

PARECER N.º 21/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 5432-FH/2020

I – OBJETO

1.1. A CITE recebeu, a 11.12.2020, 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 as funções de ... naquela organização.

1.2. A 12.11.2020, a entidade empregadora recebeu um pedido de prestação de trabalho em regime de horário flexível da trabalhadora supra identificada, conforme a seguir se transcreve:

« ..., portadora do CC n.º ..., ..., a exercer funções no serviço de ..., com o número mecanográfico ..., residente em ..., vem por este meio solicitar autorização para o exercício de trabalho em regime de horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares, de acordo com os artigos 56.º e 57.º do Código de Trabalho.

O horário de trabalho pretendido será de segunda a sexta-feira, com folga e descanso semanal ao fim de semana e feriados. O horário diário será das 9 às 15 horas, enquanto durar a dispensa diária para a amamentação, e, posteriormente das 8 às 15 horas (ou o horário que vigorar).

Solicito o horário supracitado por uma questão de necessidade e organização familiar, considerando que:

- *Vivo em união de facto com Carlos ..., portador de CC n.º ..., ... na mesma instituição, a exercer funções no serviço de ..., com o número mecanográfico ..., em regime de horário de trabalho rotativo (cf. Anexo 1)*
- *Temos um filho menor de 12 anos, ..., portador de CC n.º ..., vivendo em comunhão de mesa e habitação (cf. Anexo II)*
- *O pai exerce funções em regime de tempo completo e cumpre o horário de trabalho por três turnos rotativos (Manhã, Tarde e Noite, respetivamente nos horários compreendidos entre as 8 e 15:15 horas; as 15 horas e as 23:15; e as 23 e as 8:15 horas);*
- *O pai trabalha aos feriados e fins de semana e cumpre horário noturno;*
- *Não há a possibilidade de recorrer a apoio familiar ou institucional para acompanhar o nosso filho durante os fins de semana, feriados e período noturno;*

- Não se afigura possível outra forma de conciliar a nossa vida profissional com a nossa vida pessoal e familiar, enquanto o nosso filho for menor de 12 anos;
- O pedido se enquadra no ponto 3, do artigo 127.º do Código do Trabalho; na alínea b) do ponto 2; do artigo 212.º do Código do Trabalho; no ponto 2 do artigo 22.º¹ do Código do Trabalho. Em anexo envio os documentos comprovativos e o requerimento devidamente datado e assinado».

1.3. Por email datado de 30.11.2020, a entidade empregadora remeteu a intenção de recusa nos termos abaixo transcritos:

«Em referência ao requerimento de V. Exa., recebido no serviço de GRH desta Instituição em 12.11.2020, onde solicita horário flexível, somos a notificar do despacho do Presidente do Conselho de Administração de 30.11.2020, sob a forma integral do respetivo documento».

1.4. Em 27.11.2020, os Recursos Humanos do empregador prestam ao Presidente do Conselho de Administração a seguinte informação:

«A requerente exerce funções neste ... como ... no Serviço de ... em CIT, desde 2014-07-28 e solicitou flexibilidade de horário em 2020-11-12 (em anexo).

Menciona o n.º 2 do artigo 57.º do Código do Trabalho que 'o empregador apenas pode recusar o pedido com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável'.

A requerente exerce funções no Serviço de ... e pratica o horário das 8 às 16 horas por estar em regime de amamentação, de segunda a domingo com folgas e descansos rotativos.

Antes de usufruir de horário de amamentação trabalhava em regime de turnos (manhãs, tarde e noites) de segunda a domingo com folgas e descansos rotativos.

O Serviço de ... adota, sempre que as dotações de Recursos Humanos o permitem, a seguinte afetação de Recursos por turno:

- Manhã — 6 ... com o horário das 8 às 15:15 horas (5 ... Sábados, Domingos e Feriados)
- Tarde — 3 ... com o horário das 15 às 23:15 horas
- Noite — 2 ..., como horário das 23 às 8:15 horas.

O Serviço é composto por 22 ... mais uma ... Gestora:

Dos 22 ... disponíveis para elaboração dos Planos de Horários existem as seguintes condicionantes:

- 1 encontra-se ausente por baixa prolongada;
- 1 encontra-se ausente por licença parental;
- 1 encontra-se em regime de horário em tempo parcial de 17,5 horas e com dispensa horária de 2 horas para amamentação, só efetuando turno da manhã;

- 1 encontra-se com dispensa horária de 2 horas para amamentação, só efetuando turno da manhã;

- 1 encontra-se só a fazer turno da manhã em dias úteis por indicação da Medicina do Trabalho; e

- 1 encontra-se só a fazer turno da manhã por ter idade superior a 50 anos.

