



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

R – 2368/09 (A4)

Assessora: Maria Namorado

Entidade visada: Hospital Distrital de Pombal, S.A.

Assunto: Exercício do direito de gozo de licença parental.

Foi instruído processo em que o reclamante solicitou a intervenção do Provedor de Justiça relativamente à questão do exercício do direito de gozo de licença parental.

Em sede instrutória, apuraram-se os seguintes factos relevantes:

- 1.1. No decurso do ano de 2008, o reclamante solicitou a fruição de 15 dias de licença parental, a gozar imediatamente a seguir ao termo da licença de maternidade.
- 1.2. O Conselho de Administração do Hospital indeferiu o seu pedido com fundamento no facto do reclamante apenas pretender gozar 15 dias da licença parental (até um máximo de três meses).
- 1.3. Entendeu o Conselho de Administração que a licença parental deveria ser gozada, seguida ou interpoladamente, mas sempre pelos três meses que a lei, em vigor àquela data, concedia.
- 1.4. Questionado sobre a questão de fundo que levou à adopção da medida restritiva, veio o Hospital Distrital de Pombal reiterar a interpretação da lei no sentido que a licença parental teria de ser gozada, efectivamente, até ao esgotamento do prazo de três meses concedido pela lei. Reiterou ainda o entendimento no sentido da impossibilidade do gozo parcial da licença parental.
- 1.5. Em abono da sua pretensão invocou, em especial, a Circular n.º 1/DGAP/2000 (Aplicação da Lei da Maternidade e da Paternidade).





PROVEDORIA DE JUSTIÇA

I

Desde a data de apresentação do pedido – finais de 2008 – e o momento de apreciação e decisão do mérito da causa houve alterações legislativas significativas:

- A alteração do **Código do Trabalho**, através da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro;
- A entrada em vigor do **Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RCTFP)**, aprovado pela L. n.º 59/2008, de 11 de Setembro e que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2009 (cfr. art.º 23º da Lei de aprovação);
- A entrada em vigor da L. n.º 4/2009, de 29 de Janeiro (cfr. o disposto no art.º 32º) que define a **protecção social dos trabalhadores que exercem funções públicas**;
- A entrada em vigor dos DL n.º 89/2009 e 91/2009, ambos de 9 de Abril, que regulamentam a **protecção na Parentalidade** (cfr., desde já, o disposto no art.º 16º do DL n.º 89/2009, com idêntica redacção no DL n.º 91/2009) (¹).

II

Atentas as regras gerais de aplicação da lei no tempo (²), a análise incidiu, num primeiro momento, na apreciação das normas vigentes à data do pedido, aplicáveis à situação concreta.

Porém e, sem que, desde logo, se invocasse a aplicação imediata e directa do disposto na segunda parte do n.º 2 do art.º 12º, do Cód. Civ., não poderia deixar de se apreciar o uso das normas actualmente em vigor, até porque o gozo da licença parental subsequente (terminologia hodierna) é possível até que se completem os seis anos da criança (tal como já sucedia anteriormente). Não esquecendo, no entanto, que o reclamante não gozou os

¹ Em vigor desde 1 de Maio de 2009.

² Cfr. o disposto no art.º 12º do Cód. Civ.





PROVEDORIA DE JUSTIÇA

15 dias de licença parental em período imediatamente subsequente ao termo da licença de maternidade porque a tanto obstou a decisão da Administração do Hospital. Situação que deveria ter sido levada em consideração pela Administração do Hospital, independentemente do facto do reclamante não ter interposto recurso hierárquico da decisão tomada.

Este órgão do Estado pronunciou-se a solicitação do reclamante, de forma autónoma e independente.

III

Decorreu do estudo da documentação carreada para os autos que os argumentos invocados para tanto consistiram, unicamente, no facto da lei, em vigor à data do requerido pelo reclamante ⁽³⁾ estabelecer que «...o pai e a mãe (...) têm direito, alternativamente a licença parental de três meses» ⁽⁴⁾.

