

RESPOSTA À RECLAMAÇÃO DO PARECER N.º 255/CITE/2015

Assunto: Resposta à reclamação do parecer n.º 255/CITE/2015: Parecer prévio 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 676 – FH/2015

I – OBJETO

1.1. Em 19 de junho de 2015, a CITE recebeu da entidade empregadora ..., Lda., reclamação do parecer n.º 255/CITE/2015, nos seguintes termos:

(...) Exma. Senhora

Presidente da CITE - Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego

Rua Viriato, n.º 7, 1.º, 2.º e 3.º

1050-233 Lisboa

Porto, 15 de junho de 2015

Correio Registado com Aviso de Receção

Processo n.º N. Ref: 676 – FH/2015

..., Lda., com o NIF ..., tendo sido notificada do Parecer n.º 255/CITE/2015, proferido no âmbito do Processo n.º 676 – FH/2015 pela CITE — Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego e não concordando com o mesmo vem, nos termos e para os efeitos dos artigos 184.º e seguintes e 191.º do Novo Código de Procedimento Administrativo (CPA), apresentar

RECLAMAÇÃO

do referido Parecer n.º 255/CITE/2015, proferido no âmbito do Processo n.º 676 – FH/2015, aprovado por unanimidade dos membros presentes na reunião da CITE de 1 de junho de 2015, notificado à aqui Reclamante via postal em 3 de junho de 2015, pela Exma. Senhora Presidente da CITE, Dra. ..., nos termos e com os seguintes fundamentos:

1.º

A Entidade Reclamada proferiu parecer vinculativo no âmbito do processo identificado em epígrafe, no qual deliberou emitir parecer desfavorável à intenção de recusa do pedido de trabalho em regime de horário flexível apresentado pela trabalhadora ...

2.º

Como fundamento para tal deliberação/parecer, a Entidade Reclamada invocou que: “2.5 – Não fica demonstrado, da análise do processo, que haja quaisquer circunstâncias, que possam inviabilizar o pedido de horário flexível da trabalhadora (...)”.

“2.6 – (...) a entidade empregadora não apresenta razões que possam indiciar a existência de exigências imperiosas do seu funcionamento, nem demonstra objetiva e inequivocamente que o horário requerido pela trabalhadora põe em causa o seu funcionamento, uma vez que a entidade empregadora não concretiza os períodos de tempo que, no seu entender, deixariam de ficar convenientemente assegurados, nem apresenta qualquer tipo de motivo para recusar o pedido, em face da aplicação do horário pretendido pela mesma trabalhadora (sublinhado nosso).

E afirma, ainda, que:

“2.8 – Assim, dado que nada factual foi efetivamente alegado pela entidade empregadora, não é possível à CITE concluir, com base nos fundamentos evocados que, na organização atual do serviço, não possa ser concedido em absoluto o que é requerido pela trabalhadora (...)”.

3.º

Não se conformando com tal entendimento e decisão, vem a ora Reclamante **requerer a anulação do dito parecer de indeferimento e a reapreciação da intenção de**

recusa apresentada pela Reclamante, porquanto:

4.º

*Trata-se com efeito de **um ato administrativo com eficácia externa e cujo conteúdo lesa os direitos e interesses legalmente protegidos da ora Reclamante, que é parte legítima para os presentes efeitos.***

Senão vejamos,

5.º

A Entidade Recorrida sabe e tem obrigação de saber, porque reproduziu no seu parecer, a argumentação apresentada pela aqui Reclamante em sede de sua resposta à trabalhadora, com intenção de recusa à atribuição de um horário flexível, mais concretamente o disposto no ponto 2.8 do referido parecer que aqui se dá por integralmente reproduzido.

6.º

Na verdade e contrariamente ao alegado pela CITE, em sede de sua resposta, a Entidade Empregadora concretizou os períodos de tempo que, no seu entender deixariam de ficar convenientemente assegurados bem como o seu quadro de trabalhadores e os períodos de tempo em que a presença da trabalhadora em causa não será imprescindível ou necessária. — vide ponto 2.6 alíneas A) a G) do referido parecer.

7.º

e apresenta os motivos que em seu entender são justificativos para recusar o pedido, em face da aplicação – do horário pretendido pela mesma trabalhadora – vide toda a citação do ponto 2.6 do mesmo Parecer, que aqui se dá por integralmente reproduzido para os devidos legais efeitos.

