

PARECER N.º 99/CITE/2008

Assunto: Pedido informativo sobre licença por maternidade no início da relação jurídica de trabalho subordinado

Processo n.º 438 – DV/2008

I – OBJECTO

1.1. A CITE recebeu, em 29 de Agosto de 2008, do médico do Centro de Saúde de ..., solicitação para o esclarecimento da seguinte situação:

- No exercício da sua actividade de médico no Centro de Saúde de ... e no decurso de uma consulta que prestava a uma mãe, teve conhecimento que esta tinha recentemente (4 ou 5 dias antes da consulta) assinado um contrato de trabalho com uma autarquia;
- A trabalhadora tivera um filho no dia 19.07.2008;
- Não tinha emprego antes da gravidez, nem durante esta;
- A referida autarquia não reconhecia o direito ao gozo da licença por maternidade, embora reconheça as dispensas para amamentação;
- O médico solicita informação sobre o direito desta trabalhadora, que teve um filho há cerca de um mês, à licença por maternidade.

1.2. Analisada a solicitação dirigida à CITE, a questão que se enuncia é a de saber se um nascimento ocorrido na ausência de um contrato de trabalho tem eficácia suspensiva inicial, quanto ao dever de prestar trabalho, numa relação laboral constituída posteriormente e durante o período de 120 ou 150 dias consecutivos a seguir ao parto, ou seja, durante o período de puerpério da trabalhadora, nos termos definido na alínea *b)* do artigo 34.º do Código do Trabalho.

Nunca se tendo a CITE pronunciado sobre o presente assunto, que se afigura de inegável interesse, decidiu-se submetê-la à apreciação desta Comissão.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. A Constituição da República Portuguesa consagra o direito das mulheres a especial

protecção durante a gravidez e após o parto.

Este direito fundamental encontra-se transposto em vários normativos, assumindo um especial destaque o direito das mulheres trabalhadoras a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias.¹

- 2.2.** A protecção conferida a uma mãe trabalhadora durante a gravidez e após o parto (trabalhadoras grávidas, puérperas, ou lactantes) traduz-se no direito absoluto a dispensas de trabalho para se deslocar a consultas pré-natais, pelo tempo e número de vezes necessários e justificados, a dispensa do trabalho por motivo de risco específico de exposição a agentes, processos ou condições de trabalho, a uma licença por gravidez de risco clínico e a uma licença por maternidade de cento e vinte dias consecutivos, noventa dos quais necessariamente a seguir ao parto, podendo os restantes ser gozados, total ou parcialmente, antes ou depois do parto, e ainda a dispensas para amamentação (n.º 1 do artigo 39.º, artigo 49.º, n.º 3 do artigo 35.º, n.º 1 do artigo 35.º e n.º 1 do artigo 39.º, todos do Código do Trabalho).

Esta protecção é extensível nas situações de cessação do vínculo laboral, através da obrigatoriedade de solicitação de parecer prévio à CITE, nos termos do artigo 51.º do Código do Trabalho, conjugado com o artigo 98.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.

- 2.3.** O Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 29.03.2000², ao reconhecer o direito ao gozo da licença por maternidade no caso de ocorrência de um parto de nado-morto, colocou o ênfase na protecção da mãe trabalhadora, secundarizando o acompanhamento do filho, na atribuição de licença por maternidade.
- 2.4.** Os direitos relativos à protecção da maternidade e da paternidade extensíveis à relação jurídica de emprego público que confira a qualidade de funcionário ou agente da Administração Pública prevêm, por força da alínea *b*) do artigo 5.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, que aprovou o Código do Trabalho, para esta categoria de trabalhadores, a possibilidade de o acto de aceitação de nomeação ou posse³ de um lugar ou cargo que devesse ocorrer durante o período da licença por maternidade ser este transferido para o termo da mesma, produzindo todos os efeitos, designadamente antiguidade e retribuição, a partir da data da publicação do respectivo despacho de nomeação (n.º 2 do artigo 107.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho).

¹ Vide n.º 3 do artigo 68.º da Constituição da República Portuguesa.

² Vide Parecer n.º 6/CITE/2002.

³ Sendo que, nos casos de primeira nomeação, a qualquer título, a aceitação reveste a forma de posse (n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro), é configurável uma situação em que alguém, entre o momento em que concorreu para lugar de ingresso numa carreira e aquele em que fica aprovado/a, tenha tido um filho.

