

PARECER N.º 102/CITE/2014

Assunto: Parecer prévio à recusa do pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível, a trabalhadora com responsabilidades familiares, nos termos do n.º 5 do artigo 57.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro
Processo n.º 258 – FH/2014

I – OBJETO

1.1. Em 19.03.2014, a CITE recebeu, da empresa ..., pedido de parecer prévio à recusa de trabalho em regime de horário flexível apresentado pela trabalhadora com responsabilidades familiares...

1.2. O pedido de horário flexível foi feito pela trabalhadora nos seguintes termos:

...vem requerer a V.ª Ex.ª a concessão do regime de trabalho em horário flexível, pelo prazo de um ano, nos termos do disposto nos artigos 56.º e 57.º da Lei n.º7/2009 de 12 de fevereiro (Código do Trabalho) nos termos e com os seguintes fundamentos:

a) A Requerente tem a seu cargo um filho menor, designadamente o menor ..., com seis anos de idade, o que faz parte do seu agregado familiar, vivendo em comunhão de mesa e habitação (Cfr. Doc. 1);

b) É a Requerente quem superintende na alimentação, tratamento e vestuário diário do menor;

c) O menor ... ingressou no presente ano letivo no 1.º ano do ensino básico (Cfr. Doc.2).

d) O marido da Requerente e pai do menor, exerce a sua atividade profissional enquanto eletricitista de alta tensão numa empresa de âmbito nacional, com local

de trabalho não fixo, trabalhando e pernoitando as mais das vezes fora da residência do agregado familiar (Cfr. Doc.2);

e) O marido da Requerente não beneficia de qualquer redução ou flexibilidade do seu horário de trabalho;

f) A Requerente não tem suporte familiar próximo que a auxilie nesta tarefa e não pode contar com o auxílio do marido e pai do menor nos cuidados e acompanhamento deste, sendo inclusive terceiros quem o entrega e recolhe antes e após a escola (Cfr. Doc.2);

g) O menor “encontra-se em avaliação na consulta de Psicologia, por suspeitas de comportamento hiperativo e enurese noturna” e, de acordo com informação clínica, “a instabilidade emocional manifestada pelo ..., seja um reflexo da indisponibilidade parental ditada por fatores contextuais a nível profissional. Por conseguinte, considero de extrema importância com vista ao alcance de uma maior estabilidade, maturidade emocional e crescimento harmonioso que, pelo menos, o ... pudesse contar com uma presença e atenção mais estável e frequente da mãe, preferencialmente não sujeita a turnos laborais móveis e incompatíveis com o apoio a esta criança” (Cfr. Doc.2);

h) De acordo com outra informação clínica que se junta, “a instabilidade da criança é provocada pela ausência dos pais por motivos profissionais com horários laborais móveis que não permitem o apoio adequado à criança”, “Sendo assim muitas vezes o ... não tem o apoio nem da mãe nem do pai no período anterior e posterior à saída da escola, ficando à guarda de uma vizinha”, concluindo-se que “sugeríamos que a mãe pudesse trabalhar com horário fixo, para poder dar mais atenção e estar presente na vida do filho” (Cfr. Doc.3); [...]

1.3. Pela entidade empregadora, foi comunicada à trabalhadora a intenção de recusa, por carta registada nos seguintes termos:

Na sequência do V. requerimento, que deu entrada no ... no passado dia 22 de fevereiro, através do qual solicitou a concessão de horário flexível e considerando que detém a categoria do Empregada de Distribuição

Personalizada, cumpre transmitir o seguinte, ao abrigo dos n.ºs 2 e 3 do artigo 57.º do Código do Trabalho:

Em 01 de dezembro de 1998, o ... celebrou um Protocolo com os 1 hospitais ... ('...') para Fornecimento de Alimentação a Doentes, Pessoal e Participantes em Atividade de Caráter Científico, sendo que esta prestação funciona diariamente, de Segunda-feira a Domingo, incluindo feriados, ou seja, é uma unidade de laboração continua, 24h/24h, 365 dias do ano.

Ora, considerando que o cocontratante do ... é um Hospital do Serviço Nacional de Saúde, a prestação em referência assume-se como de interesse público, pelo que os seus termos refletem a necessidade que aquela entidade tem, para prosseguir aquele princípio.