8.º

Mais se diga que as informações contidas na carta de resposta ao pedido de horário flexível apresentado pela trabalhadora e nos documentos entretanto juntos (Doc. 1 a 5 e requerimento de solicitação de emissão de parecer) são suficientes para que a entidade ora Reclamada possa avaliar objetivamente tal pedido, - porquanto está suficientemente concretizado em termos de: tempos de trabalho, períodos de funcionamento e abertura ao público da loja (estando especificado inclusivamente o período do turno de fecho da Unidade) número de elementos que compõe o quadro de pessoal da unidade suas funções na loja e necessidades de presença dos mesmos.

9.º

Acresce que o teor (incluindo a matéria factual subjacente) da dita carta enviada à trabalhadora foi por esta integralmente compreendida, ao ponto de a mesma ter feito uso da faculdade de “**apreciação**” da mesma, prevista no n.º 4 do artigo 57.º do Código do Trabalho.

10.º

Quanto aos trabalhadores e horários de trabalho praticados pelos mesmos no estabelecimento em apreço, diga-se que a ora Reclamante, na sequência da apreciação apresentada pela trabalhadora, prestou informações adicionais (que não foram consideradas pela CITE no seu parecer, pelo que sobre os mesmos nem sequer se pronunciou) quanto ao seu quadro de trabalhadores mais concretamente:

“a) a colaboradora ..., que fazia as 40 horas semanais à data em que apresentou baixa, está ausente desde fevereiro e estará até finalizar a gravidez e respetiva licença (regressará apenas em meados de 2016) pelo que, apesar de estar no quadro, não é um elemento ativo, no momento, encontrando-se com o seu contrato de trabalho suspenso;

b) Já a colaboradora ..., que se encontra atualmente com uma carga horária de 34 horas semanais, apenas faz 40 horas semanais, quando é necessário (em função das

exigências do serviço) e a mesma o pode fazer, acordando com as alterações de carga horária semanal. Contudo esta colaboradora não é funcionária de cozinha, mas sim funcionária de “Slice” fazendo apenas apoio em pequenas tarefas da cozinha porquanto esta, por norma, faz o turno da tarde, sendo o colaborador em permanência no ponto de venda de “slice”/balcão, que acompanha o elemento da equipa de direção na execução das tarefas que se revelam necessárias, nos moldes melhor descritos no ponto iii) da alínea G) da página 4) do referido Doc. 2 supra.

c) ainda para demonstração do alegado no ponto iii) da alínea O) da página 4) do referido DOC. 2 supra, junta-se o Doc. 5.

11.º

e manifestou, ainda e desde logo, a sua inteira disponibilidade para prestar os esclarecimentos adicionais que a Entidade Reclamada tivesse por convenientes,

12.º

*Se dúvidas restavam à CITE, a mesma sempre tinha à sua disposição a faculdade de solicitar à ora Reclamante as informações adicionais que entendesse por convenientes, como já sucedeu noutras situações similares, ao abrigo dos **princípios da cooperação/colaboração da Administração com os particulares** - vide artigo 11.º do CPA e do **Inquisitório**,*

13.º

*sendo aliás incumbência da CITE proceder a quaisquer diligências que se revelem adequadas e necessárias à **preparação de uma decisão legal e justa**, ainda que resultantes a matérias não mencionadas nos requerimentos ou nas respostas dos Interessados— vide artigo 58.º do CPA.*

14.º

Pelo que, ao abrigo desses mesmos princípios e para que não restem dúvidas, junto se remetem para os devidos efeitos, os horários de trabalho do estabelecimento relativos ao último trimestre e o quadro de trabalhadores do mesmo — como Doc. 1 e 2, cuja

junção aos autos ora se requer, pelos que os mesmos se dão por integralmente reproduzidos.

15.º

Conclui-se, deste modo, que o entendimento sufragado pela CITE, melhor explanado nos pontos supra, desta reclamação inquinou/viciou a decisão contida no parecer emitido, na medida em que em sede da mesma, não foram considerados as informações e os documentos oportuna e tempestivamente juntos aos autos pela ora Reclamante, conforme seria devido.

16.º

Sendo que *tal irregularidade condicionou o exame e boa decisão da causa, fazendo a mesma* padecer do *vício de violação de lei*, nomeadamente por erro quanto aos *pressupostos de facto*, que in casu, estando suficientemente concretizados pela aqui Reclamante, não foram considerados, para os devidos efeitos pela CITE, conforme seria devido e exigível.

17.º

Acresce que a Entidade Reclamada também *não se pronunciou*, conforme lhe seria exigível, *sobre o facto de o pedido de horário flexível formulado pela trabalhadora incluir o pedido de folgas fixas aos fins de semana.*

18.º

Sobre este ponto, importa salientar que *tal pedido tal como formulado, não se enquadra no âmbito da faculdade prevista no n.º 2 do artigo 56.º do Código do Trabalho.*

19.º

Tal normativo apenas confere ao trabalhador a possibilidade de escolher, dentro de certos limites apenas as horas de início e termo do período normal de trabalho diário e não de determinar os dias de trabalho em que se distribui o seu período normal de trabalho semanal, como pretende agora fazer.

