

PARECER N.º 303/CITE/2018

Assunto: Parecer prévio à recusa de pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível de 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 de fevereiro.

Processo n.º 848/FH/2018

I – OBJETO

- 1.1. A CITE recebeu a 09.04.2018 da entidade empregadora ..., pedido de emissão de parecer prévio à recusa de prestação de trabalho em regime de horário flexível solicitado pela trabalhadora ..., a exercer funções na qualidade de Ajudante de Ação Direta.
- 1.2. O pedido apresentado pela trabalhadora em 09.03.2018, refere o que a seguir se transcreve: *"A fim de fornecer a Informação necessária para a respetiva elaboração do horário flexível, nos termos do n.º 3 do artigo 56.º do Código do Trabalho, de modo a possibilitar-lhe responder às suas responsabilidades parentais, poderá iniciar o seu trabalho diário, de segunda a sexta-feira, a partir das 8h, tendo, impreterivelmente, o seu termo que ocorrer às 19 h, sendo salvaguardado os limites que a Lei determina para a organização dos horários".*
- 1.3. Em 26.03.2018 a trabalhadora foi notificada da intenção de recusa da entidade empregadora, de acordo com o que muito sucintamente se transcreve devendo a recusa pela sua extensão ser lida no processo: *"Sem prejuízo dos fundamentos que infra exporemos, adiantamos desde já que é nossa intenção recusar; em parte, a prestação de trabalho em regime de horário flexível, nos termos por si propostos, no que respeita aos dias em que pretende prestar trabalho, de segunda a sexta-feira, com folgas fixas ao sábado e ao domingo, o que fazemos com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da instituição, bem como na*

impossibilidade de a substituir atenta composição de trabalhadores e o facto de a instituição estar aberta de segunda a domingo, 24h por dia, 365 dias por ano. Com é do seu conhecimento, foi contratada pela ..., sua entidade empregadora, para o exercício das funções de ajudante de ação direta. Às ajudantes de ação direta compete-lhes, nos termos da CCT aplicável, levar a cabo as seguintes tarefas de apoio aos utentes do lar residencial, do apoio domiciliário e do centro de dia (...)."

- 1.4. Do processo remetido à CITE consta apreciação à intenção de recusa datada 04.04.2018, que muito sucintamente se transcreve: *"Relativamente ao horário de funcionamento da creche que a sua filha menor frequenta, o mesmo é o indicado no V/ ofício, ou seja, das 7h30 às 19h30, sendo o mesmo distribuído por 5 dias da semana — de segunda a sexta-feira. Considerando o referido por V. Exa., enviará mais tarde novo comprovativo de funcionamento da creche. Solicitar que os seus dias de descanso coincidam com os dias de encerramento do Infantário, ou seja ao sábado e domingo, não pode deixar de ser enquadrado no conceito de horário Flexível, já que o mesmo tem como objetivo permitir ao trabalhador progenitor de filhos menores de 12 anos, a conciliação da atividade profissional com a vida familiar."*

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 2.1. 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."

- 2.2. 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."

2.3. 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, o direito do trabalhador, com filho menor de doze anos ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica, a trabalhar em regime de horário flexível, entendendo-se que este horário é aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário.

2.3.1. Para que o/a trabalhador/a possa exercer este direito, estabelece o n.º1 do artigo 57.º do CT que "o trabalhador que pretenda trabalhar a tempo parcial ou em regime de horário 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: que o menor vive com ele em comunhão de mesa e habitação".

2.3.2. Uma vez requerida esta pretensão, o empregador apenas tem a possibilidade de 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/a trabalhador/a, para lhe comunicar por escrito a sua decisão. Se o empregador não observar o prazo indicado para comunicar a intenção de recusa, 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.

2.3.3. Em caso de recusa, é obrigatório o pedido de parecer prévio à CITE, nos cinco dias subsequentes ao fim do prazo estabelecido para apreciação pelo/a trabalhador/a implicando a sua falta, de igual modo, a aceitação do pedido, nos termos da alínea c) do n.º 8 do artigo 57.º do Código do Trabalho.