Atendendo ao exposto anteriormente, verifica-se que apenas podem ser considerados 16 ... para elaboração dos Planos de Horários por turnos de segunda a domingo.

Ora, com o pedido da requerente, constata-se que esta apenas pretende trabalhar no turno da manhã, de segunda a sexta-feira, o que leva a grandes dificuldades na elaboração da escala mensal e nos restantes 16 ... do serviço que trabalham por turnos.

A aceitar esta mudança de horário, irá o serviço causar uma discriminação negativa com todos os ... dado que deixará de haver equidade na distribuição de turnos da manhã e de fim-de-semana e feriados.

Poderá levar a que a ... Gestora tenha de atribuir de segunda a sexta-feira apenas turnos da manhã a 2 ..., sendo que com este cenário os restantes 10 apenas poderão efetuar os turnos da tarde e noite o que é manifestamente desigual.

Na Circular Normativa n.º 18/92 de 30/07/1992, da Direção Geral ..., são definidas normas para elaboração de horários do pessoal de ..., estando evidenciado no Regime de Trabalho a Tempo Completo no seu ponto 2.2 que: 'Os ... têm direito a um dia de descanso semanal, acrescido de um dia de descanso complementar, devendo em cada período de quatro semanas, pelo menos um dos dias de descanso coincidir com um sábado ou domingo'.

Na elaboração dos Planos de Horários também é referido, nos pontos 3.1, 3.2 e 3.3, o seguinte: '3.1 — O período de descanso semanal do pessoal de ... não deverá ser inferior a 48 horas consecutivas'; '3.2 — O pessoal de ... que trabalha por turnos deverá beneficiar entre dois turnos dum período de repouso ininterrupto de 16 horas'; '3.3 — A frequência dos turnos da noite não deverá exceder, em princípio, dois dias por semana, seguidos ou interpolados'.

Assim e como se poderá verificar pelos 3 últimos Planos de Horários do serviço (em anexo) será impossível cumprir com as normas estabelecidas para este grupo profissional, nomeadamente para com os 16 ... que trabalham por turnos, pois serão obrigados a efetuar quase exclusivamente horários de tarde, noite e fins-de-semana.

Há ainda a assinalar que os ... ao efetuarem maioritariamente turnos da tarde e noite que contemplam uma duração à tarde de 8:15 e à noite 9:15, levará a que executem mensalmente horas a mais que terão de ser compensadas nesse mês ou no mês seguinte com folgas, resultando numa falta maior de recursos para a elaboração do Plano de Horário.

De salientar que, nos constrangimentos elencados, não estão ainda consideradas as expectáveis ausências dos trabalhadores, cujo absentismo ronda os 12,12 %, motivado principalmente por doença e assistência à família/filhos menores de 12 anos, que naturalmente se agudiza no período de férias. Durante o período da época alta, não antevemos que seja possível conciliar

todos os 'atuais condicionalismos nas atribuições dos horários e, ainda, cumprir com as cargas mínimas de ... por turno, considerando a necessidade de atribuir as férias, folgas descansos aos trabalhadores, nos termos legalmente devidos.

Embora se reconheça que a alocação de meios humanos poderá não corresponder à disponibilidade de tempo de trabalho que seria verificada em termos ideais, e mesmo com a autonomia dada aos Hospitais para contratação de profissionais de saúde em regime de contratos de trabalho a termo certo para o Combate à Pandemia de COVID19, existem grandes dificuldades de contratação de profissionais, não sendo possível ter meios humanos suficientes para o desenvolvimento da atividade assistencial. Conforme se pode verificar no plano de horário de novembro, atualmente estão 3 ... ausentes por Covid e 1 ... em Isolamento Profilático, sendo que na atual situação pandémica que o País atravessa será muito difícil a atribuição de horários flexíveis sem causar prejuízo sério no funcionamento da nossa instituição. Por tudo o exposto, entendemos que a pretensão da trabalhadora deve ser indeferida».