20.º

Pelo que, nesta parte, o seu pedido estará prejudicado, devendo o mesmo ser, desde já, recusado por ilegítimo e ilegal.

21.º

Por outro lado, foi dado a conhecer em sede de resposta da Entidade Empregadora ao pedido de horário flexível que a trabalhadora invocou, perante a sua entidade empregadora, o estatuto de trabalhadora-estudante pelo facto de estar inscrita como estudante no Instituto Politécnico de ..., para efeitos de conciliação do seu horário e justificação de faltas com o horário das aulas lecionadas, para as quais estava inscrita.

22.º

Nesse sentido e por forma a ser possível apurar a real verificação do fim a que se destina o presente pedido de horário flexível por si formulado, tendo em consideração todas as circunstâncias de facto que o motivam, foi requerido à trabalhadora que apresentasse o competente documento comprovativo a ser emitido pelo estabelecimento de ensino por si frequentado, no qual fosse certificado, pelo menos o seguinte: o número de horas e o horário semanal escolar por si frequentado, inclusivamente, para se apurar a compatibilidade do mesmo com o pedido de horário flexível formulado.

23.º

O que a trabalhadora não fez, sendo tal facto de inquestionável relevância e importância para a apreciação a ser feita pela CITE em sede de análise da legitimidade da validade do pedido de horário flexível formulado, bem como da intenção de recusa por parte da entidade empregadora.

24.º

Note-se que constitui dever da CITE não só a verificação da existência de fundamento para a intenção de recusa por parte da Entidade Empregadora, mas também e por inerência a verificação da legitimidade, fundamentos (de facto e de

direito) e validade do pedido de horário flexível formulado pela trabalhadora, o que não foi feito.

25.º

Ora a CITE não considerou, nem se pronunciou como lhe seria exigível sobre tais aspetos, supra descritos em 5.º a 24.º desta peça.

26.º

Pelo que violou expressamente o comando contido em regra jurídica prevista no citado artigo 13.º do CPA (Princípio da Decisão), em articulação com o artigo 57.º n.º 5 e 6 do Código do Trabalho que é, nomeadamente, o da apreciação de todos os factos e questões de direito subjacentes ao pedido formulado pela trabalhadora e à intenção de recusa do mesmo pela Entidade Empregadora **aquando da sua tomada de decisão** refletida no Parecer ora impugnado,

27.º

O que o torna igualmente suscetível de anulação, ao abrigo do disposto no artigo 163.º do CPA, o que se requer, com todas as suas legais consequências.

28.º

Por último, mas não menos importante, não se pode deixar de **reclamar igualmente da decisão proferida, nomeadamente sobre os pontos 2.5.1 a 2.5.4**, quando a CITE, através do seu mesmo Órgão deliberativo e respetiva Presidente, teve já oportunidade de se pronunciar recentemente sobre situação idêntica à ora em apreço, envolvendo uma trabalhadora do ..., por via Parecer n.º 99/CITE/2015, o qual foi favorável à intenção de recusa da empresa sustentando-se para o efeito nos mesmos argumentos expostos pela aqui Reclamante em sede de resposta à trabalhadora ... na parte referente à temática vertida nos pontos 2.5.1 a 2.5.4 do Parecer ora sub judice.

29.º

Face ao exposto, não se compreende, nem se vislumbra na argumentação da CITE, fundamento de facto ou de direito que sustente tal mudança radical de

posição sobre a decisão legal em apreço, envolvendo a referida temática vertida nos pontos 2.6.1 a 2.5.4 do Parecer ora sub judice, porquanto é destituída de qualquer coerência com o entendimento anteriormente por si sufragado sobre a mesma matéria, em 1 de abril de 2015, por via do seu recente Parecer n.º 99/CITE/2015.

Nestes termos e nos demais de Direito, requer-se a V. Ex.a se digne receber e aceitar a presente Reclamação, julgando-a procedente, por provada, e em consequência se digne ordenar:

a) a anulação/revogação do referido parecer n.º 276/CITE/2013, proferido no âmbito do Processo n.º 1096 – FH/2013, aprovado por unanimidade dos membros presentes na reunião da CITE de 18 de novembro de 2013;

*— por vício de violação de lei por erro sobre os pressupostos de facto
— e por omissão de pronúncia*

e

b) a reapreciação da intenção de recusa do pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível apresentado pela trabalhadora ... e emissão de novo parecer considerando os documentos e informações que foram juntos aos autos pela Reclamante e que devem ser dados por integralmente reproduzidos e atendidos para os devidos efeitos legais.

