

PARECER N.º 90/CITE/2022

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 CITE-FH/54/2022

I – OBJETO

1.1. A CITE recebeu, a 04.01.2022, via eletrónica, 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 a função de Enfermeira naquela organização.

1.2. A 17.12.2021, a entidade empregadora recebeu um pedido de prestação de trabalho em regime de horário flexível da trabalhadora supra identificada, conforme a seguir se transcreve:

«Eu, XXX, Enfermeira, [...], venho por este meio requerer [...] a isenção de noites. Resido em comunhão de mesa e habitação com dois filhos menores de 12 anos, e, uma vez que o meu marido trabalha também por turnos, muitas vezes até às 23horas, outras vezes, a entrar às 6horas da manhã, é-me impossível fazer o turno da noite, pois não tenho com quem deixar os meus filhos [...]».

1.3. Em 03.01.2022, o empregador remeteu a sua intenção de recusa à trabalhadora, via eletrónica, com o seguinte teor:

[Informação de 23.12.2021]

«O serviço da profissional tem, neste momento, um elevado número de absentismo, e cerca de 33% com isenção de períodos noturnos por múltiplos constrangimentos. O Serviço onde desempenha funções tem, neste momento, turnos a descoberto que não poderão ser colmatados por nenhum outro profissional. Todos os seus colegas de Serviço também reúnem os seus constrangimentos de horário e têm direitos laborais, nomeadamente, os descansos semanais. Acrescenta-se ainda que a informação de que os postos de trabalho cuja atividade assistencial é efetuada no período diurno, de

segunda a sexta-feira, estão completamente preenchidos. Nesta situação, e perante a existência de turnos a descoberto e por imperiosas necessidades do serviço, a distribuição de turnos desconfortáveis será distribuída na mesma proporção pelos que já usufruem de horário flexível. Solicito ao CA o indeferimento do horário requerido sendo que, no respeito pela conciliação familiar, se poderá articular planeadamente e de forma prévia, mensalmente, para se ajustar as necessidades da requerente às do serviço».

1.4. Em 04.01.2022, a requerente realiza a sua apreciação, via eletrónica, nos seguintes termos:

«Serve, o presente email, para contestar o parecer do CA face ao meu requerimento de isenção de noites, ao abrigo da parentalidade uma vez, não é da minha responsabilidade o fato de a equipa estar abaixo do número necessário de elementos que permita uma distribuição simétrica dos turnos, e se é está salvaguardado o direito de alguns trabalhadores, também me é de direito usufruir da flexibilidade de horário ao abrigo da parentalidade.

Reforço que, apenas solicitei a isenção de noites, e não o trabalhar de 2a a 6a. Compreendo a deliberação que foi feita, mas tendo em consideração que já necessito de agilizar os meus turnos e do meu marido pois o meu filho de 11 meses não frequenta infantário e ainda tenho um filho de 4 anos, não concordo com a decisão.

A realização do turno da noite é incompatível com os turnos do meu marido, e - como tal - não tenho com quem fique com os meus filhos».

1.5. O empregador não juntou ao processo mais documento algum.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. Cabe à CITE, nos termos do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março, que aprova a Lei Orgânica, artigo 3.º («Atribuições próprias e de assessoria»):

«d). Emitir parecer prévio no caso de intenção de recusa, pela entidade empregadora, de autorização para trabalho com flexibilidade de horário a trabalhadores com filhos menores de 12 anos».

2.2. A Constituição da República Portuguesa (CRP), no artigo 68.º («Maternidade e Paternidade») 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».

2.3. E, no artigo 59.º («Direitos do Trabalhadores»), como garantia de realização profissional das mães e pais trabalhadores/as, é estabelecido 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».

2.4. Para concretização dos princípios e direitos sociais constitucionais enunciados, foi 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 Código do Trabalho (CT) que preconiza o dever da entidade empregadora proporcionar aos/às trabalhadores/as as condições de trabalho que favoreçam a conciliação trabalho/família (cf. artigo 127.º/3 do CT), sendo igualmente definido como dever do empregador a elaboração de horários que facilitem essa conciliação, nos termos do artigo 212.º/2/b) do CT.