E é por essa razão que, ao abrigo do Protocolo, os ... procedem, de forma sistemática, à avaliação e controlo da prestação. Para além de que está ainda contratualmente previsto que os horários dos trabalhadores poderão, a todo o tempo, ser objeto de alteração, em termos de redução ou aumento do volume de horas, mas sempre tendo em conta as necessidades funcionais dos...

Deste modo, o ..., para assegurar a prestação do serviço, necessita de um determinado número de trabalhadores a praticar os horários abaixo mencionados.

A não ser assim comprometer-se-á o regular funcionamento do serviço e em consequência o cumprimento dos termos do Protocolo.

Assim, e concretizando: têm de estar afetos ao setor de copas e empratamento para prestação de serviços 108 trabalhadores sendo a laboração efetuada nos seguintes turnos

- (i) Das 07h00 às 15h00;*
- (ii) Das 08h00 às 16h00;*
- (si) Das 11h00 às 19h00;*
- (iv) Das 12h00 às 20h00;*
- (v) Das 13h00 às 21h00;*
- (vi) Das 14h00 às 22h00.*

E para o regular funcionamento do serviço, são necessários por dia:

- (i) 13 trabalhadores das 07h00 às 15h00;
- (ii) 43 trabalhadores das 08h00 às 6h00;
- (iii) 2 trabalhadores das 11h00 às 19h00;
- (iv) 7 trabalhadores das 12h00 às 20h00;
- (v) 10 trabalhadores das 13h00 às 21h00;
- (vi) 33 trabalhadores das 14h00 às 22h00.

A distribuição de refeição ao doente implica assim que sejam efetuados os horários das 8h00 às 16h00 (distribuição do pequeno-almoço, meio da manhã e almoço) e das 14h00 às 22h00 (distribuição do lanche e jantar). Os horários são rotativos, sendo 6 dias a exercer funções nos turnos das 8h00 às 16h00, 2 folgas e 6 dias a exercer funções no turno das 14h00 às 22h00.

[...]

Sucedem que nesta data já se encontram 17 trabalhadoras com gozo de horário flexível, das quais 7 gozam de horas para amamentação — Cfr. quadro em anexo não sendo possível aceitar mais pedidos para este efeito, sob pena de o ... entrar em incumprimento com o contratado com os ..., por não ter trabalhadores suficientes para realizar a prestação de serviços, designadamente aos fins de semana e feriados, sendo que os doentes ficarão sem possibilidade de ter a sua alimentação, a qual faz parte do seu tratamento clínico.

Além de que o facto de já se encontrarem 17 trabalhadoras com gozo de horário flexível tem implicado que outros trabalhadores sejam obrigados a trabalhar mais dias no turno da tarde, o que tem originado muitos protestos, já que esses trabalhadores se consideram prejudicados, referindo que não têm de ser “penalizados” para “favorecimento” de outros. E o deferimento do V. pedido tornará a situação insustentável, colocando em risco a prestação de serviço de alimentação nos termos contratados, de acordo com as necessidades do Hospital.

De referir ainda que a grande maioria dos trabalhadores afetos a esta prestação de serviços tem filhos e cada vez mais apresentam pedido de prática de horário

flexível e dispensa de trabalho aos fins de semana e feriados, o que deixou no limite o cumprimento do Protocolo com o Hospital.

[...]

- 1.4. Juntam quadro explicativo dos 17 trabalhadores no gozo de horário a que denominaram flexível de segunda a sexta-feira, que se transcreve:

	Horário até às 16:00	De 2ª a domingo	{doença marido}
	Horário até às 18:00	De 2ª a domingo	
	Horário até às 16:00	2ª a 6ª	
	Horário até às 16:00	De 2ª a domingo	
	Horário até às 18:30	De 2ª a domingo	
	Horário até às 16:00	2ª a 6ª	
	Horário até às 18:30	2ª a 6ª	
✓	Horário até às 16:00	2ª a 6ª	{doença filho}
✓	Horário até às 16:00	De 2ª a domingo	{doença mãe}
	Horário 8h00 às 16h00	De 2ª a domingo	
			Amamentação
5			Amamentação
✓			Amamentação

