



PARECER N.º 228/CITE/2016

Assunto: Parecer prévio à intenção de recusa do pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível, 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 706 – FH/2016

I – OBJETO

- 1.1. Em 15.04.2016, a CITE recebeu da ... cópia de um pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pela trabalhadora ..., para efeitos da emissão de parecer, nos termos do disposto no n.º 5 do artigo 57.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12.02.
- 1.2. A trabalhadora, no seu pedido de 21.03.2016, refere ter dois filhos com idades inferiores a 12 anos, um com quatro anos e outro com nove meses, que vivem consigo em comunhão de mesa e habitação e solicita um horário que não ultrapasse as 18h00.
- 1.3. A entidade empregadora veio responder à trabalhadora, em 08.04.2016, referindo que o seu horário de trabalho normal é das 12h30 às 20h00, pelo que o horário que solicita seria das 10h30 às 18h00.
- 1.4. Refere a entidade empregadora que entre as 10h30 e as 12h30 não tem pacientes que justifiquem a presença de mais uma fisioterapeuta, além das três que praticam esse horário e que entre as 18h00 e as 20h00 tem

pacientes que exigem a presença de uma fisioterapeuta, que é unicamente a trabalhadora, pois a partir das 17h00 não há mais colegas a trabalhar, exceto uma ajudante de fisioterapeuta que não pode trabalhar sem a presença de uma fisioterapeuta.

- 1.5. Mais refere a entidade empregadora que para permitir a saída da trabalhadora pelas 18h00 teria que contratar outra pessoa, situação que, financeiramente, não pode suportar.
- 1.6. A entidade empregadora alega que não pode perder os/as pacientes que tem entre as 18h00 e as 20h00, mas se ficar sem fisioterapeuta terá de os/as recusar, tendo que fechar a clínica às 18h00, o que acarretaria um prejuízo insustentável, podendo comprometer os postos de trabalho da trabalhadora, das outras fisioterapeutas e das ajudantes de fisioterapeuta, concluindo ser indispensável a presença da trabalhadora das 18h00 às 20h.
- 1.7. E menciona ainda a entidade empregadora que poderia contratar uma fisioterapeuta a tempo parcial das 18h00 às 20h00 mas isso implicava um custo adicional insuportável, mas que, passando a trabalhadora a trabalhar a tempo parcial das 12h30 às 18h00 já podia contratar outra trabalhadora a tempo parcial das 18h00 às 20h00.
- 1.8. A empregadora refere ainda que questionou as colegas fisioterapeutas mas nenhuma pode assegurar o horário das 18h00 às 20h00 porque duas têm filhos menores e outra tem pais a seu cargo.
- 1.9. A trabalhadora apresenta a sua apreciação, em 13.04.2016, reiterando o seu pedido, alegando haver mais trabalhadores a desempenhar funções iguais às suas e pretender o horário das 9h30 às 18h00, com início a partir de 21 de abril de 2016 e não ultrapassando o limite dos 12 anos de idade do filho mais novo.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela resolução n.º 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979, e com entrada em vigor na ordem internacional a 3 de setembro de 1981, em conformidade com o artigo 27.º, n.º 1, assinada por Portugal a 24 de abril de 1980 e aprovada para ratificação pela Lei n.º 23/80, de 26 de julho, publicada no Diário da República I Série A, n.º 171/80 e em vigor na ordem jurídica portuguesa desde 3 de setembro de 1981, determina no seu artigo 11.º que:

"Os Estados Partes comprometem-se a tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres no domínio do emprego com o fim de assegurar, com base na igualdade dos homens e das mulheres, os mesmos direitos, em particular: (...)

Instituir a concessão do direito a um período de dispensa do trabalho por ocasião da maternidade pago ou conferindo direito a prestações sociais comparáveis, com a garantia da manutenção do emprego anterior, dos direitos de antiguidade e das vantagens sociais (...)."

2.2. A Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5.07.2006 alude à construção jurisprudencial do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional. De acordo com os considerandos 23 e 24 da referida Diretiva é expressamente referido que: *Ressalta claramente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que qualquer tratamento desfavorável de uma mulher relacionado com a gravidez ou a maternidade constitui uma discriminação sexual direta em razão do sexo. (...)* O Tribunal de Justiça

tem repetidamente reconhecido a legitimidade, em termos do princípio da igualdade de tratamento, de proteger a condição biológica da mulher na gravidez e na maternidade e de adotar medidas de proteção da maternidade como meio de atingir uma igualdade concreta.

