

PARECER N.º 270/CITE/2017

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 693/FH/2017

I - OBJETO

- 1.1. Em 02/05/2017, a CITE recebeu da ... pedido de emissão de parecer prévio à recusa de atribuição de horário flexível à trabalhadora, ..., Empregada de mesa.
- 1.2. A Trabalhadora vem solicitar a concessão do regime de trabalho em horário flexível das 08h00m às 16h00m de segunda a sexta-feira com exclusão dos feriados e fins de semana, nos termos que se transcreve:

"(...), trabalhadora dessa empresa com a categoria profissional de Empregada de Mesa, vem requerer a V. Exa. a concessão do regime de trabalho em horário flexível, até a filha menor atingir os doze anos de idade, nos termos e com os seguintes fundamentos:

- a). A Requerente tem a seu cargo uma filha menor, a saber, ..., nascida a ..., a qual faz parte do seu agregado familiar, vivendo em comunhão de mesa e habitação (Cfr. Doc.1 e 2);*
- b) É a Requerente quem superintende na alimentação, tratamento e vestuário diário da menor (Cfr. Doc.1);*
- c). A menor frequenta a ..., com horário de funcionamento de segunda-feira a sexta-feira das 07:30h às 19:00h, encerrando aos feriados e fins de semana (Cfr. Doc.3);*
- d). A Requerente não tem suporte familiar que a auxilie a cuidar da menor; e) O pai da menor e companheiro da Requerente não beneficia de flexibilidade de horário;*
- f). Consequentemente, o pai da menor encontra-se impossibilitado de entregar/recolher a menor no estabelecimento escolar, bem como assim de*

cuidar dele antes da abertura e após o encerramento do estabelecimento escolar, aos feriados e fins de semana;

g). A Requerente e o seu agregado familiar residem na Freguesia de ... (Cfr. Doc.1);

h). O último transporte público para ... sai de ... pelas 16:15h (Cfr. Doc.4);

i). Por forma a recolher a menor no estabelecimento escolar a Requerente tem de regressar a casa com recurso a este transporte e, portanto, carece de terminar a sua jornada de trabalho pelas 16:00h;

j). Nos termos do art.º 56.º n.º1 da Lei 7/2009 de 12 de fevereiro, o trabalhador com filhos menores de 12 anos tem o direito a trabalhar em regime de horário de trabalho flexível.

Assim, em face de todo o supra exposto, porque se encontram preenchidos os requisitos legais, designadamente porque tem uma filha menor a seu cargo, com idade inferior a 12 anos, porque a menor carece de cuidados e apoio, designadamente nas deslocações entre a escola e casa, a Requerente, de acordo com o disposto no n.º1 do art.º57.º da Lei 712009, de 12 de Fevereiro (Código do Trabalho), pretende a concessão do regime de trabalho de horário flexível, a partir do dia 29 de Abril de 2017 e até a menor atingir os doze anos de idade, passando a cumprir um horário que lhe permita cumprir de segunda-feira a sexta-feira um horário entre as 08:00h às 16:00h, com exclusão da prestação de trabalho aos feriados e fins de semana. (...)"

- 1.3. A Entidade Empregadora comunicou à trabalhadora, através de carta registada com aviso de receção, da intenção de recusa, nos termos que se transcreve:

"(...) Foi com alguma admiração que recebemos a sua carta de 29/03/2017, sem que antes tivesse exposto o seu desejo, a sua intenção, à gerência do ..., quando V.Ex.^a bem sabe a prática de total abertura que ela tem para com todos os trabalhadores.

E mais estupefação nos criou, quando V. Ex.^a bem conhecendo as condições de funcionamento do seu sector, sabe melhor que ninguém, a resposta que no imediato pode ter.

Aliás, vejamos:

1- V. EX.^a e seu marido trabalham no ... há 12 anos e 13 anos respetivamente, tendo-se casado há cerca de 12 anos, tendo mantido os seus H.T.;

2- Mais recentemente, já em 2014, e porque os seus H.T. continuavam totalmente dissonantes, o Diretor do ... atual, propôs a V. Exa. uma mudança de área laboral, para assim os dois poderem entrar e sair do trabalho a horas mais compatíveis com uma melhor harmonização familiar. Tal H.T. das 08,00 horas -16,30 horas não foi aceite por V. Ex.^a

E agora passado que são dois anos vem requerê-lo...

3- Tal não implicava perda de nenhuma regalia ou direitos apenas mudaria de funções com tudo o resto garantido;

4 V. Ex.^a e seu marido preferiram continuar com esses horários diferenciados e não aceitaram a proposta;

5- Acresce que casando V. Ex.^a, trabalhando no ... em ..., preferiram construir uma habitação na ..., a cerca de 30 kms do ..., e agora põem a vossa filha no infantário em ..., não se sabe porque razão;

6- Não tiveram em conta os incómodos dos diferentes horários, das viagens diárias cansativas. Tal, porém, é um problema só vosso, pelo que não podem exigir a outros serem parte na resolução do mesmo;

7- Por outro lado, estranha-se também qual a razão que motiva só agora a necessidade invocada.

