

IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO - A PROPÓSITO DA LICENÇA PARENTAL INICIAL

Igualdade e não discriminação - A propósito da licença parental inicial

Neste artigo procede-se à análise crítica do conteúdo do Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto de 11 de Abril de 2011, em que se decidiu que o direito do trabalhador ao gozo de licença por paternidade, não se verifica se a mãe for trabalhadora independente ou sócia gerente de uma sociedade por quotas.

O Acórdão foi proferido com base no regime estabelecido no Código do Trabalho de 2003, pelo que os fundamentos da decisão são analisados tanto à luz do regime normativo aí previsto, como no contexto do regime actualmente em vigor, aprovado pelo Código do Trabalho de 2009. Na sequência desta análise, procede-se igualmente à apreciação do regime actual da licença parental inicial, das suas contingências e consequências e ainda eventuais matizes discriminatórios e violadores do princípio da igualdade.

Equality and non-discrimination - Initial parental leave

This article analyses the April 11th 2011 sentence of the Tribunal da Relação do Porto, which ruled that a worker's right to paternity leave does not apply if the mother is an independent worker or managing partner of a limited liability company.

The regulatory regime applicable to the situation in question was the regime established in the 2003 Labour Code, so the fundamentals given for the decision are analyzed both in light of the regulatory regime laid by the 2003 Labour Code and by the regime currently in force approved by the 2009 Labour Code. Furthermore this article proceeds to an evaluation of the initial parental leave regulatory system, its contingencies and consequences and possible equality and non-discrimination issues.

Preâmbulo - Acórdão da Relação do Porto de 11 de Abril de 2011

A presente análise teve como principal catalisador a publicação do Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto em 11 de Abril de 2011.

No sumário deste Acórdão, pode ler-se que «O direito do trabalhador ao gozo da licença por paternidade, por decisão conjunta dos pais, não se verifica se a mãe for trabalhadora independente ou sócia gerente de uma sociedade por quotas.»

Esta posição já havia sido defendida em pareceres da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego («CITE»), nomeadamente, no parecer n.º 41/CITE/2004, em que se negava a existência de um direito do pai à licença por decisão conjunta, no caso de a mãe ser trabalhadora independente.

Ainda que a análise aprofundada do dispositivo legal em que as posições assumidas nestes documentos se fundamentaram pudesse justificar tais juízos - sem conceder - o que é certo é que desde logo se nos depara a questão de saber porque razão um trabalhador vê coarctado o seu direito a gozar de licença de paternidade na modalidade de licença partilhada em virtude da qualidade ou ocupação profissional do outro progenitor.

E, mais, porque é que esta questão se coloca relativamente a progenitores em que se verifica que a mãe é trabalhadora independente e o pai é trabalhador subordinado e não também nas situações em que, por seu turno, o pai é trabalhador independente e a mãe é trabalhadora subordinada.

Relativamente a esta última situação, não descaramos, obviamente, que esta licença se destina não só à prestação de cuidados à criança ou crianças recém-nascidas durante os seus primeiros meses de vida, mas também à recuperação física da mãe de todo um período de gestação e do parto. Aliás, é precisamente esta contingência física, que, naturalmente, apenas se verifica nos progenitores de sexo feminino, que determina, actualmente, a atribuição de gozo exclusivo das primeiras seis semanas de licença à mãe.

Nestes termos, as questões que colocamos dizem, evidentemente, respeito à definição do âmbito subjectivo do direito ao gozo da licença em causa no período posterior à verificação daquelas primeiras seis semanas após o parto.

Legislação em vigor à data dos factos e aplicada no caso sub judice

Para a análise a que nos propomos, cumpre, em primeiro lugar, apreciar as disposições normativas em vigor à data dos factos e a eles aplicáveis.

Com efeito, para o tratamento jurídico dos factos apreciados pelo Tribunal da Relação do Porto, releva desde logo o disposto no art. 35.º do Código do Trabalho de 2003, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto (doravante «CT 2003»).

No n.º 1 deste artigo previa-se que: «A trabalhadora tem direito a uma licença por maternidade de 120 dias consecutivos, 90 dos quais necessariamente a seguir ao parto, podendo os restantes ser gozados, total ou parcialmente, antes ou depois do parto.»

