



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Lei da Maternidade e Paternidade - Licença para maternidade; nos casos de aborto, de nado-morto e morte de nado-vivo; Licença por paternidade

Deu entrada neste Conselho, em 11-10-2004, o ofício 1227, do Tribunal da Relação de Guimarães solicitando uma tomada de posição deste Órgão em relação ao assunto supra epigrafado.

Posteriormente, foi comunicado a estes serviços que aquele Tribunal Superior iria enviar mais algum expediente, para uma mais clara tomada de posição. Esse expediente deu entrada neste Órgão, em 22/10/2004, como anexo e parte integrante e elucidatória, do expediente remetido pelo ofício 1227, supra mencionado.

Transcrevemos as questões postas a este Conselho:

1.º Ofício -

"Tendo uma mãe trabalhadora estado hospitalarmente internada, por causa de parto, cinco dias após este, e na sua sequência, e tendo 15 dias após o mesmo ocorrido o falecimento da criança recém-nascida, até aí internada, de que licença goza a mãe pela maternidade?

Temos por assente:

a) A pedido da mãe, o seu período de internamento ou o da criança, à sua escolha, pode ser descontado no período da licença a que a mãe tiver direito (n.º 5 do art.35 do Código do Trabalho).

b) Afigura-se-nos também certo que o direito a licença se adquire pela maternidade- artº citado.

Porém, temos dúvidas quanto aos seguintes aspectos:

1 - Tendo entretanto falecido a criança o que até poderia ocorrer no próprio parto e/ou em consequência deste e visando também (aliás, pensamos que sobretudo) o período de licença permitir o apoio, assistência e o crescimento do recém-nascido -vide art.ºs 36.0 e segs. do mesmo Código - pergunta-se se, mesmo



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

nesse caso não previsto expressamente na lei, o legislador concederia licença tão longa -120 dias.

E as dúvidas avolumam-se, se e tiver em conta:

I- que a licença por aborto espontâneo e nos casos do art.º 142 do Código Penal é, no máximo, de 30 dias,

II - Se se entender que a mãe tem direito à licença de 120 dias, mesmo e apesar da morte do filho - será que o pai, neste caso, ainda terá direito a dividir com a mãe os 120 dias desta, "por decisão conjunta dos pais", nos termos do n.º2 al. c) do art.º39 do Código do trabalho?

III - que, por morte de parente ou afim no 1º grau da linha recta só se pode faltar 5 dias (artº 227º do Cód. do Trabalho),

Com dúvidas, que certamente seriam debeladas com melhor estudo, e entendendo-se que:

a) carecendo-se, como ocorre, de mais e melhor produtividade, e
b) que pelo facto da morte cessa um dos principais, se não mesmo o principal fundamento

c) de período tão dilatado de licença, e

d) da licença de paternidade n.º 2 do artº 36º do citado Código,

somos de parecer que o equilíbrio entre os vários interesses se encontraria na resultante seguinte:

a) Os art.ºs 35º e segs, prevêem directamente a situação de um parto feliz com consequências duradouras, igualmente felizes,

Mas nem sempre assim é,

b) Se no parto, ou após este, mas dentro das seis semanas do n.º 4 do artº 35º, ocorrer a morte do recém-nascido, a mãe apenas tem direito a terminar este período de licença - por o interpretarmos como o seu período de recuperação - a que acresce o período de internamento, seu ou do filho, se o pedir (n.º 5), e for esse o caso, e o período de cinco dias do art.º 227 do Código do Trabalho,

c) Se a morte ocorrer após aquelas seis semanas, a licença de maternidade termina logo, ou se for esse igualmente o caso, após o acréscimo que resultar da



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

aplicação do disposto no n.º 5 do artº 35º tendo direito ainda aos cinco dias do artº 227,o referido.

d) Em qualquer destas situações, o pai - por ser pai - tem direito à licença do n.º 1 do artº 36º,

Quanto ao mais - licença do n.º 2- terá de ser a norma interpretada em -1 consonância com a situação da mãe, a que se refere o art.º 35º, já que a sua razão de ser é assistência ao filho em conjugação com ou em substituição de.