O que de novo aconteceu para justificar o pedido, é questão que nos coloca muitas interrogações. É que desde o nascimento da sua filha passaram mais de três anos. Só agora invocar a situação? O que se passou?

E tal é de responsabilidade do ...?

8- Como deve saber, a determinação dos horários de trabalho e de tudo quanto diz respeito à organização do trabalho, depende da entidade patronal, que tem que adequar o melhor possível os mesmos aos superiores interesses da empresa. Estes é que são o tónico principal da sua atividade e razão da ela existir, sendo que sempre que possível se devem harmonizar tais interesses, aos interesses sérios dos trabalhadores. E tal é a prática seguida na empresa e no ...;

9- Compreendemos as suas dificuldades, mas se algum facto novo lhe surgiu, o mesmo tem que ser resolvido fora do âmbito da empresa, pois ela a ele é alheia;

10- Não se trata de nenhuma má vontade, mas V. Exa. sabe que na sua área de exercício de funções não se vê qualquer possibilidade prática (nem teórica) de se lhe mudar o seu H.T. conforme as suas conveniências sem graves custos para a empresa. Ter-se-ia que admitir um novo trabalhador;

11- E o H.T. mais compatível e aproximado com aquele que V. Exa. deseja, que é o das 7,00 horas às 15,30 horas já está preenchido há vários anos por uma colega em situação de divorciada com guarda total do filho, o que não lhe permite abdicar do horário em seu favor;

12- Também em termos relativos era uma injustiça. Olhe para as suas colegas que têm filhos e estão em pior situação que V. Exa. E tem um exemplo muito perto de si, aparentemente em piores condições, que se adaptou às suas novas condições, sem ter que sobrecarregar a empresa;

13- Tendo em conta o volume de trabalho - o ... funciona 24 horas sobre 24 horas e 365 dias por ano-, não é possível dispensar os trabalhadores de trabalharem nos dias feriados e fins de semana, exceto os de escritório. E também é à hora dos jantares que há maior afluxo e concentração de serviços, pelo que se não pode dispensar V. Ex.^a

14- Foi feita uma proposta de trabalho parcial que também não foi aceite;

15- Com a atribuição de um novo H.T. tal como pede das 08,00 às 16,00 horas, o mesmo iria criar uma série de conflitos com os outros trabalhadores do ... — cerca de 13 com filhos menores, e a já referida injustiça relativa, prejudicando de forma grave o ambiente são que se vive no ...;

16- A atribuição a V. Ex.^a de um novo H.T., iria alterar de forma definitiva as condições acordadas com V. Ex.^a, iria prejudicar os demais colegas da sua secção pelas consequências diretas e reflexas que daqui resultariam, promovendo a diferença de tratamento e desmotivação dos mesmos, a desarticulação do trabalho em equipe, e daí resultando prejuízos sérios para a empresa;

17- Como se vê do seu pedido, o que V. Ex.^a pretende é a atribuição de um novo H.T. fixo e não a autorização para trabalhar em regime de trabalho flexível, e assim o mesmo pedido não se enquadra na previsão legal do disposto nos art.ºs 56 e 57 do Código de Trabalho, sendo que nas circunstâncias do mesmo nem as 40 horas semanais cumpriria, já que o H.T. pretendido não contém o tempo / intervalo de descanso para o seu almoço, e assim na prática trabalharia apenas 35 horas.

18- Por tudo o exposto, e é bem claro, exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa, fundamentam nos termos do n.º 2 do art.º 57 do C. Trabalho, a denegação do seu pedido, por total impossibilidade de a empresa o poder viabilizar, não lhe sendo assim concedida a alteração do seu H.T. para regime de trabalho flexível a partir de 29 de abril de 2017, bem como da prática de um H.T. fixo das 08,00-16,00 horas acrescida de exclusão da prestação de trabalho aos feriados e fins de semana. (...)"

- 1.4. Do processo remetido à CITE consta a apreciação da trabalhadora relativa aos fundamentos da intenção de recusa, alegando que *"mantém o pedido formulado, e bem assim todo o alegado, com exceção do horário requerido para início da jornada de trabalho, que pode ser antecipada para as 7,00 horas por forma a poder cumprir as 40 horas semanais de trabalho"*, refutando argumentos da entidade empregadora.

