

PARECER N.º 336/CITE/2017

Assunto: Parecer prévio à intenção de 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 907/FH/2017

I – OBJETO

- 1.1. Em 24.05.2017, a CITE recebeu da ... cópia de um pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pela trabalhadora ..., Auxiliar/Ajudante de Lar.
- 1.2. No seu pedido de horário flexível, de 09/05/2017, dirigido à entidade empregadora, a trabalhadora, vem requer, o seguinte:
" (...) vem muito respeitosamente solicitar a V. Ex.ª, a autorização para trabalhar em regime de flexibilidade de horário (...), com horário pretendido entre as 08h00 e as 17h00 apenas em dias úteis, excluindo assim feriados e fins-de-semana, para o efeito declarando que:
 1. *Vai cumprir o período normal de trabalho semanal em dias úteis.*
 2. *As filhas da requerente, (...) nascida .../2012, (...) e (...) nascida a .../2016 vivem em comunhão de mesa e habitação com a requerente.*
 3. *(...)*
 4. *Esta menor está à guarda da requente. (...)"*
- 1.3. A entidade empregadora respondeu à trabalhadora, através de ofício datado de 25/05/2017, entregue em mão própria, da intenção de recusa referindo o que a seguir se transcreve:
" (...)

Conforme é do V/ conhecimento, a ... explora uma residência geriátrica com funcionamento 24 horas por dia, 7 dias por semana, o que requer a organização do trabalho em regime de turnos, o qual tem regras próprias.

V. Exa. foi admitida ao serviço da ... tendo conhecimento de tal atividade e de que a prestação de trabalho por turnos era condição essencial para a V/ admissão para o exercício das funções de auxiliar/ajudante de lar.

A regulação aplicável à empresa, em especial a Portaria 67/2002, de 21 de março, impõe rácios mínimos de auxiliares/ajudantes de lar. Atualmente, para assegurar os cuidados aos utentes e para cumprir as disposições legais dos horários, a empresa necessita de 6 auxiliares/ajudantes de lar no turno da manhã, 6 no turno da tarde e 2/3 no turno da noite.

Dentro do respetivo enquadramento legal, a ... procura uma equidade na distribuição dos turnos, com base no direito à igualdade no trabalho e, sempre que possível, facilita e observa os pedidos mensais de horário para adequação à vida pessoal de todos os seus trabalhadores.

O Código do Trabalho (CT) prevê, de facto, o direito de os trabalhadores com filhos menores de 12 anos trabalharem em regime de horário flexível, o qual é definido pelo próprio Código (vd. artigo 56.º, n.ºs 2 e 3 do CT).

O pedido apresentado por V. Exa. não consubstancia, no entender da ..., qualquer regime de horário de trabalho flexível na medida em que pretende trabalhar apenas nos dias úteis.

Sem prejuízo do referido, a ... não poderá observar e deferir o V/ pedido.

Com efeito, a ... tem presentemente ao serviço 19 auxiliares/ajudantes de, no mínimo 14 por dia, divididas nos turnos acima referidos.

Na presente data, a ... viu-se confrontada com 8 pedidos de trabalho em alegado regime de horário flexível sendo que todas referem pretender ter um regime de folgas "fixas" aos fins de semana e feriados e trabalhar apenas entre as 08 horas e as 17 horas. O mesmo é dizer, por isso, que se observasse todos os pedidos, ficaria apenas com 11 auxiliares/ajudantes de lar nos fins-de-semana e feriados, o que é insuficiente.

Ora, não estando a ... obrigada a encerrar a sua atividade em dia feriado, este deve ser considerado dia de trabalho. Acresce que se o pedido apresentado por V/ Exa. fosse cumprido nos seus precisos termos, dar-se-ia o caso de ter mais do que duas folgas semanais.

Note-se ainda que, por imposição legal (artigo 221.º, n.º 5, do CT) os trabalhadores só podem mudar de turno após o seu descanso semanal. Dado que a ... necessita de, pelo menos, 14 auxiliares/ajudantes de lar por dia, não será possível observar os pedidos apresentados por todas as 8 trabalhadoras que o fizeram.

Trata-se de uma impossibilidade objetiva na medida em que se o fizesse estaria a desrespeitar os rácios mínimos de trabalhadores com a V/ categoria profissional. Assim, caberá apenas à ... ter em consideração o V/ pedido e procurar que goze as folgas semanais nos termos pretendidos, sendo certo que o mesmo não irá ser observado nos termos requeridos.

Contudo, nota-se que a ... tem necessidade regular de fazer face a ausências de auxiliares/ajudantes de lar por motivo de baixa e de gozo de férias, o que compromete ainda mais o cumprimento do V/ pedido.

Recorda-se ainda que a ... tem o dever legal de organizar os horários de trabalho dos seus trabalhadores de modo a que estes conciliem a vida pessoal com a vida profissional (artigo 212.º, n.º 2, alínea b), do CT).

O cumprimento rigoroso do V/ pedido, em conjunto com os demais solicitados presentemente pelas V/ colegas que exercem as mesmas funções, levaria a que a ... não respeitasse as normas legais aplicáveis à sua atividade e a que as demais auxiliares/ajudantes de lar nunca mais pudessem gozar as suas folgas semanais aos fins-de-semana. Tal restrição parece-nos ilegal por restringir injustificadamente o direito das demais auxiliares/ajudantes de lar gozarem o seu descanso semanal, de forma rotativa, apenas porque não têm filhos menores de 12 anos.

