

PARECER N.º 57/CITE/2003

Assunto: Efeitos do gozo da licença especial para assistência a filho ou adoptado

Direito ao subsídio de desemprego

Processo n.º 64/2003

I – OBJECTO

1.1. A CITE recebeu, em 29/07/2003, exposição da Senhora D. ..., cujo conteúdo é em síntese o seguinte:

1.1.1. *“1. Iniciei em Maio de 1991 a minha colaboração na empresa de seguros ... de forma ininterrupta até Novembro de 2000.*

2.(...) no dia 20 de Novembro de 2000 iniciei uma licença especial para assistência a uma das minhas duas filhas (...).

3. Volidos cerca de 12 meses, ou seja, no dia 14 de Novembro de 2001 foi revogado por mútuo acordo das partes o meu contrato de trabalho no âmbito da racionalização de efectivos por motivos de reestruturação da empresa.

4. De seguida em Dezembro de 2001 fiz entrega de requerimento de prestação de desemprego no Centro Regional de Segurança Social de Lisboa e Vale do Tejo.

5. Em Abril de 2002, o meu requerimento foi indeferido sob o argumento de “não ter prazo de garantia de 540 dias de trabalho por conta de outrem, com registo de remunerações, no período de 24 meses imediatamente anteriores à data de desemprego”.

(...)

9. Apenas em Maio de 2003 recebo uma resposta do Conselho Directivo do Instituto de Solidariedade e Segurança Social negando provimento ao recurso hierárquico apresentado.

Considero que (...) numa interpretação mais abrangente da nossa ordem jurídica que possibilita a licença especial para assistência a filhos sem que desta opção devam resultar prejuízos ou discriminação negativa para o trabalhador.

Reclamo, pois, que se faça uma adequada interpretação do espírito das Leis de protecção da maternidade e da paternidade produzidas desde 1984 (...).

(...)

Ora, se estive de licença especial nos 12 meses anteriores à data de desemprego como é que posso apresentar neste período um registo de remunerações se a Lei não o permite? (...) Não terá, então,

que ser encontrado o prazo de garantia no período precedente á data do início da licença especial (...).”

1.1.2. A exponente solicita à CITE a emissão de parecer sobre o litígio que a apõe à Segurança Social, com base no recurso hierárquico que apresentou para atribuição de prestação de desemprego e que mereceu do Conselho Directivo do Instituto de Solidariedade e Segurança Social parecer cujo conteúdo, em síntese, se transcreve:

“(…)

4. E o exercício desta licença, facultativa (ao contrário do que acontece com a licença de maternidade, que é obrigatória), não prejudica a aplicação do regime jurídico de cessação do contrato de trabalho. De facto, a recorrente poderia estar em situação de licença até ao limite de 2 anos e, após a mesma, ocorrer a cessação do contrato de trabalho.

5. Ora as prestações de desemprego visam a substituição de rendimentos de trabalho perdidos como consequência dessa eventualidade. E, como tal, devem ser requeridas no prazo de 90 dias, de modo a garantir uma protecção muito próxima da que existia antes do desemprego.

6. Porém, no caso vertido, a razão de ser da protecção de desemprego não existe, uma vez que os rendimentos já se perderam há um ano atrás.

7. E quais os efeitos que decorrem do período de duração da licença (...)? (...) este período é tomado em consideração para a taxa de formação das pensões de invalidez e velhice dos regimes de segurança social. Não releva, portanto, para a constituição do prazo de garantia para atribuição da respectiva prestação.

8. Verifica-se portanto que, na data do desemprego, a recorrente não reunia o prazo de garantia necessário para atribuição da respectiva prestação.

9. Neste sentido, considera-se que não estão reunidas as condições legalmente previstas no art.º 16.º do DL n.º 119/99, de 14 de Abril, para atribuição do subsídio de desemprego. (...)”

1.1.3. São juntos ao processo os seguintes documentos:

- Cópia da revogação do contrato de trabalho;
- Cópia da Declaração de Situação de Desemprego, entregue na Segurança Social;
- Cópia de carta , de 4/01/2002;
- Cópia do indeferimento, de 18/04/2002;
- Cópia de carta, de 24/04/2002;
- Cópia do indeferimento, de 20/05/2002;
- Cópia de carta, de 17/06/2002;
- Cópia de carta, de 5/03/2003;
- Cópia do indeferimento, de 7/05/2003.

