



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O art. 8.º, n.º3 da CSE(R): Dispensa para amamentação ou aleitação

Ana Margarida Seabra

Faculdade de Direito | Escola do Porto

Fevereiro, 2023

Índice

Introdução	4
Análise do art. 8.º, n.º 3 da Carta Social Europeia (Revista)	5
Conclusões de 2011	7
Conclusões de 2019	7
Considerações finais	9
Bibliografia	11

Resumo: Os direitos fundamentais sociais têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa humana, ou seja, na conceção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado. Assim, os direitos sociais não têm que ver com conceções políticas. Têm que ver com a dignidade da pessoa humana. A Carta Social Europeia é um instrumento internacional regional de proteção dos direitos sociais. O cumprimento das obrigações é monitorizado por um sistema de relatórios.

Palavras-Chave: Proteção multinível; Tutela dos direitos sociais; Convenção Europeia dos Direitos Humanos; Carta Social Europeia Revista; Constituição portuguesa; Dispensa para Amamentação ou Aleitação; Art. 8.º, n.º 3 da Carta Social Europeia (Revista); Art. 47.º do Código do Trabalho; Art. 392.º, n.º 3 do Código do Trabalho.

Introdução

Neste trabalho, analisarei o art. 8.º, n.º 3 da Carta Social Europeia (Revista), doravante CSE(R), que consagra o Direito a Dispensa de Trabalho para Amamentação ou Aleitação. Assim, focar-me-ei na análise da situação de Portugal nesta matéria e terei em consideração as conclusões proferidas pelo Comité Europeu dos Direitos Sociais nos anos de 2011 e 2019.

Em primeiro lugar, é importante fazer um enquadramento adequado da Carta, para compreender a análise do art. 8.º, n.º 3. Nos nossos dias, quando pensamos em direitos fundamentais, pensamos numa proteção multinível.¹ A nível nacional, a Constituição da República Portuguesa protege os direitos fundamentais sociais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (Direito Internacional Geral) é outro nível de proteção dos direitos fundamentais sociais, na medida em que tem uma aplicação que não se circunscreve a regiões do mundo.

Por outro lado, se pensarmos no Direito Internacional Regional, da Europa, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos também protege os direitos fundamentais sociais. Mas, a par da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, existe um outro Tratado de direitos sociais, no continente europeu: a Carta Social Europeia. Com efeito, a proteção dos direitos fundamentais sociais, tem vindo a deixar de pertencer exclusivamente às constituições nacionais.² Assim, a Carta Social Europeia Revista (CSER) é importante, na medida em que se insere num quadro de pluralismo jurisdicional, como documento legislativo internacional (regional) que oferece um nível de proteção do indivíduo por vezes superior ao nível de proteção garantido pelos Estados que nela são partes.

A Carta Social Europeia foi assinada em Turim, em 1961 e entrou em vigor em 1965. A CSE é “o instrumento regional europeu de proteção dos direitos sociais que acompanha e complementa a CEDH.”³ A implementação da CSE(R) é fiscalizada pelo

¹ (Botelho, A Proteção Multinível Dos Direitos Sociais: Verticalidade Gótica ou Horizontalidade Renascentista? - Do não impacto da Carta Social Europeia (Revista) na Jurisprudência Constitucional Portuguesa, 2017, pp. 8-36)

² (Botelho, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Alberto Xavier - Volume III, 2012, pp. pp. 395-424, p. 397)

³ (Botelho, Os direitos sociais em tempos de crise, 2017, p. 231)

Comité Europeu dos Direitos Sociais, seja pelas conclusões anuais proferidas no seguimento do sistema de relatórios anuais instituído pela CSE, seja pelas decisões decorrentes do procedimento de Reclamações Coletivas. Desta forma, a Carta Social Europeia Revista é, talvez, o mais reconhecido catálogo de direitos sociais europeu.

Como sabemos, o conceito de “direitos sociais” é polissémico e indeterminado.⁴ Contrariamente aos direitos civis, aos direitos sociais reconhece-se que a implementação destes direitos está dependente dos recursos disponíveis. Os direitos fundamentais sociais têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa humana, ou seja, na conceção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado. Assim, os direitos sociais não têm que ver com conceções políticas. Têm que ver com a dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, a dignidade da pessoa humana é da pessoa em qualquer dos géneros. Por isso, e porque continua a haver desigualdades que atingem as mulheres, a Constituição não se circunscreve a declarar a igualdade. Assim, a Constituição portuguesa estabelece a especial proteção das mulheres durante a gravidez e após o parto (arts. 56.º, n.º2, alínea c) e 68.º, n.ºs 3 e 4).