Em casos excepcionais, de ausência de saúde da mãe ou do pai, em consequência do parto ou após a morte, e/ou em consequência desta, haveria a situação de ausência por doença,

Por se tratar de matéria sobre que urge tomar posição face a casos reais em decurso."

Solicita-se tomada de posição do CSM.

2.º Ofício (...) Dra. (...), Juíza de direito da Comarca de (...), tendo estado com baixa médica, e por gravidez de risco desde 15/03/04, foi internada em 12 de Setembro de 2004, tendo dado à luz, por cesariana, um filho, em 14 de Setembro seguinte.

Em 18 de Setembro teve alta médica, sendo certo que o seu filho, desde o nascimento até 29 desse mesmo mês, esteve sempre internado no Hospital de S. João, tendo falecido neste dia.

Estes os factos.

Solicita:

- Além da Justificação das faltas, "de acordo com o regime legalmente previsto" - que:

a) Seja tida em conta a interrupção do período de tempo de maternidade a que tem direito, correspondente aos dias em que se encontrou internada após o nascimento do seu filho;

b) Deve ser considerado - como tempo de licença - o período geral de 120 dias, face à ausência de disposição legal que preveja o encurtamento desse período para o caso exposto;

c) Se assim não for entendido, que, decorrido o período legalmente previsto como licença de maternidade para o caso, seja autorizada a gozar, subsequentemente, o período



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

de férias anual de lei, de que não beneficiou em virtude de se ter encontrado acamada durante oito meses de gravidez, considerada de alto risco.

Quid juris?

Trata-se de uma situação especial dada a infeliz circunstância de ter ocorrido o falecimento do recém-nascido.

Mas situações idênticas poderão ocorrer no futuro, dado o facto da Magistratura Judicial ser exercida já por mais de 50% de mulheres-juízas, pelo menos, ao nível da I instância.

E porque se tratará de situações que podem suscitar decisões diferenciadas ao nível dos vários Tribunais de Relação, entendemos que o C. S. M. deverá pronunciar-se para que venha a existir uniformidade de decisões, no futuro, em situações idênticas.

E que, uma vez tomada posição, sejam informados os Presidentes de Relação do sentido da mesma.

Conforme pedido feito pelo nosso ofício n.º 1227 de 07/10104, já este Tribunal deu a conhecer o seu entendimento de que, no caso subjudice - embora com dúvidas - à Sra. Juíza, na parte referente ao período de licença por maternidade, deveria apenas ser-lhe reconhecido o direito às seis semanas do n.º 4 do art.º 35.º do Código do Trabalho.

E seria, tendo em conta este período de licença, que se fariam os aditamentos resultantes da suspensão a que se refere o n.º 5 deste artigo; o tempo de licença referente ao luto; o período de férias.

Um dos fundamentos, sem estudo mais profundo, é certo, mas que nos parece óbvio e, em certa medida, determinante, é o de que o longo período de licença por maternidade tem a ver com a prestação prolongada de assistência à criança; e o mesmo, na base da licença por paternidade, pelo menos na parte a que se refere o n.º 2 do art.º 36.º do C. Trabalho, já que a referência a esta licença por paternidade é feita à do n.º 1 do art.º 35º e não à do seu n.º 4.

Não visam apenas a recuperação da mãe; para esta, entendemos, o legislador terá previsto que seriam suficientes seis semanas a seguir ao parto.

A não ser assim, como conciliar o teor dos n.ºs 4 e 1 do art.º 35.º?

Vejamos:



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Dos 120 dias do n.º I, que têm de ser gozados consecutivamente, 30 dias podem ser gozados antes do parto, ficando 90 dias, necessariamente - diz a lei - para depois do parto - n.º 4.