1.1.4. Em 27.10.2003, a CITE recebe exposição para introdução de novas observações, que resumidamente são as seguintes:

“(…)

6.1. Ora, se as partes, o trabalhador(a) e a entidade patronal, têm definidos pela Lei suspensos os seus direitos, deveres e garantias, designadamente a remuneração, não vejo como não considerar que, concomitantemente, estas partes também têm suspensos com a Segurança Social os correspondentes direitos, deveres e garantias que pressupunham a existência de remunerações provenientes de uma efectiva prestação de trabalho – aliás, estes não estão terminados, até porque o vínculo laboral permanece durante a vigência da licença especial.

(…)

6.4. Por inerência desta suspensão das remunerações, os deveres, direitos e garantias directamente resultantes da sua observância estão também suspensos, ou seja, estes podem ser considerados anulados como estão sendo quer pelo ISSS quer pelo CDSSS de Lisboa.

(…)

8.1. Para além de ser óbvio, presumo ser mais correcto constatar que a letra da Lei é omissa sobre quais os efeitos da licença especial no subsídio de desemprego.

Nesta circunstância, creio ser pacífico e incontestável o entendimento de que não se pode alegar uma omissão para consubstanciar um juízo que resulta apenas de uma adução, ademais exógena ao desígnio da Lei em apreciação, e que de forma iníqua prejudica, diminui e retira direitos reconhecíveis ao trabalhador(a). Caso contrário, a omissão da Lei penaliza sem qualquer fundamento ou objectivo perceptível a parte que pretende proteger, o que não é minimamente admissível.

(…)”

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. A Constituição da República Portuguesa prevê que todos os trabalhadores têm direito à organização do trabalho em condições dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar.¹

Como consequência deste preceito constitucional, o legislador criou mecanismos que permitem aos pais trabalhadores, em determinadas fases da sua vida, poderem através deles conseguir uma melhor conciliação da sua actividade profissional com a sua vida familiar.

Nestes termos, a Lei da Protecção da Maternidade e da Paternidade (LPMP) – Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 70/2000, de 4 de Maio - instituiu o direito a uma licença parental e a uma licença especial para assistência a filho ou adoptado, até aos 6 anos de idade da criança, que pode ser gozada pela mãe ou pelo pai.

¹ Artigo 59.º, n.º 1 alínea b) C.R.P.

2.2. O direito ao gozo de uma licença especial, nos termos do n.º 3 do artigo 17.º da LPMP, surge posteriormente a se ter esgotado o direito a uma licença parental, que pode ser exercida numa das três modalidades que a lei prevê para o efeito no n.º 1 do mesmo preceito legal.

Os efeitos do gozo da licença especial, nos termos das disposições conjugadas do n.º 3 do artigo 23.º e artigo 29.º da LPMP, assim como o disposto no artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 230/2000, de 23 de Setembro são os seguintes:

- Suspende os direitos, deveres e garantias das partes, na medida em que pressuponham a efectiva prestação de trabalho, designadamente a remuneração;
- Não prejudica a aplicação do regime jurídico da cessação do contrato de trabalho;
- Não prejudica a atribuição dos benefícios de assistência médica e medicamentosa a que o trabalhador tenha direito;
- A sua relevância para o acesso a prestações de segurança social respeita apenas ao cálculo das prestações devidas em caso de invalidez ou velhice.

2.3. O artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 154/88, de 29 de Abril, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 77/2000, de 9 de Maio, indica que os períodos de faltas e licenças que determinam o reconhecimento do direito a prestações dão lugar ao registo de remunerações por equivalência à entrada de contribuições, sendo consideradas como trabalho efectivamente prestado. Nestes termos, refere o mesmo artigo que os períodos de licença parental e especial para assistência a filho são tomados em conta para o cálculo das pensões de invalidez e velhice.

Em face do exposto e ainda que o Regime de Protecção no Desemprego, Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril, não contemple expressamente esta situação, ela é tratada em diploma próprio, acima referido, que não concede aos períodos de licença especial a equivalência de registos de remunerações e, nestes termos, não havendo registos de remunerações de trabalho por conta de outrem nos últimos 540 dias dos últimos 24 meses imediatamente anteriores à data de desemprego, não estará cumprido o prazo de garantia exigido para a atribuição de subsídio de desemprego, nos termos do n.º 1 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril.