2.5. O artigo 56.º do CT, sob a epígrafe «Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares», prevê o direito de trabalhador/a com filho/a(s) menor(es) de 12 anos trabalhar em horário flexível, entendendo-se que este é aquele horário em que o/a trabalhador/a pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho (PNT) diário.

2.6. Para que o/a trabalhador/a possa exercer este direito, estabelece o n.º 1 do artigo 57.º do CT que «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».

2.7. Uma vez requerida esta pretensão, o empregador só pode recusar o pedido com base em exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a, se este/a for indispensável. Para o efeito, dispõe do prazo de 20 dias a partir da receção do pedido, para lhe comunicar, também por escrito, a sua decisão. Se não observar este prazo, considera-se aceite o pedido do/a trabalhador/a

nos seus precisos termos, de acordo com o artigo 57.º/8/a) do CT.

2.8. 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 - a aceitação do pedido, nos termos do artigo 57.º/8/c) do CT.

2.9. 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.

2.10. Convém esclarecer o conceito de horário de trabalho flexível à luz do preceito constante do artigo 56.º/2 do CT, em que se entende pelo conceito «aquele [horário] em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho».

2.11. Nos termos do citado artigo 56.º/3 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 descanso não superior a duas horas».

2.12. Neste regime, o/a trabalhador/a poderá laborar até seis horas seguidas e até 10 horas de trabalho em cada dia, e deve cumprir o correspondente PNT semanal em média de cada período de quatro semanas.

2.13. Pretendeu, então, o legislador instituir o direito à conciliação trabalho/família conferindo ao/à trabalhador/a com filho/a(s) menor(es) de 12 anos a possibilidade de solicitar ao seu empregador a prestação de trabalho em horário flexível. Isto traduz-se na escolha, pelo/a trabalhador/a, e dentro de certos limites, das horas para início e termo do PNT diário, competindo ao empregador elaborar esse horário flexível observando, para tal, as regras indicadas no artigo 56.º/3 do CT.

2.14. 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 PNT diário, podendo esta duração ser reduzida na medida do necessário para que o horário se inclua dentro do período de funcionamento da organização.

2.15. Esclareça-se que, sendo concedido aos/às pais/mães trabalhadores/as com filhos/as menores de 12 anos um enquadramento legal de horários especiais através da possibilidade de solicitar horários que lhes permitam atender às responsabilidades familiares, as entidades empregadoras deverão desenvolver métodos de organização dos tempos de trabalho que respeitem tais desígnios, garantindo o princípio da igualdade dos/das trabalhadores/as, pelo tratamento similar de situações iguais e gestão de situações diferentes de forma diferente.

2.16. No caso em apreço, a requerente pede um horário de trabalho com isenção de noites.

2.17. A trabalhadora fundamenta o seu pedido na prestação de assistência imprescindível e inadiável aos filhos de 11 meses e 4 anos de idade, uma vez que o outro progenitor também trabalha por turnos e sai muitas vezes às 23 horas ou entra às 6 horas, não tendo o casal com quem deixar as crianças.

2.18. Sem referir prazo para que perdure o solicitado, é entendimento desta Comissão que o faz pelo limite legalmente previsto, ou seja, o 12.º aniversário da criança mais nova – cf. artigo 56.º/1 *in fine* do CT

2.19. A requerente menciona ainda expressamente que vive com os menores em comunhão de mesa e habitação.

2.20. Assim sendo, todos os requisitos formais do pedido estão cumpridos, uma vez que também o PNT é respeitado.

2.21. Quanto à intenção de recusa do empregador, baseia-se em alegadas exigências imperiosas do funcionamento da organização, por sua vez alicerçadas num «elevado número de absentismo», «cerca de 33% [do pessoal] com isenção de períodos noturnos por múltiplos constrangimentos», «turnos a descoberto» - impossíveis de colmatar por outros/as colegas devido aos seus direitos laborais – e «postos de trabalho [...] no período diurno, de segunda a sexta-feira, completamente preenchidos».