Por seu turno, estabelecia-se também no n.º 2 do art. 36.º do CT 2003, relativo à licença por paternidade, que: «*O pai tem ainda direito a licença, por período de duração igual àquele a que a mãe teria direito nos termos do n.º 1 do artigo anterior, ou ao remanescente daquele período caso a mãe já tenha gozado alguns dias de licença, nos seguintes casos: a) Incapacidade física ou psíquica da mãe, e enquanto esta se mantiver; b) Morte da mãe; c) Decisão conjunta dos pais.*»

Do CT 2003 e também com relevo para a presente apreciação, destaca-se ainda o disposto no n.º 4 do último artigo citado, onde se determina que: «*A morte ou incapacidade física ou psíquica da mãe não trabalhadora durante o período de 120 dias imediatamente a seguir ao parto confere ao pai os direitos previstos nos ns. 2 e 3.*». Ou seja, uma licença por período equivalente àquele a que a mãe ainda poderia gozar, caso fosse titular de tal direito.

Saliente-se ainda que, na Regulamentação do Código do Trabalho, aprovada Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho (doravante «RCT 2004»), se estipulava que: «*O trabalhador que pretenda gozar a licença por paternidade, por decisão conjunta dos pais, deve informar o empregador com a antecedência de 10 dias e: a) Apresentar documento de que conste a decisão conjunta; b) Declarar qual o período de licença por maternidade gozado pela mãe, que não pode ser inferior a seis semanas a seguir ao parto; c) Provar que o empregador da mãe foi informado da decisão conjunta.*»

Assim e em resumo, atribuía-se um direito de gozo de licença à mãe, o qual poderia ser partilhado com o pai. A este último ainda era concedido o gozo de uma licença em termos semelhantes, caso se verificasse alguma contingência incapacitante da mãe que não fosse trabalhadora.

Tendo em conta este contexto normativo, atente-mos agora nas razões que levaram o Tribunal da Relação do Porto a decidir como já enunciado.

Fundamentação do Acórdão da Relação do Porto e apreciação

O Tribunal da Relação do Porto fundamenta-se em três ordens de razão principais. Por um lado, o argumento literal retirado do art. 69.º da RCT 2004; por outro, os dispositivos constitucionais e comunitários sobre a matéria; e ainda, o princípio da igualdade nas suas vertentes formal e material

Começa o Tribunal por fundamentar a sua decisão tendo em conta o disposto no n.º 3 do art. 69.º da

RCT 2004. Em apreciação da norma nele contida entende que os quatro passos ali elencados, constituem requisitos cumulativos para o exercício do direito em causa.

Assim, considera-se que «*da conjugação e interpretação das normas referentes a esta questão, parece-nos que este normativo impede que o trabalhador por conta de outrem possa gozar da licença de paternidade, por decisão conjunta dos pais, uma vez que não pode comprovar que o outro progenitor informou o respectivo empregador da aludida decisão conjunta, pelo simples facto do outro progenitor, não sendo trabalhador ou sendo trabalhador independente, não ter empregador.*»

Assim, na lógica do aresto, havendo impossibilidade de comunicação, o exercício do direito torna-se impossível, logo não existe.

Este argumento afigura-se-nos excessivamente formalista. Com efeito, retira-se da regulamentação do exercício de um direito o elemento subjectivo que deveria constar da norma de atribuição desse mesmo direito, ou seja do art. 36.º, n.º 3 do CT 2003. Nesta norma não se distingue se, para o exercício da opção de gozo conjunto, os progenitores devem ou não ser ambos trabalhadores subordinados, ou apenas um deles e, para o que releva, se a mãe deve ou não ser trabalhadora subordinada.

Nestes termos, consideramos que este argumento não pode colher, devendo ser feita uma interpretação inversa, que parta da norma que estipula a atribuição do direito e só depois considere os requisitos previstos na norma reguladora desse direito.

Dentro desta lógica interpretativa, uma vez observado que a norma que estipula a atribuição de um direito de gozo partilhado de uma licença não restringe a sua aplicabilidade, não a fazendo depender do vínculo contratual ao abrigo do qual os progenitores exercem a sua actividade profissional, não se poderá senão interpretar o procedimento previsto no n.º 3 do art. 69.º da RCT 2004, como um procedimento geral, adaptável consoante o caso em apreço, não sendo os requisitos ali dispostos cumulativos. Assim, não tendo o outro progenitor um empregador a quem possa informar da decisão conjunta, deixa de ser necessária prova dessa informação, sendo suficiente esclarecer que o outro progenitor é trabalhador independente, por exemplo.

