

R-1118/03 (Aç)

Recomendação: 6/A/2003

Data: 23-06-2003

Entidade visada: Secretária Regional Adjunta da Presidência

Assunto: artigo 10º, n.º 3, do Decreto-Lei nº 70/2000, de 4 de Maio

Assessor: Miguel Menezes Coelho

RECOMENDAÇÃO Nº 6-A/2003

[artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril]

I INTRODUÇÃO

Em 21/02/2003, a Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça recebeu uma reclamação motivada pelo indeferimento de um pedido de gozo de licença por maternidade com fundamento na existência de risco clínico, ao abrigo do disposto no nº 3 do artigo 10º da Lei nº 4/84, de 5 de Abril, na redacção resultante da republicação rectificadora assegurada pelo Decreto-Lei nº 70/2000 (adiante, Lei da Maternidade e da Paternidade). Assegurado o dever de audição prévia, nos termos do disposto no artigo 34º, do Estatuto do Provedor de Justiça, verifica-se uma divergência interpretativa suficientemente relevante para que seja ponderada a formulação de Recomendação.

Quero começar por frisar, com profundo desagrado, que, não obstante o facto de a presente instrução ter sido classificada como urgente e de aquela qualidade ter sido destacada nos ofícios enviados pela Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça ao Senhor Director Regional de Organização e Administração Pública, o ofício nº 264, de 21 de Março de 2003, deste órgão do Estado, apenas foi respondido em 2 de Junho de 2003 e somente após terem sido expedidas as insistências de 29/04/2003 (ofício nº 340) e de 21/05/2003 (ofício nº 396). A demora assim causada é susceptível de ter tornado inútil a presente intervenção do Provedor de Justiça.

Ainda assim, refira-se que se discute aqui se, numa situação de risco clínico para a trabalhadora ou para o nascituro que seja totalmente impeditiva do exercício de funções, deve ter aplicação o disposto no nº 3 do artigo 10º, da Lei da Maternidade e Paternidade (como defende a Provedoria de Justiça) ou, em

alternativa, a trabalhadora não pode ter direito a gozar a licença prevista naquela disposição e deve aplicar-se-lhe o regime de faltas por doença (como sustenta Vossa Excelência).

O debate assim sintetizado (cujos termos cuidarei de desenvolver adiante) seria, estou em crer, absolutamente escusado, caso a Administração Regional dos Açores tivesse atentado na letra do artigo 25º, da Lei da Maternidade e da Paternidade, que dispõe que ***”ficam revogadas todas as disposições legais equiparando a ausência ao serviço devida a gravidez de risco à situação de ausência por doença e alteradas ou revogadas de acordo com o presente diploma todas as disposições aplicáveis à gravidez em situação de risco”*** (sublinhado nosso).

Na verdade, entendendo a Administração Regional dos Açores que deve aplicar-se à trabalhadora em questão o regime de faltas por doença quando a Lei da Maternidade e da Paternidade determina a revogação de todas as disposições legais que – eventualmente – equiparem a ausência ao serviço devida a gravidez de risco à situação de ausência por doença, não posso evitar concluir que, certamente por lapso, a Direcção Regional de Organização e Administração Pública (adiante D.R.O.A.P.) desconsiderou a disposição contida no citado artigo 25º.

Queira Vossa Excelência notar que a Lei da Maternidade e da Paternidade estabelece expressamente, não só que está revogada qualquer equiparação da ausência ao serviço devida a gravidez de risco à situação de ausência por doença como, mais ainda, que deve o intérprete considerar alteradas quaisquer normas que, eventualmente, tenham procedido àquela equiparação.

Deve assinalar-se que a Provedoria de Justiça entende – ao contrário da D.R.O.A.P. - que a Lei não equipara a ausência ao serviço devida a gravidez de risco à situação de ausência por doença. Contudo, ainda que o Legislador tivesse operado aquela equiparação (o que não se concede), o artigo 25º, da Lei da Maternidade e da Paternidade, expressamente estabelece que o intérprete deveria considerar alterada (ou mesmo revogada) uma tal disposição.