E o seu n.º 4 repisa a obrigatoriedade de gozo, pela mãe, após o parto, pelo menos, de um período de licença de seis semanas - 42 dias.

Entendemos que para conciliar estes dois períodos de licença, e o seu gozo necessário, as 6 semanas destinam-se também à recuperação da mãe, o que se mostra decisivo, se tiver ocorrido nado morto ou se o filho/a, entretanto tenha falecido. Esta necessidade/obrigatoriedade tem, a nosso ver, duas vertentes:

- Uma, relativa à mãe, que terá de gozar os dias necessariamente seguidos, 90 dias, pelo menos, após o parto (n.º 1); seis semanas, obrigatoriamente após o parto (n.º 4).

- Outra, à entidade patronal que não poderá impor-lhe, em qualquer desses períodos, o regresso ao trabalho.

Mas a mãe, em qualquer dos casos, poderá sempre, se for sua vontade, apresentar-se ao serviço.

E o restante período (até aos 90 ou 120 dias, consoante) - vide n.º 1 - é em benefício da criança que, no caso, infelizmente, inexistente.

a) Se ocorrer nado morto, ou se o filho falecer dentro das seis semanas do n.º 4, a mãe terá direito a terminar este período de seis semanas - a contar do parto - acrescido dos cinco dias do luto.

b) Se o filho/a falecer após as seis semanas, a licença termina de imediato, tendo direito a gozar os cinco dias pelo luto.

c) Fora estas hipóteses, ou seja, em caso de vida, rege o n.º 1 do citado artigo.

Trata-se no entanto apenas de uma Opinião, já que para a decisão final - tendo em conta o atrás exposto - entendemos ser oportuna a tomada de posição do C. S. M.. Por isso, para o efeito se remete este pedido.

Porém, provisoriamente, e dado que há prazo suficiente para que o C. S. M. tome posição, se assim entender

Decide-se, para já, que tem direito a, pelo menos:

- a) 5 dias - desconto do período do seu internamento após o parto;
- b) 5 dias - por luto;
- c) 25 dias - direito às férias legais; e



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

d) 42 dias (seis semanas) de licença de maternidade.

Dê-se conhecimento à requerente. Remeta-se ao C. S M. "

Sobre o assunto se emite o presente

PARECER

A Constituição da República Portuguesa (C.R.P.), nos n.ºs 2 e 3, do artigo 68.º, consagra a maternidade e a paternidade como valores sociais eminentes, tendo as mulheres direito a especial protecção durante a gravidez e após o parto, acrescentando, às mulheres trabalhadoras, o direito a dispensa do trabalho por período adequado sem perda da retribuição ou de qualquer regalia.

Tratando-se de um direito de conteúdo e contornos definidos pela própria Constituição, devemos entender tratar-se de um dos direitos de "natureza análoga" aos "direitos, liberdades e garantias", para efeitos do competente regime jurídico (cfr. art.º 17.º da C.R.P.).

O direito à licença de maternidade, concedido com os objectivos de permitir a recuperação psico-fisiológica da Mãe e de cuidar da criança recém-nascida nos primeiros meses de vida, ingressa na esfera jurídica da parturiente pelo facto do nascimento de filho.

É um caso nítido do tradicional brocado "ex facto oritur jus".

Uma vez integrado o direito na esfera jurídica, não pode a Administração retirá-lo, nem limitá-lo quanto ao conteúdo temporal, salvo nos casos expressamente taxados na Lei, visto que tal direito se insere no complexo dos direitos, liberdades e garantias tituladas directamente pela Constituição Portuguesa (designadamente tendo em vista o disposto no artigo 18.º, da Lei Fundamental).

A superveniência da morte de filho, depois do direito à licença de maternidade ter sido adquirido pela mãe, é irrelevante quanto à duração dessa licença, desde que não previsto expressamente em lei, e lei que não contrarie o disposto no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da C.R.P..

