

PARECER N.º 723/CITE/2022

Assunto: Parecer sobre o direito da mãe trabalhadora com filho de pai desconhecido (procriação medicamente assistida - inseminação com espermatozoides de dador), à totalidade da licença parental inicial e respetivo subsídio.

Processo n.º 3667-DV/2022

I – OBJETO

1.1. Em 30.09.2022, a CITE recebeu da trabalhadora ... um pedido de parecer sobre o direito da mãe trabalhadora com filho nascido através de procriação medicamente assistida, conforme cópia do Cartão de Cidadão do menor ..., à totalidade da licença parental inicial e respetivo subsídio, nos termos a seguir transcritos:

“(…)

Boa tarde,

Solicitei à Segurança Social o gozo de 180 dias de licença parental inicial pelo nascimento do meu filho ..., auferindo de subsídio de 83% da RR.

O meu filho ... nasceu por procriação medicamente assistida (inseminação com espermatozoides de dador), não sendo possível a partilha da licença inicial com o pai.

O meu pedido visa garantir o melhor interesse do... e evitar a sua discriminação por integrar família monoparental.

Os 1º meses de vida são uma fase decisiva para o desenvolvimento dos bebés.

O gozo de licença inicial de 180 dias por mim permitirá ao ... ser acompanhado tempo inteiro no seu 1º semestre de vida.

O Código de Trabalho já prevê a “transferência do gozo de dias de licença” em caso de impossibilidade do gozo pelo outro progenitor por morte ou incapacidade física ou psíquica. A situação por mim exposta é análoga dado que é uma situação de impossibilidade de gozo da licença pelo pai.

Infra partilho a resposta negativa da Segurança Social. Esta resposta não parece ter em conta a minha exposição...

Neste contexto, venho por este meio solicitar o vosso parecer a fim de poder pedir à Segurança Social a reanálise do meu.

Anexo cópia do cartão de cidadão do meu filho que comprova a sua filiação.

Pedia a maior brevidade na emissão de parecer tendo em conta que já se passaram quase 2 meses do início da minha licença de maternidade e gostaria de minimizar o impacto do gozo de 180 dias na minha entidade empregadora.

Penso que a CITE já terá dado pareceres positivos em situações análogas.

“(…)”

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. O presente parecer é emitido no âmbito das atribuições da CITE, nomeadamente o previsto nas alíneas a) e f) do artigo 3.º do Decreto-Lei 76/2012 de 26 de março:

a) Emitir pareceres em matéria de igualdade e não discriminação entre mulheres e homens no trabalho e no emprego, sempre que solicitados pelo serviço com competência inspetiva no domínio laboral, pelo tribunal, pelos ministérios, pelas associações sindicais e de empregadores, pelas organizações da sociedade civil, por qualquer pessoa interessada ou ainda por iniciativa própria;

f) Apreciar as queixas que lhe sejam apresentadas ou situações de que tenha conhecimento indiciadoras de violação de disposições legais sobre igualdade e não discriminação entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional, proteção da parentalidade e conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal;

2.2. A legislação portuguesa sobre a parentalidade, aplicável a todos os setores de atividade, está consagrada nos artigos 33.º a 65.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

2.3. O artigo 42.º do Código do Trabalho, sobre a licença parental inicial a gozar por um progenitor em caso de impossibilidade do outro refere o seguinte:

“1 - O pai ou a mãe tem direito a licença, com a duração referida nos n.ºs 1, 2 ou 3 do artigo 40.º, ou do período remanescente da licença, nos casos seguintes:

a) Incapacidade física ou psíquica do progenitor que estiver a gozar a licença, enquanto esta se mantiver;

b) Morte do progenitor que estiver a gozar a licença.

2 - Apenas há lugar à duração total da licença referida no n.º 2 do artigo 40.º, caso se verifiquem as condições aí previstas, à data dos factos referidos no número anterior.

3 - Em caso de morte ou incapacidade física ou psíquica da mãe, a licença parental inicial a gozar pelo pai tem a duração mínima de 30 dias.

4 - Em caso de morte ou incapacidade física ou psíquica da mãe não trabalhadora nos 120 dias a seguir ao parto, o pai tem direito a licença nos termos do n.º 1, com a necessária adaptação, ou do número anterior.

5 - Para efeito do disposto nos números anteriores, o pai informa o empregador, logo que possível e, consoante a situação, apresenta atestado médico comprovativo ou certidão de óbito e, sendo caso disso, declara o período de licença já gozado pela mãe.