Quero frisar – uma vez mais – que o problema em debate está resolvido na norma contida no artigo 25º, da Lei da Maternidade e da Paternidade. Assim, falar em “*mínimo de correspondência*” entre o pensamento legislativo e a letra da lei (como faz o Senhor Director de Serviços na informação nº 58/03) parece ser, claramente, desajustado, porque pressupõe, erradamente, a existência de alguma especulação sobre esta matéria; ora, como vimos, o Legislador esclarece expressamente que as faltas por gravidez de risco não podem ser equiparadas à

ausência por doença e, pelo menos neste aspecto particular, não se vê que dúvidas interpretativas possam subsistir.

Acrescente-se, somente e em resposta ao Senhor Director Regional (*vide* despacho também na informação nº 58/03) que a Provedoria de Justiça não afasta a possibilidade de o Serviço garantir o exercício de funções e/ou o local compatíveis com o estado de gravidez, uma vez que, naquela eventualidade, entendo ser pacífico que a trabalhadora não pode gozar qualquer licença. Diferentemente, nas situações de risco clínico totalmente impeditivo do exercício de funções (em que, portanto, o Serviço não pode garantir o exercício de funções e/ou o local compatíveis com o estado de gravidez) é que se suscita a questão de a trabalhadora ter direito a gozar a licença.

Como já foi referido no decurso da instrução, dir-se-ia que, até de um ponto de vista lógico, seria dificilmente compaginável a preocupação do Legislador de criar um instituto jurídico próprio para proteger a maternidade e a paternidade com a resolução dos casos de ausência por gravidez de risco com recurso ao regime jurídico das faltas por doença. Este argumento, estou convicto, bastaria para dar o assunto por encerrado; mas (como se vê no presente processo e decorre da posição defendida pela D.R.O.A.P.), bem andou o Legislador da Lei nº 4/84, de 5 de Abril, ao cuidar de afastar a possibilidade de aparecerem intérpretes “*equiparando a ausência ao serviço devida a gravidez de risco à situação de ausência por doença*”.

Ainda assim, porque, apesar de tudo, a D.R.O.A.P. concluiu mesmo, na informação nº 61/02, de 02-03-21, que “*não se encontram abrangidas no âmbito de aplicação do citado normativo [nº 3 do artigo 10º da Lei nº 4/84, de 5 de Abril, na redacção resultante da republicação rectificadora assegurada pelo Decreto-Lei nº 70/2000] as situações em que a trabalhadora está pura e simplesmente impedida de exercer actividade profissional, enquadrando-se as mesmas, neste caso, no regime de faltas por doença (...)*” (sublinhado nosso), vejo-me obrigado a formular a presente Recomendação.

II EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Uma vez que a interessada é professora do Quadro de Zona Pedagógica de Angra do Heroísmo, a instrução do processo começou por ser assegurada junto da Direcção Regional da Educação (adiante, D.R.E.), entidade que remeteu à Provedoria de Justiça uma cópia da informação nº 61/02, de 02/03/21, da

D.R.O.A.P.; depois, directamente instada pela Extensão dos Açores, a Administração Regional enviou cópia da informação nº 58/03, de 03/04/15, da D.R.O.A.P., ainda sobre a mesma questão, tendo ambas as informações colhido despacho de concordância, primeiro, do anterior Secretário Regional e, depois, de Vossa Excelência.

Como é consabido, o nº 3 do artigo 10º da Lei da Maternidade e Paternidade dispõe que “*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 e ou local compatível com o seu estado, a trabalhadora goza do direito a licença (...)*” e a Provedoria de Justiça entende que, nas situações de risco clínico para a trabalhadora ou para o nascituro:

- o risco é impeditivo, em absoluto, do exercício de funções (independentemente do motivo que determinou o impedimento) e a trabalhadora tem direito ao gozo da licença; ou
- o risco clínico não é, em absoluto, impeditivo do exercício de funções e a trabalhadora somente terá direito ao gozo da licença na eventualidade de não lhe ser garantida a necessária compatibilidade entre as funções ou o local e o seu estado.

