

PARECER N.º 682/CITE/2016

Assunto: Parecer prévio à recusa 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 12.02.

Processo n.º 2052 – FH/2016

I – OBJETO

- 1.1. A CITE recebeu em 28.11.2016, por e-mail do ... pedido de emissão de parecer prévio à recusa do pedido de horário flexível apresentado pela trabalhadora, ..., detentora da categoria de enfermeira, a exercer funções no Serviço de Ortopedia, conforme se transcreve:

“(...) Cumpre-me enviar a V. Ex.^a, o pedido de Horário Flexível da trabalhadora ..., (...) a exercer funções no Serviço de Serviço de Ortopedia, que mereceu parecer não favorável por parte desta Instituição.

Em virtude de não ser intenção do ... prejudicar a trabalhadora em questão, solicitamos análise e informação relativamente a este processo.

Cumprimentos, (...)”.

- 1.2. O pedido apresentado pela trabalhadora em 10/11/2016, conforme registo de entrada na entidade empregadora, tem o seguinte conteúdo:

“(...) Eu ..., n.º (...), com a categoria de Enfermeira, no Serviço de Ortopedia, venho por este meio solicitar o gozo de horário flexível com responsabilidades familiares ao abrigo do disposto no Art.º 55.º e Art.º 57.º da lei n.º 7/2009 de 12/02, para acompanhamento de filha menor ...,

nascida a 20 de fevereiro de 2016 pelos seguintes motivos:

- *Suplantar as necessidades de assistência da menor, sendo que neste momento a menor possui o apoio dos Pais e a retaguarda de uma creche. De acordo com os documentos em anexo: verifica-se que a creche tem como limitações, a hora de entrada (até às 9 horas) e o facto de estar enterrada aos fins de semana, feriados e última semana de agosto.*

O Pai exerce funções como Enfermeiro noutra instituição (...), realiza um horário composto por manhãs (das 8 às 16 horas) de segunda a domingo, com folgas intercaladas. Como limitações deste horário, seguindo uma política de continuidade de cuidados, torna-se necessário a realização de turnos consecutivos ao fim de semana (Sábado e Domingo).

Assim, e não possuindo outro tipo de suporte, torna-se imperioso a adequação dos horários do pai e da mãe com o objetivo de que aos fins de semana e feriados não existam lacunas na assistência à menor. Para isso, proponho que até dia 20 do mês anterior seja informada a Enfermeira Chefe do horário que o pai irá fazer no mês seguinte.

- *Permitir a manutenção da amamentação em livre demanda, no mínimo, até a menor atingir os dois anos de idade, tal como é preconizado pela Organização Mundial de Saúde.*

De acordo com as necessidades de amamentação da menor (faz pelo menos 3 a 4 mamadas diárias: ao início da manhã, início da tarde, ceia e a meio da noite) é fundamental durante os primeiros dois anos da criança trabalhar com o horário das 8 às 14 horas, pois a realização de tardes implicaria que a menor ficasse privada da mãe durante toda o dia (uma vez que a entrada na creche é até às 9h) e inviabilizava a amamentação.

Tendo por base o atrás exposto, solicito horário flexível das 8h às 16h (com 2 horas para a amamentação 14-16h, como tenho vindo a realizar, de acordo com o artigo n.º 47 do código do trabalho) que em conjugação com o horário do pai previamente apresentado, não comprometa as necessidades de suporte da menor.

Pede deferimento,

Porto, 2 de novembro de 2015

Pede deferimento,

(...)"

- 1.3. A trabalhadora foi notificada pela entidade empregadora mediante email de 24.11.2016, como se reproduz:

"(...) Vimos por este meio levar ao conhecimento de V. Ex. que, o pedido de horário flexível para a assistência a filho menor, mereceu os seguintes despachos:

Sr.^a Enfermeira ...

Relativamente ao pedido de horário flexível da Enf.^a ... com o número mecanográfico (...), informo que o serviço não comporta mais horários exclusivamente de manhãs, pelo que a flexibilidade passa por fazer turnos de manhãs e tardes de Segunda a Domingo."