- 1.5. A trabalhadora, na fase de apreciação da recusa, nada acrescentou.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 2.1.** Cabe à CITE, nos termos do disposto na alínea c) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março, que aprova a lei orgânica da CITE ... *Emitir parecer prévio no caso de intenção de recusa, pela entidade empregadora, de autorização para trabalho a tempo parcial ou com flexibilidade de horário a trabalhadores com filhos menores de 12 anos.*
- 2.2.** A Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional (reformulação), determina que devem “ (...) *Os Estados-Membros (...) em colaboração com os parceiros sociais, lutar contra o problema das persistentes diferenças salariais em razão do género (...) através de medidas, como disposições flexíveis em matéria de tempo de trabalho, que permitam, tanto aos homens como às mulheres, conciliar mais facilmente a vida familiar e a vida profissional.*
- 2.3.** A Diretiva 2010/18/UE do Conselho, de 8 de março de 2010, que aplica o acordo-quadro revisto sobre licença parental, e revoga a Diretiva 96/34/CE, dá orientações, como no número 8, aos Estados Membros na adoção de medidas “(...) *no sentido de melhorar a conciliação da vida profissional, privada e familiar dos trabalhadores com filhos e a igualdade entre homens e mulheres quanto às oportunidades no mercado de trabalho e ao tratamento no trabalho em toda a União (...)*” .
- 2.4.** Neste Contexto, Portugal consagra, desde logo, estas orientações, na Constituição da República Portuguesa (CRP) com os *Princípios fundamentais do Estado* como é o caso do artigo 9.º sob a epígrafe “*Tarefas fundamentais do Estado*”:

“ (...) b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático;

(...) d) *Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;*

(...) h) *Promover a igualdade entre homens e mulheres (...)*”.

2.5. Seguidamente, na Parte I da CRP *Direitos e deveres fundamentais*, Título I *Princípios gerais*, o artigo 13.º sob a epígrafe “Princípio da igualdade” estabelece que:

“ (...) 1. *Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.*

2. *Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual. (...)*”.

2.6. No âmbito da atividade laboral, no Título III *Direitos e deveres económicos, sociais e culturais*, Capítulo I *Direitos e deveres económicos*, o artigo 59.º da CRP, invocado pela trabalhadora, sob a epígrafe “*Direitos dos trabalhadores*” recomenda:

“ (...) 1. *Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:*

a) (...);

b) *A organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar;*

c) (...)

2.7. E prossegue, no Capítulo II *Direitos e deveres sociais*, o artigo 67.º sob a epígrafe “*Família*”:

“ (...) 1- A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que *permitam a realização pessoal dos seus membros (...)*” e, o artigo 68.º sob a epígrafe “Paternidade e maternidade”

“ (...) 1- *Os pais e as mães têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país. (...)*”.

2.8. Estes princípios, direitos fundamentais e constitucionais, são assegurados no Código do Trabalho (CT) aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, na Subsecção III *Igualdade e não discriminação*, Divisão I *Disposições gerais sobre igualdade e não discriminação*, no artigo 25.º sob a epígrafe “*Proibição de discriminação*”:

“ (...) 1 – *O empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta, em razão nomeadamente dos fatores referidos no n.º 1 do artigo anterior (...)*”. (Direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho) (...).

2.9. O CT dedica uma Subsecção, IV, à Parentalidade (artigos 33 a 65.º), começando no artigo 33.º sob a epígrafe “*Parentalidade*”, integrada na Divisão III *Igualdade e não discriminação em função do sexo*, da Subsecção III *Igualdade e não discriminação* da Secção II *Sujeitos* do Capítulo I *Disposições gerais*, do Título II *Contrato de trabalho*:

“ (...) 1 – *A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes.*
2 – *Os trabalhadores têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação ao exercício da parentalidade.*
(...)”

2.10. No que respeita ao funcionamento das empresas, o CT, no artigo 56.º sob a epígrafe “*Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares*”, disciplina:

“ (...) n.º 1 - “O trabalhador com filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, filho com deficiência ou doença crónica que com ele viva em comunhão de mesa e habitação tem direito a trabalhar em regime de horário de trabalho flexível, podendo o direito ser exercido por qualquer dos progenitores ou por ambos”.

n.º 2 - Entende-se por horário flexível aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário”.

n.º 3 - “O horário flexível, a elaborar pelo empregador, deve: a) Conter um ou dois períodos de presença obrigatória, com duração igual a metade do período normal de trabalho diário;

b) Indicar os períodos para início e termo do trabalho normal diário, cada um com duração não inferior a um terço do período normal de trabalho diário, podendo esta duração ser reduzida na medida do necessário para que o horário se contenha dentro do período de funcionamento do estabelecimento;

c) Estabelecer um período para intervalo de descanso não superior a duas horas”.

n.º 4 - O trabalhador que trabalhe em regime de horário flexível pode efetuar até seis horas consecutivas de trabalho e até dez horas de trabalho em cada dia e deve cumprir o correspondente período normal de trabalho semanal, em média de cada período de quatro semanas”.