- 2.3.** O artigo 68.º da Constituição da República Portuguesa estabelece que:
- “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. A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes.”*
- 2.4.** O disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da lei fundamental portuguesa estabelece como garantia de realização profissional das mães e pais trabalhadores que *“Todos os trabalhadores (...) têm direito (...) à 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.”*
- 2.5.** A Diretiva 2010/18/EU do Conselho, de 8 de março de 2010, que aplica o Acordo-Quadro revisto sobre licença parental, que revogou a Diretiva 96/34/CE, com efeitos a partir de 8 de março de 2012, retomou a necessidade de as *“políticas da família [deverem] contribuir para a concretização da igualdade entre homens e mulheres e ser encaradas no contexto da evolução demográfica, dos efeitos do envelhecimento da população, da aproximação entre gerações, da promoção da partilha das mulheres na vida ativa e da partilha das responsabilidades de cuidados entre homens e mulheres”* (Considerando 8.), de *“tomar medidas mais eficazes para encorajar uma partilha mais igual das responsabilidades familiares entre homens e mulheres”* (Considerando 12), e de garantir que *“o acesso a disposições flexíveis de trabalho*

facilita aos progenitores a conjugação das responsabilidades profissionais e parentais e a sua reintegração no mercado de trabalho, especialmente quando regressam do período de licença parental.”
(Considerando 21).

- 2.6.** No âmbito da legislação nacional, tanto a Constituição da República Portuguesa (CRP), como o Código do Trabalho de 2009 (CT), preconizam o dever de o empregador proporcionar aos/às trabalhadores/as as condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, vd. alínea b) do artigo 59.º da CRP, e o n.º 3 do artigo 127.º do CT, sendo igualmente definido como um dever do empregador a elaboração de horários que facilitem essa conciliação, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 212.º do CT.
- 2.7.** Assim, e para concretização dos princípios constitucionais enunciados e sob a epígrafe *“horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares”*, prevê o artigo 56.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, na redação conferida pela Lei n.º 120/2015, de 1 de setembro, o direito do/a trabalhador/a, com filho/a menor de doze anos, a trabalhar em regime de horário flexível.
- 2.8.** Entende-se por horário flexível, de acordo com o artigo 56.º do Código do Trabalho, o direito concedido aos/às trabalhadores/as com filhos/as menores de 12 anos, ou independentemente da idade, que sejam portadores/as de deficiência ou doença crónica, de poder escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário.
- 2.9.** O horário flexível, que é elaborado 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.
- 2.10.** Neste regime de trabalho, o/a trabalhador/a poderá 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.** Para tal, o empregador quando elabora o horário flexível, atendendo à amplitude determinada pelo/a trabalhador/a requerente como sendo a mais adequada à conciliação da sua atividade profissional com a vida familiar, estabelece períodos para início e termo do trabalho diário, cada um com duração não inferior a um terço do período normal de trabalho diário.
- 2.12.** Em rigor, a prestação de trabalho em regime de horário flexível visa permitir aos/às trabalhadores/as com responsabilidades familiares uma gestão mais ou menos ampla do tempo de trabalho. Nesse sentido, o período de presença obrigatória é de, apenas, metade do período normal de trabalho diário. O restante período normal de trabalho diário poderá ser gerido conforme as conveniências dos/as trabalhadores/as, inclusive ser compensado, nos termos previstos no n.º 4 do já referido artigo 56.º do Código do Trabalho.

III – ANÁLISE

- 3.1.** O/A trabalhador/a deve observar os seguintes requisitos, quando formula o pedido de horário flexível:
- Solicitar, por escrito, o horário ao empregador com a antecedência de 30 dias;
 - Indicar o prazo previsto, dentro do limite aplicável;
 - Apresentar declaração que confirme que o(s) menor(es) vive(m) com o/a trabalhador/a em comunhão de mesa e habitação.
- 3.2.** Tais requisitos não foram criteriosamente observados aquando da apresentação do pedido, mas tal não foi posto em causa pela entidade empregadora para tomar a sua decisão, e a trabalhadora, na sua apreciação, veio colmatar essa lacuna, pelo que se deverá entender que a trabalhadora observou os requisitos impostos por lei.
- 3.3.** Ora, uma vez requerida a pretensão com observância dos requisitos legais, como se conclui ter sido o caso, o empregador apenas pode recusar o pedido com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa ou na impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a se este/a for indispensável (dispondo, para o efeito, do prazo de vinte dias, contados a partir da receção do pedido do trabalhador/a, para lhe comunicar por escrito a sua decisão, sendo que não sendo observado este prazo, considera-se aceite o pedido do/a trabalhador/a, nos termos da alínea a) do n.º 8 do artigo 57.º do Código do Trabalho).
- 3.4.** No presente caso, considerando que a trabalhadora apresentou o seu pedido em 21.03.2016, a entidade empregadora tinha até ao dia 11 de

abril de 2016 para comunicar a sua decisão (considerando o prazo de 20 dias a que se refere o n.º 3 do artigo 57.º do CT), o que fez.