2.4. A exponente faz referencia, ao longo da sua exposição, a questões que se exige serem objecto de análise.

2.4.1. Assim e no que respeita à afirmação em como “(...) o trabalhador não pode exercer outra actividade profissional, o que traduz a impossibilidade de se apresentar qualquer registo de remunerações durante esse período (...)”, há que distinguir duas questões diversas:

A primeira questão relacionada com a proibição de o trabalhador exercer outra actividade profissional, e a esse respeito se dirá o que vem disposto no artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 230/2000, de 23 de Setembro, que regulamenta a LPMP para o sector privado, e que diz que: “Durante o

período de licença especial ou de trabalho a tempo parcial para assistência a filho ou adoptado, o trabalhador não pode exercer outra actividade incompatível com a respectiva finalidade, nomeadamente trabalho subordinado ou prestação continuada de serviços fora da sua residência habitual.”, ficando desta forma claro que não se trata de uma proibição genérica do exercício de outra actividade profissional.

A segunda questão relacionada com a impossibilidade de se apresentar registos de remunerações, e quanto a esta se dirá que, no que respeita a registos de remunerações que possam ter relevância para fins de atribuição do subsídio de desemprego, ficou atrás referido que esse registo de remunerações refere-se a dias de trabalho por conta de outrem, sendo essa situação incompatível com o gozo de uma licença especial para assistência a filho.

2.4.2. Quanto à interpretação histórica do Decreto-Lei n.º 154/88, de 29 de Abril, no que respeita aos efeitos na segurança social das licenças especiais para assistência a filhos, que anteriormente à revisão legislativa operada pelo Decreto-Lei n.º 77/2000, de 9 de Maio, estipulava que “*os períodos de licença especial para assistência a filhos, prevista no artigo 14.º da Lei n.º 4/84, são tomadas em consideração exclusivamente para a determinação da taxa de formação das pensões.*”, e que após a revisão de 2000, com a revogação desse artigo 22.º-A e com a nova redacção do artigo 22.º do mesmo diploma, passa a dizer-se que “*Os períodos de licença parental e especial para assistência a filho ou adoptado são tomados em conta para o cálculo das pensões de invalidez e velhice.*”, se dirá que a supressão da expressão “exclusivamente” faz todo o sentido atendendo a que a licença especial para assistência a filho, antes da revisão substantiva operada à Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, pela Lei n.º 142/99, de 31 de Agosto, era uma licença de exercício não condicionado e que, a partir de 1 de Dezembro de 1999, passou a só poder ser exercida depois de esgotado o direito à licença parental. E tal produz substancial diferença se atendermos a que, com a publicação da regulamentação para o sector privado da LPMP, se passa a prever que, para estes trabalhadores, a licença parental não determina a perda de quaisquer direitos, sendo considerada como prestação efectiva de serviço para todos os efeitos, salvo quanto à remuneração.

Ora, nestes termos, tornou-se necessária a actualização do Decreto-Lei n.º 154/88, de 29 de Abril, não só para contemplar os novos direitos instituídos mas também para expurgar a lei de quaisquer contradições que pudessem passar a existir, sendo uma delas a expressão “exclusivamente”, uma vez que ao exercício do direito a três meses de licença parental seriam atribuídos determinados efeitos que não seriam atribuídos ao exercício do direito à licença especial.

Contudo, e no que respeita à questão suscitada pela exponente, a lei manteve os mesmos efeitos, ou seja, nem o período de licença parental nem o período de licença especial conta para efeitos de atribuição do subsídio de desemprego, nos termos referidos no ponto **2.3.** deste parecer.

2.5. Por último, cabe proferir, no que respeita à questão em análise, algumas considerações sobre o Regime Jurídico da Suspensão do Contrato de Trabalho, Decreto-Lei n.º 398/83, de 2 de Novembro e

sobre o Regime Facultativo de Segurança Social – Seguro Social Voluntário, Decreto-Lei n.º 40/89, de 1 de Fevereiro.

2.5.1. O Regime Jurídico da Suspensão do Contrato de Trabalho (RJSCT) está dividido em quatro partes: As disposições gerais, a suspensão do contrato de trabalho por impedimento respeitante ao trabalhador, a redução do período normal de trabalho ou suspensão do contrato por motivo respeitante à entidade empregadora e as disposições finais.