6- Constitui contraordenação muito grave a violação do disposto nos n.ºs 1 a 4”.

2.3.1. Como se verifica da leitura do preceito transcrito, o caso *sub judice* não se encontra previsto, tratando-se de uma lacuna da lei que deve ser integrada de acordo com o disposto no artigo 10.º do Código Civil, segundo o qual:

“1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos.

2. Há analogia sempre que no caso omissivo procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.

3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”.

2.3.2. Ora, o caso de uma mãe trabalhadora com filho/a, cujo pai é desconhecido afigura-se análogo ao caso da morte do progenitor que estiver a gozar a licença, a que se aplica o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 42.º do Código do Trabalho.

2.3.3. Isto significa que a mãe trabalhadora terá direito à licença parental inicial de 120 ou 150 dias por nascimento de filho/a, acrescida em 30 dias, nos termos do disposto no n.º 1 e n.º 3 do artigo 40.º em conjugação com a alínea b) do n.º 1 do artigo 42.º todos do Código do Trabalho, aplicados por analogia.

2.3.4. Assim, a mãe trabalhadora com filho de pai desconhecido pode optar entre 150 ou 180 dias de licença parental inicial, a que corresponde o respetivo subsídio, cuja atribuição também é omissa relativamente ao caso *sub judice*, pelo que, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do citado artigo 10º do Código Civil, deve ser integrada a lacuna da lei, aplicando-se, por analogia, a norma da alínea b) do n.º 1 do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 89/2009, de 9 de Abril, no caso de trabalhadores em funções públicas, que descontam para a Caixa Geral de Aposentações, ou a norma da alínea b) do n.º 1 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 91/2009, de 9 de Abril, no caso dos trabalhadores que descontam para a Segurança Social.

2.4. Em face da questão suscitada e sem embargo de a decisão final pertencer, ainda assim, ao Instituto da Segurança Social I.P., entidade com competência para decidir sobre o reconhecimento do direito à atribuição dos subsídios aos/às seus/suas beneficiários/as, justifica-se a apresentação de um entendimento no âmbito do direito do trabalho também ele, sem embargo de outros, um dos pressupostos para a atribuição do subsídio reclamado.

2.5. Mencione-se que o Decreto-Lei n.º 91/2009, de 9 de abril e o Decreto-Lei n.º 89/2009 também de 9 de abril, que estabelece o regime de atribuição de subsídios pela Segurança Social refere-se a progenitores e beneficiários (artigo 12.º), não se vislumbrando, também aqui, razões para que a sua

aplicação não acompanhe o enquadramento analógico passível de ser conferido no âmbito do Código do Trabalho.

2.6. Neste sentido, e até que o legislador proceda à necessária adequação do regime de proteção da parentalidade às realidades existentes urge evitar a prática de discriminações com base no sexo, estado civil ou situação familiar, entre outras, proibidas nos termos do n.º 1 dos artigos 24.º e 25.º do Código do Trabalho, pelo que as situações concretas terão de ser integradas tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

III – CONCLUSÃO

Face ao exposto, a CITE delibera emitir o seguinte parecer:

3.1. A mãe trabalhadora com filho de pai desconhecido tem direito à totalidade da licença parental inicial, prevista nos n.ºs 1 e 4 do artigo 40.º do Código do Trabalho, por força da alínea b) do n.º 1 do artigo 42.º do mesmo Código, aplicável, por analogia, ao caso da morte da mãe após o parto, por se tratar de uma lacuna da lei que deve ser integrada, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 10º do Código Civil.

3.2. Por consequência, o direito da mãe trabalhadora, com filho de pai desconhecido, confere-lhe o direito à totalidade da licença parental inicial, prevista nos n.ºs 1 e 4 do artigo 40.º do Código do Trabalho, e por conseguinte, confere-lhe o correspondente direito ao subsídio, que, também, por constituir uma lacuna da lei, relativamente ao caso sub judice, deve ser integrada, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do citado artigo 10º do Código Civil, aplicando-se-lhe, por analogia, a norma da alínea b) do n.º 1 do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 89/2009, de 9 de Abril ou a norma da alínea b) do n.º 1 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 91/2009, de 9 de Abril, consoante se trate, respetivamente, de trabalhadores que descontem para a Caixa Geral de Aposentações ou para a Segurança Social.

