

PARECER N.º 112/CITE/2018

Assunto: Parecer prévio à 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 247 / FH / 2018

I – OBJETO

1.1. A CITE recebeu em 07.02.2018, da ..., pedido de emissão de parecer prévio à recusa do pedido de horário flexível apresentado pela trabalhadora ..., operadora comercial, a exercer funções em posto de serviço comercial da empresa conforme, sucintamente, se transcreve:

“(...) Assunto: Indeferimento de pedido de horário flexível (...) Nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 5 do artigo 57º do Código do Trabalho, junto se envia o pedido apresentado pela nossa trabalhadora (...) relativo ao assunto em referência, resposta de recusa enviada à mesma (...) e apreciação desta última pela trabalhadora (apreciação esta que nada tem a ver com a realidade (...)) e que a merecer provimento tem consequências gravíssimas para a organização laboral (...) pondo em causa o serviço ... de transporte que a mesma diariamente presta enquanto concessionária do ...). Note-se que o trabalhador não pretende a atribuição de um horário flexível mas antes folgas fixas e um horário fixo, situação que não se enquadra sequer no artigo 57º do Código do Trabalho. Fazemos notar que a CITE tem vindo a deferir outros processos da mesma natureza sem ter em conta a realidade laboral da ..., sendo que, na presente data, existem várias situações de sobreposição e de preenchimento de horários que não permitem atender ao presente pedido e estão a interferir com o normal funcionamento laboral desta empresa. (...)”.

1.2. Em 05.01.2018 a trabalhadora solicitou a prestação de trabalho em regime de horário flexível, conforme se transcreve:

"(...) Eu, (...), a exercer funções na sociedade que V. Exa. superiormente dirige,(...), venho nos termos do disposto no artigo 56º do código de trabalho, e demais normas legais e regulamentares aplicáveis, expor e requerer a V. Exa. o seguinte: 1 A Requerente presta trabalho na categoria de Operadora Comercial, em regime de trabalho por turnos, conforme definido no artigo 220º do código de trabalho. 2 A Requerente é casada com (...), trabalhador por conta de outrem na empresa (...), na função de ... 3 A Requerente e o seu marido são pais de (...), nascida a (...); e de (...), nascido a (...) e, portanto, menores de doze anos na presente data (junto segue cópia dos respetivos cartões do cidadão dos menores). 4 A função laboral exercida pelo marido da requerente, não tem associados quaisquer horários fixos para a respetiva prestação nem tão pouco folgas fixas, o que não lhe permite assegurar a assistência necessária aos filhos de ambos (junto segue declaração da respetiva entidade patronal), nomeadamente mantê-los acompanhados e supervisionados como a idade dos mesmos requer. 5 A Requerente, seu marido e os filhos menores de ambos, residem em comunhão de mesa e habitação, na mesma morada, como provado em documento próprio, anexo, atestado pela respetiva Junta de Freguesia. 6. Nos termos do disposto no n.º1, do artigo 56º do código de trabalho: "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". 7. Atenta a factualidade exposta e o regime legal aplicável, vem a ora Requerente solicitar que lhe seja atribuído um regime de horário de trabalho flexível. 8. Especificamente requer que lhe seja atribuído um horário que permita à requerente concluir a prestação do seu trabalho não mais tarde do que as 17H a fim de prestar a necessária assistência aos filhos menores de doze anos a seu cargo, e ainda descanso semanal fixo ao Sábado e Domingo. A iniciar 30 dias após a entrega deste mesmo requerimento, conforme figura na lei. (...)."

1.3 Em 25.01.2018 a entidade empregadora comunicou ao trabalhador a intenção de recusa, que foi por este recebida em 30.01.2018, conforme se transcreve:

"(...)Assunto: Pedido de atribuição de horário em regime flexível (...) recebeu e analisou a carta enviada por V. Exa. no passado dia 05.01.2018.

Após análise cuidada da referida carta, verifica-se que não estão cumpridos os requisitos legais para a atribuição de horário flexível nos termos previstos nos artigos 56º e 57º do Código do Trabalho. Em primeiro lugar, as referências feitas por V. Exa. aos serviços parece dar a entender que existem turnos relativos à organização do tempo de trabalho, o que não corresponde à realidade. Como V. Exa. bem sabe, os serviços e o tempo de trabalho que lhe respeita é organizado com base em escalas. Como é do conhecimento de V. Exa., os serviços dos operadores comerciais podem iniciar-se pelas 6h00 e podem terminar pelas 23h00, havendo vários serviços neste intervalo, mas não havendo serviços fixos para nenhum trabalhador. Acresce que o pedido formulado por V. Exa. não corresponde a nenhum horário flexível, mas antes a um horário com elementos fixos, designadamente à hora de saída diária que V. Exa. pretende (que seja sempre até às 17horas) e ao descanso semanal. A atribuição do horário pretendido por V. Exa. inviabiliza a organização das escalas de serviço e introduz um mecanismo de desigualdade prejudicial para os demais trabalhadores da empresa. Pelas razões acima indicadas, recusa-se o pedido formulado. (...)."