Prosseguindo a análise do Acórdão, após a exposição do argumento da cumulação dos requisitos constantes do n.º 3 do art. 69.º da RCT 2004, releva-se que «*Não pomos em causa que a maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes e*

que tanto a mãe como o pai têm direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação.» Contudo, e para fundamentar o entendimento de que verificando-se a impossibilidade de cumprimento dos requisitos n.º 3 do art. 69.º da RCT 2004 existe um impedimento legal de gozo de um direito, o Tribunal chama à colação o art. 68.º da Constituição da República Portuguesa, onde se definem os princípios constitucionais orientadores da paternidade e maternidade. Realça em particular o disposto no n.º 4 desse mesmo artigo, que determina que «A lei regula a atribuição às mães e aos pais de direitos de dispensa de trabalho por período adequado, de acordo com os interesses da criança e as necessidades do agregado familiar.»

Ora, atenta esta disposição, defende-se que «(...) é precisamente a lei reguladora dessa atribuição que impede que o trabalhador por conta de outrem possa gozar licença por paternidade, por decisão conjunta dos progenitores, no caso do outro progenitor ser trabalhador independente, ou como no caso, sócia gerente de uma sociedade por quotas.»

Para além da Constituição da República Portuguesa, o Acórdão invoca ainda a Directiva n.º 96/34/CE do Conselho, de 3 de Junho de 1996, relativa ao acordo quadro sobre a licença parental celebrado entre 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), transposta no CT 2003.

Naquela Directiva dispõe-se no n.º 1 da Cláusula 2.ª que: «Por força do presente acordo, e sob reserva do nº 2 da presente cláusula, é concedido aos trabalhadores de ambos os sexos um direito individual à licença parental, com fundamento no nascimento ou na adopção de um filho, para dele poderem cuidar durante pelo menos três meses até uma determinada idade, que poderá ir até aos oito anos de idade, a definir pelos Estados-membros e/ou pelos parceiros sociais.»

Mais releva que no n.º 3 daquela Cláusula igualmente se estabelece que «As condições de acesso e as regras de execução da licença parental serão definidas na lei e/ou nas convenções colectivas dos Estados-membros, no respeito das prescrições mínimas do presente acordo.»

O Acórdão retira destas normas duas conclusões: que a regulamentação nacional deve ter aplicação a todos os trabalhadores, de ambos os sexos; e que os requisitos e regras de aplicação que disciplinam a

licença parental devem respeitar as condições mínimas constantes do acordo plasmado na Directiva.

Atentas tais conclusões finaliza entendendo «que tal respeito das prescrições mínimas do mencionado acordo estão plasmadas no Código do Trabalho. Podemos ou não concordar com as mesmas, e até podemos legitimamente por a questão de que o Código poderia e deveria ter ido mais além.»

Ora, este segundo argumento afigura-se-nos, mais uma vez de excessivo formalismo, até porque, e no que à Directiva Comunitária respeita, este argumento é totalmente irrelevante, pois a mesma visa estabelecer as prescrições mínimas sobre a licença parental e as faltas ao trabalho por motivo de força maior. Esta licença parental corresponde à licença parental prevista no art. 43.º do CT 2003 (actualmente designada por licença parental complementar) e que nada tem a ver com a licença de paternidade que vimos analisando. Assim, a Directiva referida não tem aplicação neste âmbito.

O terceiro fundamento da decisão alicerça-se no entendimento de que não se verifica qualquer violação do princípio da igualdade. Com efeito, considera-se que não está em causa uma igualdade formal, julgando-se que «não podemos deixar de atender a índices de diferenciação material. Um desses índices é a situação laboral da progenitora mãe: ter ou não ter actividade profissional determina uma primeira diferenciação, e ter ou não ter uma actividade por conta de outrem determina outra diferenciação.»

Nestes termos, e verificando-se factores de diferenciação, conclui-se que «nada impede que o legislador, nestas situações, preveja um tratamento diferenciado para os trabalhadores, cujos progenitores sejam ambos trabalhadores dependentes ou, apenas um, sendo o outro trabalhador independente, criando, assim, um nível de protecção social superior para os primeiros, por essa mesma dupla dependência.»