Tratou-se, todavia, de razões de ordem formal que, no condicionalismo factual concreto, não foram consideradas como bastantes.

Pois, de facto e *de iure*, estava em questão saber (de acordo com a legislação em vigor à data dos factos ocorridos) se o pai podia ou não gozar apenas quinze dias de licença parental, sem ter de gozar os restantes setenta e cinco dias para perfazer os três meses da licença, previstos naquela lei.

A conclusão a que chegou o Conselho de Administração do Hospital reconduz-se a uma interpretação restritiva da letra e do espírito da lei, não se sustentando em alicerce legalmente válido.

³ O Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

⁴ Cfr. o art.º 43º, n.º 1, alínea a), do Código do Trabalho.





PROVEDORIA DE JUSTIÇA

Sentido em que se invocou a Circular n.º 1/DGAP/2000, a qual teve por referência a legislação que vigorou anteriormente ao Código do Trabalho, aprovado pela L. n.º 99/2003, de 27 de Agosto e o respectivo Regulamento, aprovado pela L. n.º 35/2004, de 29 de Julho. E, na verdade, visou, tão somente, esclarecer a efectiva distinção que existia entre licença parental e licença especial.

Contrariamente ao que surge afirmado por aquele Conselho de Administração, a Circular não cominava nem promovia nenhum elemento redutor do exercício da licença parental. Nomeadamente, no que respeitava à alegada imperatividade de gozo *in totum* da mesma.

Assim sendo, mal pareceu a sua invocação, pelo que nos reportámos ao que respeita à aplicação da lei vigente à data da prática dos factos.

Neste sentido, através da conjugação do art.º 43º, n.º 1 e 2 do Código do Trabalho (de 2003) com o art.º 76º do Regulamento (aprovado pela Lei n.º 35/2004), resultava que o pai tinha direito ao gozo da licença parental nas seguintes condições:

- A.** Gozo seguido ou interpolado (até três períodos) de uma licença de três meses;
- B.** Dependendo o seu exercício de prévio aviso, dirigido à entidade empregadora, com antecedência de 30 dias «...*relativamente ao início do período da licença*»;
- C.** A entidade empregadora tinha de ser informada, por escrito, «...*do início e termo do período da licença (...) ou dos períodos intercalados pretendidos*»;
- D.** Durante os primeiros 15 dias da «...*licença parental gozada pelo pai, desde que sejam imediatamente subsequentes à licença por maternidade ou por paternidade*», mantinha-se o direito à retribuição ⁽⁵⁾.

Esta análise, feita à luz da legislação vigente à data do pedido apresentado pelo reclamante junto do órgão competente da sua entidade empregadora, não perdeu actualidade face ao actual regime. Pese embora, de ora em diante, a questão assumir

⁵ Cfr. art.º 103º, n.º 2 da Lei n.º 35/2004, conjugado com o art.º 112º, n.º 2, do mesmo diploma e conjugados com o art.º 43º do Código do Trabalho).



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

outros moldes, pela criação de outras figuras de licença parental, facto é que o direito em causa permanece com a mesma natureza – potestativo – e com as mesmas implicações sócio-económicas: a dificuldade financeira de poder gozar integralmente licenças que não serão subsidiadas a 100%, como é o caso da licença parental complementar (alargada).

IV

Para que não se manifestassem quaisquer dúvidas acerca da aplicação do actual regime e de acordo com as afirmações já produzidas, foram esclarecidos os procedimentos que conduziram à sua aplicação.

A licença parental complementar, tal como se encontra denominada no art.º 51º do Código do Trabalho, aprovado pela L. n.º 7/2009 ⁽⁶⁾, aplica-se conjugadamente com o disposto nos art.º 16º e 23º, do DL n.º 89/2009 que regulamenta o Capítulo III da L. n.º 4/2009 e entrou em vigor no dia 1 de Maio, p.p.

O art.º 51º, n.º 1, al. a) do (novo) Código do Trabalho mantém o período de três meses como limite máximo de gozo e exercício do direito em causa. Pelo que, na presente matéria e até este ponto, não existem alterações de regime a assinalar nem, de outra forma, esclarecimentos que ajudem a colmatar as dúvidas suscitadas pelos órgãos da administração pública.