Na verdade, o valor da dignidade humana surge umbilicalmente ligado aos direitos fundamentais sociais.

Análise do art. 8.º, n.º 3 da Carta Social Europeia (Revista)

O art. 8.º da CSE(R), a propósito do direito das trabalhadoras à proteção da maternidade, dispõe o seguinte: Com vista a assegurar o exercício efetivo do direito das trabalhadoras à proteção da maternidade, as Partes comprometem-se:

1) A assegurar às trabalhadoras, antes e depois do parto, uma interrupção do trabalho com uma duração total mínima de 14 semanas, quer por meio de uma licença paga, quer por prestações apropriadas da segurança social, ou por fundos públicos;

⁴ (Botelho, 40 Anos de Direitos Sociais: uma reflexão sobre o papel dos direitos fundamentais sociais no século XXI, 2016, pp. 197-216)

2) A considerar como ilegal para o empregador proceder ao despedimento de uma mulher durante o período compreendido entre o momento em que esta notifica o empregador da sua gravidez e o fim da sua licença de maternidade, ou numa data tal que o prazo de pré-aviso expire durante esse período;

3) A assegurar às mães que aleitem os seus filhos pausas suficientes para esse fim;

4) A regulamentar o trabalho noturno das mulheres grávidas, puérperas ou lactantes;

5) A proibir o trabalho das mulheres grávidas, puérperas ou lactantes em trabalhos subterrâneos nas minas e em quaisquer outros trabalhos de carácter perigoso, insalubre ou penoso, e a tomar medidas apropriadas para proteger os direitos dessas mulheres em matéria de emprego.

Com efeito, de acordo com o art. 8.º, n.º 3 da CSE(R), a todas as mães trabalhadoras (incluindo mães trabalhadoras de serviço doméstico e mães trabalhadoras que trabalham em casa) que amamentam ou aleitam os seus filhos será concedida uma pausa para esse fim.⁵

O tempo dispensado para esse efeito deverá, em princípio, ser concedido durante o horário normal de trabalho e ser remunerado como tal.⁶

Como já se referiu, o Comité avalia, caso a caso (*case by case analysis*), o cumprimento do art. 8.º, n.º 3. Foram várias as medidas que o Comité considerou estarem em conformidade com a Carta: duas pausas de meia hora em que o empregador fornece um espaço para a amamentação ou aleitação⁷; pausas diárias de uma hora por dia⁸; legislação que prevê duas pausas diárias durante um período de um ano para o efeito e ainda o direito a começar o trabalho mais cedo ou sair do trabalho mais cedo.⁹

⁵ (Comité Europeu dos Direitos Sociais, Conclusões XVII-2, Espanha, Art. 8-3, 2005)

⁶ (Comité Europeu dos Direitos Sociais, Conclusões XIII-4, Países Baixos, Artigo 8-3, 1996)

⁷ (Comité Europeu dos Direitos Sociais, Conclusões I, Itália, Art. 8-3, 1969)

⁸ (Comité Europeu dos Direitos Sociais, Conclusões I, Alemanha, Artigo 8-3, 1969)

⁹ (Comité Europeu dos Direitos Sociais, Conclusões 2011, França, Artigo 8-3, 2011)

Conclusões de 2011

Vejam, em primeiro lugar, quais foram as Conclusões de 2011 do Comité sobre o Relatório apresentado por Portugal relativamente ao direito em análise.

O Comité Europeu dos Direitos Sociais considerou que a dispensa para amamentação ou aleitação, prevista no art. 47.º do Código do Trabalho Português está, *a priori*, em conformidade com a CSE(R).¹⁰ De acordo com o art. 47.º do Código do Trabalho, a mãe que amamenta o filho tem direito a dispensa de trabalho para o efeito, durante o tempo que durar a amamentação (isto é, enquanto a amamentação continuar). Assim, a dispensa diária para a amamentação ou aleitação é gozada em dois períodos distintos, com a duração máxima de uma hora cada. Adianta ainda o artigo 47.º, no número 5, que, no caso de os progenitores trabalharem a tempo parcial, a dispensa diária para amamentação ou aleitação é reduzida na proporção do respetivo período normal de trabalho, mas a pausa não poderá ser inferior a 30 minutos. Ademais, o Comité Europeu dos Direitos Sociais pede a confirmação de que estas pausas ou dispensas continuam a ser remuneradas. Questiona, porém, se o mesmo regime é aplicável aos trabalhadores em ambos os setores, privado e público.

