicos (*Boletim do Trabalho e Emprego*, 1.ª Série, n.º 33/81). Estabelece esta cláusula, como já se referiu, que serão concedidos 2 períodos de 1 hora por dia às trabalhadoras que aleitem os filhos, até 10 meses após o parto, sem diminuição de retribuição nem redução do período de férias, podendo os 2 períodos de 1 hora ser acumulados, mediante acordo das partes.

Levantam-se na análise desta disposição convencional 2 ordens de problemas.

O primeiro é determinar se o regime constante da cláusula - previsão de 2 períodos de 1 hora por dia - deve ou não prevalecer sobre o regime legal, que se limita a conceder períodos de meia hora. A questão é, quanto a nós, fácil de solucionar. Com efeito, as leis do trabalho apenas estabelecem «mínimos», salvo se

entendimento contrário decorrer claramente dos seus próprios termos. Ora da letra do artigo 118.º, n.º 1, alínea d), não resulta de forma alguma tratar-se de norma imperativa insusceptível de regulamentação convencionada diversa em sentido mais favorável. Quer isto dizer que a ela se aplica a regra geral enunciada, aliás princípio fundamental do direito do trabalho, em que se baseia toda a contratação colectiva.

Assim, pode-se concluir que nada impede o estabelecimento em convenção de uma norma que atribua às trabalhadoras 2 períodos de 1 hora por dia.

Podem suscitar-se algumas dúvidas, no nosso ponto de vista, sobre o disposto na parte final da referida cláusula, isto é, sobre a possibilidade de acumulação, por acordo das partes, dos 2 períodos de 1 hora. Com efeito, parece-me que tal acumulação poderá conduzir, em certos casos, a situações de desvio do objectivo da protecção atribuída por lei -aleitação-, sendo então possível argumentar-se que se trata, única e exclusivamente, de uma situação injustificada do trabalho diário para certa categoria de trabalhadores e por conseguinte, discriminatória face aos restantes.

No entanto, trata-se de problemas que se prendem com matéria de facto, que apenas poderão ser resolvidos caso a caso e em sede judicial, tendo sempre em conta os princípios gerais que se têm vindo a enunciar.

2 - A segunda questão diz respeito ao facto de determinada entidade patronal ter limitado o exercício do direito atribuído pela cláusula 134.º acima referida a um período de tempo que se inicia às 10 horas e termina às 15 horas e 30 minutos.

A localização da empresa e a pouca frequência de transportes colectivos, excepto nas horas de início e fim do trabalho, leva a que a medida enunciada, torne, de facto, muito difícil e impossível, em certos casos, a deslocação das trabalhadoras a suas casas, afim de aleitarem os seus filhos.

Na verdade, compete à entidade patronal, nos termos do artigo 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 409/71, de 27 de Setembro, estabelecer o horário de trabalho do pessoal ao seu serviço dentro dos condicionalismos legais. Não pode esta, porém, com base em tal norma, retirar ou cercear aos trabalhadores, na prática, a possibilidade de exercício dos direitos que lhes estão reconhecidos por via legal ou convencional.

APROVADO EM 21 DE DEZEMBRO DE 1982 POR UNANIMIDADE DOS PRESENTES NA 49.ª REUNIÃO DA CITE

(Publicado no B.T.E., 2.ª Série, n.º 4-5-6/83)