2.3.4. Ainda assim, mesmo em presença do pedido de emissão de parecer prévio no prazo indicado na lei, caso a intenção de recusa da entidade empregadora não mereça parecer favorável desta Comissão, tais efeitos só poderão ser alcançados através de decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo.¹

2.4. Convém esclarecer o conceito de horário de trabalho flexível à luz do preceito constante no n.º 2 do artigo 56.º do CT, em que se entende “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”.

2.4.1. Nos termos do n.º 3 do citado artigo 56.º do mesmo diploma legal: “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”.

2.4.2. 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.

2.5. Pretendeu, então, o legislador instituir o direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar conferindo ao/a trabalhador/a com filhos/as menores de 12 anos ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica, a possibilidade de solicitar ao seu empregador a prestação de trabalho

¹ Vide, artigo 57.º, n.º 7 do Código do Trabalho.

em regime de horário flexível. Esta possibilidade traduz-se na escolha, pelo/a trabalhador/a, e dentro de certos limites, das horas para início e termo do período normal de trabalho diário, competindo ao empregador elaborar esse horário flexível observando, para tal, as regras indicadas no n.º 3 do artigo 56.º do CT. Tal implica, necessariamente, que o empregador estabeleça, dentro da amplitude determinada pelo/a trabalhador/a requerente, períodos para início e termo do trabalho 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/serviço.

- 2.6.** No caso em análise, a trabalhadora solicitou à entidade empregadora um horário de trabalho flexível: “de segunda a sexta-feira, desde as 7.30h, tendo, impreterivelmente, o seu termo que ocorrer às 19 h, sendo salvaguardado os limites que a Lei determina para a organização dos horários”.
- 2.7.** Neste contexto, importa referir que é entendimento desta Comissão considerar enquadrável no artigo 56.º do Código do Trabalho a indicação, pelo/a requerente, de um horário flexível a ser fixado dentro de uma amplitude temporal diária e semanal indicada como a mais favorável à conciliação da atividade profissional com a vida familiar, por tal circunstância não desvirtuar a natureza do horário flexível nem converter tal horário em horário rígido, devendo o pedido corresponder a uma amplitude enquadrável nos horários/turnos existentes no estabelecimento.
- 2.8.** No que concerne à intenção de recusa, é pois de considerar que o fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa ou a impossibilidade de substituição da trabalhadora, se esta 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/a trabalhador/a com responsabilidades familiares, designadamente, tal como foi requerido; como tal organização dos tempos de trabalho não é passível de ser

alterada por razões incontestáveis ligadas ao funcionamento do serviço ou como existe impossibilidade de substituir a trabalhadora se esta for indispensável.

- 2.9. Em sede de intenção de recusa a entidade empregadora refere o seguinte: "*Sem prejuízo dos fundamentos que infra exporemos, adiantamos desde já que é nossa intenção recusar; em parte, a prestação de trabalho em regime de horário flexível, nos termos por si propostos, no que respeita aos dias em que pretende prestar trabalho, de segunda a sexta-feira, com folgas fixas ao sábado e ao domingo, o que fazemos com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da instituição, bem como na impossibilidade de a substituir atenta composição de trabalhadores e o facto de a instituição estar aberta de segunda a domingo, 24h por dia, 365 dias por ano. Como é do seu conhecimento, foi contratada pela ..., sua entidade empregadora, para o exercício das funções de ajudante de ação direta.*"
- 2.10. Além disso, o simples facto de existirem outros/as trabalhadores/as com filhos/as menores de 12 anos de idade não é por si só motivo justificativo para uma intenção de recusa por parte da empresa.
- 2.11. Começa por referir a entidade empregadora, que a trabalhadora já usufruiu durante 10 anos de horário flexível, como argumento, para justificar a intenção de recusa ao novo pedido da trabalhadora. Tal nunca poderá, ser um motivo justificativo, já que a trabalhadora tendo uma filha com dois anos de idade, preenche os requisitos, exigidos pela lei para solicitar novamente o horário que melhor serve para poder conciliar a sua vida profissional com a sua vida familiar e pessoal.
- 2.12. Alega a entidade empregadora que a trabalhadora não juntou documentos que atestem a sua situação familiar, no entanto, nem o artigo 56.º nem o artigo 57.º que regulamentam o pedido do horário flexível e a sua atribuição não exigem a junção de qualquer documento.