Mais se afirma que «pretender fazer valer uma igualdade formal em matéria de uma regalia específica ou norma específica, desconsiderando todo o universo de diferenças que a justifica, bem como o sentido da própria regulamentação globalmente considerada que a impõe, seria desconsiderar o próprio sentido do princípio da igualdade, que exige o tratamento diferenciado do que é diferenciado tanto quanto exige o tratamento igual do que é igual. Sendo certo, aliás, que a igualação de uma circunstância pode, no conjunto, agravar a desigualdade – basta que tal igualização se faça a favor da parte mais favorecida em todas as outras circunstâncias, menos naquela.»

Assim, conclui-se no Acórdão que inexistente discriminação, não se verificando qualquer violação do princípio da igualdade no facto de um pai trabalhador não poder gozar de licença de paternidade em virtude de decisão conjunta dos pais, nos casos em que a mãe não é trabalhadora e é, porventura, trabalhadora independente ou gerente de sociedade por quotas.

Parece esquecer-se, contudo, no Acórdão, que existe uma situação em que não existe qualquer elemento diferenciador e que, sendo tratada de maneira distinta, fere o princípio da igualdade. Esta situação é aquela em que a mãe é trabalhadora subordinada e o pai é trabalhador independente ou, porventura até, gerente de uma sociedade por quotas. Neste caso não se coloca em causa o direito da mãe trabalhadora à licença. Mas o que dizer da situação inversa?

A situação da mãe trabalhadora e do pai trabalhador independente em nada difere do caso em apreciação nos autos, a não ser o facto de num caso ser o pai o trabalhador independente e no outro caso ser a mãe.

Atentos estes elementos não podemos senão concordar com um excerto do Acórdão que já havíamos citado supra: *«nada impede que o legislador, nestas situações, preveja um tratamento diferenciado para os trabalhadores, cujos progenitores sejam ambos trabalhadores dependentes ou, apenas um, sendo o outro trabalhador independente.»*

De facto, até pode não impedir, se o elemento diferenciador for relevante. Contudo, o legislador não pode prever um tratamento diferenciado entre duas situações que se qualificam ambas pelo facto de um dos progenitores ser trabalhador independente e o outro trabalhador subordinado, pois não se verifica aqui qualquer elemento diferenciador.

Pareceres relevantes emitidos pela Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE) e apreciação

Em pareceres proferidos pela CITE (41/CITE/2004 e 17/CITE/2005), anteriores ao Acórdão que temos vindo a analisar, a CITE assumiu o mesmo entendimento preconizado no pelo Tribunal da Relação do Porto.

O Parecer n.º 17/CITE/2005, embora a propósito da dispensa para aleitação, estribou-se essencialmente no argumento formal que citámos anterior-

mente. Com efeito, defende-se que *«o regime estabelecido no n.º 2 do artigo 73.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, impede que este [o pai trabalhador, no caso em que a mãe do respectivo filho é trabalhadora independente, não trabalhadora], possa beneficiar da dispensa diária para aleitação, uma vez que não pode comprovar que o outro progenitor informou o respectivo empregador da aludida decisão conjunta, pelo simples facto do outro progenitor, não sendo trabalhador ou sendo trabalhador independente, não ter empregador.»*

Já o Parecer n.º 41/CITE/2004, proferido ainda com base na Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, que regulava a licença em causa antes da entrada em vigor do CT 2003, alvitrou dois argumentos que mantêm a pertinência no contexto normativo do CT 2003.

Por um lado, entendia que o direito da mulher trabalhadora a uma licença de maternidade de 120 dias, estipulado no n.º 1 do art. 10.º da Lei n.º 4/84 (em tudo idêntico ao n.º 1 do art. 35.º do CT 2003) era um direito transmissível para o pai nos termos do n.º 2 do art. 11.º da mesma Lei (semelhante ao n.º 2 do art. 36.º do CT 2003) nos casos de morte ou incapacidade física ou psíquica da mãe ou por decisão conjunta dos pais.

Assim, entendeu-se que *«Não se trata de um direito próprio do pai, mas apenas da possibilidade de o pai gozar um direito que, originariamente, pertence à mãe. No caso vertente, o que está em causa é saber se a mãe, trabalhadora independente, tem ou não direito à licença por maternidade.»* Ora, sendo tal direito atribuído, nos termos do 9.º da Lei n.º 4/84 *«num contexto de trabalho subordinado, respeitando apenas às situações de trabalho por conta de outrem, não inclui[ndo], pois, os trabalhadores independentes.»*

O outro argumento utilizado, porventura até mais relevante, é o facto de no n.º 4 do artigo 11.º da Lei n.º 4/84, análogo ao n.º 4 do art. 36.º do CT 2003 já citado, se prever que *«a morte ou incapacidade física ou psíquica da mãe não trabalhadora durante o período de 98 dias [120 no CT 2003] imediatamente a seguir ao parto, confere ao pai os direitos previstos nos números 2 e 3 [licença de paternidade em caso de morte ou incapacidade física ou psíquica da mãe trabalhadora por conta de outrem] do mesmo artigo, isto é, a possibilidade de o pai gozar a parte da licença não utilizada pela mãe.»*

Assim, apenas no caso de verificação de contingências limitativas da mãe não trabalhadora é que tal direito é atribuído ao pai.

