

PARECER N.º 295/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 827 / FH / 2018

I – OBJETO

1.1 A CITE recebeu em 19.04.2018, do ..., pedido de emissão de parecer prévio à recusa do pedido de horário flexível apresentado pela trabalhadora ..., Técnica Superior de Diagnóstico e Terapêutica (TSDT), a exercer funções no Serviço de Patologia Clínica, conforme se transcreve:

" (...) ASSUNTO: Requerimento — Pedido de Horário Flexível

(...) recebeu, (...), um requerimento formulado por uma profissional da carreira de TSDT (que remetemos em anexo), no qual requer que lhe seja concedida "flexibilidade de horário de trabalho".

A profissional TSDT em causa informa que tem a seu cargo um filho de 12 anos de idade, com o fundamento que se transcreve "... prestar assistência inadiável e imprescindível ao filho menor de doze anos, uma vez que o marido se encontra ausente do país..."

O pedido de flexibilidade de horário é formulado pelo período em que as condições apresentadas se mantenham, com a seguinte modalidade de trabalho: horário fixo dias úteis das 8:00h às 16:00h, manhãs de segunda a sexta-feira sem fins de semana.

A área de atividade desenvolvida pela profissional decorre no Serviço (...), o qual funciona ininterruptamente, ou seja, a atividade prestada é de 24h sobre 24h. Atendendo ao grupo profissional a que a profissional pertence, não existe nenhum outro Serviço onde possa exercer as suas funções.

A organização do trabalho no Serviço (...) decorre assim num modelo de escala, havendo por conseguinte necessidade de planear a organização do trabalho dentro de um modelo que exige a realização de turnos de trabalho nos períodos da tarde, noturno e fins de semana, só assim sendo possível assegurar o seu normal funcionamento. A este propósito, será ainda importante referir que a distribuição dos turnos ao longo da semana

pelos profissionais obedece a um conjunto de princípios, entre os quais a preocupação por assegurar uma distribuição equitativa.

O (...) é naturalmente sensível às questões colocadas pela profissional, pois é do nosso entendimento que é um dever procurar atuar no sentido de melhorar a conciliação da vida profissional, privada e familiar dos nossos trabalhadores, principalmente trabalhadores com filhos menores.

Verifica-se no entanto que, tendo em conta o contexto em que a profissional exerce as suas funções, designadamente, de que o Serviço onde exerce as suas atividades funciona ininterruptamente e de que o trabalho é organizado num modelo de escala e sem que seja viável que a profissional exerça a sua atividade em outro serviço (...), a atribuição de um horário rígido de segunda a sexta-feira dificulta claramente o planeamento das atividades e assim o funcionamento regular do Serviço (...), o que só será possível através da sobrecarga dos restantes profissionais na realização dos turnos da tarde, noturnos e fins de semana, que é já significativa.

De facto, a sobrecarga dos restantes profissionais é também já uma realidade, na medida em que existem já sete outros profissionais do mesmo Serviço, dos dez existentes, que beneficiam de horários rígidos de segunda a sexta-feira.

Isso mesmo é referido pela Técnica Coordenadora do Serviço (...) responsável pelo Serviço onde a trabalhadora exerce atividade, dando assim parecer negativo à pretensão, com os seguintes fundamentos:

“Considerando que se trata de um serviço que funciona 24/24h 365 dias/ano, e tendo em conta a existência de outros horários nas mesmas circunstâncias do agora requerido, dá-se um parecer não favorável. Neste momento, esta tipologia de horário inviabiliza a elaboração de escala por turnos.”

Face à exigência da profissional essa posição é praticamente impossível de satisfazer, não só em termos de funcionamento do serviço, como também na relação com outros colegas, muitos deles em condições familiares similares à da Técnica em causa levando ao desgaste dos profissionais que asseguram os turnos de fim de semana e noite.