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 o horário, por escrito, 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. Uma vez requerida esta pretensão com observância dos requisitos legais, 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).
- 3.3. Apesar da entidade empregadora ter notificado a trabalhadora no prazo legal, verifica-se a inexistência de qualquer fundamentação atendível para que o horário flexível requerido pela trabalhadora, seja recusado, mencionando apenas que *" a determinação dos horários de trabalho e de tudo quanto diz respeito à organização do trabalho, depende da entidade patronal, que tem que adequar o melhor possível os mesmos aos superiores interesses da empresa (...)."*, referindo ainda *"as suas colegas que têm filhos e estão em pior situação que V. Ex.ª. E tem um exemplo muito perto de si, aparentemente em piores condições, que se adaptou às suas novas condições, sem ter de sobrecarregar a empresa"*.
- 3.4. Perante o alegado pelo empregador não se vislumbram quais os fundamentos em exigências imperiosas do funcionamento do serviço onde a trabalhadora presta a atividade de empregada de mesa ou a impossibilidade de substituir a trabalhadora por esta ser indispensável que justificam a recusa do horário solicitado. Na verdade, a entidade

empregadora não alegou outros motivos que não fossem que a atribuição do horário requerido *“iria criar uma série de conflitos com os outros trabalhadores do ... – cerca de 13 com filhos menores”*.

- 3.5. Há que referir que o entendimento da CITE já exposto em vários pareceres, na sequência do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26.04.2010, Processo n.º 123/09.0TTVNG.P2, em www.dgsi.pt, a propósito da eventual existência de colisão de direitos, que, quando alguns ou algumas trabalhadores/as apresentam necessidades decorrentes do exercício do direito à conciliação, veio clarificar o seguinte: “Deste modo, perante uma situação de colisão de direitos, art.º 335.º do Código Civil, como ocorria, impunha-se a cedência dos respetivos titulares dos direitos, na medida do 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”.
- 3.6. Portanto, a entidade empregadora deveria demonstrar objetiva e inequivocamente que o horário requerido pela trabalhadora põe em causa o funcionamento do serviço, concretizando os períodos de tempo que, no seu entender, deixariam de ficar convenientemente assegurados, face aos meios humanos necessários e disponíveis e à aplicação do horário pretendido pela trabalhadora, o que não faz, não bastando alegar, de forma genérica, que a concessão do horário requerido implicaria admitir um novo trabalhador.
- 3.7. Acrescenta-se, ainda, que a lei que regula a matéria, concretamente os artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho, não faz qualquer referência à necessidade de o/a trabalhador/a requerente indicar qual a sua relação de convivência com o outro progenitor, nem a forma como é feita a

partilha das responsabilidades parentais. E, portanto, a entidade empregadora utilizar isso como argumento para fundamentar a recusa poderia configurar uma intromissão na vida privada da trabalhadora requerente, o que seria manifestamente ilegal.

- 3.8. Nestas circunstâncias e considerando o que a este parecer diz respeito, sendo concedido aos/às pais/mães trabalhadores com filhos menores de 12 anos um enquadramento legal de horários especiais, designadamente, através da possibilidade de solicitar horários que lhes permitam atender às responsabilidades familiares, ou através do direito a beneficiar do dever que impende sobre o empregador de lhes facilitar a conciliação da atividade profissional com a vida familiar, as entidades empregadoras deverão desenvolver métodos de organização dos tempos de trabalho que respeitem tais desígnios e que garantam o princípio da igualdade dos trabalhadores, tratando situações iguais de forma igual e situações diferentes de forma diferente.
- 3.9. Assim, considera-se que a recusa não está devidamente fundamentada, nos termos em que é exigido pelo n.º 2 do artigo 57.º do Código do Trabalho, em razões imperiosas do funcionamento do serviço, porquanto não estar demonstrado que o horário requerido pela trabalhadora coloca em causa o funcionamento do serviço onde presta a atividade.

IV – CONCLUSÃO

Face ao exposto, a CITE delibera:

- a) Emitir parecer prévio desfavorável à intenção de recusa formulado

pela ..., relativamente ao pedido de trabalho em regime de horário flexível requerido pela trabalhadora ...

b) Sobre a matéria convém sublinhar que, para além do dever de as entidades empregadoras proporcionarem às trabalhadoras e aos trabalhadores com responsabilidades familiares condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 127.º e da alínea b) do n.º 2 do artigo 212.º do Código do Trabalho, promovendo assim o direito consagrado na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa, a CITE recomenda à ... Lda.,, que na elaboração dos horários de trabalho, seja facilitada essa mesma conciliação à trabalhadora bem como aos/às que estejam nas mesmas condições, em obediência aos princípios legais plasmados no presente parecer.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 17 DE MAIO DE 2017, CONFORME CONSTA DA RESPECTIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM, CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À MESMA ATA, COM OS VOTOS CONTRA DA CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL (CIP), DA CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL (CCP), DA CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS (CTP) E DA CONFEDERAÇÃO DOS AGRICULTORES DE PORTUGAL (CAP).