Com efeito, o Comité, nas Conclusões de 2011, solicitou a informação e esclarecimentos em falta e os eventuais progressos no respeito por este direito social e concluiu que a dispensa para amamentação ou aleitação, prevista no art. 47.º do Código do Trabalho, estará, em princípio, em conformidade com o n.º 3 do art. 8.º da CSE(R).

Conclusões de 2019

O Comité Europeu dos Direitos Sociais observou, em 2019 sobre o cumprimento ou não cumprimento do direito a dispensa de trabalho para amamentação ou aleitação, por Portugal. O Relatório Português reiterou que a situação, que anteriormente tinha sido considerada em conformidade com o art. 8.º, n.º3 da CSE(R) (Conclusões de 2011), permanecia inalterada.¹¹ Desta forma, a mãe que, comprovadamente amamenta o filho,

¹⁰ (Comité Europeu dos Direitos Sociais, Conclusões 2011, Portugal, Artigo 8-3, 2012)

¹¹ (Comité Europeu dos Direitos Sociais, Conclusões 2019, Portugal, Artigo 8-3, 2020)

tem direito a ser dispensada em cada dia de trabalho por dois períodos distintos de duração máxima de uma hora para o cumprimento dessa missão, durante todo o tempo que durar a amamentação. A mãe deverá apresentar um atestado médico se a amamentação continuar para além do primeiro ano de vida da criança.

Por outro lado, no caso de não haver lugar a amamentação, a mãe ou o pai trabalhador têm direito, por decisão conjunta, à dispensa para aleitação, até o filho perfazer um ano. Com efeito, no caso de o bebé não ser amamentado, a mãe **ou** o pai podem decidir que, um dos dois, fará pausas no trabalho para aleitação, até que a criança tenha um ano de idade.

Por fim, a dispensa para amamentação ou aleitação foi alargada aos trabalhadores a tempo parcial, na proporção do respetivo período normal de trabalho. No entanto, as pausas não podem ser inferiores a trinta minutos.

Nas conclusões anteriores, de 2011, o Comité solicitou a confirmação de que estas pausas ou dispensas continuam a ser remuneradas. Em resposta, o Relatório indica que o art. 392.º, n.º 3 do Código do Trabalho estabelece um limite máximo para o montante que pode ser pago. Com efeito, o limite máximo é de 60 dias de retribuição base mais eventual montante adicional por antiguidade. O valor total não pode ser inferior ao valor corresponde a seis meses de retribuição base e diuturnidades.

Por fim, o Relatório confirma que as disposições do Código do Trabalho relativas à dispensa para amamentação ou aleitação também se aplicam aos trabalhadores no setor público, conforme dispõe o artigo 4.º, n.º 1 da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Lei n.º 35/2014, de 20 de junho.

Com efeito, o Comité Europeu dos Direitos Sociais considera Portugal em cumprimento do art. 8.º, n.º 3 da CSE(R).

Ressalve-se que Portugal não foi objeto de reclamações coletivas relacionadas com o art. 8.º CSE(R).

Considerações finais

No plano internacional regional, temos, por um lado, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e, por outro lado, a Carta Social Europeia, que surgiu 11 anos mais tarde. Podemos pensar, e bem, que ambos são Tratados Internacionais. No entanto, o nível de vinculatividade é distinto.¹² A Convenção Europeia dos Direitos Humanos é colocada em prática (*enforced*) pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. A Carta Social Europeia, por sua vez, é monitorizada pelo Comité Europeu dos Direitos Sociais. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos é altamente citada pelos Tribunais Constitucionais, desde logo pelo Tribunal Constitucional Português. O mesmo já não acontece com a Carta Social Europeia. Por fim, os indivíduos podem syndicar violações da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (art. 34.º CEDH que consagra um genuíno amparo internacional). Isso não existe para a Carta Social Europeia. Para a Carta Social Europeia, como já foi referido, existe apenas um mecanismo de queixas coletivas, criado pelo Protocolo Adicional 35.