Somos de entendimento que, ao propormos um horário de turnos de manhã ou turnos da tarde de segunda a domingo, excluindo assim a realização de trabalho noturno, estamos a ir de encontro às pretensões da profissional TSDT e a cumprir com o disposto na legislação laboral, na medida em que, na elaboração do horário de trabalho, estamos a facilitar à trabalhadora a conciliação da atividade profissional com a vida familiar, mesmo que por período limitados para uma melhor conciliação das necessidades particulares dos restantes profissionais do Serviço (...).

Contudo, neste caso concreto, apesar das dificuldades do funcionamento do serviço em regime de trabalho contínuo, 24 sobre 24 horas, bem como a existência do número de profissionais a usufruir de horário flexível, por conseguinte poderá este ..., de forma alternada, equitativamente, permitir o descanso ao domingo dentro do possível, no mínimo cumprindo com a disponibilidade de todos os colaboradores do respetivo serviço. Assim, face do exposto para o total esclarecimento da situação, solicitamos a essa Comissão que nos informe sobre o teor do pedido e sobre a obrigação de acedermos à pretensão nos moldes pretendidos, ou seja, que o horário flexível seja efetivado, obrigatoriamente, com turnos de manhã de segunda a sexta, não realizando turnos de tarde nem noite de segunda a domingo. (...)"

1.2 Em 27.03.2018 a trabalhadora solicitou a prestação de trabalho em regime de horário flexível, conforme se transcreve:

" (...) Técnica de Análises Clínicas e Saúde Pública, 2.º classe, a exercer funções no Serviço de Patologia Clínica, na instituição que V. Exa. superiormente dirige, nos termos do disposto no artigo 56.º e 57 do Código do Trabalho, e demais normas legais e regulamentares aplicáveis, vem solicitar a V. Exa. que seja atribuído um regime de horário de trabalho flexível para prestar assistência inadiável e imprescindível ao filho menor de doze anos, uma vez que o meu marido se encontra muitas vezes ausente do país. Com a seguinte modalidade de horário de trabalho dias úteis das 8:00 às 16:00. Declara ainda que o menor vive em comunhão de mesa e habitação com a requerente. (...)"

1.3 Em 16.04.2018 a entidade empregadora comunicou à trabalhadora a intenção de recusa, conforme se transcreve:

" (...) venho pelo presente informar V. Exa. que o pedido de horário flexível (...) foi alvo do seguinte Despacho do Conselho de Administração "Indefere-se o pedido com fundamento na informação da Técnica Coordenadora (transcreve-se informação) - Considerando que se trata de um serviço que funciona 24/24 H 365 dias/ano, e tendo em conta a existência de outros horários nas mesmas circunstâncias do agora requerido, dá-se um parecer não favorável. Neste momento, esta tipologia de horário inviabiliza a elaboração de escala por turnos." (...)"

1.4. Em 18.04.2018, a trabalhadora apresentou a sua apreciação, conforme se transcreve:

" (...) a exercer funções no serviço de patologia clínica em regime de contrato individual de trabalho, na sequência do despacho de 16 de Abril de 2018 ao pedido de horário flexível, venho comunicar que não aceito o mesmo.

Esta não aceitação tem como fundamento o facto de eu reunir todas as condições exigidas na lei da parentalidade do artigo n.º 56 e 57 do código de trabalho, tal como foi referido no pedido. E ainda pelo facto de existirem outras colegas que se encontram na mesma situação legal que eu a usufruir do horário flexível, tal como foi referido e transcrito no despacho enviado. (...)"

1.5 Consta do processo remetido à CITE a documentação de apoio à tomada de decisão da entidade empregadora onde consta a informação manuscrita que se transcreve:

" Informação SGRH – O serviço (...) detém 12 profissionais da carreira de TSDT dos quais 5 praticam horário flexível, 2 solicitaram, recentemente, horário flexível o que totaliza 7 profissionais com necessidade de praticar horário flexível".