1.5. Em 30.11.2020, a ... Diretora presta a seguinte informação ao Presidente do Conselho de Administração:

«Perante o requerimento apresentado pela ..., no qual solicita flexibilidade de horário para acompanhamento de filho menor até este perfazer 12 anos, propondo realizar horário entre as 8 e as 15 horas, de 2.^a a 6.^a feira, com dispensa de prestação de trabalho aos sábados, domingos e feriados, sou da seguinte opinião. Tendo presente o atual contexto de pandemia pelo vírus SARS-CoV2, onde existe uma enorme incerteza quanto à necessidade de prestação de cuidados e a alocação imediata de recursos sempre que um surto acontece, a direção de ..., em colaboração com as respetivas chefias, procedeu à análise dos horários/escalas praticados no ..., cuja avaliação está em linha com a informação efetuada pelo Serviço de Gestão de Recursos Humanos (SGRH).

Considerando a imprevisibilidade da atividade hospitalar que estamos a vivenciar, onde os planos têm que ser revistos e ajustados a todo o momento e onde as respostas têm que ser dadas no imediato, sob pena de não cumprirmos com o dever de prestação de cuidados a que os profissionais de saúde estão, ética e deontologicamente obrigados, considero não estarem reunidas as condições necessárias para atender ao pedido de flexibilidade, nos termos propostos pela ...

De notar que a imprevisibilidade existente na ausência de profissionais, quer por doença ativa, quer por isolamento profilático, e a dificuldade objetiva na contratação de novos profissionais, são também fatores importantes a considerar nesta fase da pandemia e na resposta a dar a todos os doentes.

Ainda neste âmbito, saliento o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26.04.2010, proferido no âmbito do Processo n.º123/09.OTTVNG.P2, disponível em www.dgsi.pt, que

contribui para a clarificação das realidades complexas que podem coexistir numa mesma entidade empregadora, e a esse propósito esclareceu o seguinte, no que respeita a eventual existência de colisão de direitos quando duas ou várias trabalhadoras apresentam necessidades decorrentes da sua condição de mães: ‘Ora, salvo o devido respeito, importa não esquecer as ditas regras concernentes ao horário de trabalho, não podem ser encaradas em termos absolutos, e que, mesmo nas hipóteses contempladas no art.45.º do Código do Trabalho, a sua concessão não é automática nem desligada do situação da empresa’.

Nesta análise, importa salientar a total disponibilidade das chefias dos serviços diretamente envolvidos nesta situação garantindo a articulação necessária e possível por forma a colaborar no atendimento das necessidades familiares da requerente. É de referir que existem outras situações semelhantes no ... onde esta articulação na realização das escalas é efetuada com sucesso.

Assim, e considerando que a requerente está de regresso após licença parental e se encontra a usufruir de horário para aleitamento, o que a isenta de trabalho em períodos noturnos, e considerando a fase da pandemia em que o ... se encontra, na presente data estão internados no ... 101 doentes com infeção por SARS CoV2, sendo que 9 estão em cuidados intensivos, o horário a cumprir deverá ser realizado de 2.ª feira a domingo, iniciando a realização de trabalho por turnos assim que cesse o horário de aleitamento, com a colaboração das chefias na realização das escalas, conforme acima referido».

1.6. Na mesma data, o Presidente do Conselho de Administração apõe, no documento referido no ponto anterior, nota manuscrita com o seguinte teor:

«Concordo. Indefere-se o pedido anexo com base em estritas razões de serviço».

1.7. A trabalhadora não realizou apreciação alguma.

1.8. Ao processo, o empregador juntou os três últimos planos de horários do serviço em que se integra a requerente.

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 da atividade profissional com a vida familiar e pessoal (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 menor de 12 anos trabalhar em regime de horário flexível, entendendo-se que este horário é aquele em que o/a trabalhador/a pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho 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 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. Para o efeito, dispõe do prazo de 20 dias, contados a partir da receção do pedido, para lhe comunicar, também por escrito, a sua decisão. Se não observar o prazo indicado para comunicar a intenção de recusa, 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.¹

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 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».

2.11. 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».

¹ Vide, artigo 57.º, n.º 7 do CT.

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

2.13. Pretendeu, então, o legislador instituir o direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar conferindo ao/à trabalhador/a com filhos/as menores de 12 anos a possibilidade de solicitar ao seu empregador a prestação de trabalho em 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 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 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.

2.15. Esclareça-se que, sendo concedido aos/às pais/mães trabalhadores 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 e que garantam o princípio da igualdade dos/das trabalhadores/as, tratando situações iguais de forma igual e situações diferentes de forma diferente.

2.16. No caso em apreço, a trabalhadora refere que «o horário de trabalho pretendido será de segunda a sexta-feira, com folga e descanso semanal ao fim de semana e feriados. O horário diário será das 9 às 15 horas enquanto durar a dispensa para amamentação, e – posteriormente – das 8 às 15 horas (ou o horário que vigorar)».

