

PARECER Nº 686/CITE/2021

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 3002-FH/2021

I – OBJETO

1.1. Em 30.11.2021, a CITE recebeu, via CAR, 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 de Auxiliar de ... naquela entidade.

1.2. Por documento escrito, com data aposta de 03.11.2021, a trabalhadora solicitou prestação de trabalho em regime de horário flexível, nos termos de seguida transcritos:

“Exm.º Senhor ...,

Presidente do Conselho de Administração do ...

..., auxiliar de ..., a exercer funções na instituição que V.ª Ex.ª superiormente dirige, nos termos do disposto no artigo 56.º do Código do Trabalho, e demais normas legais e regulamentares aplicáveis, vem solicitar a V.ª Ex.ª que lhe seja atribuído um regime de horário de trabalho flexível, para prestar assistência inadiável e imprescindível a filhos menores de doze anos, com um horário de trabalho dentro do seguinte espaço temporal, considerando as horas de amamentação previamente concedidas:

Das 09:00 horas às 13:00 horas (manhã);

Das 14:00 horas às 15:00 horas (tarde).

Acresce ainda que o pai dos menores que com eles vive, têm uma atividade profissional que não permite assegurar a devida assistência aos 2 filhos menores que a requerente tem a seu cargo.

Assim requer a V. Ex.ª que o seu horário seja elaborado durante o período diurno suprarreferido.

Reigada, 03/11/2021

Espera Deferimento.”

1.3. Em 11.11.2021, a trabalhadora recebeu a intenção de recusa de concessão do horário flexível pela entidade empregadora, cujo conteúdo se transcreve:

“Assunto: Pedido de flexibilidade de horário de trabalho

Acusamos a receção da Vossa comunicação, onde solicita a fixação de um horário de trabalho flexível, e que mereceu a nossa melhor atenção.

Não podemos deixar de referir que dispõe o artigo 57º, n.º1 do Código do Trabalho que, para que possa exercer este direito “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: que o menor vive com ele em comunhão de mesa e habitação”.*

Sucedem que a comunicação de V. Exa. viola esta disposição legal, não obedecendo, por isso, em termos formais o seu requerimento ao estipulado na Lei, motivo pelo qual o mesmo deverá ser imediatamente recusado.

No entanto, procedemos à análise do pedido formulado e, nessa sequência, vimos, pela presente, comunicar que é nossa intenção não aceitar o mesmo, com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da associação e na impossibilidade de a substituir, considerando a sua indispensabilidade, nos termos do artigo 57º, n.º2 do Código do Trabalho.

Senão vejamos, como é do seu conhecimento V. Exa., desempenha as funções de ajudante de ... na Associação, tendo sido contratada para prestar a sua atividade nas valências de lar e de centro de dia, sendo que o período de laboração na Associação é de 24 horas diárias, de Segunda-Feira a Domingo.

Na presente data, estando V. Exa. afeta a tal serviço, não é, pois, possível atribuir-lhe um horário flexível, no horário que apresentou.

Na verdade, a valência de lar e centro de dia tem, diariamente, 3 trabalhadoras afetas à mesma.

Vigora em tais valências os seguintes horários, rotativos:

- 7h/15h;*
- 16h/24h;*
- 24h/8h.*

Aceitar o pedido de horário flexível formulado implicaria a contratação de nova trabalhadora, pois a sua falta no horário regular de funcionamento não poderá ser “distribuído” pelas demais trabalhadoras, por isso se revelar prejudicial às mesmas, sendo que a atribuição de um horário flexível seria contrário às exigências imperiosas do funcionamento do serviço de lar e centro de dia prestado, pois põe em causa o funcionamento do mesmo, podendo paralisá-lo, face aos meios humanos disponíveis, pois somos uma instituição que labora todos os dias da semana, pelo que a distribuição do horário de trabalho por todos os dias da semana sempre se imporia pela necessidade da instituição.

O quadro de pessoal da instituição, demasiado reduzido, obriga a que todas as funcionárias tenham disponibilidade para prestar serviço em todos os dias da semana, estando garantido, de forma alternada, o descanso ao domingo às suas trabalhadoras.

Face ao exposto, a instituição recusa a atribuição de um horário flexível a V. Exa., por o mesmo colocar em causa o funcionamento da valência de lar e centro de dia, pois, como sabe, esta presta serviços diariamente a idosos, é uma entidade de pequena escala, com poucas trabalhadoras, e que luta diariamente, de forma afincada, para fazer face às dificuldades financeiras sentidas, nomeadamente para poder cumprir pontualmente com os vencimentos das suas trabalhadoras, os respetivos impostos e para que possa prestar um serviço de excelência aos utentes que tanto dele necessitam.