Já o art.º 16º do DL n.º 89/2009 é bem claro e taxativo na sua redacção ao cominar que *«o subsídio parental alargado é atribuído por período **até três meses** ⁽⁷⁾ (...) durante o gozo da licença parental complementar (...) desde que gozada imediatamente após o período de atribuição do subsídio parental inicial ou do subsídio parental alargado do outro progenitor»*.

⁶ Cfr. a alínea a), do n.º 1).

⁷ Negrito e sublinhado nosso.





PROVEDORIA DE JUSTIÇA

Todas as dúvidas que pudessem subsistir do ponto de vista da interpretação jurídica, embora não razoáveis, deixam de ter arrimo perante a objectividade da norma citada. Pois, quando se refere que o subsídio é concedido **ATÉ** três meses, quer significar que o limite temporal em causa funciona como prazo resolutivo. Ou seja, o prazo máximo de gozo e fruição da licença parental alargada é de três meses, cabendo ao fruidor estipular de entre a baliza cronológica concedida (até aos seis anos da criança ⁽⁸⁾) por quanto tempo e em que moldes o fará. E o tempo, se assim o desejar, poderá corresponder ao gozo de 15 dias de licença parental complementar.

Diferença significativa produz-se a nível da retribuição. Pois, de acordo com o disposto no art.º 23º, n.º 4, al. b), do DL n.º 89/2009, a licença parental alargada é subsidiada no montante de 25% da remuneração de referência do beneficiário, desde que seja gozada imediatamente após o período de concessão do subsídio parental inicial ou subsídio parental alargado (e gozo das respectivas licenças) do outro progenitor.

Ao nível de aplicação da nova estrutura normativa, deixa de fazer sentido a querela que se tem mantido, ao longo dos anos, acerca da questão relativa ao gozo dos 15 dias remunerados a 100% pela seguinte razão:

- A Lei n.º 4/2009 (cfr. arts. 13º e 29º, n.º 2) veio a ser regulamentada pelo DL n.º 89/2009, no que concerne à «... *parentalidade, no âmbito da eventualidade maternidade, paternidade (...)* [sendo] (...) *reforçados os direitos do pai perante as várias situações protegidas, com acentuado incentivo à partilha das responsabilidades familiares nesta eventualidade*». ⁽⁹⁾
- O art.º 14º do DL n.º 89/2009 prevê a atribuição do subsídio inicial exclusivo do pai (remunerado a 100%, de acordo com o disposto no art.º 23º, n.º 4, al. a), do DL n.º 89/2009) pelo gozo obrigatório, por parte do pai, de 10 dias úteis, durante os 30 dias imediatamente subsequentes ao nascimento do filho e de

⁸ Cfr. o disposto no corpo do art.º 51º do novo Código do Trabalho.

⁹ Cfr. o Preâmbulo ao DL n.º 89/2009.





PROVEDORIA DE JUSTIÇA

- 10 dias úteis facultativos (cfr. art.º 14º, n.º 1, al. b), do mesmo diploma legal) que coincidirão com a «... *licença parental inicial gozada pela mãe*». Esta licença é igualmente remunerada a 100% (cfr. o disposto no art.º 23º, n.º 4, al. a), do DL n.º 89/2009).

Resulta da aplicação da nova estrutura normativa que o pai passa a ter um direito/dever quanto ao gozo dos primeiros 10 dias úteis de licença inicial exclusiva do pai e um direito potestativo quanto ao gozo dos subsequentes 10 dias úteis. Sendo certo que, em ambos os casos e nas condições apontadas na lei, há lugar ao pagamento de subsídio que substitui integralmente o valor da remuneração auferida.

No entanto, não deixa de subsistir a licença equivalente à que foi objecto do processo analisado, pelo que a questão subjacente mantém a devida actualidade.