Em face de tudo o que referimos, a ... não tem hipótese de deferir o pedido apresentado. Com efeito, de acordo com o disposto no artigo 57.º, 2, do Código do Trabalho, a ... pode recusar o V/ pedido por exigências imperiosas do funcionamento da empresa, como é o caso.

A ... vai, contudo, procurar conjugar o V/ pedido com o pedido das demais 7 trabalhadoras que exercem as mesmas funções que V. Exa., de modo a que gozem o máximo possível de folgas semanais aos fins-de-semana".

- 1.4. Não consta do presente processo que a requerente tenha apresentado a sua apreciação relativa aos fundamentos da intenção de recusa do seu pedido.

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 No processo ora em apreciação, a trabalhadora requer autorização de trabalho em regime de horário flexível *“com horário pretendido entre as 8h e as 17h apenas em dias úteis, excluindo assim feriados e fins-de-semana”*.
- 3.2 A entidade empregadora alega que *“a ... necessita de 6 auxiliares/ajudantes de lar no turno da manhã, 6 no turno da tarde e 2/3 no turno da noite”*. Refere ainda que *“a ... tem presentemente ao serviço 19 auxiliares/ajudantes de lar necessitando de, no mínimo, 14 por dia, divididas nos turnos acima referidos, (...) não será possível observar os pedidos apresentados por todas as 8 trabalhadoras que o fizeram*.
- 3.3 Decorre do artigo 212.º n.º 1 do CT que é à entidade empregadora que compete *determinar o horário de trabalho dos trabalhadores ao seu serviço, dentro dos limites da lei*. Mas logo no n.º 2, estabelece-se que o empregador *deve facilitar a conciliação da atividade profissional com a vida familiar*.

Saliente-se que esta obrigação do empregador decorre também do disposto no artigo 127.º n.º 3 do Código do Trabalho e da norma constitucional contida no artigo 59.º n.º 1, al. b), já acima referenciado.

- 3.4 Nos casos em que o/a trabalhador/a apresente requerimento com base no artigo 56.º e 57.º do Código do Trabalho, a entidade empregadora deve fundamentar a recusa do horário flexível requerido em razões imperiosas do funcionamento do serviço ou na impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a.
- 3.5 Ou seja, a lei exige que, em caso de recusa, o interesse do serviço seja fundamentado em razões imperiosas, e, portanto, a fixação do horário de trabalho de um/a trabalhador/a pela entidade patronal, conforme é sua competência nos termos do artigo 212.º do Código do Trabalho, deve ter em conta o funcionamento do serviço.
- 3.6 Refere também que mais 7 trabalhadoras da ..., pretendem trabalhar no turno da manhã (8h00 às 17h00), não trabalharem aos feriados e ter o descanso semanal nos sábados e domingos, o que, a acontecer, inviabiliza que *“as demais auxiliares/ajudantes de lar nunca mais pudessem gozar as suas folgas semanais aos fins-de-semana”*.
- 3.7 Porque a entidade empregadora refere a existência de mais 7 pedidos de horário flexível, 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», justificando-se, assim, a alteração do horário efetuada com o retorno à rotação de horário”.

- 3.8** Nestas circunstâncias, apesar de a entidade empregadora apresentar algumas razões que poderiam indiciar a existência de exigências imperiosas do seu funcionamento, não demonstra suficiente, objetiva e inequivocamente que o horário requerido pela trabalhadora, ponha em causa esse funcionamento, tendo em conta o teor do pedido da trabalhadora, ponto 1.2 do presente parecer, da recusa da entidade empregadora, ponto 1.3, por não ter concretizado os períodos de tempo que, no seu entender, deixariam de ficar convenientemente assegurados, face aos meios humanos necessários e disponíveis.
- 3.9** Ainda neste contexto, saliente-se que a CITE tem entendido que o facto de existirem determinados pedidos de horários específicos, tal como indicado pela entidade empregadora, tal não significa que outros requeridos mais tarde, nomeadamente no que à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal se reporta, tenham que ser indeferidos, uma vez que não podendo todos os horários de trabalho concentrar-se em determinado ou determinados períodos do dia, terão, então, que ser distribuídos de forma equitativa, de forma a adotar a prática que a entidade empregadora refere que é a de conjugar o pedido da trabalhadora ora requerente com o pedido das demais 7 (sete) trabalhadoras que exercem as mesmas funções da trabalhadora requerente, “*de modo a que gozem o máximo possível de folgas semanais aos fins de semana*”.

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 ... de modo a conjugar o pedido em análise com os das demais 7 (sete) trabalhadoras que exercem as mesmas funções da trabalhadora requerente, por forma a que pratiquem o horário requerido e que gozem o máximo possível de folgas semanais aos fins de semana.

- 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 ..., 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 05 DE JULHO DE 2017, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM, CONFORME LISTA DE PRESENCAS ANEXA À MESMA ATA, COM OS VOTOS CONTRA DA CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL (CIP), DA CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL (CCP) E DA CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS (CTP).