1.4. Em 30.01.2018, o trabalhador apresentou a sua apreciação, conforme se transcreve:

" (...) após resposta indeferida da parte de Vossas Exas. relativamente ao pedido de horário de trabalho flexível, venho por este meio solicitar que seja revisto o indeferimento ao mesmo. Visto que a empresa tem horários compatíveis com o pedido efetuado, e relativamente às folgas, já foi anteriormente ajustado por vós, numa situação com outro funcionário, a rotatividade das mesmas. Além do que, legalmente, tanto a Constituição da República Portuguesa (CRP), como o Código de Trabalho (CT), preconizam o dever de o empregador proporcionar aos trabalhadores as condições de trabalho que favoreçam a conciliação da

atividade profissional com a vida familiar e pessoal (vide alínea b) do artigo 59º da CPR, e o nº3 do artigo 127 do CT), sendo igualmente definido como um dever do empregador a elaboração de horários que facilitem essa conciliação, nos termos da alínea b) do nº2 do artigo 212º do CT. Aguardo a revisão do referido indeferimento. (...)”.

1.5. Constan do processo remetido à CITE os seguintes documentos: Declaração da Junta de Freguesia; cópia do cartão de cidadão dos menores; declaração da entidade empregadora do marido da trabalhadora e comprovativos de envio e receção de documentos.

1.6 Cabe à CITE, nos termos do Decreto-Lei n.º 76/2012 de 26 de março, artigo 3.º: “(...) 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 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 criar medidas “(...)que permitam, tanto aos homens como às mulheres, conciliar mais facilmente a vida familiar e a vida profissional”.

2.2. A igualdade entre homens e mulheres é um princípio fundamental da União Europeia. Em conformidade com o parágrafo segundo do n.º 3 do artigo 3.º do Tratado da União Europeia (TUE), a promoção da igualdade entre os homens e as mulheres é um dos objetivos da União Europeia.

2.3. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) dispõe no seu artigo 8.º que a União, na realização de todas as suas ações, tem por objetivo eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres, mais dispondo alínea i) do n.º 1 do artigo 153.º que “A fim de realizar os objetivos enunciados no artigo 151.º, a União apoiará e completará a ação dos Estados-Membros nos seguintes domínios: (...) (i) Igualdade entre homens e mulheres quanto às oportunidades no mercado de trabalho e ao tratamento no trabalho”.

2.4. A Carta Social Europeia Revista, ratificada por Portugal em 21 de setembro de 2001, reconhece como objetivo de política a prosseguir por todos os meios úteis, nos planos nacional e internacional, a realização de condições próprias a assegurar o exercício efetivo de direitos e princípios como o que estabelece que todas as pessoas com responsabilidades familiares que ocupem ou desejem ocupar um emprego têm direito de o fazer sem ser submetidas a discriminações e, tanto quanto possível, sem que haja conflito entre o seu emprego e as suas responsabilidades familiares.

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. A Recomendação (UE) 2017/761 da Comissão, de 26 de abril de 2017 sobre o Pilar Europeu dos Direitos Sociais adotou, no seu ponto 9 (capítulo II), sob a epígrafe “Equilíbrio entre a vida profissional e a vida privada” recomendar que “Os trabalhadores com filhos e familiares dependentes têm o direito de beneficiar de licenças adequadas, de regimes de trabalho flexíveis e de aceder a serviços de acolhimento. As mulheres e os homens têm igualdade de acesso a licenças especiais para cumprirem as suas responsabilidades familiares e devem ser incentivados a utilizá-las de forma equilibrada”.

2.7. No âmbito da atividade laboral, o artigo 59.º da CRP estabelece:
“(…) 1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:
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; (…)”.

2.8. No que respeita ao regime de horário flexível, o CT consigna no seu artigo 56.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”.

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”.

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”.

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”.

2.9. O procedimento a realizar para o regime de horário flexível está plasmado no artigo 57.º do CT, que dispõe:

“(…) 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.(…)

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. (...)”.

2.10. Refere ainda sobre esta matéria, o CT, no n.º 3 do artigo 127.º, que: “ (...) O empregador deve proporcionar ao trabalhador condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal”.

2.11. E estabelece, quanto à organização do trabalho, na alínea b) n.º 2 do artigo 212.º” que a entidade empregadora deve: (...) Facilitar ao trabalhador a conciliação da atividade profissional com a vida familiar. (...)”.

2.12. De acordo com o referido no artigo 56º, o horário flexível consiste no 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 término do período normal de trabalho diário.

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.

2.13. De acordo com o disposto nos artigos 56.º e 57.º do CT, deve o empregador apenas 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. Assim, as entidades empregadoras devem demonstrar um cuidado acrescido nestes casos, materializando objetiva e coerentemente, em que se traduzem tais exigências imperiosas.