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 dispendo 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 subseqüentes 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 subseqüentes 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. No caso em análise, a trabalhadora solicitou à entidade empregadora um horário de trabalho flexível que compreende: “ (...) dias úteis das 8:00 às 16:00 (...)”. Sendo que a entidade empregadora indica que “(...)existem já sete outros profissionais do mesmo Serviço, dos dez existentes, que beneficiam de horários rígidos de segunda a sexta-feira. (...) e “(...) O serviço (...) detém 12 profissionais da carreira de TSDT dos quais 5 praticam horário flexível, 2 solicitaram, recentemente, horário flexível o que totaliza 7 profissionais com necessidade de praticar horário flexível(...)”.

2.15. Perante uma situação de existência de 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/as, nos termos previstos no art.º 335.º do Código Civil que preconiza que " (...) devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. (...)".

2.16. A CITE tem defendido que não é possível considerar a existência de um *numerus clausus* para o exercício de direitos relacionados com a parentalidade. Tal seria admitir que os referidos direitos dependessem de uma ordem temporal, ou seja, os/as trabalhadores/as pais e mães mais recentes veriam os seus direitos limitados se no universo da sua entidade empregadora já se tivessem sido esgotadas 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 pelos direitos de todos/as os/as seus/suas trabalhadores/as.

2.17. A CITE tem entendido que no horário flexível a elaborar pelo empregador, nos termos do n.º 3 do artigo 56.º, do Código do Trabalho, cabe sempre a possibilidade de efetuar um horário fixo, o que até é mais favorável ao empregador, dado que, nos termos do aludido horário flexível, o/a trabalhador/a poderá não estar presente até metade do período normal de trabalho diário, desde que cumpra o correspondente período normal de trabalho semanal, em média de cada período de quatro semanas, conforme dispõe o n.º 4 do referido artigo 56.º do mesmo Código.

2.18. A amplitude horária diária solicitada corresponde ao total de horas para as quais a trabalhadora foi contratada e o pedido enquadra-se no horário de funcionamento do serviço onde a requerente desempenha as suas funções e a entidade empregadora dispõe de 1 turno onde é possível encaixar o requerido pela mesma.

2.19. 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.

2.20. Na verdade, na intenção de recusa notificada à trabalhadora, a entidade empregadora não apresenta razões que consubstanciem exigências imperiosas do seu funcionamento, não demonstrando objetiva e inequivocamente que o horário requerido pela trabalhadora 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 aquela trabalhadora.

2.21. 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 afeta a trabalhadora requerente.

2.22 É pois de considerar que o fundamento em exigências imperiosas do funcionamento do serviço ou na impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a, se este/a for indispensável, deve ser interpretado no sentido de exigir à entidade empregadora 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/a 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 serviço, ou quando existe impossibilidade de substituir o/a trabalhador se este/a for indispensável.

2.23. Importa salientar que uma vez que o direito a exercer a atividade profissional em regime de horário flexível pode ser gozado até aos 12 anos dos/as filhos/as, tem sido entendimento desta Comissão o seguinte, que consta do Parecer n.º 70/CITE/2012:

“No que diz respeito ao prazo, eventualmente, longo do pedido de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pela trabalhadora, se ocorrer alguma alteração anormal das circunstâncias atuais, que determinaram a possibilidade do gozo efetivo desse horário, a situação poderá ser reavaliada.”

III – CONCLUSÃO

Face ao exposto:

3.1 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 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 n.º 2 do artigo 221.º todos do Código do Trabalho, aplicáveis 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 16 DE MAIO DE 2018, COM OS VOTOS CONTRA DO/A REPRESENTANTE DA CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS (CTP), TENDO AINDA A CGTP-IN - CONFEDERAÇÃO GERAL DOS TRABALHADORES PORTUGUESES APRESENTADO DECLARAÇÃO DE VOTO QUE SE TRANSCREVE, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENCAS ANEXA À MESMA ATA.

“A CGTP vota favoravelmente o Parecer, mas considera que o ponto 2.15 deve ficar concluído em “partes”, porquanto do restante conteúdo só pode causar confusão nos destinatários, e não responde à concretização efetiva do princípio legal e constitucional da conciliação da vida profissional com a vida familiar.”