Fazemos notar que esta norma e as suas consequências, indiciando a inexistência de uma licença

de paternidade para o pai trabalhador, também poderá constituir violação do princípio de igualdade, pois tratava de forma distinta dois trabalhadores cujo co-progenitor não era trabalhador, em função do seu sexo, e ainda pressupõe que a mãe não trabalhadora não tinha, necessariamente, qualquer actividade profissional, dispondo assim de total disponibilidade para prestar assistência ao filho nos seus primeiros meses de vida.

De qualquer modo, este parecer da CITE pugna por um direito originário da mãe trabalhadora, que apenas em especiais circunstâncias pode ser transferido para o pai, ou caso se verifiquem especiais circunstâncias na vida da mãe não trabalhadora. Ou seja, a atribuição do direito de gozo da licença em causa pelo pai, depende sempre da verificação de certas eventualidades na esfera de um terceiro, a mãe (morte, incapacidade ou acordo).

Legislação actualmente em vigor

Independentemente da sustentabilidade de alguns dos argumentos articulados e expostos supra, que tivemos oportunidade de vir apreciando a cada passo, analisemos agora a regulamentação actualmente aplicável à situação em causa e vejamos se é possível sustentar o mesmo raciocínio ou se o tratamento actual de casos análogos deverá ser diverso.

A matéria referente à licença parental inicial - nova designação aplicada à licença de maternidade prevista no CT 2003 -, na modalidade que releva para a apreciação do caso em análise, é agora regulada nos arts. 40.º e seguintes do Código do Trabalho de 2009, aprovado pela Lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro (doravante CT 2009).

Desde logo, no n.º 1 do art. 40.º do CT 2009, prevê-se que: «*A mãe e o pai trabalhadores* têm direito, por nascimento de filho, a licença parental inicial de 120 ou 150 dias consecutivos, cujo gozo podem partilhar após o parto, sem prejuízo dos direitos da mãe a que se refere o artigo seguinte [período de licença parental exclusivo da mãe – seis semanas].

Mais se estabelece no n.º 4 deste artigo que: «*Em caso de partilha do gozo da licença, a mãe e o pai informam os respectivos empregadores, até sete dias após o parto, do início e termo dos períodos a gozar por cada um, entregando para o efeito, declaração conjunta.*»

Releva também para a nossa análise o n.º 5 do mesmo art. 40.º, onde se determina que: «*Caso a licença parental não seja partilhada pela mãe e pelo pai, e sem*

prejuízo dos direitos da mãe a que se refere o artigo seguinte, o progenitor que gozar a licença informa o respectivo empregador, até sete dias após o parto, da duração da licença e do início do respectivo período, juntando declaração do outro progenitor da qual conste que o mesmo exerce actividade profissional e que não goza a licença parental inicial.»

Mais se prevê no n.º 6 deste artigo que: «*Na falta da declaração referida nos n.os 4 e 5 a licença é gozada pela mãe.*»

Com relevo ainda para a nossa análise destacamos que n.º 4 do art. 42.º prevê-se, à luz do que sucedia anteriormente, que: «*Em caso de morte ou incapacidade física ou psíquica de mãe não trabalhadora nos 120 dias a seguir ao parto, o pai tem direito a licença nos termos do n.º 1, com a necessária adaptação, ou do número anterior.*»

Considerações a propósito do regime actual

Da análise das normas actualmente aplicáveis às antigas licenças de maternidade e paternidade, agora designadas unitariamente por licença parental inicial, resulta que a regulamentação actual sofreu diversas modificações. Assim, cumpre apreciar se tais modificações implicam um diferente tratamento legal da situação em causa nos autos no âmbito dos quais se pronunciou o Tribunal da Relação do Porto.