Este é o nosso primeiro entendimento sobre o assunto.

Referindo ao direito aplicável, os n.ºs 1 e 2, do artigo 10.º, da Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 70/2000, de 04 de Maio " Lei de Protecção de Maternidade e Paternidade (LPMP) " referem que a mulher trabalhadora tem



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

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, e que, nos casos de nascimentos múltiplos, o período de licença previsto é acrescido de 30 dias por cada gemelar além do primeiro.

As situações de nado-morto e falecimento de nado-vivo não estão expressamente contempladas na redacção actual da Lei n.º 4/84, de 05 de Abril, (com as sucessivas alterações, introduzidas pelas Leis n.º 17/95, de 09 de Junho, 18/98, de 28 de Abril, 142/99, de 31 de Agosto e pelo Decreto-Lei n.º 70/2000, de 04 de Maio). Da redacção original do artigo 9.º, da Lei 4/84, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 17/95, manteve-se apenas a situação do aborto. Note-se que as situações de aborto e do nado-morto eram contempladas do mesmo modo para efeitos de licenças.

Tem interesse analisar a anterior redacção da norma, isto é, a que constava do seu texto primitivo. E que era a seguinte:

N.º 5 - " o período de licença a seguir ao parto de nado-morto, ou aborto, terá a duração mínima de 10 e máxima de 30 dias".

N.º 6 - " Em caso de morte de nado-vivo durante o período de licença a seguir ao parto, o mesmo período é reduzido até 10 dias após o falecimento, com garantia de um período global mínimo de 30 dias, a seguir ao parto".

Após a redacção introduzida pela Lei n.º 17/95, de 09/06, a situação de nado-morto deixou de estar equiparada, para efeitos de concessão de licença, à do aborto.

Se na primeira versão da lei o nascimento de nado-morto era equiparado ao aborto para efeitos de licença e se na segunda, a lei rompeu com essa aglutinação, reservando ao aborto uma disciplina autónoma, parece que o intérprete não está autorizado a trilhar caminho oposto, recolocando as hipóteses como se a lei não tivesse diferenciado.

Foi também retirada a referência à morte de nado-vivo.

Esta evolução legislativa teve como consequência a inviabilidade, por via de interpretação, atribuir o mesmo tratamento às duas situações, atenta a forma clara como foi alterado o texto inicial da lei.

A revogação das disposições da Lei n.º 4/84, exclui também a hipótese de se tratar de situações que passariam a estar desprotegidas em termos de licença o que seria "um retrocesso intolerável e absurdo", conforme se refere no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 29.03.00 (Proc. n.º 041019; Licença de parto; interpretação da Lei).



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Refere o mesmo Acórdão o debate que teve lugar na Assembleia da República sobre as propostas de Lei que conduziram à alteração do artigo 9.º, da Lei n.º 4/84, de 05 de Abril. Resultou dessa discussão que a licença por maternidade nos casos de nado-morto não tem qualquer diferença em relação ao parto normal.

Finalmente, o Relatório da Comissão de Trabalho, Segurança Social e Família regista o seguinte: "Quanto à proposta de alteração ao artigo 9.º, n.º 1 da Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, depois de amplamente debatido foi aprovado por unanimidade. A unanimidade só foi possível depois de o PSD aceitar como boa a interpretação inequívoca de que neste artigo se incluam as situações de nado-morto" " (v. Diário da Assembleia de 6/4/95, II Série-A, n.º 33), pelo que, a licença, no caso de nado-morto se mantém integral.

O mesmo Acórdão conclui que, a licença por maternidade, nos casos de nado-morto é de duração igual à licença prevista no n.º 1 do artigo 9.º, da Lei n.º 4/84, de 05 de Abril o que significa, actualizando aquela conclusão, será de 120 dias, nos termos do n.º 2, do artigo 10.º, na última remuneração e redacção da Lei n.º 4/84.