Acresce, ainda, dizer que é do nosso conhecimento funcional que o pai dos seus filhos menores e que, conforme bem refere na comunicação vive convosco, é funcionário da ... e que trabalha das 09 às 17.30 horas, de segunda a sexta-feira.

Posto isto, poderá V. Exa. apresentar uma apreciação escrita relativamente à presente comunicação, no prazo máximo de 5 dias a partir da data da receção desta carta.

Após o decurso deste prazo o presente documento e demais documentação exigida será remetido para a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego.

Com os melhores cumprimentos.”

1.4. Em 15.11.2021, por documento escrito, a trabalhadora apresentou apreciação à intenção de recusa, nos seguintes termos:

“Exmos. Senhores

..., Auxiliar de ..., a exercer funções no Serviço de ..., no seguimento da vossa notificação de indeferimento recebida no dia 11 de novembro de 2021, venho pelo presente apresentar a minha apreciação por escrito, cumprindo para o efeito o disposto no nº4 do artigo 57º do Código do Trabalho (adiante designado por CT).

No dia 3 do corrente mês, submeti um pedido para que me fosse atribuído um regime de horário de trabalho flexível para prestar assistência inadiável e imprescindível a filhos menores de doze anos. Sucede que, no âmbito dos direitos inerentes à parentalidade, o trabalhador com filho menor de 12 anos tem direito a trabalhar em regime de horário flexível, podendo o direito ser exercido por qualquer dos progenitores ou ambos — artigo 56º e 57º do CT, na sua versão atualizada - até que os filhos completem 12 anos de idade, nos termos do nº1 do artigo 56º.

Nos termos do nº2 do referido artigo, entende-se por horário flexível aquele em que o trabalhador pode escolher as horas de início e termo do período normal de trabalho diário. Ora, como é do vosso conhecimento tenho dois filhos pequenos, que vivem comigo em comunhão de mesa e de habitação. Sendo que o mais novo tem 2 anos e o mais velho tem 4 anos.

O meu marido, apesar de ter o horário referido por vossas excias, está de baixa psiquiátrica, conforme se pode verificar pelo documento 1 em anexo.

Assim, desde o início do ano, até à data, tem sido bastante difícil conciliar a vida familiar com a atividade profissional, não me possibilitando dar o apoio e acompanhamento necessário aos meus filhos que ainda são tão pequenos e de mim dependem para o seu dia a dia.

Os horários que me são atribuídos, fazem com que não consiga preparar e levar os meus filhos de manhã ao colégio.

Acresce que o meu filho de 2 anos ainda acorda várias vezes de noite, uma delas, para eu o amamentar. O que se traduz num cansaço diário extremo.

Por conseguinte, as poucas horas de sono, exercer o tipo de funções que exerço, cuidar de 2 crianças pequenas e ainda prestar o auxílio ao meu marido, resultou numa depressão, que levou o médico atribuir-me baixa Cfr. Doc.2 em anexo).

Ora, eu quero trabalhar, mas tenho consciência que é imprescindível estar sã, para ser a mãe que os meus filhos precisam que seja. Como tal submeti um pedido de horário que permitisse prestar o meu serviço e ao mesmo tempo ser a mãe que os meus filhos precisam. Pedido esse que vocês indeferiram, com o fundamento na impossibilidade da minha substituição e da minha indispensabilidade. Ocorre que, como é do vosso conhecimento, apesar de ter sido alegado por vossas excias essa impossibilidade, a verdade é que desde que entrei de baixa, fui logo substituída. Não se verificando assim o fundamento que serviu de base ao vosso indeferimento.

Face aos argumentos expostos, apelo ao vosso bom senso e espero que reanalise o meu pedido, e me atribuam o horário solicitado, que, considerando a dispensa para amamentação, prevista no nº3 do artigo 47º do CT, como é do vosso conhecimento, seria:

Das 9 horas às 13 horas e das 14:00 horas às 15:00 horas.

Assim requer a V. Ex.^a que o seu horário seja elaborado durante o período diurno suprarreferido.

..., 15 de novembro de 2021

Espera deferimento.”