2.22. Ora, como se demonstrará em seguida, não só nenhum dos motivos aventados pelo empregador configura, na verdade, a definição do conceito «exigências imperiosas do funcionamento da organização» tal como o legislador o plasmou no CT, como inclusivamente da leitura da intenção de recusa é possível detetar eventuais indícios discriminatórios em função da maternidade. Senão, vejamos;

2.23. Efetivamente, por «exigências imperiosas do funcionamento da organização» deve entender-se que o empregador tem de explicar, através de um raciocínio lógico e silogístico, bem fundamentado e detalhado, que a concessão do horário pedido pelo/a trabalhador/a fará com que o Serviço a que aquele/a se encontra adstrito/a deixa de funcionar com a regularidade de hoje.

2.24. No caso em análise, a requerente limita-se a pedir a isenção de noites. O que tem isso a ver com o facto de todos os postos de trabalho relativos ao período diurno dos dias úteis se encontrarem já completamente preenchidos? E porque gozam, alguns/algumas colegas da requerente, de turnos «cativos»? É que esta é uma violação grosseira do princípio da igualdade de tratamento plasmada, quer no artigo 13.º da Lei Fundamental, quer no artigo 24.º do Código do Trabalho, que postula que todas as pessoas gozam dos mesmos direitos no acesso ao emprego.

2.25. No regime especial da flexibilidade horária inexistente qualquer tipo de prioridade atinente ao gozo do mesmo, seja relativa à idade da(s) criança(s), da antiguidade do/a trabalhador/a ou da ordem por que os pedidos foram realizados. Assim sendo, preferir um novo pedido porque já todos os turnos de dia estão ocupados é discriminatório; para ser equitativo, o empregador tem de tratar todos/as os/as trabalhadores/as da mesma forma, significando isto que há que retirar a todo o pessoal – incluindo aos que já têm o direito – a flexibilidade horária e redistribuí-la na mesma parcela, de forma a que todos/as os/as Enfermeiros/as gozem do turno escolhido na mesma proporção.

2.26. Seguindo o mesmo raciocínio, «turnos a descoberto» - impossíveis de colmatar por outros/as colegas devido aos seus direitos laborais – não é também um argumento admissível para indeferir o pedido da trabalhadora. Isto porque, mais uma vez, como bem diz o empregador, os/as trabalhadores/as têm direitos laborais, mas têm todos/as, e na mesma medida. Não existem trabalhadores/as de primeira e trabalhadores/as de segunda. Apenas existem trabalhadores/as especialmente protegidos que, por um motivo concreto (neste caso, por terem menores de 12 anos de idade a cargo), o legislador entendeu discriminar positivamente durante um determinado período de tempo.

2.27. Prosseguindo pela ordem inversa àquela em que os argumentos foram, pelo empregador, elencados na intenção de recusa, como bem refere a requerente na sua apreciação, é-lhe completamente alheio o facto de ser «elevado [o] número de absentismo», bem como o facto de haver «cerca de 33% [do pessoal] com isenção de períodos noturnos por múltiplos constrangimentos». Estas são decisões organizacionais, que integram as competências dos titulares de cargos de gestão do Hospital, relativamente às quais os/as trabalhadores/as não podem ser penalizados no gozo dos direitos que a lei lhes confere.

2.28. Saliente-se, por fim, que o reconhecimento dos direitos dos/as trabalhadores/as com responsabilidades familiares não implica a desvalorização do trabalho que prestam nem a depreciação dos interesses dos empregadores. Pelo contrário, o direito consignado no artigo 59.º/1/b) da CRP é especial e visa harmonizar ambas as conveniências, competindo ao empregador organizar o tempo de trabalho para que se cumpra o previsto na lei sobre a proteção da parentalidade.

III – CONCLUSÃO

Face ao exposto:

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

3.2. O empregador deve proporcionar ao trabalhador condições que favoreçam a conciliação trabalho/família, e, na elaboração dos horários de trabalho, facilitar-lhe essa mesma conciliação, nos termos dos artigos 127.º/3, 212.º/2/b) e 221.º/2 do Código do Trabalho, em conformidade com o correspondente princípio consagrado no artigo 59.º/1/b) da Constituição da República Portuguesa.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS DA CITE, COM OS VOTOS CONTRA DA CAP – CONFEDERAÇÃO DOS AGRICULTORES DE PORTUGAL, CIP – CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL, CCP – CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL E CTP – CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS, EM 2 DE FEVEREIRO DE 2022