O n.º 4 do artigo 3.º deste diploma, refere que “*o impedimento temporário por facto imputável ao trabalhador determina a suspensão do contrato de trabalho nos casos previstos na lei.*”. Um desses casos é sem dúvida o previsto no artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 230/2000, de 23 de Setembro, que expressamente prevê, como um dos efeitos da licença especial para assistência a filho ou adoptado, a suspensão do contrato de trabalho.

O artigo 2.º deste regime refere os efeitos da redução ou suspensão, sendo eles:

3. Manutenção dos direitos, deveres e garantias das partes, na medida em que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho;
4. O tempo de redução ou suspensão conta-se para efeitos de antiguidade;
5. Não se interrompe o decurso do prazo para efeitos de caducidade, e pode qualquer das partes fazer cessar o contrato nos termos gerais.

O RJSCT (alínea b) do artigo 6.º) prevê, como direito dos trabalhadores e apenas no caso de redução do período normal de trabalho ou suspensão do contrato por motivo respeitante à entidade empregadora, a manutenção de todas as regalias sociais e as prestações da Segurança Social, calculadas na base da sua remuneração normal.

O mesmo RJSCT não prevê a manutenção de todas as regalias sociais e as prestações da Segurança Social quando a suspensão ocorre por facto imputável ao trabalhador, remetendo para a lei que determina que esse facto faz operar a suspensão do contrato de trabalho.

2.5.2. O Regime Facultativo de Segurança Social – Seguro Social Voluntário (RFSS – SSV) visa abranger certos grupos de pessoas, designadamente os que anteriormente tivessem estado em regime que lhes conferia direito a outras prestações, mas que só podem inserir-se em regime de natureza facultativo e que, tendo embora um esquema base que abrange as prestações de invalidez, velhice e morte, admite, à semelhança do regime geral e em certos casos, esquemas particulares mais amplos.

O artigo 46.º do RFSS – SSV, prevê que as eventualidades cobertas serão as pensões de invalidez, velhice, sobrevivência e subsídio de morte e subsídio por assistência de terceira pessoa.

A aplicação deste regime pressupõe manifestação de vontade do interessado, mediante apresentação do requerimento (artigo 15.º do RFSS-SSV), assim como pressupõe uma obrigação contributiva (artigo 15.º do RFSS-SSV).

Ora, a análise deste diploma vem esclarecer que o legislador, quando previu os efeitos da licença especial para assistência a filho ou adoptado, consagrou como efeitos automáticos dessa licença os mesmos direitos consignados nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 46.º, que aqueles pais trabalhadores, em face da suspensão do contrato de trabalho por facto que lhes é imputável e para a qual a lei prevê a suspensão desse contrato, teriam, se voluntariamente se inscrevessem neste regime facultativo de segurança social, como resulta da análise comparada dos n.º 2 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 154/88, de 29 de Abril, e do n.º 1 do artigo 46.º do RFSS-SSV.

Desta forma, o legislador não deixou totalmente a descoberto as situações de licença especial para assistência a filho, prevendo automaticamente estes efeitos e criando assim uma situação especial de protecção, que não existe nas situações gerais mas que existe na situação especial de licença para acompanhamento de menor filho ou adoptado e até aos 6 anos da criança, previsto em diploma próprio – o Decreto-Lei n.º 154/88, de 29 de Abril.

- 2.6.** Contudo, e quanto à questão da competência desta Comissão em saber se no caso *sub judice* se poderá estar face a uma discriminação indirecta com base no sexo em virtude da maternidade, deverá atender ao que se consagrou sobre esta matéria no Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de Dezembro de 1995 – Proc. C-317/93 – Acórdão *NOLTE*, acerca de uma decisão prejudicial sobre a interpretação do artigo 4.º, n.º 1 da Directiva 79/7/CEE, do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social.

Diz a Directiva do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978 – Directiva n.º 79/7/CEE que:

“Considerando que convém realizar o princípio da igualdade de tratamento em matéria de segurança social em primeiro lugar no que se refere aos regimes legais que asseguram uma protecção contra os riscos de (...) e de desemprego (...).

Artigo 4.º

1. O princípio da igualdade de tratamento implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente por referência, nomeadamente, ao estado civil ou familiar especialmente no que respeita

3. ao âmbito dos regimes e às condições de acesso aos regimes,

4. à obrigação de pagar as cotizações e ao cálculo destas,

5. (...)

Artigo 7.º

1. A presente directiva não prejudica a possibilidade que os Estados-membros têm de excluir do seu âmbito de aplicação:

(...)

b) As vantagens concedidas em matéria de (...) aquisição de direitos às prestações na sequência de período de interrupção de emprego devido à educação de menores; (...)