Mais requer, ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 163.º do CPA que seja atribuída à presente reclamação efeito suspensivo, porquanto, atento o horário flexível requerido pela Colaboradora, a execução imediata do mesmo causará prejuízos de difícil reparação à aqui Reclamante atenta a impossibilidade de assegurar a operacionalidade e o normal funcionamento e abertura da loja ao público, por força da ausência da trabalhadora durante os períodos que exorbitam o horário flexível requerido pela mesma.

Prova testemunhal:

— ..., Rua ..., Leiria

— ..., ..., Penacova.

Junta: Procuração Forense e dois documentos que se dão por integralmente reproduzidos para todos os devidos efeitos legais (...).

1.2. Cabe à CITE, nos termos do disposto na alínea c) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março, que aprova a lei orgânica da CITE (...) *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. Decorre do artigo 20.º da Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5.07.2006, 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, que os Estados-Membros designam um ou mais órgãos para a promoção, a análise, o acompanhamento e o apoio da igualdade de tratamento entre todas as pessoas, sem qualquer discriminação em razão do sexo.

2.2. A Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego é, desde 1979, a entidade que tem por objetivo promover a igualdade e a não discriminação entre homens e mulheres no trabalho, no emprego e na formação profissional, a proteção da parentalidade, e a conciliação da atividade profissional com a vida familiar, no setor privado e no setor público.

Tem uma composição tripartida, constituída por representantes do Governo, das associações sindicais e das associações de empregadores.

A composição da Comissão e as suas respetivas competências encontram-se previstas no Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março, que aprovou a lei orgânica da CITE.

- 2.3.** De entre as referidas competências e por respeitar diretamente ao caso em apreço, abordemos a que se refere à emissão de pareceres prévios à recusa do pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível, a 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.
- 2.4.** No caso de emissão de parecer desfavorável à recusa do pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível, a trabalhadora com responsabilidades familiares, nos termos do n.º 7 do artigo 57.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, o empregador só pode recusar o pedido após decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo.
- 2.5.** Todavia, podem ainda os interessados apresentar reclamação das deliberações da CITE, invocando qualquer incorreção, irregularidade ou ilegalidade que, eventualmente, possa ter ocorrido no exercício das competências que lhe estão atribuídas.
- 2.5.1.** Na sequência da emissão de pareceres prévios as partes podem apresentar reclamação das deliberações da CITE, nos termos previstos nos artigos 184.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo (Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro).

Tal mecanismo permite aos/as interessados/as que se considerem lesados/as pela decisão tomada suscitar a reanálise da mesma, nos termos da lei, ou seja, com fundamento em eventual ilegalidade ou inconveniência do ato administrativo em causa.

2.6. No caso concreto, a Comissão opôs-se à recusa do pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível, a trabalhadora com responsabilidades familiares, nos termos do n.º 2 do artigo 57.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, nos termos que constam do Parecer n.º 255/CITE/2015, e que, fundamentalmente, se concretizam nos pontos seguintes, que se transcrevem:

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 (reformulação), determina que devem “(...) Os Estados-Membros (...) em colaboração com os parceiros sociais, lutar contra o problema das persistentes diferenças salariais em razão do género (...) através de medidas, como disposições flexíveis em matéria de tempo de trabalho, que permitam, tanto aos homens como às mulheres, conciliar mais facilmente a vida familiar e a vida profissional.*

2.1.1. *A Diretiva 2010/18/UE do Conselho, de 8 de março de 2010, que aplica o acordo-quadro revisto sobre licença parental, e revoga a Diretiva 96/34/CE, dá orientações, como no número 8, aos Estados Membros na adoção de medidas “(...) no sentido de melhorar a conciliação da vida profissional, privada e familiar dos trabalhadores com filhos e a igualdade entre homens e mulheres quanto às oportunidades no mercado de trabalho e ao tratamento no trabalho em toda a União (...)”.*

2.2. *Neste contexto, Portugal consagra, desde logo, estas orientações, na Constituição da República Portuguesa (CRP) com os Princípios fundamentais do Estado como é o caso do artigo 9.º sob a epígrafe “Tarefas fundamentais do Estado”:*

“(...) b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático;

(...) d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;

(...) h) Promover a igualdade entre homens e mulheres (...)”.

2.2.1. *Seguidamente, na Parte I da CRP Direitos e deveres fundamentais, Título I Princípios gerais, o artigo 13.º sob a epígrafe “Princípio da igualdade” estabelece que:*

“(...) 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual. (...)”.