Já no que concerne ao regime previsto e regulado no RCTFP, não se apreciou do seu teor, por manifesta desactualização, visto que não é contemporâneo do pedido subscrito pelo reclamante e não se aplica, actualmente. Apenas se anota que, a então ainda denominada “licença parental”, se regia pelo disposto no art.º 34º e 41º, n.º 3 do Anexo I (Regime), conjugados com os arts. 50º, 51º, 71º, 74º, 75º, 77º, 78º e 80º, do Anexo II (Regulamento). Da mesma não resultam considerações distintas das já formuladas.

V

Analisados os factos descritos, manteve este Órgão do Estado a impossibilidade de concordância com a posição assumida pelo Conselho de Administração do Hospital, no sentido que o progenitor teria de gozar, a final, a totalidade dos dias de licença parental (agora denominada complementar), permitidos por lei.

Conforme decorria expressamente da lei, aplicável à data dos factos relatados e descritos, entendeu este órgão do Estado que ao pai era permitido o gozo de licença parental, até ao máximo de três meses, seguidos ou interpolados, sendo que o período relativo aos



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

primeiros 15 dias era remunerado, desde que gozado imediatamente a seguir ao termo da licença de maternidade ou de paternidade.

No entanto, as disposições legais em causa não impunham o gozo *in totum* do período de licença parental. Ou seja, o pai podia gozar a licença parental até um máximo de três meses, não se impondo a perda do direito a essa fruição caso não optasse pela licença integral.

Na verdade, nem se vislumbrava que assim tivesse de ser, uma vez que a lei permitia, assim mesmo, o gozo da licença por períodos intercalados, até um máximo de três.

Ora, se podia gozar a licença de forma intercalada, nada na lei permitiria aferir da inibição de o progenitor decidir não a gozar integralmente. E, esta consideração prendia-se, apenas, com o anterior regime. Actualmente, o art.º 16º do DL n.º 89/2009 é claro ao referir que o subsídio a pagar pelo tempo correspondente ao gozo da licença poderá ser atribuído até ao máximo de três meses.

Anteriormente, o art.º 17º, n.º 1, alínea a), do DL n.º 70/2000, de 4 de Maio, tal como o art.º 43º do Código do Trabalho (2003), previam o gozo efectivo do direito potestativo, que consubstancia a licença parental, por parte do pai ou da mãe, em alternativa, como um especial direito de assistência independente de qualquer outra situação que não fosse a própria existência da criança ⁽¹⁰⁾.

Como direito potestativo, ⁽¹¹⁾ o exercício de tal direito apenas depende da vontade de quem o possui e o quer ou não exercer. Nesse sentido, é considerado um direito absoluto,

¹⁰ Situação que se encontrava regulada, com os mesmos efeitos, para a Administração Pública, conforme o disposto nos art.º 107º e seg. do Regulamento ao Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho e que entrou em vigor a 29 de Agosto do mesmo ano.

¹¹ Cfr. MANUEL DE ANDRADE – TEORIA GERAL DA RELAÇÃO JURÍDICA, vol. I, reimpressão, Coimbra, 1992, págs. 12 e seg. «... *Direitos potestativos – Nestes o poder conferido ao respectivo titular tende à produção de um efeito jurídico mediante uma declaração de vontade do titular, só de per si, com ou sem formalidades, ou integrada por uma ulterior decisão judicial. (...) Quanto à situação que corresponde aos direitos potestativos pelo lado do adversário (o lado passivo da relação), consiste na necessidade de suportar o exercício de tais direitos, bem como a produção das respectivas consequências jurídicas e tem o nome de estado de sujeição ou simplesmente sujeição*».





PROVEDORIA DE JUSTIÇA

não estando dependente da verificação de quaisquer condições ou limitações de alguma espécie que não sejam as expressamente previstas na lei: a existência da criança, devidamente comprovada por certificado de nascimento ou declaração do hospital onde ocorreu o parto de nado-vivo, bem como, no caso, declaração da mãe em como não irá gozar a licença parental, concomitantemente com o pai.