2.5. Tal previsão não se encontra expressamente prevista para os trabalhadores com vínculos laborais de natureza privada.

Aliás, ao contrário dos vínculos de natureza pública, que conferem ao trabalhador nomeado o direito à remuneração no decurso da licença por maternidade, ou o direito aos retroactivos referentes ao período dessa licença, de acordo com o citado artigo 107.º, os trabalhadores abrangidos pelo Regime da Segurança Social têm de cumprir um prazo de garantia de seis meses civis, seguidos ou interpolados, com registos de remunerações, para usufruírem do subsídio de maternidade por compensação da perda de retribuição (artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 154/88, de 29 de Abril, e alínea *a*) do n.º 1 do artigo 50.º do Código do Trabalho)

2.6. No entanto, o Decreto-Lei n.º 105/2008, de 25 de Junho, que instituiu medidas sociais de reforço da protecção social na maternidade, paternidade e adopção, enquanto direito instrumental das normas de protecção da maternidade e da paternidade, veio conferir ao universo da população que, por não se encontrar inserida no mercado de trabalho, ou por apresentar insuficiência de carreira contributiva, não tem direito à protecção no domínio do sistema previdencial, e que simultaneamente se encontra numa situação de vulnerabilidade económica, de entre outros, o direito a um subsídio social de maternidade, abrangendo as situações de parto de nado vivo ou morto, ou um subsídio social de paternidade em caso de morte ou incapacidade física ou psíquica da mãe, nas situações de parto de nado-vivo (artigo 3.º, alíneas *a*) e *b*) do n.º 1, n.º 2, n.º 3 e n.º 4 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 105/2008, de 25 de Junho).

Pretendeu, assim, o legislador viabilizar o direito à licença de maternidade em todas as circunstâncias em que o sistema próprio (Decreto-Lei n.º 154/88, de 29 de Abril) não o permitisse, ou seja:

- quando a mãe não estivesse abrangida por uma relação jurídica de emprego, com a excepção feita às situações previstas no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 105/2008, de 25 de Junho, tais como aborto espontâneo, interrupção voluntária da gravidez, risco clínico ou específico para a grávida ou para o nascituro, em que a atribuição do subsídio social de maternidade está condicionada ao exercício de actividade profissional ;

- ou ainda, quando inserida numa carreira contributiva em regime de protecção social de enquadramento obrigatório, a mãe trabalhadora não tivesse registos de remunerações nos últimos seis meses civis.

O entendimento evolutivo que tem merecido o instituto da protecção da maternidade e paternidade, essencialmente retratado no alargamento das situações abrangidas pelo regime de protecção social, reflecte uma interpretação extensiva dos normativos legais

sobre protecção da maternidade e da paternidade, dentro do espírito do sistema.

- 2.7.** De acordo com o disposto na alínea *b*) do artigo 34.º do Código do Trabalho, entende-se por trabalhadora puérpera toda a trabalhadora parturiente e durante um período de cento e vinte dias imediatamente posteriores ao parto, que informe o empregador do seu estado, por escrito, com apresentação de atestado médico.
- 2.8.** Decorre do n.º 1 do artigo 36.º do mesmo diploma que a trabalhadora tem direito a uma licença por maternidade de cento e vinte dias consecutivos, noventa dos quais necessariamente a seguir ao parto, podendo os restantes ser gozados, total ou parcialmente, antes ou depois do parto.
- 2.9.** É inquestionável que os direitos consagrados no Código do Trabalho sobre maternidade e paternidade se aplicam aos sujeitos de uma relação jurídica de emprego, titulada por um contrato de trabalho de natureza pública ou privada.
- A questão em análise, ou seja, o direito a uma licença por maternidade no âmbito de uma relação jurídica de emprego alheia ao facto que lhe deu origem – o parto, sugere a aquisição, pela trabalhadora, de um conjunto de direitos no momento da constituição da relação jurídica de emprego, e durante os cento e vinte dias após aquele facto – o parto.
- 2.10.** É certo que o evento que dá origem ao direito à licença por maternidade (o parto) ocorre em momento anterior à constituição da relação jurídica de emprego. No entanto, parece que a lei vigente para os casos já titulados por um contrato de trabalho não faz depender o início desta licença da ocorrência do parto, podendo essa licença ser gozada antes e depois deste facto, nos termos descritos no n.º 1 do artigo 35.º do Código do Trabalho.
- O único imperativo legal parece surgir assim, não quanto ao momento do início da licença, mas quanto à consecutividade do seu gozo, seja anterior ao parto (só para os casos em que a mãe, já vinculada por um contrato de trabalho, optou por essa modalidade), seja após a ocorrência de um parto.
- 2.11.** Neste sentido, e no respeito do que tem vindo a ser o entendimento evolutivo sobre o alargamento da protecção dos direitos da maternidade e da paternidade e na sequência dos direitos já consagrados para os funcionários e agentes da Administração Pública, parece poder entender-se que toda a parturiente, a partir do momento em que se constituiu sujeito de uma relação jurídica de trabalho e desde que comprove o seu estado, adquire a qualidade de trabalhadora puérpera e consequentemente adquire também uma especial protecção e um especial enquadramento legal, tendo a