Assim, dever-se-á considerar, em primeiro lugar, qual o âmbito subjectivo de aplicação da nova norma de atribuição da licença parental inicial; quais os requisitos legais a serem cumpridos com vista à efectivação do direito ao gozo desta licença; e a relevância do n.º 4 do art. 42.º do CT 2009, anterior n.º 4 do art. 36.º do CT 2003. Tudo isto, tendo sempre como pano de fundo orientador o princípio da igualdade

No que respeita ao âmbito subjectivo do direito ao gozo de licença parental, verificamos que ao contrário do que sucedia no n.º 1 do art. 35.º do CT 2003, o direito em causa deixou de ser atribuído originariamente à mãe trabalhadora.

Com efeito, no n.º 1 do art. 40.º do CT 2009, lê-se agora que tanto a mãe como o pai trabalhadores têm direito por nascimento do filho ao gozo desta licença. Não é aqui feita qualquer ressalva quanto à actividade desenvolvida pelo outro co-progenitor nem à sua qualificação jurídica.

A única ressalva encontra-se na parte final desta norma e visa, simplesmente, precaver o gozo do período inicial de seis semanas da licença pela mãe,

tendo em conta razões de ordem física, para recuperação da gravidez e do parto para além, obviamente, da prestação dos cuidados necessários a uma criança nos seus primeiros tempos de vida.

Vejamos agora se a argumentação referente aos *requisitos a cumprir* com vista à efectivação do direito seria passível de uma interpretação idêntica à preconizada pelo Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, começando pela norma que regula a situação em que não existe partilha - o n.º 5 do art. 40.º do CT 2009: sempre com a ressalva do período inicial de seis semanas de gozo exclusivo por parte da mãe, nesta norma começa-se por referir, de forma totalmente neutra e sem qualquer referência de género, «o progenitor que gozar da licença».

Este elemento é fulcral na interpretação das normas relativas à licença parental inicial, pois já não se faz qualquer distinção entre pai ou mãe trabalhadores, assumindo-se propositadamente uma nomenclatura assexuada, para que dúvidas não restem de que o direito ao gozo da licença não depende do género do progenitor.

Assim, nos termos desta norma, é possível a mãe trabalhadora gozar na integralidade o período de licença parental inicial, e também é possível que um pai trabalhador goze de tal licença na sua integralidade (com excepção das seis semanas iniciais, reservadas à mãe).

Ora, considerando que se trata de situação em que não se verifica a partilha da licença, vemos nos obrigados a concluir que existe aqui *também* um direito originário do pai trabalhador ao gozo de licença parental inicial.

Mas vejamos os requisitos para o gozo deste direito em situação de inexistência de partilha. A norma em causa estabelece que: *a)* o progenitor que goze da licença tem de informar o respectivo empregador da duração da licença e o início do respectivo período; *b)* tal informação deverá ser prestada até sete dias após o parto; e *c)* deve apresentar ao respectivo empregador uma declaração do outro progenitor em que este declare que exerce actividade profissional e que não goza de licença inicial.

Ora, para além de não existir aqui qualquer referência ao empregador do outro progenitor que não goza de licença parental inicial, basta agora juntar uma declaração em que é feita mera referência à actividade profissional desse progenitor.

Ou seja, é claramente afastada a obrigatoriedade eventual de o progenitor que não goza de licença

ter de ser um trabalhador por conta de outrem, pois essa não é a única forma em que se pode substanciar a «*actividade profissional*».

Nestes termos e tendo em conta a redacção desta norma, é claro que uma mãe trabalhadora pode gozar desta licença na sua integralidade sem qualquer partilha, sem que o facto de o seu co-progenitor ser ou não trabalhador dependente seja relevante. E também é certo que o mesmo sucederá no caso inverso, podendo um pai trabalhador gozar na integralidade da licença parental inicial (sem prejuízo das primeiras seis semanas) independentemente da qualificação jurídica da actividade profissional que esta prossegue.

Caso mais complicado será o do gozo partilhado de licença, em que ambos os progenitores apenas pretendem gozar de parte desta.

Com efeito, a norma constante do n.º 4 do art. 40.º obriga a que: *a)* mãe e pai informem os respectivos empregadores até sete dias após o parto dos períodos de licença a gozar por cada um; e *b)* entreguem para o efeito uma declaração conjunta.

Ora, é certo que o argumento formal utilizado no Acórdão que vimos analisando poderia vingar, pois não existindo um dos empregadores em virtude de um dos progenitores ser profissional independente, a informação aos «*respectivos empregadores*» encontrar-se-ia prejudicada.