2.11. Quanto ao procedimento a seguir, o artigo 57.º do CT sob a epígrafe “Autorização de trabalho a tempo parcial ou em regime de horário flexível” dispõe:

“ (...) n.º 1 - O trabalhador que pretenda trabalhar (...) em regime de horário de trabalho flexível deve solicitá-lo ao empregador, por escrito, com a antecedência de 30 dias, com os seguintes elementos:

a) Indicação do prazo previsto, dentro do limite aplicável (até ao limite dos 12 anos);

b) Declaração da qual conste:

i - que o menor vive com ele em comunhão de mesa e habitação.

ii - (...)

iii - (...)

2 - O empregador apenas pode recusar o pedido com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável.

3 - No prazo de 20 dias contados a partir da receção do pedido, o empregador comunica ao trabalhador, por escrito, a sua decisão.

4 - No caso de pretender recusar o pedido, na comunicação o empregador indica o fundamento da intenção de recusa, podendo o trabalhador apresentar, por escrito, uma apreciação no prazo de cinco dias a partir da receção.

5 - Nos cinco dias subsequentes ao fim do prazo para apreciação pelo trabalhador, o empregador envia o processo para apreciação pela entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, com cópia do pedido, do fundamento da intenção de o recusar e da apreciação do trabalhador.

6 - A entidade referida no número anterior, no prazo de 30 dias, notifica o empregador e o trabalhador do seu parecer, o qual se considera favorável à intenção do empregador se não for emitido naquele prazo.

7 - Se o parecer referido no número anterior for desfavorável, o empregador só pode recusar o pedido após decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo.

8 - Considera-se que o empregador aceita o pedido do trabalhador nos seus precisos termos:

a) Se não comunicar a intenção de recusa no prazo de 20 dias após a receção do pedido;

b) Se, tendo comunicado a intenção de recusar o pedido, não informar o trabalhador da decisão sobre o mesmo nos cinco dias subsequentes à notificação referida no n.º 6 ou, consoante o caso, ao fim do prazo estabelecido nesse número;

c) Se não submeter o processo à apreciação da entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres dentro do prazo previsto no n.º 5.

9 – *Ao pedido de prorrogação é aplicável o disposto para o pedido inicial.*

10 – *Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos n.ºs 2, 3, 5 ou 7. (...)*”.

2.12. Dispõe, sobre a matéria, o CT, Secção VII *Direitos, deveres e garantias das partes*, Subsecção I *Disposições gerais*, no n.º 3 do artigo 127.º, sob a epígrafe “*Deveres do empregador*” que:

“ (...) *O empregador deve proporcionar ao trabalhador condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal*”.

2.13. E impõe, quanto à organização do trabalho, Subsecção III *Horário de trabalho*, na alínea b) n.º 2 do artigo 212.º sob a epígrafe “ *Elaboração do horário de trabalho*” que a entidade empregadora deve:

“ (...) a) (...);

b) *Facilitar ao trabalhador a conciliação da atividade profissional com a vida familiar. (...)*”.

2.14. Da mesma forma, o legislador preconiza, ainda, no n.º 2 do artigo 221.º do CT que “*os turnos devem, na medida do possível, ser organizados com os interesses e as preferências manifestados pelos trabalhadores*”.

2.15. Na sequência do exposto, face ao pedido de parecer prévio ora em análise, cumpre a esta Comissão ponderar:

i) da submissão do pedido de autorização aos pressupostos e requisitos legais do regime de trabalho em horário flexível, nomeadamente aferir a observância deste aos requisitos legais;

ii) se foi observada pela entidade empregadora a tramitação legalmente consagrada para os pedidos de passagem a regime de trabalho em horário flexível;

iii) se os fundamentos para a intenção de recusa do pedido, invocados pela entidade empregadora, assentam em exigências imperiosas do funcionamento

da empresa ou na impossibilidade de substituir o *trabalhador se este for indispensável*.