possibilidade de exercer todos os direitos aplicáveis ao seu estado, designadamente a licença por maternidade, pelo período de 120 ou 150 dias consecutivos a seguir ao parto, viabilizados, em caso de carência económica pelo subsídio social na maternidade por inexistência ou insuficiência de carreira contributiva em regime de protecção social de enquadramento obrigatório, a que teve direito desde o momento do parto.

2.12. E tal entendimento não é prejudicado quando, na análise do acervo de direitos consagrados para protecção da maternidade, já se encontram previstas situações de efectiva prestação de trabalho durante o puerpério, como é o caso da dispensa de prestação da actividade em regime de adaptabilidade do período de trabalho (concedido às trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, nos termos do n.º 3 do artigo 45.º do Código do Trabalho), ou ainda nos casos de dispensa de trabalho nocturno nos eventuais cinquenta e seis dias após o parto, caso a trabalhadora não tivesse querido gozar o direito a cento e doze dias de dispensa antes do parto, direito que lhe é conferido pela alínea *a*) do n.º 1 do artigo 47.º do Código do Trabalho, pois em ambas as situações se visa acautelar o regresso voluntário da trabalhadora puérpera, após as seis semanas de licença de maternidade obrigatória, prevista no n.º 4 do artigo 35.º do Código do Trabalho, e não um regime próprio para as situações de começo de uma relação contratual laboral, quando esteja em causa uma mulher trabalhadora que teve um parto em momento anterior ao início dessa relação, e nos 120 dias posteriores a esse facto.

2.13. Assim, se a trabalhadora após a informação do seu estado decidir exercer o seu direito à licença por maternidade, poderá fazê-lo, não sendo determinante para a aferição do direito à licença por maternidade que o parto ocorra na vigência de um contrato de trabalho, mas sim que a mãe, quando pretender exercer esse direito, seja titular de um contrato de trabalho ficando, nesse caso, suspensos os deveres essenciais caracterizadores do contrato de trabalho, o dever da trabalhadora de prestar trabalho efectivo e o dever do empregador de pagar uma retribuição por esse trabalho.

III – CONCLUSÃO

3.1. De acordo com o exposto, e ainda que estes pareceres tenham natureza meramente consultiva, sendo desprovidos de qualquer obrigatoriedade quanto às suas conclusões, a CITE delibera, ao abrigo da competência prevista no artigo 494.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, que, no seu entender:

a) Os direitos consagrados no Código do Trabalho sobre maternidade e paternidade

aplicam-se aos sujeitos de uma relação jurídica de emprego, titulada por uma relação de trabalho de natureza pública ou privada;

- b) O direito à licença por maternidade não está dependente da ocorrência do parto na vigência de um contrato de trabalho;
- c) A trabalhadora que seja parturiente só beneficiará da protecção que lhe é concedida se informar o empregador do seu estado, mediante apresentação de atestado médico e durante o período de 120 dias após o parto, na observância dos princípios da boa-fé contratual;
- d) Qualquer atitude do empregador que obste à celebração do contrato de trabalho, por este motivo, constitui discriminação em função da maternidade/paternidade, nos termos do artigo 33.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.

3.2. O presente parecer deverá ser comunicado ao interessado.

**APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA
CITE DE 7 DE OUTUBRO DE 2008**