Do que fica dito, apesar das situações de nado-morto e da morte de nado-vivo, não estarem expressamente contempladas na Lei da Maternidade e Paternidade, tal não significa que haja "caso omissis" a necessitar de integração analógica, uma vez que se trata de um parto eutócico (técnica e juridicamente) e a licença de parto, é a prevista no n.º 1, do artigo 10.º da Lei da Maternidade, ou seja, de 120 dias.

O Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, foi regulamentado pela Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho. Com a entrada em vigor das normas regulamentares foi revogada a Lei n.º 4/84, de 05 de Abril (LPMP), com a remuneração e redacção constantes do Decreto-Lei n.º 70/2000, de 04 de Maio.

A licença por maternidade, prevista no artigo 35.º, do actual Código do Trabalho, não difere do previsto e determinado na Lei n.º 4/84, de 05 de Abril, pelo que mantemos o raciocínio e as conclusões supra mencionadas.

Nesse contexto, e a fim de podermos dar resposta às questões levantadas pelo Exm.º Senhor Presidente do Tribunal da Relação de Guimarães, transcrevemos o artigo 35.º, do Código do Trabalho, para uma melhor apreciação.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Artigo 35.º

Licença por maternidade

"1- 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.

2- No caso de nascimentos múltiplos, o período de licença previsto no número anterior é acrescido de 30 dias por cada gemelar além do primeiro.

3- Nas situações de risco clínico para a trabalhadora ou para o nascituro, impeditivo do exercício de funções, independentemente do motivo que determine esse impedimento, caso não lhe seja garantido o exercício de funções ou local compatíveis com o seu estado, a trabalhadora goza do direito à licença, anterior ao parto, pelo período de tempo necessário para prevenir o risco, fixado por prescrição médica, sem prejuízo da licença por maternidade prevista no n.º 1.

4- É obrigatório o gozo de, pelo menos, seis semanas de licença por maternidade a seguir ao parto.

5- Em caso de internamento hospitalar da mãe ou da criança durante o período de licença a seguir ao parto, este período é suspenso, a pedido daquela, pelo tempo de duração do internamento.

6- A licença prevista no n.º 1, com a duração mínima de 14 dias e máxima de 30 dias, é atribuída à trabalhadora em caso de aborto espontâneo, bem como nas situações previstas no artigo 142.º do Código Penal."

Para análise do artigo supra transcrito convém mencionar que o n.º 1, do artigo 8.º, da Directiva 92/85/CEE refere:

"1- Os Estados-membros tomarão medidas necessárias para que as trabalhadoras referidas no art.º 2.º beneficiem de uma licença de maternidade de, pelo menos, 14 semanas consecutivas, a gozar antes e/ou depois do parto em conformidade com as legislações e/ou práticas nacionais."

A Lei nacional estabeleceu que a partir de 01 de Janeiro de 2000, a licença por maternidade passasse a ser de 120 dias e o período obrigatório fosse de seis semanas, conforme dispõe o actual n.º 1 e n.º 4 do artigo 35.º, do Código do Trabalho e já dispunha



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

o n.º 1 e n.º 6, do artigo 10.º, da Lei 4/84, de 05 de Abril, com as suas sucessivas alterações.

Face ao pedido que deu origem ao presente parecer analisaremos, as disposições constantes no artigo 35.º, do Código do Trabalho, de uma forma concisa e, esperamos, elucidadora.

Artigo 35.º

n.º 1 - A trabalhadora tem direito a uma licença por maternidade de 120 dias consecutivos, 90 dos quais necessariamente a seguir ao parto (...)