2.2.2. *No âmbito da atividade laboral, no Título III Direitos e deveres económicos, sociais e culturais, Capítulo I Direitos e deveres económicos, o artigo 59.º da CRP, invocado pela trabalhadora, sob a epígrafe “Direitos dos trabalhadores” recomenda:*

“(...) 1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:

a) (...);

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;

c) (...)”.

2.2.3. *E prossegue, no Capítulo II Direitos e deveres sociais, o artigo 67.º sob a epígrafe “Família”:*

“(...) 1- A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros (...)” e, o artigo 68.º sob a epígrafe “Paternidade e maternidade”.

“(...) 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. (...)”.

2.3. *Estes princípios, direitos fundamentais e constitucionais, são assegurados no Código do Trabalho (CT) aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, na Subsecção III Igualdade e não discriminação, Divisão I Disposições gerais sobre igualdade e não discriminação, no artigo 25.º sob a epígrafe “Proibição de discriminação”:*

“(...) 1 – O empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta, em razão nomeadamente dos fatores referidos no n.º 1 do artigo anterior (...)”. (Direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho) (...).

2.3.1. *O CT dedica uma Subsecção, IV, à Parentalidade (artigos 33.º a 65.º), começando no artigo 33.º sob a epígrafe “Parentalidade”, integrada na Divisão III Igualdade e não discriminação em função do sexo, da Subsecção III Igualdade e não discriminação da Secção II Sujeitos do Capítulo I Disposições gerais, do Título II Contrato de trabalho:*

“(...) 1 – A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes.

2 – Os trabalhadores têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação ao exercício da parentalidade. (...)”.

2.3.2. *No que respeita ao funcionamento das empresas, o CT, no artigo 56.º sob a epígrafe “Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares”, disciplina:*

“(...) n.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’.

n.º 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’.

n.º 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'.

n.º 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'."

2.3.3. *Quanto ao procedimento a seguir, o artigo 57.º do CT sob a epígrafe "Autorização de trabalho a tempo parcial ou em regime de horário flexível" dispõe:*

"(...) n.º 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 (até ao limite dos 12 anos);

b) Declaração da qual conste:

i - que o menor vive com ele em comunhão de mesa e habitação.

ii (...)

iii (...)

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 subsequentes 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 subsequentes 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.

9 – Ao pedido de prorrogação é aplicável o disposto para o pedido inicial.

10 – Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos n.ºs 2, 3, 5 ou 7. (...)."

2.3.4. Dispõe, sobre a matéria, o CT, Secção VII Direitos, deveres e garantias das partes, Subsecção I Disposições gerais, no n.º 3 do artigo 127.º, sob a epígrafe "Deveres do empregador" que:

"(...) O empregador deve proporcionar ao trabalhador condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal".

2.3.5. E impõe, quanto à organização do trabalho, Subsecção III Horário de trabalho, na alínea b) n.º 2 do artigo 212.º sob a epígrafe "Elaboração do horário de trabalho" que a entidade empregadora deve:

“(...) a (...);

*b) Facilitar ao trabalhador a conciliação da atividade profissional com a vida familiar.
(...)”.*

2.3.6. *Da mesma forma, o legislador preconiza, ainda, no n.º 2 do artigo 221.º do CT que “os turnos devem, na medida do possível, ser organizados com os interesses e as preferências manifestados pelos trabalhadores”.*

2.4. *Na sequência do exposto, face ao pedido de parecer prévio ora em análise, cumpre a esta Comissão ponderar:*

i) da submissão do pedido de autorização aos pressupostos e requisitos legais do regime de trabalho em horário flexível, nomeadamente aferir a observância deste aos requisitos legais;

ii) se foi observada pela entidade empregadora a tramitação legalmente consagrada para os pedidos de passagem a regime de trabalho em horário flexível;

iii) se os fundamentos para a intenção de recusa do pedido, invocados pela entidade empregadora, assentam em exigências imperiosas do funcionamento da empresa ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável.

2.4.1. *No que respeita aos pressupostos e requisitos legais a observar no pedido da trabalhadora verifica-se que solicitou 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.