Sr. Enfermeiro Supervisor ...

Baseado na fundamentação da Enf.^a Chefe informo que o horário flexível é autorizado de Segunda a Domingo com turnos de manhãs e tardes."

*Mais se informa que, de acordo com o disposto no n.º 4, do artigo 57.º, da Lei n.º 7/2009, de 12 de agosto, **pode V. Ex. apresentar, no prazo de cinco dias** a partir da data de receção desta informação, um pedido de apreciação (...)"*

- 1.4. A Trabalhadora, notificada desta intenção de recusa no referido dia 24.11.2016, apresentou em 25.11.2016, a seguinte apreciação:

"(...) Eu, ... (...), com a categoria de Enfermeira, no serviço de Ortopedia, venho por este meio solicitar um pedido de reapreciação ao pedido de horário flexível.

Na minuta anterior fundamentei a necessidade de horário exclusivo de manhãs durante os primeiros dois anos de vida da minha filha, e a resposta obtida não se coaduna com o solicitado: "autorizado de Segunda a Domingo com turnos de manhã e tarde." Desta forma, o

único facto concedido prende-se com a dispensa de prestação de trabalho no período noturno, direito esse já consagrado pelo artigo 60.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de agosto.

Na apreciação que me foi remetida, não foi dada resposta a nenhuma das flexibilidades por mim pretendidas, o que põe em risco a vinculação mãe-filha e a amamentação (nos dias em que fizesse tarde não estaria com a minha filha das 9 horas da manhã às 20 horas da noite). Também na apreciação recebida não está esclarecido se haveria coordenação como horário do pai, de forma a permitir que a bebé tenha sempre a assistência de um progenitor ao fim-de semana e feriados, quando a creche encerra.

Tendo em conta o atrás exposto, venho requerer a reapreciação do pedido para que se encontre uma solução dentro da instituição viável para ambas as partes.

Mais uma vez refiro, que a recusa deste pedido teria um enorme impacto na minha filha, pelo que solicito também o envio do processo para apreciação pela entidade competente externa, a CITE (Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego), como disposto no n.º 5, do artigo 57.º, da Lei n.º 7/2009, de 12 de agosto, caso a resposta se mantenha.

Pede deferimento,

Porto, 25 de novembro de 2016 (...)

- 1.5.** *Cabe à CITE, nos termos do Decreto-Lei n.º 76/2012 de 26 de março, que aprova a lei orgânica, artigo 3.º, sob a epígrafe: “Atribuições próprias e de assessoria”:*

“(...) c) 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 (...)

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 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 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.

2.2.1. 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 (...)*” .

2.3. 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 (...)*”.

2.3.1. 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. (...)*”.

2.3.2. 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 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) (…)”

2.3.3. 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. (…)*”.

2.4. 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) (...).

2.4.1. O CT dedica uma Subsecção, IV, à Parentalidade (artigos 33.º 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. (...)”

2.4.2. 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”.

2.4.3. 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;

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.(...)”.

2.4.4. 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”.

2.4.5. 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.*

(…);”

2.5. Porque a entidade empregadora diz expressamente “(…) o serviço não comporta mais horários exclusivamente de manhãs (…)” no pressuposto de que poderá haver no serviço horários em regime de flexibilidade já autorizados, importará referir que de acordo com 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 (atual artigo 56.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», (…)*”, sendo certo que no caso de existirem outros/as trabalhadores/as a gozar de horário flexível no local de trabalho em causa, no cumprimento do princípio de conciliação da atividade profissional com a vida familiar, não pode a trabalhadora requerente ficar discriminada face aos/às outros/as trabalhadores/as que já usufruem de horário flexível, pelo que deverão todos/as usufruir, o mais tempo possível, dos horários por si requeridos.