2.16. No que respeita aos pressupostos e requisitos legais a observar no pedido da trabalhadora verifica-se que solicitou ao empregador, por escrito, com a antecedência de 30 dias, com os seguintes elementos:

a) Indicação do prazo previsto, dentro do limite aplicável;

b) Declaração da qual conste:

i - que o menor vive com ele em comunhão de mesa e habitação.

2.17. Conforme referido, a entidade empregadora apenas pode recusar o pedido com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa ou na impossibilidade de substituir o trabalhador ou a trabalhadora se este ou esta for indispensável.

2.18. Contudo, o que se verifica é que os motivos apresentados pela entidade empregadora circunscrevem-se ao contrato celebrado com os ..., nos termos do qual alegadamente se terão comprometido a manter um determinado quadro de pessoal, e que, alegadamente, já há 17 trabalhadoras a gozar horário flexível, daqui concluindo que se conceder o horário solicitado não conseguirá cumprir o contratualizado, o que configurará uma recusa por motivos de exigência imperiosa do funcionamento da empresa.

2.19. Afirmam também que não é possível autorizar o pedido por não ser possível a sua substituição, sem explicar porquê.

2.20. Na verdade, do alegado pela entidade empregadora parece que a pedra de toque da intenção de recusa é o facto de, repita-se, alegadamente, haver 17 trabalhadoras a gozar horário flexível e a aceitação de mais uma situação de flexibilidade colocar em risco o funcionamento do...

- 2.21.** A CITE reconhece a possível dificuldade em atribuir mais um horário flexível, sendo de trazer à colação o instituto da colisão de direitos previsto no artigo 335.º do Código Civil e, com esse fundamento e desde que a empregadora demonstre cabal e inequivocamente que as situações concretas existentes colidem entre si, fazer cessar todas as situações iguais ou da mesma espécie e os titulares cederem o seu direito na medida do necessário para que todos consigam, num esforço de concordância prática, exercer o direito a que se arrogam.
- 2.22.** Diz o mesmo instituto que, quando os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalecerá o que deva considerar-se superior.
- 2.23.** Relembra-se nesta sede, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26.04.2010, Processo n.º 123/09.0TTVNG.P2, em www.dgsi.pt, o qual clarificou o seguinte: *“Ora, salvo o devido respeito, importa não esquecer que as ditas regras concernentes ao horário de trabalho, não podem ser encaradas em termos absolutos, e que, mesmo nas hipóteses contempladas no art.º 45.º do Código do Trabalho, a sua concessão não é automática nem desligada da situação da empresa. Deste modo, perante uma situação de colisão de direitos, art.º 335.º do Código Civil, como necessário «para que todos produzam igualmente os seus efeitos, sem maior detrimento para qualquer das partes», justificando-se, assim, a alteração do horário efetuada com o retorno à rotação de horário.”*
- 2.24.** Neste sentido, e face a uma pluralidade de situações das quais resultem direitos de valor idêntico, a entidade empregadora poderá e deverá fazer ceder, na medida do necessário, os direitos em causa para que todos possam exercer-los equitativamente.
- 2.25.** Conclui-se, assim, que a entidade empregadora poderá e deverá fazer ceder os horários de todos os trabalhadores com horário flexível e só no fim dessa tarefa de harmonização é que estará em condições de concluir pela recusa,

apresentando nessa altura razões da existência de exigências imperiosas do seu funcionamento, demonstrando objetiva e inequivocamente que o horário requerido pelos trabalhadores ou trabalhadoras, põe em causa o seu funcionamento e concretizando os períodos de tempo que deixariam de ficar convenientemente assegurados, em face da aplicação dos horários pretendidos pelos e pelas trabalhadores e trabalhadoras.

III – CONCLUSÃO

3.1. Na sequência do exposto, a CITE delibera:

3.1.1. Emitir parecer desfavorável à intenção de recusa do pedido de horário flexível da trabalhadora...

3.1.2. Recomendar que o empregador ..., na medida das suas possibilidades, proporcione as condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, consagrado na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa e, em caso de conflito de direitos de idêntico valor, que permita a referida conciliação, distribuindo equitativamente pelos trabalhadores e trabalhadoras com necessidades semelhantes o dever de garantirem o funcionamento do serviço a que estão afetos.

**APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA
CITE DE 21 DE ABRIL DE 2014**