2.4.2. *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, dispondo para o efeito do prazo de vinte dias, contados a partir da receção do pedido do trabalhador, para lhe comunicar por escrito a sua decisão, nos termos do n.º 3 do artigo 57.º do Código do Trabalho.*

2.4.3. *Em caso de recusa, é obrigatório que a entidade empregadora submeta o processo a parecer prévio da CITE, nos cinco dias subsequentes ao fim do prazo estabelecido para apreciação pelo trabalhador, implicando, quer a sua falta quer o não cumprimento do prazo, a aceitação do pedido, nos seus precisos termos, conforme dispõe o n.º 8 do artigo 57.º do Código do Trabalho. Conforme referido, a entidade empregadora.*

2.4.4. *Conforme referido, a entidade empregadora 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.*

2.5. *Não fica demonstrado, da análise do processo, que haja quaisquer circunstâncias, que possam inviabilizar o pedido de horário flexível da trabalhadora.*

2.5.1. *Até mesmo o simples facto de existirem outros trabalhadores com filhos menores de 12 anos que possam, eventualmente, numa altura indeterminada, vir a requerer o mesmo, não é justificativo para uma recusa por parte da entidade empregadora.*

2.5.2. *Caso venham a existir outros trabalhadores que requeiram o mesmo, numa eventual colisão de direitos com outros trabalhadores em idênticas circunstâncias, e não sendo possível ou conveniente lançar mão de outros mecanismos designadamente do trabalho extraordinário, relembra-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26.04.2010, Processo n.º 123/09.0TTVNG.P2, em www.dgsi.pt, o qual clarificou o seguinte: “Ora, salvo o devido respeito, importa não esquecer que as ditas regras concernentes ao horário de trabalho, não podem ser encaradas em termos absolutos, e que, mesmo nas hipóteses contempladas no art.º 45.º do Código do Trabalho, a sua concessão não é automática nem desligada da situação da empresa. Deste modo, perante uma situação de colisão de direitos, art.º 335.º do Código Civil, como necessário «para que todos produzam igualmente os seus efeitos, sem maior detrimento para qualquer das partes», justificando-se, assim, a alteração do horário efetuada com o retorno à rotação de horário.”.*

2.5.3. Neste sentido, e face a uma pluralidade de situações das quais resultem direitos de valor idêntico, a entidade empregadora poderá fazer ceder, na medida do necessário, os direitos em causa para que todos possam exercê-los equitativamente.

2.5.4. Quanto ao período requerido pela trabalhadora, entende-se igualmente não assistir qualquer razão à entidade empregadora, porquanto os referidos normativos legais estabelecem o direito aos trabalhadores com filhos menores de 12 anos, assim, até que os filhos perfaçam 12 anos, os trabalhadores têm direito a trabalhar em regime de horário flexível, sem prejuízo do que ficou exposto quanto à colisão de direitos ou alteração das circunstâncias.

*2.6. Assim, conclui-se que a entidade empregadora não apresenta razões que possam indiciar a existência de exigências imperiosas do seu funcionamento, nem demonstra **objetiva e inequivocamente que o horário requerido pela trabalhadora põe em causa o seu funcionamento**, uma vez que a entidade empregadora não concretiza os períodos de tempo que, no seu entender, deixariam de ficar convenientemente assegurados, nem apresenta qualquer tipo de motivo para recusar o pedido, em face da aplicação do horário pretendido pela mesma trabalhadora, dizendo apenas:*

A) o estabelecimento onde trabalha, “...” ..., à semelhança dos restantes da mesma marca, tem a necessidade imperativa de organizar os horários de trabalho em horários e turnos, para cumprir o horário alargado de funcionamento do mesmo - à data das 10 horas às 23:00 horas de domingo a quinta-feira e das 10 horas às 24 horas às sextas, sábados e vésperas de feriado (conforme fixado pelo próprio Shopping).

B) aquele estabelecimento “...” tem atualmente ao seu serviço 15 colaboradores, sendo.

- 5 elementos pertencentes à “cozinha”, nos quais se inclui V. Exa*
- 3 ao “slice”/balcão,*
- 4 à “sala”,*
- 3 colaboradores pertencentes à Equipa de “Direção”,*

sendo que desse total, 4 colaboradores se encontram em regime de trabalho a tempo inteiro (40 horas semanais) nos quais se inclui V. Exa. e os elementos da Equipa de Direção.

C) Tal conjunto de trabalhadores é o número mínimo considerado indispensável para assegurar os serviços necessários ao funcionamento daquele estabelecimento.

D) Os horários de trabalho daquele estabelecimento têm vindo a ser organizados, sempre que possível, em função da disponibilidade dos colaboradores, atendendo às suas necessidades, nomeadamente às de compatibilização da vida profissional com a pessoal, e em função do período de funcionamento do estabelecimento.

E) Assim, para garantir o pleno e regular funcionamento da unidade, dentro do seu período de abertura, horários de trabalho organizam-se em três turnos, entre as 9 horas e as 23:30 horas ou 00.30 consoante se trate de dia em que o estabelecimento encerra às 23 horas ou às 00 horas.