Este número 1 será analisado em conjunto com o número 4.

n.º 2 - Este preceito, parece não levantar qualquer dúvida ou questão.

n.º 3 - Este número, teve em atenção o entendimento da Comunidade Europeia..." Com efeito, embora o estado de gravidez não seja de forma nenhuma equiparável a um estado patológico, a gravidez corresponde a um período em que podem ocorrer perturbações e complicações susceptíveis de obrigar a mulher a uma vigilância médica rigorosa e, eventualmente, a repouso absoluto, durante toda a gravidez ou parte dela. Estas perturbações e complicações, que podem implicar a incapacidade para o trabalho, prendem-se com os riscos inerentes à gravidez e incluem-se, portanto, na especificidade desse estado." (Vd.22. do Ac.Brown do TJCE, de 30 de Junho de 1998, no Proc. C-394/96). Na base da Directiva 76/207/CEE, que teve em atenção o Ac. mencionado, a Lei n.º 4/84, de 05 de Abril (Lei da Maternidade e Paternidade) estipulou no seu artigo 25.º: " ficam revogadas todas as disposições legais equiparando a ausência ao serviço devida a gravidez de risco à situação de ausência por doença (...)"

Assim, nos termos da legislação vigente, e havendo uma situação de risco para a trabalhadora grávida ou para o nascituro, caso não lhe seja garantido o exercício de funções ou local compatível com o seu estado, a mesma goza do direito à licença, anterior ao parto, pelo período de tempo necessário para prevenir o risco, sem prejuízo da licença por maternidade.

O que quer dizer, que havendo situações de risco clínico, a trabalhadora grávida, goza do direito à licença, anterior ao parto, para prevenir o risco, sem prejuízo do gozo de 120 dias a que tem direito após o parto.

n.º 4 - "É obrigatório o gozo de, pelo menos seis semanas de licença por maternidade a seguir ao parto."



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Numa primeira leitura do preceituado - poderá parecer que o mesmo colide com o disposto no número 1, ou que se aplica a situações não contempladas e, portanto, diversas, das mencionadas naquele número.

Porém, não entendemos que assim seja.

Quando a norma (n.º 4) refere que: " É obrigatório o gozo de, pelo menos, seis semanas de licença a seguir ao parto?, significa, em nosso entendimento, que o direito a seis semanas de licença, por maternidade, a seguir ao parto é um direito indisponível, em que nem à entidade patronal nem à trabalhadora é lícito disporem de forma diversa.

Assim (e retornando ao n.º 1), no período que decorre entre o fim das seis semanas a seguir ao parto e os 120 dias, a trabalhadora continua a ter direito à licença, embora o gozo desse período não seja obrigatório para a trabalhadora, pois poderá cessá-lo.

De qualquer modo a entidade empregadora não se pode opôr ao exercício do direito se a trabalhadora assim o pretender, até ao fim dos 120 dias.

A diferença entre, necessariamente e obrigatoriamente é a citada. Existe um período de licença, que é um direito indisponível - seis semanas - e um período em que a trabalhadora, se assim o entender, pode prescindir dele.

n.º 5 - Este dispositivo não pretende, em caso algum, equiparar a gravidez e o parto a uma doença ou a outra situação que não esteja relacionada com a protecção à maternidade.

Em caso de internamento da mãe ou da criança, existe uma separação física entre eles. Como a licença por maternidade não visa apenas a protecção da segurança e saúde da trabalhadora, mas também as relações particulares entre a mulher e o seu filho no decurso do período que segue à gravidez e ao parto, a mesma suspende-se, a pedido da interessada.

n.º 6 - O caso de aborto tem disciplina autónoma.

A lei taxativamente dispõe, para esses casos, um período mínimo de 14 dias e máximo de 30 dias de licença de maternidade.

No que se refere à licença por paternidade a mesma encontra-se prevista no artigo 36.º, do Código do Trabalho.