- 3.5.** E a trabalhadora que rececionou a resposta da entidade empregadora em 08.04.2016 tinha até ao dia 13.04.2016 para apreciar o processo (nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 57.º do Código do Trabalho), o que fez.
- 3.6.** Nos termos do disposto no n.º 5 do referido artigo 57.º, a entidade empregadora tem de enviar o processo para apreciação pela CITE nos cinco dias subsequentes ao fim do prazo para apreciação pelo/a trabalhador/a, que no caso seria a 18.04.2016, o que foi cumprido.
- 3.7.** A empregadora, se por um lado refere que, entre as 10h30 e as 12h30, basta ter três fisioterapeutas pois não tem número de pacientes que justifique ter mais, por outro lado, entre as 18h00 e as 20h00, diz ter pacientes que justificam a presença da trabalhadora e de uma ajudante de fisioterapeuta.
- 3.8.** No entanto, a entidade empregadora não refere, nem o número de utentes que tem, nem a distribuição desse número por horas diárias, nem o número de fisioterapeutas, nem o número de ajudantes de fisioterapeutas, nem a rácio fisioterapeutas/utentes.
- 3.9.** De resto, a entidade empregadora, que alega ter ao serviço ajudantes de fisioterapeutas, junta ao processo que envia à CITE o mapa de horário de trabalho, sendo que no mesmo apenas estão mencionadas quatro fisioterapeutas.
- 3.10.** Ou seja, não resulta, claro e inequívoco, quantos/as trabalhadores/as necessita a entidade empregadora para responder às necessidades dos/as utentes, nem quais os horários necessários para esse efeito.

- 3.11.** Assim, também não é possível ter por demonstrada a alegação de que, para permitir a saída da trabalhadora pelas 18h00, a entidade empregadora teria que contratar outra pessoa e que não o pode fazer por questões financeiras, ou a alegação de que a perda dos/as pacientes que tem entre as 18h00 e as 20h00 representa um prejuízo insustentável.
- 3.12.** De resto, é a própria entidade empregadora quem afirma que se ficar sem fisioterapeuta terá de recusar os/as utentes, tendo que fechar a clínica às 18h00, o que pode comprometer os postos de trabalho da trabalhadora, das outras fisioterapeutas e das ajudantes de fisioterapeuta, desconhecendo-se em absoluto se a receita proveniente dos/as utentes desse período de tempo é suficiente ou insuficiente para contratar um/a fisioterapeuta a tempo parcial das 18h00 às 20h00.
- 3.13.** Ou seja, a alegação da entidade empregadora assenta em linhas de argumentação que pretendem, ao mesmo tempo, sustentar a existência de razões imperiosas de serviço e a impossibilidade de substituição, mas a falta de demonstração dos factos em que se fundam estas linhas, leva a domínios de indefinição e, por vezes, de contradição.
- 3.14.** A aceitar-se, sem questionar, que a entidade empregadora justificou a necessidade imperiosa de serviço, não está justificada a impossibilidade de substituição (se a receita gerada naquele período é tão importante, não custa assegurar a substituição).
- 3.15.** E, por outro lado, se se entender que justificou a impossibilidade de substituição da trabalhadora, então não justificou a necessidade imperiosa do funcionamento da empresa (se o custo da substituição é absolutamente incomportável, então a receita daquele período não é significativa).

3.16. Acresce que a empregadora alega ter questionado as colegas fisioterapeutas da trabalhadora mas que nenhuma pode assegurar o horário das 18h00 às 20h00 porque duas têm filhos menores e outra tem pais a seu cargo, mas como a lei exige que as dificuldades que obstam à concessão do pedido estejam ligadas, designadamente, à impossibilidade de substituição da trabalhadora, verifica-se que, no caso, tal não foi provado.

IV – CONCLUSÃO

Face ao exposto, a CITE delibera emitir parecer prévio desfavorável à intenção de recusa da prestação de trabalho em regime de horário flexível requerido pela trabalhadora ..., considerando que:

- a) a entidade empregadora não demonstrou que existem razões imperiosas do funcionamento do serviço ou impossibilidade de substituição da trabalhadora, que motivem a recusa do pedido apresentado por esta;
- b) a entidade empregadora, na elaboração do horário de trabalho, deve proporcionar aos/às trabalhadores/as as condições que permitam a conciliação da sua vida profissional com a vida familiar, nos termos do artigo 127.º n.º 3 e do artigo 212.º n.º 2, al. b), do Código do Trabalho, e em conformidade com o correspondente princípio, consagrado na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa.

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 11 DE MAIO DE 2016, CONFORME CONSTA DA RESPECTIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENCAS ANEXA À MESMA ATA.