De todo o modo, pensamos que uma leitura meramente literal e formal desta norma levaria a situações gritantes de desigualdade, desta feita relativamente aos progenitores que optaram por não partilhar a licença.

Efectivamente, em caso de não se verificar a partilha, situação em que o progenitor que goza do direito goza da integralidade do período de licença, afigura-se como irrelevante a qualificação da actividade profissional do outro progenitor. Já no caso em que o trabalhador ou trabalhadora pretendam gozar apenas de parte(s) da licença, situação menos onerosa para o empregador respectivo, é necessário que ambos os progenitores sejam trabalhadores subordinados.

Ora, a disparidade de soluções a que leva uma leitura formalista da norma gera situações de discriminação que não são aceitáveis. Pelo que se deverá considerar a referência [a] «*os respectivos empregadores*», como uma menção abrangente aplicável tanto nos casos em que ambos os progenitores são trabalhadores, como nos casos em que apenas um

o é, sendo informado o empregador (ou até mesmo empregadores) daquele progenitor com quem tenha um contrato de trabalho subordinado.

Vejamos agora qual a preponderância do n.º 4 do art. 42.º - anterior n.º 4 do art. 36.º do CT 2003 - atento o contexto normativo actual e se poderá continuar a ser invocado como argumento para a relevância da qualificação da actividade profissional do progenitor que não goza da licença para a atribuição desse direito.

Em primeiro lugar, certo é que esta norma aplica-se unicamente às situações em que se verifique a morte ou incapacidade (física ou psíquica) de «*mãe não trabalhadora*».

Esta norma parece vir agora contrariar tudo aquilo que vimos dizendo. Com efeito, aparentemente é possível sustentar que para a atribuição da licença é relevante a mãe não ser trabalhadora - porque, se assim não fosse, não haveria necessidade de regular esta situação.

De todo o modo, pensamos que deverá ser feita uma leitura integrada desta norma, no contexto das demais que regulam a licença parental inicial, que vimos analisando.

Com efeito, como temos vindo a observar, em nenhum momento as normas que regulam a atribuição desta licença fazem referência ou impõem como requisito determinada qualificação da actividade do progenitor que não goza de licença. Aliás, como se denota do n.º 5 do art. 40.º, é apenas necessário que o outro progenitor tenha actividade profissional, não necessariamente subordinada.

Ou seja, quando no n.º 4 do art. 42.º se fala em mãe não trabalhadora, pretende-se mesmo falar em mãe que não exerce qualquer actividade, de mãe sem actividade profissional.

De qualquer modo, deste entendimento, nasce uma dúvida: se o legislador teve a preocupação de atribuir ao pai trabalhador um direito de gozo de licença quando a mãe não exerce actividade, quer dizer que este não teria direito ao gozo da licença de início pelo facto de esta não trabalhar?

A regra que atribui ao pai trabalhador o direito ao gozo de licença é a mesma que atribui à mãe trabalhadora o direito ao gozo dessa mesma licença, é a mesmíssima norma. Logo, por uma questão de coerência sistemática teríamos de ser levados a concluir que, caso a mãe trabalhadora seja co-progenitora com um pai que não exerce qualquer actividade, a mãe não teria igualmente direito ao gozo de licença.

Mas não é assim. Com efeito, o legislador ressaltou esta situação. De uma forma procedimental, estabeleceu que, na falta das declarações referidas nos n.ºs 4 e 5 do art. 40.º (declaração necessária em caso de partilha ou de não partilha de período de licença parental inicial que já analisámos) «*a licença é gozada pela mãe*». Ou seja, caso não haja nenhuma declaração e independentemente do facto de o pai ser trabalhador ou não, ter actividade profissional ou não, a mãe terá sempre direito ao gozo de licença.

E reforçou este entendimento com o próprio n.º 4 do art. 42.º, prevendo apenas as situações em que a mãe não é trabalhadora.

Atentas as nossas considerações anteriores, não podemos senão concluir que *de iure condito*, pai e mãe progenitores têm um direito aparentemente autónomo ao gozo de licença parental, contudo tal autonomia não se verifica no caso de a mãe progenitora não desenvolver qualquer actividade, não tendo o pai trabalhador, neste caso, direito ao gozo de licença parental inicial autónomo. O que até se compreende, porque não se encontrando um dos progenitores a desenvolver actividade profissional, estará disponível para prestar os cuidados a uma criança durante os seus primeiros tempos de vida, não sendo necessário atribuir ao progenitor que trabalha uma licença, para aquela finalidade. Contudo, subsiste a questão de saber porque é que tal não sucede no caso inverso, em que o progenitor que não desenvolve actividade profissional e que, em termos idênticos se pode pressupor que estará disponível para prestar cuidados a uma criança durante os seus primeiros tempos de vida, é o pai.