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. Nos termos do Decreto-Lei n.º 76/2012 de 26 de março, artigo 3.º, compete à CITE:

“(…) d) 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 (...);”

2.2. 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”;

2.3. A Diretiva 2019/1158/EU do Conselho, de 20 de junho, que revogou a Diretiva 2010/18/EU do Conselho, de 8 de março de 2010, com efeitos a partir de 11 de julho de 2019, aplica o Acordo-Quadro revisto sobre licença parental, reforçando que as “políticas de conciliação entre a vida profissional e a vida familiar deverão contribuir para a concretização da igualdade entre homens e mulheres, promover a participação das mulheres no mercado de trabalho, a partilha equitativa das responsabilidades de prestação de cuidados entre homens e mulheres e reduzir as disparidades de rendimentos e de remunerações entre homens e mulheres” (Considerando 6);

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 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.

2.6. 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”.

2.7. 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”.

2.8. O Pilar Europeu dos Direitos Sociais, proclamado pelos líderes da União Europeia no dia 17 de novembro de 2017, em Gotemburgo, é constituído por três capítulos: I – Igualdade de oportunidades e de acesso ao mercado de trabalho; II – Condições justas no mercado de trabalho e III – Proteção social e inclusão, e integra 20 princípios fundamentais a prosseguir pela Europa, nomeadamente o da conciliação da atividade profissional com a vida familiar e privada.

2.9. No âmbito do Direito interno, o artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra o princípio fundamental da igualdade, princípio estruturante do Estado de Direito democrático, impetrando o tratamento igual do que é igual e o tratamento diferenciado do que é diferente, concretizando-se em dois vetores, designadamente, a proibição do arbítrio legislativo e a proibição da discriminação.

2.10. O n.º 1 do artigo 68.º, da Constituição da República Portuguesa (CRP), estabelece que “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.”, e o n.º 2, do mesmo dispositivo legal, dispõe que “A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes.”.

2.11. 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; (…)”.

2.12. Na subsecção IV, do capítulo I, do título II, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, é tratada a matéria dedicada à parentalidade, e sob a epígrafe “horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares”, prevê o artigo 56.º daquele diploma legal, que o trabalhador, com filho menor de 12 (doze) anos ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica, que com ele viva em comunhão de mesa e habitação, tem direito 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.

2.13. O/A trabalhador/a que pretenda exercer o direito estabelecido no citado artigo 56.º, designadamente trabalhar em regime de horário flexível, deverá solicitá-lo ao empregador, por escrito, com a antecedência de 30 dias, indicando qual o horário pretendido, bem como indicar o prazo previsto, dentro do limite aplicável, e declarar que o menor vive com ele/a em comunhão de mesa e habitação – cfr. artigo 57.º, do Código do Trabalho (CT).

2.14. Uma vez solicitada autorização de trabalho em regime de horário flexível, a entidade empregadora apenas poderá recusar o pedido com fundamento em uma de duas situações, quando alegue e demonstre, de forma objetiva e concreta, a existência de exigências imperiosas do funcionamento da empresa que obstem à recusa, ou a impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a se este/a for indispensável, nos termos do disposto no n.º 2, do mencionado artigo 57.º.

2.15. Dispõe o n.º 3 daquele preceito legal, que o empregador tem de comunicar a sua decisão, por escrito, ao/a trabalhador/a, no prazo de 20 (vinte) dias, contados a partir da receção do pedido. No caso de não observância pelo empregador do prazo indicado, 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.

2.16. Quando o empregador pretenda recusar o pedido, é obrigatório o envio do processo à CITE, para emissão de parecer prévio, nos 5 (cinco) dias subseqüentes ao fim do prazo estabelecido para apreciação

pelo/a trabalhador/a da intenção de recusa, implicando a sua falta a aceitação do pedido, nos termos da alínea c) do n.º 8 do artigo 57.º, do Código do Trabalho.

2.17. Nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, caso o parecer desta Comissão seja desfavorável, a entidade empregadora só poderá recusar o pedido do trabalhador/a após decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo.

2.18. Regressando ao conceito de horário flexível, previsto no artigo 56.º, n.º 2 do Código do Trabalho, já citado, note-se que o n.º 3 do mesmo artigo esclarece que “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”.

2.19. Neste regime de trabalho, o/a trabalhador/a poderá efetuar até 6 (seis) horas consecutivas de trabalho e até 10 (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.