2.14. Sempre que se justifique e seja devidamente fundamentado, através da indicação de reais limitações do serviço por motivos legais ou contratuais ou perante uma situação a existência de uma pluralidade de trabalhadores/as com filhos/as menores de 12 anos que solicitam a prestação de trabalho em regime de horário flexível, nos termos do artigo 56.º do Código do Trabalho, para que todos os direitos produzam igualmente os seus efeitos, sem maior detrimento para qualquer das partes, deve a entidade empregadora distribuir equitativamente por aqueles/as trabalhadores/as em situação idêntica o dever de assegurar o funcionamento do serviço ao qual estão afetos, nos termos previstos no art.º 335.º do Código Civil em que " (...) devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. (...)".

2.15. Tem a CITE defendido que não é possível considerar a existência de um *numerus clausus* para o exercício de direitos relacionados com a parentalidade. Tal era admitir que tais direitos dependessem de uma ordem temporal, ou seja, os/as trabalhadores/as pais e mães mais recentes viriam os seus direitos limitados se no universo da sua entidade empregadora já se tivessem esgotado as vagas pré definidas para o exercício de direitos. Afigura-se, assim, que as entidades

empregadoras no âmbito do seu poder de direção devem elaborar os horários de trabalho das suas equipas de acordo com as necessidades do serviço e no respeito dos direitos de todos os seus trabalhadores.

2.16. Neste contexto, tendo em conta os argumentos utilizados pela entidade empregadora, o teor do pedido e apreciação da trabalhadora, afigura-se-nos que a entidade empregadora não apresenta razões suficientes que possam comprovar objetiva e concretamente a existência de exigências imperiosas do funcionamento do serviço, tal como determina o artigo 57.º do CT. A entidade empregadora não demonstra, inequivocamente a existência de exigências imperiosas do funcionamento do serviço nomeadamente, que o horário requerido pela trabalhadora põe em causa o trabalho realizado, nem que os restantes períodos de tempo deixariam de ficar convenientemente assegurados, face aos meios humanos disponíveis.

2.17. Na realidade, a entidade empregadora não indica quais os motivos legais ou contratuais que determinam a impossibilidade de rotatividade de turnos dos/as restantes trabalhadores/as, de maneira a demonstrar que a concessão do requerido implicaria períodos em que não existiria o número mínimo de trabalhadores/as que garantissem o funcionamento do serviço ao qual está afeto a trabalhadora requerente.

2.18. Na verdade, na intenção de recusa notificada ao trabalhador, a entidade empregadora não apresenta razões que consubstanciem exigências imperiosas do seu funcionamento, não demonstrando objetiva e inequivocamente que o horário requerido pelo trabalhador ponha em causa esse funcionamento. Com efeito, a entidade empregadora não concretiza quais os períodos de tempo que, no seu entender, deixariam de ficar convenientemente assegurados, face aos meios humanos necessários e disponíveis à aplicação do horário flexível pretendido por aquele trabalhador.

2.19. É pois de considerar que o fundamento em exigências imperiosas do funcionamento do serviço ou na impossibilidade de substituir o trabalhador, se este for indispensável, deve ser interpretado no sentido de exigir ao empregador a clarificação e demonstração inequívocas de que a organização dos tempos de trabalho não permite a concessão do horário que facilite a conciliação da atividade profissional com a vida familiar do trabalhador com responsabilidades familiares, designadamente, tal como foi requerido; como tal organização dos tempos de trabalho só é possível de ser alterada por razões incontestáveis ligadas ao funcionamento da empresa ou quando existe impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável.

III – CONCLUSÃO

3.1 Face ao exposto, a CITE emite parecer desfavorável à intenção de recusa da entidade empregadora ..., relativamente ao pedido de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pela trabalhadora com responsabilidades familiares ...

3.2 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 aos/às trabalhadores/as 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 n.º 2 do artigo 221.º todos 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 MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 7 DE MARÇO DE 2018, COM OS VOTOS CONTRA DOS/AS REPRESENTANTES DA CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL (CIP) E CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS (CTP), QUE APRESENTOU A DECLARAÇÃO DE VOTO QUE SE TRANSCREVE, CONFORME CONSTA DA

RESPECTIVA ATA NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENCAS ANEXA À MESMA ATA.

Declaração de voto

“A Confederação do Turismo Português vota desfavoravelmente, pois entende que a situação objeto de análise não se enquadra no conceito de horário flexível, que o legislador definiu no n.º 2 do artigo 56.º do Código do Trabalho. De acordo com essa definição, o trabalhador poderá escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário. No entanto, entende a CTP, que o trabalhador apenas poderá exercer esse direito dentro de certos limites diários do seu período normal de trabalho já estabelecido, sob pena de não estarmos a aplicar o conceito de horário flexível, mas sim o conceito de alteração de horário de trabalho, previsto no artigo 217.º do Código do Trabalho. Ou seja, o conceito de horário flexível não atribui ao trabalhador o direito de determinar os dias em que pretende trabalhar, mas sim o de flexibilizar um horário já existente, cabendo 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.”