2. Os Estados-membros procederão periodicamente a exames das matérias excluídas por força do n.º1, a fim de verificar, tendo em conta a evolução social ocorrida na matéria, se se justifica a manutenção das exclusões em questão.”

Refere o citado Acórdão que: “ (...) 28 Importa recordar que, segundo jurisprudência constante, o artigo 4.º, n.º 1 da directiva se opõe à aplicação de uma medida nacional que, apesar da sua formulação neutra, prejudica, de facto, um número muito mais elevado de mulheres do que de homens, excepto quando a medida em questão se justifique por factores objectivos e estranhos a qualquer discriminação em razão do sexo.

Assim sucede se os meios escolhidos responderem a um objectivo legítimo da política social do Estado-membro cuja legislação esteja em causa, forem aptos para atingir o objectivo prosseguido por esta e necessários para esse efeito (...).”

Em conclusão, a apreciação da existência de discriminação tem que preencher dois requisitos cumulativos:

6. A medida prejudica, de facto, um número muito mais elevado de mulheres do que de homens;
7. A medida em questão não se justifica por factores objectivos e estranhos a qualquer discriminação em razão do sexo.

Nestes termos, a verificar-se que as licenças especiais para assistência a filho ou adoptado são maioritariamente utilizadas por mulheres, então, a medida em análise que não contempla, nos efeitos da licença especial, o direito ao subsídio de desemprego, afecta essencialmente as mulheres, criando-lhes prejuízos.

Questão mais complexa será a determinação em como esse prejuízo é discriminatório, uma vez que será necessário apurar se a medida em questão se justifica, ou não, por factores objectivos.

III – CONCLUSÕES

3.1. Nos termos do referido nos pontos **2.2.** e **2.4.2.** deste parecer, a partir de 1 de Dezembro de 1999, a licença especial para assistência a filho ou adoptado até aos 6 anos da criança, que pode ser gozada pelo pai ou pela mãe, passou a ser um direito de exercício condicionado à exigência legal de se esgotar inicialmente o gozo de uma licença parental de três meses, o que esclarece a razão que levou à alteração do artigo 22.º-A do Decreto-Lei n.º 154/88, de 29 de Abril.

3.2. Não existe qualquer lacuna quanto aos efeitos do gozo do direito a uma licença especial para assistência a filho ou adoptado, pois a sua previsão encontra-se nas disposições conjugadas do n.º 3 do artigo 23.º, artigo 29.º ambos da LPMP, e artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 230/2000, de 23 de Setembro.

Concretamente e no que se refere aos efeitos do gozo deste direito na manutenção da titularidade de direitos da segurança social, nomeadamente no que se refere à sua relevância para o acesso a

prestações de segurança social, a resposta encontra-se nas disposições conjugadas do n.º 1 e n.º 2 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 154/88, de 29 de Abril, sendo que não é concedido aos períodos de licença especial a equivalência de registos de remunerações, só relevando para o cálculo das prestações devidas em caso de invalidez ou velhice.

- 3.3.** De igual modo, também não existe uma proibição genérica do exercício de outra actividade profissional, mas apenas das actividades incompatíveis com a respectiva finalidade da licença, nomeadamente o trabalho subordinado ou prestação continuada de serviços fora da sua residência habitual.
- 3.4.** Face ao exposto no ponto **2.6.** deste parecer, a CITE entende que a verificar-se que este direito é exercido em grande parte por mulheres, tal facto prejudica essencialmente as mulheres, e nesses termos poderemos estar perante uma eventual discriminação indirecta com base no sexo em virtude da maternidade, nos termos do Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de Setembro, e do artigo 2.º da Lei n.º 105/97, de 13 de Setembro.

Desta forma, e não obstante as considerações elencadas no presente parecer, a CITE entende oportuno levar ao conhecimento de Sua Excelência o Ministro da Segurança Social e do Trabalho o conteúdo do presente parecer e dos documentos que lhe serviram de suporte, pelo que, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de Setembro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 426/88, de 18 de Novembro, delibera recomendar a adopção de medidas tendentes ao aperfeiçoamento dos efeitos do gozo de direitos relacionados com a conciliação da actividade profissional com a vida familiar, quanto à atribuição do direito ao subsídio de desemprego.

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 24 DE NOVEMBRO DE 2003