- 2.13.** Relativamente ao alegado pela entidade empregadora, temos a considerar que o direito estabelecido no artigo 56.º do Código do Trabalho consagra uma discriminação positiva dos/as trabalhadores/as com responsabilidades familiares, apenas afastada com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a se este/a for indispensável.
- 2.14.** A mencionada exigência imperiosa alegada pela entidade empregadora, baseada no facto de que não pode conceder horário flexível requerido aos fins-de-semana à trabalhadora, porquanto outras trabalhadoras iriam requerer semelhante pedido, a ter acolhimento, iria criar um tratamento diferenciado entre trabalhadores/as com os mesmos direitos legais à conciliação da atividade profissional com a vida familiar, traduzida no direito a exercer a atividade profissional em regime de horário flexível, sem que para tal fosse invocado “requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, em virtude da natureza da atividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional” (n.º 2 do artigo 25.º do Código do Trabalho).
- 2.15.** E, por tal razão, tem a CITE, em diversos pareceres, defendido que: “Em rigor, 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.** Saliente-se ainda que o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores e das trabalhadoras com responsabilidades familiares não implica a desvalorização da

atividade profissional que prestam nem a depreciação dos interesses dos empregadores. Pelo contrário, o direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar, consignado na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa, é um direito especial que visa harmonizar ambas as conveniências, competindo à entidade empregadora organizar o tempo de trabalho de modo a dar cumprimento ao previsto na lei sobre a proteção ao exercício da parentalidade.

- 2.17.** Em sede de apreciação a trabalhadora reforça a necessidade do horário solicitado para efeitos de conciliação da sua vida profissional com a sua vida pessoal e familiar.
- 2.18.** Se é certo que a entidade empregadora junta as escalas com os horários de dezembro de 2017 a abril de 2018 não logra com isso, demonstrar a impossibilidade de assegurar o funcionamento do serviço aos fins-de-semana, verificando-se que existem 17 horários/turnos, praticados pela equipa não técnica (ajudantes de ação direta, trabalhadores/as auxiliares, cozinheiro/a e ajudante de cozinheiro/a), sendo que 11 desses horários correspondem a horários cujo termo não ultrapassa as 19h00 e os restantes 6 horários correspondem a horários noturnos.
- 2.19.** Refere a entidade empregadora que da equipa não técnica estão escalados aos fins-de-semana sete funcionárias, em horário diurno e 4 funcionárias em horário noturno, o que não altera o alegado no ponto precedente, refere ainda que há seis funcionários/as só a fazer trabalho noturno.
- 2.20.** Apesar de a entidade empregadora minuciosamente ter descrito as atividades e funções dos trabalhadores e trabalhadoras das três valências, não logrou com isso demonstrar, as razões imperiosas do funcionamento do Centro de Dia, nem demonstrou cabalmente a impossibilidade de substituir a trabalhadora, pois não é referido, nem é demonstrado, quais os períodos que ficam a descoberto e quantos trabalhadores e trabalhadoras são necessários no período de tempo em que a trabalhadora requerente estará ausente.

- 2.21. Pelo exposto, outra conclusão não poderá ser alcançada senão a de reconhecer o direito da trabalhadora ao exercício da atividade profissional em regime de horário flexível, nos termos por si indicados, para efeitos de conciliação da sua vida profissional com a sua vida familiar e pessoal.

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. O empregador 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, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM, CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À MESMA ATA, COM OS VOTOS CONTRA DA CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS (CTP)."