2.17. A trabalhadora fundamenta o seu pedido na necessidade de prestar assistência inadiável e imprescindível ao filho menor de 12 anos, uma vez que o outro progenitor, também profissional de saúde, e na mesma organização, trabalha em horários rotativos, incluindo fins de semana, feirados e noites, e não dispõem de outro tipo de suporte familiar que permita a conciliação do trabalho com a família.

2.18. Acrescenta a trabalhadora que o período de duração do requerido é «enquanto o nosso filho for menor de 12 anos», i.e., pelo prazo máximo legal – cf. artigo 56.º/1 *in fine* do Ct

2.19. A trabalhadora refere especificamente que reside com o menor em comunhão de mesa e de habitação.

2.20. De acordo com os artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho, todos os requisitos formais do pedido de autorização de flexibilidade horária se encontram reunidos e cumpridos, incluindo o PNT.

2.21. Quanto à intenção de recusa do empregador, assenta em:

- Alegada discriminação positiva da requerente face aos colegas;
- Alegada violação da Circular Normativa para elaboração de horários do pessoal de ...;
- Alegada incompatibilidade com futuras faltas dos colegas por motivos variados; e
- Alegada dificuldade em alocar os restantes colegas devido à pandemia provocada pela Covid,

Sumariamente resumidas pelo Presidente do Conselho de Administração «com base em estritas razões do serviço».

2.22. Analisados os argumentos pela ordem em que os mesmos foram enunciados aquando da intenção de recusa, sobre o primeiro cumpre assinalar que improcede para os efeitos em análise.

2.23. Com efeito, ao conceder o solicitado pela trabalhadora, o empregador estaria a discriminá-la positivamente perante os colegas. Porém, e ao contrário do que argumenta, ao invés disso enformar um comportamento condenável, traduz exatamente o que é expectável, de acordo com o cumprimento integral da lei.

2.24. O princípio da igualdade, pilar em que assenta o estado de Direito, consagrado no artigo 13.º da CRP e vertido transversalmente ao longo de toda a legislação nacional, encontra acolhimento expresso – na situação vertente – nas modalidades especiais de trabalho que o legislador criou para o grupo exclusivo de pessoas responsáveis por menores de 12 anos: trabalho a tempo parcial ou flexibilidade horária.

2.25. Por outras palavras, com a criação desta possibilidade de trabalhar, o que o legislador pretende é que pessoas como a requerente possam conciliar o trabalho com a família, pelo facto de serem pais/mães de crianças com menos de 12 anos de idade.

2.26. Isto, já para não mencionar que o empregador concedeu essa possibilidade a outros colegas do mesmo serviço, de acordo com a informação prestada pelos Recursos Humanos à Administração – cf. parágrafo 7.º deste documento.

2.27. Ora, tratar dois/duas trabalhadores/as na mesma situação de forma diferente traduziria uma violação expressa e explícita do princípio da igualdade enunciado no ponto **2.24**, não admissível à luz da letra da lei, que é clara quando estipula que casos iguais devem ser tratados da mesma forma, da mesma maneira que situações distintas devem ser atendidas diferentemente.

2.28. O segundo argumento improcede igualmente, uma vez que as leis especiais têm prevalência sobre legislação ordinária – daí, de resto, a sua classificação.

2.29. O terceiro argumento improcede também porque, por um lado, assenta em futurologia, sendo impossível ao empregador prever quando e quantas vezes faltarão os/as seus/suas trabalhadores/as. Por outro lado, esta é uma questão da responsabilidade exclusiva do empregador, cujas consequências não podem afetar o direito, no caso em análise, da requerente à conciliação trabalho/família.

2.30. Finalmente, o último argumento improcede, tal como os antecedentes, pelo simples motivo de que nunca, até hoje, a legislação especial emanada pelo Governo no âmbito da pandemia, afetou os direitos parentais, incluindo a possibilidade de solicitá-los.

2.31. Em consonância, é entendimento unânime desta Comissão que os direitos parentais não se encontram suspensos, seja em estado de emergência ou de calamidade, já que – para tal – seria necessário que alguma lei o mencionasse expressamente; e tal não sucede.

2.32. 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 ..., 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 que favoreçam a conciliação do trabalho com a família, e, na elaboração dos horários de trabalho, facilitar-lhe a 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 6 DE JANEIRO DE 2021.