No plano da união europeia, os direitos fundamentais não eram, durante muito tempo, uma preocupação do legislador comunitário. Entendia o legislador comunitário e as instituições europeias que a proteção dos direitos fundamentais deveria ser assegurada pelos Estados Membros, nomeadamente nas respetivas constituições nacionais. Portanto não era uma preocupação europeia e não era feita qualquer menção à proteção dos direitos fundamentais nos Tratados fundadores. Só mais tarde é que os Tratados passam a indicar que os direitos fundamentais também são uma preocupação europeia, que devem ser assegurados no contexto europeu e que resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros enquanto princípios gerais do Direito da União Europeia. A necessidade da UE garantir os Direitos Fundamentais passa a constar dos Tratados, do direito derivado, é desenvolvida na jurisprudência do Tribunal de Justiça e por fim, consta da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (adotada em 2000 e que se tornou vinculativa em 2009). Desta forma, não podemos dizer que os direitos sociais estejam alheios ao Direito da União Europeia.¹³

¹² (Churchill & Khaliq, 2004, pp. p.417-456)

¹³ (Leão, 2006, pp. 1-36)

Na verdade, *prima facie*, quando olhamos para a Carta Social Europeia, parecemos que a Carta Social Europeia é progressista e conseguiu ir mais longe. No entanto, a lista dos direitos sociais é muito incompleta e os direitos sociais estão escritos de uma maneira muito incompleta e, portanto, não permitem tão bem a sua aplicabilidade direta.

Para concluir, como se retira das Conclusões analisadas referentes à situação de Portugal no que concerne o art. 8.º, n.º 3, Portugal tem percorrido um caminho satisfatório em prol de garantir o direito a dispensa para amamentação ou aleitação. Assim, a análise e comparação das Conclusões de 2011 e as de 2019 demonstra que a legislação portuguesa está em conformidade com o art. 8.º, n.º 3 da Carta Social Europeia (Revista).

Bibliografia

- Botelho, C. S. (2012). Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Alberto Xavier - Volume III. *O Tribunal de Estrasburgo, o Tribunal de Justiça da União Europeia e os Tribunais Constitucionais nacionais: perigo de um 'Triângulo das Bermudas'?, A Complexa Interação Multinível Entre as Instâncias Jurisdicionais de Protecção dos Direitos Fundamentais, III.*
- Botelho, C. S. (2016). 40 Anos de Direitos Sociais: uma reflexão sobre o papel dos direitos fundamentais sociais no século XXI.
- Botelho, C. S. (2017). A Protecção Multinível Dos Direitos Sociais: Verticalidade Gótica ou Horizontalidade Renascentista? - Do não impacto da Carta Social Europeia (Revista) na Jurisprudência Constitucional Portuguesa. *Lex Social.*
- Botelho, C. S. (2017). Os direitos sociais em tempos de crise.
- Churchill, R. R., & Khaliq, U. (2004). The Collective Complaints System of the European Social Charter - An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights? . *European Journal of International Law, 15*(3).
- Comité Europeu dos Direitos Sociais. (1969). Conclusões I, Alemanha, Artigo 8-3. Obtido de <https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=I/def/DEU/8/3/EN>
- Comité Europeu dos Direitos Sociais. (1969). Conclusões I, Itália, Art. 8-3. Obtido de <https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=I/def/ITA/8/3/EN>
- Comité Europeu dos Direitos Sociais. (1996). Conclusões XIII-4, Países Baixos, Artigo 8-3. Obtido de <https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIII-4/def/NLD/8/3/EN>
- Comité Europeu dos Direitos Sociais. (2005). Conclusões XVII-2, Espanha, Art. 8-3. Obtido de <https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVII-2/def/ESP/8/3/EN>
- Comité Europeu dos Direitos Sociais. (2011). Conclusões 2011, França, Artigo 8-3. Obtido de <https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2011/def/FRA/8/3/EN>
- Comité Europeu dos Direitos Sociais. (11 de janeiro de 2012). Conclusões 2011, Portugal, Artigo 8-3. Obtido de <https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2011/def/PRT/8/3/EN>

Comité Europeu dos Direitos Sociais. (3 de março de 2020). Conclusões 2019, Portugal, Artigo 8-3. Obtido de <https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2019/def/PRT/8/3/EN>

Leão, A. C. (2006). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Protegendo os Direitos a um Nível Multidimensional*.