F) Em particular e por se tratar de estabelecimento de restauração localizado em centro comercial, no planeamento dos horários dos seus trabalhadores tem necessariamente de ser dada preferência à sua presença nos períodos mais fortes de vendas, naturalmente nos períodos dos almoços e jantares, e de forma mais premente, quanto a estes últimos, às sextas, sábados e vésperas de feriado. Ou seja é nestes períodos que existe maior necessidade de mão de obra.

G) Acresce que no caso concreto da secção “cozinha” que:

i) a partir das 9 horas, há necessidade de trabalho de preparação, antes do pico de venda do almoço, das refeições necessárias e previsíveis para o dia;

ii) há necessidade de trabalho de confeção de refeições entre as 12:00 horas e as 15:00 horas (durante o pico de venda do almoço);

iii) há um período “morto” entre as 15 horas e as 18 horas, sobretudo durante a semana, sem necessidade de presença de qualquer elemento da equipa de “cozinha”, porquanto na unidade e durante aquele período, o serviço de restaurante não tem praticamente vendas, sendo que as vendas ao balcão são asseguradas por um colaborador em permanência neste ponto de venda (“slice”/balcão), acompanhado por um elemento da Equipa de Direção que assegura todas as tarefas que se revelem necessárias, nomeadamente de suporte e confeção de produto. Não existindo assim necessidade operacional de presença de um elemento da equipa de cozinha durante esse período (nos dias de semana).

iv) a partir das 18 horas há necessidade de trabalho para a preparação e confeção das refeições do jantar e posterior limpeza e encerramento da cozinha, até ao fecho da unidade.

Pelo que, no presente momento atendendo ao quadro de pessoal em funções no estabelecimento e à procura verificada, não existe possibilidade de organizar os tempos de descanso e os horários de trabalho de modo a garantir aos colaboradores horários fora dos períodos de maior procura.

Pelo contrário, torna-se necessário concentrar e reforçar os recursos para os períodos de maior atividade e volume de vendas, contando aqui com a presença do maior número de trabalhadores, especial e necessariamente, na cozinha.

Assim:

— e considerando o facto da equipa de “cozinha” ser composta por um total de 5 colaboradores, todos a tempo parcial, exceto V. Exa;

e

— que V. Exa., é a única que se encontra em regime de trabalho a tempo completo e a única com a categoria profissional de –“Operadora - 5 anos” sendo a trabalhadora mais qualificada e experiente naquela secção;

a sua presença é necessária nos períodos de maior atividade e procura acima referidos, tornando-se indispensável para assegurar a imprescindível coordenação daquela secção e o normal e regular funcionamento do estabelecimento.

É ademais necessário que V. Exa. pratique turnos rotativos como sucede com os demais elementos da equipa de cozinha que fazem, alternadamente, turnos de abertura e de fecho, pois só assim é possível garantir:

1) a necessidade de assegurar a igualdade de tratamento entre os trabalhadores no que diz respeito aos horários e gozo das folgas;

2) a substituição dos demais colaboradores nas suas ausências ou impedimentos (por fazerem turnos de abertura ou de fecho ou por gozo de folga ou de férias, etc.);

3) e perante as limitações e impedimentos legais à duração máxima da prestação do trabalho, bem como à alteração unilateral pela empregadora dos horários de trabalho dos restantes trabalhadores;

pelo que não resta outra alternativa à Empresa senão atribuir a V. Exa. — em igualdade de circunstâncias com os restantes trabalhadores, alguns igualmente com responsabilidade parentais perante filhos menores de idade, como é o caso do trabalhador ... (com 1 filho) - turnos rotativos no mesmo modo que vem sendo feito atualmente.

Sendo assim, a sua presença naqueles turnos - de forma alternada - constitui uma necessidade imperiosa para a organização e funcionamento daquele estabelecimento. Não só para assegurar a presença do número mínimo de colaboradores, a fim de garantir a imprescindível coordenação e regular funcionamento da loja durante aqueles

mesmos turnos, como também para garantir o cumprimento dos limites legalmente estabelecidos quanto à organização dos tempos de trabalho e descanso dos trabalhadores, atendendo à carga horária que deverá ser praticada por cada um deles respetivamente, o que ficaria comprometido com a atribuição apenas a si do horário fixo de segunda a sexta das 9.00 às 17:30, conforme por si formulado, em prejuízo da igualdade de tratamento que deverá ser dada a todos os trabalhadores.