Portanto, o seu exercício apenas depende da existência de aviso prévio, dado com antecedência de trinta dias sobre o início do seu gozo, à entidade patronal, à qual apenas cabe garantir que a mesma licença seja usufruída por quem a requereu.

Cumprido este requisito de aviso prévio, que, como a lei expressamente prevê, não exorbita da manifestação de vontade de exercício de um direito potestativo, à entidade empregadora apenas caberia o reconhecimento que a licença iria ser gozada em toda a sua plenitude.

Não, repete-se, lhe era permitido fazer depender o seu exercício de quaisquer outras condições ou requisitos que não os já mencionados e que estão expressamente previstos na lei, mormente o exercício por período integral ou não da mencionada licença.

Neste mesmo sentido, se pronunciou a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE) ⁽¹²⁾, ainda no âmbito de anterior legislação, no sentido que «... o pai pode gozar apenas quinze dias de licença parental, sem ter de gozar mais dias para perfazer os três meses daquela licença, previstos na lei, dado que esta pode ser gozada até três períodos interpolados e porque a lei ao conceder ao pai o direito a ser remunerado ou subsidiado, apenas, nos primeiros 15 dias de licença parental, ou período equivalente, não poderia obrigá-lo a gozar outros dias dessa licença, sem qualquer remuneração ou subsídio». E, ainda, de que «... a lei não impõe que o pai ou a mãe gozem de uma só vez aquela licença, que pode ser gozada de modo consecutivo ou até três períodos interpolados, nem faz depender da apresentação de um plano de licença de acordo com os n.º 1 e 2 do art.º 17º da Lei de Protecção da Maternidade e da Paternidade, uma vez

¹² Cfr., respectivamente, Parecer n.º 55/CITE/2003 e Parecer n.º 20/CITE/2001.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

que se a licença tivesse que ser exercida de uma só vez, a seguir à licença por maternidade ou por paternidade, como defende o Conselho de Administração do Hospital, o art.º 17º, n.º 1 do mencionado diploma legal ficaria esvaziado de conteúdo, já que a licença pode ser gozada até aos seis anos de idade da criança».

Esta posição, tal como foi defendida pela CITE nos casos enunciados, não sofreu alterações restritivas em sede da nova legislação, ora em vigor e que, neste momento, se aplica à situação concreta do Reclamante. Antes pelo contrário, a Regulamentação na protecção da Parentalidade (DL n.º 89/2009) vem acentuar expressamente a interpretação doutrinária que já se tinha por assente.

VI

Atentos os elementos que serviram de fundamento à deliberação sobre o teor da reclamação apresentada, não pôde este órgão do Estado deixar de subscrever a posição adoptada pela CITE, em sede da legislação em vigor à data da ocorrência dos factos que deram origem à mesma, manifestando o seu desacordo pela decisão prolatada pela entidade empregadora.

Acresce que, de acordo com as normas legais que entraram em vigor no dia 1 de Maio, p.p., se mantém o direito ao gozo e fruição da licença parental complementar, até ao limite de três meses.

Atento que a mesma apenas é subsidiada se gozada em imediata subsequência ao gozo da licença parental inicial, pugnou-se no sentido de serem tomadas em consideração as razões que obstaram ao exercício, por parte do reclamante, durante o período em causa. Razões as quais não lhe são imputáveis.

Nestes termos, foi formulado o reparo ao Conselho de Administração do Hospital Distrital de Pombal, no sentido que tais situações são violadoras da lei em vigor



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

àquela data. Pugnou-se pela reposição da situação em causa de acordo com o princípio da verificação da justiça material.

Bem assim e *ad futurum*, de acordo com o disposto no art.º 51º do (novo) Código do Trabalho, conjugado com o art.º 16º, do DL n.º 89/2009, concluiu-se pela existência e manutenção do direito de gozo, por parte do pai, da licença parental complementar, pelo prazo que entender, até ao limite de três meses.

Posto o que, ao abrigo do disposto no art.º 33º do Estatuto do Provedor de Justiça, foi determinado o arquivamento do processo, sem prejuízo, não obstante, do reparo que se deixou exposto.