Dentro de uma lógica sistemática que pretende despir-se de preconceitos, atribui-se no n.º 1 do art. 40.º uma licença ao pai e à mãe trabalhadores, tratando-os sempre a par e, inclusivamente, de forma neutra e indiferenciada como «*progenitores*» nos n.ºs 2, 5, e 7 do art. 40.º e nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do art. 42.º. Mas, chegando ao n.º 4, verifica-se uma situação de disparidade de tratamento, sem que nenhuma razão de ordem física ou biológica o determine, ressalvadas, claro está, as primeiras seis semanas de licença após o parto.

A forma como esta matéria se encontra regulada é geradora de tratamento discricionário, desta feita em função do género e dos preconceitos sociais e culturais que envolvem o género feminino e o género masculino. Pretendendo-se proteger, beneficia-se a mulher trabalhadora numa situação em que o seu co-progenitor não desenvolve qualquer

actividade profissional e portanto estaria disponível para prestar os cuidados ao filho de ambos, precisamente a razão pela qual a licença em causa é atribuída.

Infelizmente, bem sabemos que a realidade não é «a preto e branco» e que, porventura, a solução normativa ideal, neutra e despida de preconceitos, não é possível numa cultura em que as tarefas dos homens e das mulheres ainda são tantas vezes bem diferentes, continuando a casa e os filhos a ser vistos como uma função essencialmente feminina.

Independentemente de todas estas considerações a propósito do n.º 4 do art. 42.º, consideramos que, no caso em análise, em que se verifica que o pai é trabalhador dependente e a mãe desenvolve actividade profissional, entender que este pai não seria titular do direito ao gozo de licença parental inicial, em virtude de a mãe não ser trabalhadora dependente, viola o princípio da igualdade material relativamente às situações em que a mãe seja trabalhadora dependente e o pai seja, por hipótese, trabalhador independente.

Outro entendimento levaria à constatação de existência de discriminação verificando-se, portanto, a violação do princípio da igualdade ou da equiparação.

Nota final - O regime de protecção social

O regime de protecção social das situações de maternidade e paternidade, em particular nas situações de gozo de licença parental inicial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 91/2009, de 09 de Abril, vem apontar precisamente neste sentido.

Com efeito no art. 5.º deste diploma, em particular no seu n.º 2, estabelece-se a extensão dos direitos

atribuídos determinando que se aplica, «em igualdade de circunstâncias, aos beneficiários do regime de segurança social dos trabalhadores independentes e do seguro social voluntário.»

Estipula-se ainda que «Caso a licença parental inicial não seja partilhada pela mãe e pelo pai, e sem prejuízo dos direitos da mãe a que se refere o artigo seguinte, há lugar à concessão do subsídio parental inicial ao progenitor que o requeira nas situações em que o outro progenitor exerça actividade profissional e não tenha requerido o correspondente subsídio.»

Ou seja, pelo menos no que respeita às situações em que não se verifica a partilha da licença, para que seja aceite a atribuição de subsídio é necessário simplesmente que o progenitor que não goza de licença desenvolva um qualquer tipo de actividade profissional, seja ela subordinada ou não. O que vai no mesmo sentido da regulamentação da atribuição do direito ao gozo da própria licença parental inicial como vimos analisando.

Ressalva-se finalmente que apenas se exige que o progenitor que não goza de licença parental inicial «exerça actividade profissional e não tenha requerido o correspondente subsídio». Pelo que não poderão relevar situações em que tal progenitor não procede a descontos para a Segurança Social, por hipótese porque desconta para um outro sistema previdencial, e se encontra dispensado de proceder a tais pagamentos à Segurança Social, como é o caso dos advogados.

Um entendimento contrário, levaria mais uma vez a uma violação do princípio da igualdade material, fazendo, inclusivamente, depender a atribuição de um subsídio da situação contributiva de um terceiro.

JOANA BRISSON LOPES*

* Advogada de Área de Direito Laboral de Uría Menéndez (Lisboa).