2.7. *A entidade empregadora para demonstrar as exigências imperiosas que a impedem de conceder o horário flexível solicitado teria, por exemplo, que apresentar factos, tais como **grelhas de horários de trabalho, quadro de pessoal** que clarificassem que o horário solicitado não é exequível dentro dos horários existentes ou que a sua concessão implicaria a ausência de trabalhadores/as durante o período que media entre a hora de entrada/saída pretendidas e a hora dos turnos em vigor, o que poderia, eventualmente, justificar a indispensabilidade do trabalho prestado pela trabalhadora.*

Assim, não nos é possível avaliar, tendo por base dados concretos, que não é possível atribuir o horário requerido.

Seria necessário termos conhecimento do quadro de pessoal e horários existentes, sendo que o único horário junto ao processo de pedido de parecer prévio é em sede de apreciação da trabalhadora, e no qual nem tão pouco constam elementos alegados pela entidade empregadora, nomeadamente o trabalhador ...

2.8. *Assim, dado que nada factual foi efetivamente alegado pela entidade empregadora, não é possível à CITE concluir, com base nos fundamentos evocados que, na organização atual do serviço, não possa ser concedido em absoluto o que é requerido pela trabalhadora com responsabilidades familiares.*

III – ANÁLISE

- 3.1. No caso em análise a trabalhadora solicitou, por requerimento, e ao abrigo e nos termos do disposto nos art.º 56.º e 57.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, horário flexível de trabalho.
- 3.2. A entidade empregadora vem reclamar do parecer proferido.
- 3.3. Esta Comissão detetou um erro grosseiro de escrita, na conclusão da Reclamação que ora se analisa, no que respeita ao requerido nos seguintes termos:

*(...) Nestes termos e nos demais de Direito, requer-se a V. Exa. se digne receber e aceitar a presente Reclamação, julgando-a procedente, por provada, e em consequência se digne **ordenar**:*

*a) a **anulação/revogação do referido parecer n.º 276/CITE/2013**, proferido no âmbito do Processo n.º 1096 – FH/2013, aprovado por unanimidade dos membros presentes na reunião da CITE de 18 de novembro de 2013;*

*— por vício de violação de lei por erro sobre os pressupostos de facto
— e por omissão de pronuncia*

e

b) a reapreciação da intenção de recusa do pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível apresentado pela trabalhadora ... e emissão de novo parecer considerando os documentos e informações que foram juntos aos autos pela Reclamante e que devem ser dados por integralmente reproduzidos e atendidos para os devidos efeitos legais (...).

- 3.4.** De facto, não obstante não se tratar do parecer aqui em análise, consideramos relevar o lapso por se entender ser o mesmo sanável, uma vez que se compreende o alcance da presente reclamação.
- 3.5.** No entanto, não poderiam assim ser analisados os documentos ora juntos, nomeadamente quadro de pessoal e horários dos trabalhadores, uma vez que não são parte integrante da documentação junta no pedido de parecer prévio, pelo que a sua análise, agora, carece do fundamento constante na tramitação do Código do Trabalho.
- 3.6.** Desta forma, não assiste razão à entidade empregadora no que respeita os motivos imperiosos alegados.

IV – DECISÃO

Na sequência do exposto, a CITE delibera:

- a)** Considerar a presente reclamação improcedente, não se alterando o parecer n.º 255/CITE/2015.
- b)** Recomendar ainda à entidade empregadora que, proporcione as condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, consagrada na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa e, em caso de conflito de direitos de idêntico valor, que permita a referida conciliação, distribua, equitativamente, pelos trabalhadores e pelas trabalhadoras com necessidades semelhantes, o dever de garantirem o funcionamento do serviço a que estão afetos/as.

APROVADA POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 22 DE JULHO DE 2015, CONFORME CONSTA DA RESPECTIVA ATA, NA QUAL

SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À MESMA, COM OS VOTOS CONTRA DA CIP, CTP E DO REPRESENTANTE DA ÁREA DO EMPREGO, QUE PRESIDE, E QUE EMITIU A SEGUINTE DELARAÇÃO:

VOTA CONTRA, CONSIDERANDO QUE OS ELEMENTOS REMETIDOS EM SEDE DE RECLAMAÇÃO NÃO SE REFEREM A FACTOS NOVOS OU SUPERVENIENTES MAS SIM A COMPROVATIVOS DOS FACTOS ALEGADOS, NO ÂMBITO DO PROCESSO 676/FH/2015, QUE DEU ORIGEM AO PARECER 255/CITE/2015, ISTO TENDO EM CONSIDERAÇÃO O DISPOSTO NO Nº 3 DO ARTº 184º DO CPA (DECRETO-LEI Nº 4/2015, DE 7 DE JANEIRO) E QUE SE TRANSCREVE “As reclamações e os recursos são deduzidos por meio de requerimento, no qual o recorrente deve expor os fundamentos que invoca, podendo juntar os elementos probatórios que considere convenientes.”