Por outro lado, entende a D.R.O.A.P. – e Vossa Excelência - que “*o exercício desse direito está dependente da verificação de um requisito muito concreto e específico – não garantir o respectivo serviço o exercício de funções e ou local compatíveis com o estado da trabalhadora*” pelo que, nas situações em que haja compatibilidade entre o estado da trabalhadora e o exercício de funções e ou locais de desempenho, dar-se-á prevalência ao exercício de funções no local de trabalho.

Do mesmo passo, a D.R.O.A.P. e Vossa Excelência alcançam uma segunda conclusão, a saber: *nas situações de risco clínico para a trabalhadora ou para o nascituro, impeditivo [em absoluto] do exercício de funções*” a situação passa a ser de doença, não tendo aplicação a Lei da Maternidade e Paternidade.

Entende a interessada – e a Provedoria de Justiça – ser totalmente desajustado o afastamento da aplicação do disposto nº 3 do artigo 10º da Lei da Maternidade e Paternidade (e, então, da possibilidade de gozar a respectiva licença) porquanto, nas situações em que o risco clínico implique a total impossibilidade do exercício de funções no local de trabalho, está-se, ainda, perante um caso de maternidade, funcionando aqui um elemento de *especialidade*, na modalidade que contrapõe *regras particulares a regras comuns* (vide ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Parte*

general, § 44, II, citado por OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito, introdução e teoria geral*, F.C.Gulbenkian, 3ª edição, p.448). Com efeito, o diploma da Maternidade e Paternidade aplica-se, não à generalidade das pessoas ou situações, mas às trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes (*cf.* artigo 2º da Lei da Maternidade e da Paternidade), aliás no desenvolvimento de princípio constitucionalmente consagrado.

Por outro lado e como também já foi destacado no decurso da instrução, inexistiria fundamente lógico, mesmo que remoto, para que, exactamente nas situações em que o risco clínico é mais intenso e agravado (logo, merecedor de maior protecção), fosse afastada a aplicação do regime jurídico de protecção da Maternidade e da Paternidade.

A D.R.O.A.P. entende que não tem aplicação a Lei da Maternidade e da Paternidade porque a situação de gravidez com risco clínico com interdição de trabalho é enquadrável no regime de doença. Porém, uma vez que o citado artigo 25º afasta – sem margem para dúvidas – a equiparação à doença, não pode evitar-se o retorno à aplicação das disposições da Lei da Maternidade e da Paternidade e, como tal, não se vê como pode a funcionária deixar de ter direito ao gozo da licença, exactamente como havia (e bem) requerido.

III CONCLUSÕES

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, **recomendo a Vossa Excelência, Senhora Secretária Regional Adjunta da Presidência:**

- A. Que seja revogado o despacho de 22 de Maio de 2003, lavrado na informação nº 58/03, de 03/04/15, da D.R.O.A.P., e substituído por outro que autorize a Senhora Professora A... a gozar a licença por maternidade com fundamento na existência de risco clínico, ao abrigo do disposto no nº 3 do artigo 10º da Lei nº 4/84, de 5 de Abril, na redacção resultante da republicação rectificadora assegurada pelo Decreto-Lei nº 70/2000;**
- B. Que a nova decisão seja comunicada, de imediato, à Direcção Regional da Educação e à interessada.**

Permito-me lembrar a Vossa Excelência a circunstância de a formulação da presente recomendação não dispensar, nos termos do disposto no artigo 38º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, a comunicação a este órgão do Estado da posição que vier a ser assumida em face das respectivas conclusões.