2.20. A intenção do legislador que subjaz à elaboração da norma, prende-se com a necessidade de harmonizar o direito do trabalhador/a à conciliação da atividade profissional com a vida familiar, conferindo-lhe a possibilidade de solicitar ao seu empregador a prestação de trabalho em regime de horário flexível, sempre que tenha filhos/as menores de 12 (doze) anos ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica. Tal direito é materializável mediante a escolha, pelo/a trabalhador/a, e dentro de certos limites, das horas para início e termo do período normal de trabalho diário, cabendo ao empregador elaborar esse horário flexível, observando, para tal, as regras enunciadas no n.º 3 daquele artigo 56.º.

2.21. Refira-se, ainda a propósito desta matéria, que é dever da entidade empregadora proporcionar a trabalhadores e trabalhadoras as condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal [a este propósito vide o n.º 3 do artigo 127.º, do Código do Trabalho (CT)], bem como é dever facilitar ao/à trabalhador/a a conciliação da atividade profissional com a vida familiar [alínea b) do n.º 2, do artigo 212.º do Código do Trabalho (CT)].

III - O CASO EM ANÁLISE

3.1. A trabalhadora solicita um horário flexível da seguinte forma:

“(…) considerando as horas de amamentação previamente concedidas:

- Das 09:00 horas às 13:00 horas (manhã);

- Das 14:00 horas às 15:00 horas (tarde).

(…)”

3.2. Cumpre primeiramente referir o conteúdo do art.º 47º do Código do Trabalho, referente à dispensa para amamentação ou aleitação, na parte que releva para o caso ora em análise:

“(…)”

3 - A dispensa diária para amamentação ou aleitação é gozada em dois períodos distintos, com a duração máxima de uma hora cada, salvo se outro regime for acordado com o empregador.

(…)”

Por seu turno, determina o art.º 65º daquele diploma legal, relativo ao regime de licenças, faltas e dispensas, que:

“(…)”

2 - A dispensa para consulta de PMA ou pré-natal, **amamentação ou aleitação** não determina perda de quaisquer direitos e **é considerada como prestação efetiva de trabalho**.

(…)”

Assim, a dispensa da prestação de trabalho para efeitos de amamentação ou aleitação é um elemento distinto da prestação de trabalho em regime de horário flexível.

3.3. Analisando o pedido da trabalhadora, afere-se que a mesma desconsiderou da amplitude horária requerida as duas horas diárias de dispensa de trabalho para amamentação de que usufrui.

3.4. Pelo que, na prática, o pedido da trabalhadora acaba por consagrar apenas a prestação de cinco horas de trabalho diário, não cumprindo dessa forma, e na ausência de mais elementos, o período normal de trabalho semanal em média de cada período de quatro semanas, nos termos do art.º56º, n.º4, *in fine*, do Código do Trabalho.

A desconsideração, no pedido de horário flexível, das horas de dispensa de trabalho para amamentação ou aleitação é tão ou mais relevante para a apreciação da adequação do pedido na medida em que esta dispensa é concedida durante um menor período temporal do que a vigência da prestação de trabalho naquele regime.

3.5. Por outro lado, desconhecendo-se a forma como tal dispensa para amamentação foi definida pelas partes, e não contemplando o pedido as duas horas em falta, não é possível averiguar com segurança qual é o horário efectivamente pretendido pela trabalhadora e, conseqüentemente, se esse horário se enquadra na amplitude dos turnos em vigor no estabelecimento.

3.6. Nada obsta a que a trabalhadora apresente novo pedido de prestação de trabalho em regime de horário flexível, nos termos dos artigos 56º e 57º do Código do Trabalho, desde que contenha as horas de início e termo do período normal de trabalho que lhe for mais conveniente por forma a realizar a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar e pessoal e tendo em consideração os tempos de organização do trabalho do estabelecimento onde exerce funções.

3.7. Quanto aos restantes argumentos aduzidos pela entidade empregadora, os mesmos não serão apreciados tendo em conta o entendimento exposto.

IV – CONCLUSÃO

Face ao exposto:

4.1. A CITE emite parecer favorável à intenção de recusa da entidade empregadora ..., relativamente ao pedido de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pela trabalhadora com responsabilidades familiares

4.2. A trabalhadora poderá, se assim o entender, elaborar novo pedido de horário flexível, atendendo aos fundamentos invocados.

4.3. Tal não prejudica o dever que recai sobre o empregador de 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, 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 UNANIMIDADE DOS MEMBROS DA CITE EM 21 DE DEZEMBRO DE 2021, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENCAS ANEXA À MESMA ATA.