- 2.6.** Na sequência de todo o exposto, compulsadas as normas legais sobre a matéria com o pedido *sub judice*, de salientar em primeiro lugar que toda esta legislação estabelece princípios fundamentais, direitos e deveres das entidades empregadoras e das trabalhadoras e dos trabalhadores, plasmados nas Diretivas Europeias transpostas por Portugal, consagrados na CRP e CT, que se devem concretizar na adoção de horários de trabalho destinados a facilitar a conciliação dos e das trabalhadoras com responsabilidades familiares pelas entidades empregadoras, de acordo com o disposto nos artigos 56.º e 57.º do CT, devendo o empregador cumprir os prazos previstos naqueles normativos recusar o pedido com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável, o que quer dizer que as entidades empregadoras, devem demonstrar um cuidado acrescido nestes casos, concretizando objetiva e coerentemente, na prática, em que se traduzem tais exigências imperiosas.
- 2.7.** Nestas circunstâncias, tendo em conta o teor do pedido e apreciação da trabalhadora, pontos 1.2 e 1.4 do presente parecer, da recusa da entidade empregadora, ponto 1.3, bem como o referido no ponto 2.5, verifica-se que a entidade empregadora não apresenta razões que possam comprovar objetiva e concretamente a existência de exigências imperiosas do funcionamento do serviço, tal como determina o artigo 57.º do CT, nem demonstra inequivocamente que o horário requerido pela trabalhadora põe em causa tal funcionamento, ao não concretizar os períodos de tempo que, no seu entender, deixariam de ficar convenientemente assegurados, face aos meios humanos necessários e disponíveis.

III – CONCLUSÃO

3.1. Na sequência do exposto, a CITE delibera:

3.1.1. Emitir parecer desfavorável à intenção de recusa formulada pelo ..., relativamente ao pedido de trabalho em regime de horário flexível apresentado pela trabalhadora com responsabilidades familiares, ..., detentora da categoria de enfermeira, a exercer funções no Serviço de Ortopedia.

3.1.2. A entidade empregadora deve proporcionar à trabalhadora condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, e, na elaboração dos horários de trabalho, deve facilitar à trabalhadora essa mesma conciliação, nos termos, respetivamente, do n.º 3 do artigo 127.º, da alínea b) do n.º 2 do artigo 212.º e do n.º 2 do artigo 221.º, todos do Código do Trabalho, 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 21 DE DEZEMBRO DE 2016, CONFORME CONSTA DA RESPECTIVA ATA NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM, CONFORME LISTA DE PRESENCAS ANEXA À MESMA ATA, TENDO A CONFEDERAÇÃO GERAL DOS TRABALHADORES PORTUGUESES (CGTP) APRESENTADO A SEGUINTE DECLARAÇÃO:

“A CGTP aprova o parecer mas discorda da inclusão no mesmo do conteúdo do ponto 2.5 porquanto o mesmo gera confusão nos destinatários podendo até conduzir ao incumprimento do parecer e à violação do princípio que o horário

flexível visa assegurar e defender estabelecido em função dos deveres para com a criança.”.

E O REPRESENTANTE DA CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS (CTP), APRESENTADO A SEGUINTE DECLARAÇÃO:

“A Confederação do Turismo Português vota favoravelmente, apesar de entender que a prestação de trabalho em turnos rotativos muito dificilmente se enquadra no conceito de horário flexível, que o legislador definiu no n.º 2 do artigo 56.º do Código do Trabalho.

No entanto, e como a situação de trabalhador com responsabilidades familiares, que presta o seu trabalho no regime de turnos rotativos, não está devidamente acautelada nem no artigo 56.º (pelos motivos invocados no parágrafo anterior) nem no artigo 58.º (relativo a outras formas de organização do tempo de trabalho), entende-se preencher esta lacuna recorrendo ao espírito da lei.

Deste modo, considera a Confederação do Turismo Português que, nas situações de prestação de trabalho em regime de turnos rotativos, poderá aplicar-se o regime de horário flexível quando o horário pretendido não implique a criação de um novo turno.

Não obstante, continuará a caber ao empregador, em primeiro lugar, estabelecer os limites dentro do qual o mesmo poderá ser exercido – depois, o trabalhador, dentro desses limites poderá gerir o tempo da forma que lhe for mais conveniente.”