Por direito próprio,

O pai, nos termos do n.º 1, do artigo 36.º, tem direito a uma licença por paternidade de 5 dias úteis seguidos ou interpolados, que são obrigatoriamente gozados no primeiro mês a seguir ao nascimento do filho.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Em substituição da mãe (n.º 2 do art.º 36.º), o pai tem direito a um período a que a mãe ainda teria direito de licença por maternidade (prevista no n.º 1 do art.º 35.º), nos seguintes casos:

- a)- Incapacidade física ou psíquica da mãe, e enquanto esta se mantiver;
- b)- Morte da mãe
- c)- Decisão conjunta dos pais

Em nosso entender, com o parto de nado-morto, o pai não tem direito à licença, por maternidade, já no caso de morte de nado-vivo, terá direito nos moldes do artigo 36.º, enquanto a criança for viva, cessando esse direito com a morte do nado-vivo, por ausência de objecto.

Em conclusão,

A protecção da maternidade e da paternidade é o corolário dos preceitos constitucionais referidos neste parecer.

O direito à licença de maternidade, concedido com os objectivos de permitir a recuperação psico-fisiológica da Mãe e de cuidar da criança recém-nascida nos primeiros meses de vida, ingressa na esfera jurídica da parturiente pelo facto do nascimento da criança.

É um caso nítido do tradicional brocado "ex facto oritur jus".

A superveniência da morte do filho depois do direito à licença de maternidade ter sido adquirido pela mãe, é irrelevante quanto à duração da mesma, não podendo por via administrativa ser encurtado, desde que não previsto expressamente na Lei e Lei que não colida com o disposto no artigo 18.º da C.R.P.

Face à alteração da Lei n.º 4/84, de 05 de Abril, feita pela Lei n.º 17/95, de 09 de Junho, em transposição da Directiva n.º 92/85/CEE, a actual duração da licença por maternidade nos casos de parto, seja de nado-morto ou com morte de nado-vivo, porque de um parto eutócico se trata é, nos termos do n.º 1, do artigo 35.º, do Código do Trabalho, de 120 dias.

Desses 120 dias, a trabalhadora necessariamente terá de gozar 90 dias a seguir ao parto (n.º 1 do art.º 35.º do C.T.), estabelecendo o número 4 do mesmo artigo, que o gozo mínimo de seis semanas é obrigatório. Esse direito ao gozo de seis semanas de licença por maternidade, a seguir ao parto, é um direito indisponível, em que nem à entidade empregadora nem à trabalhadora é lícito acordarem de forma diferente.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Em caso de risco clínico para a trabalhadora ou para o nascituro, a trabalhadora goza do direito a licença, anterior ao parto, pelo período de tempo necessário a prevenir o risco, sem prejuízo da licença por maternidade.

Caso a mãe ou criança necessitem de internamento hospitalar durante o período de licença a seguir ao parto, esse período é suspenso, a pedido daquela, enquanto durar o internamento.

Assim, mesmo que o período de internamento seja, por exemplo, de 120 dias, findo o mesmo, a licença por maternidade poderá ser gozada.

A licença prevista para os casos de aborto é taxativamente fixada no n.º 6, do artigo 35.º, do Código de Trabalho.

Quanto à licença por paternidade, entendemos que no caso de nado-morto, a mesma não poderá ser gozada, por ausência de objecto, mas no caso de morte de nado-vivo, a mesma poderá ser utilizada, nos termos previstos nos n.ºs 1 e 2, do artigo 36.º, do Código do Trabalho, enquanto a criança fôr viva.

De todo o exposto:

No caso concreto, e em nosso entender, a Exm.^a Juíza de direito Dr.^a (...) tem direito a 115 (120 - 5 de internamento da mãe) dias de licença, a contar do falecimento da criança, pois desde o parto até à morte, o filho esteve internado em unidade hospitalar, facto que suspende a licença por maternidade.

A morte do filho, depois do seu nascimento, não pode fundamentar uma eventual diminuição do tempo de licença que fora concedida, não se reflectindo na titularidade, conteúdo e extensão da mesma.

Salvo melhor opinião, é este o meu parecer.

O Técnico Superior Jurista

(Ralph Rodrigues)