3.3. Dar conhecimento do presente Parecer ao Conselho Diretivo do Instituto da Segurança Social, IP.

3.4. Dar conhecimento do presente Parecer à trabalhadora requerente.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS DA CITE EM 12 DE OUTUBRO DE 2022, COM O VOTO CONTRA DA REPRESENTANTE DA MINISTÉRIO DO TRABALHO, SOLIDARIEDADE E SEGURANÇA SOCIAL, com atribuições na área da solidariedade e da segurança social, QUE APRESENTOU DECLARAÇÃO DE VOTO NOS TERMOS A SEGUIR TRANSCRITOS:

“

Declaração de voto

A DGSS vota contra o projeto de parecer relativo ao Processo n.º ... e apresenta a seguinte declaração de voto:

A DGSS entende que os argumentos apresentados no projeto de parecer não apresentam sustentação legal relativamente ao pedido da trabalhadora, que vem solicitar o gozo da licença parental inicial de 180 dias (opção de 150 dias mais o acréscimo de 30 dias por partilha com o outro progenitor).

O reconhecimento do direito aos subsídios previstos no regime de proteção social na parentalidade (Decreto-Lei n.º 91/2009, de 9 de abril na sua redação atual), tem sempre como pressuposto o gozo das respetivas licenças, faltas ou dispensas previstas no Código do Trabalho e destinam-se a compensar a perda de retribuição do trabalhador.

A trabalhadora em causa vem pedir que lhe seja reconhecido o direito ao período total de licença (150 dias + 30 dias), por se tratar de uma situação de impossibilidade de partilha da licença com o pai, a qual resulta da situação especial de nascimento resultante de procriação medicamente assistida.

Entendemos que a ratio da norma prevista no n.º 3 do artigo 40.º (acrécimo de mais 30 dias de licença) é garantir um maior período de acompanhamento da criança nos primeiros tempos de vida, proporcionando, também, aos progenitores uma maior conciliação da vida familiar com a gestão da sua carreira profissional enquanto condições essenciais para uma efetiva igualdade entre mulheres e homens no mercado de trabalho conseguida através da flexibilização e da partilha possibilitada legalmente.

Se o que está em causa é a partilha da licença e por isso se concede um acréscimo ao período inicial, no caso da trabalhadora em causa não existe essa possibilidade de partilha com outro progenitor o que impossibilita a concessão do referido acréscimo.

Considera-se, ainda, que ao caso subjudice não podem ser aplicadas, por analogia, as normas contidas no n.º 3 do artigo 40.º e a alínea b) do n.º 1 do artigo 42.º ambas do Código do Trabalho, porquanto a situação em causa não é comparável com as situações previstas no n.º 1 do artigo 42.º do CT, uma vez que o objetivo daquelas normas é garantir que um dos progenitores possa gozar o acréscimo dos 30 dias da licença parental inicial quando o outro fique impossibilitado de o fazer, o que não é caso da situação objeto de parecer, uma vez que neste caso não existe progenitor com quem partilhar a licença.

Com efeito, a ratio legis do n.º 3 do artigo 40.º do CT é proporcionar um acréscimo de 30 dias à licença parental inicial aos pais que partilhem o seu gozo, o que não se verifica no caso em apreço.

Aliás, se o legislador entendesse estender o acréscimo às situações de monoparentalidade, já o poderia ter feito nas sucessivas alterações ao regime da parentalidade, que no decurso dos últimos anos foram

introduzidas com o objetivo de garantir maior proteção aos progenitores e permitir uma maior conciliação entre a atividade profissional, pessoal e familiar.

O mesmo entendimento é aplicado ao reconhecimento dos subsídios atribuídos no âmbito da proteção social na parentalidade, previsto no Decreto-Lei n.º 91/2009, uma vez que, como já anteriormente referido, a atribuição dos subsídios pressupõe o gozo das respetivas licenças.

Relativamente à situação em apreço, e reiterando que cabe à ... pronunciar-se sobre a atribuição de licenças no âmbito da proteção na parentalidade, consideramos que face à lei não existe qualquer discriminação pelo facto de a beneficiária ser mãe trabalhadora com filho nascido através de procriação medicamente assistida e da sua situação familiar ser a correspondente a agregado monoparental.

Assim, face ao quadro legal atual, as situações de “monoparentalidade” e “pai anónimo” não se nos afigura defensável que a trabalhadora requerente possa ter direito ao acréscimo da licença parental inicial, dado que não se verifica o pressuposto legal da partilha de licença, pelo que não pode ser concedido o subsídio parental inicial de duração de 180 dias conforme solicitado, uma vez que não existe o direito ao referido acréscimo.

12-10-2022”