

PARECER N.º 15/CITE/2017

Assunto: Parecer prévio à intenção de recusa do pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível, 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 2165 – FH/2016

I – OBJETO

- 1.1.** A CITE recebeu a 19.12.2016 da entidade empregadora ... pedido de emissão de parecer prévio à recusa de prestação de trabalho em regime de horário flexível solicitado pela trabalhadora ..., Optometrista.
- 1.2.** No pedido apresentado pela trabalhadora em 18.11.2016, é solicitado horário flexível de segunda a sexta-feira, a realizar das 10:00h às 19:00h, com uma hora de intervalo para refeição, de forma a completar a carga horária semanal de 40 horas, até que as menores perfaçam 12 anos de idade, sem prejuízo de continuar a usufruir da dispensa de trabalho para frequência de aulas. Mais declara que as menores vivem consigo em comunhão de mesa e habitação.
- 1.3.** Em 06.12.2016, a entidade empregadora notificou a trabalhadora da intenção de recusa, referindo, nomeadamente, o seguinte:

“Exma. Senhora ...,

(...)

Ora, sem prejuízo do que se refere infra, adiantamos, desde já, que é nossa intenção recusar a prestação de trabalho em regime de horário flexível, o que se faz com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da nossa empresa, bem como na impossibilidade de a substituir atenta a composição de trabalhadores que constituem o estabelecimento de ... no Centro Comercial ..., no ..., por colega que exerça funções de Optometrista.

Para mais, verifica-se a absoluta falta de preenchimento dos requisitos legais de que a atribuição de um horário de trabalho flexível depende.

Como é do seu conhecimento, foi contratada pela ... para o exercício das funções de Optometrista, em cumprimento a um horário de trabalho por turnos rotativos, distribuído de Segunda-Feira a Domingo, o qual pressupõe, também, a prestação de trabalho durante todo o período de funcionamento do estabelecimento comercial, e nos vários turnos que o compõem.

(...)

O estabelecimento comercial da ... sito no Centro Comercial ..., no ..., tem o seguinte horário de funcionamento: Segunda-Feira a Domingo, das 10 às 24 horas.

Por sua vez, os horários de início e termo do período normal de trabalho são realizados em regime de turnos rotativos, entre as 10 e as 24 horas, conforme abaixo melhor se explicará.

O referido estabelecimento comercial é constituído por 6 trabalhadores com as seguintes funções/categorias profissionais:

- **1 Gerente de Loja** – com regime de isenção de horário de trabalho e que não é e/ou tem de ser integrado nos turnos praticados pela equipa;
- **3 Optometristas** – em regime de turnos rotativos e com adaptabilidade, ambos com um regime de 40 horas semanais, a que, em média, correspondem 8 horas diárias;
- **2 Vendedores** – em regime de turnos rotativos e com adaptabilidade, todos com um regime de 40 horas semanais, a que, em média, correspondem 8 horas diárias.

Por forma a garantir a disponibilidade total dos serviços prestados pela ... em qualquer horário de funcionamento que os clientes/potenciais clientes do referido estabelecimento e de modo a assegurar os dias de descanso semanal obrigatório e complementar e/ou férias, dado que, por norma, há 1 elemento da equipa que está em descanso, a Empresa vê-se constrangida a realizar os seguintes turnos:

- **1º Turno** – das 10:00 H às 19:00 H, composto por 1 vendedor e 1 optometrista; Ou em determinadas épocas do ano, a abertura do estabelecimento é assegurada por um vendedor, e o

optometrista inicia as suas funções às 11:00 (terminando às 20:00);

Uma vez que as consultas de optometria são dadas num gabinete, interno e fechado, sito dentro do próprio estabelecimento comercial, é obrigatório que pelo menos 1 vendedor coincida no mesmo horário com o optometrista, de modo a assegurar quer o atendimento de outros clientes mas também a própria segurança da loja.

- *2º Turno – das 15:00 H às 24:00 H, composto, no mínimo, por 1 vendedor e 1 a 2 optometristas;*

O Gerente de Loja procura estar uns dias em horário mais próximo à abertura do estabelecimento comercial e outros dias em horário de encerramento.

O atual Gerente de Loja do estabelecimento comercial acima identificado detém, por acaso, formação em Optometria.

Contudo, ainda que, em casos pontuais e/ou urgentes, possa esporadicamente realizar essas tarefas, a sua função é a de Gerente de Loja e, atualmente, uma vez que a loja apenas dispõe de 2 vendedores, quando 1 está ausente, o Gerente já o substitui de algum modo, pelo que não poderá, cumulativamente substituir o Optometrista. Em todo o caso, a Empresa não pode dispensar o Gerente das principais funções que lhe estão incumbidas para a substituir – substituição necessária já que, como explicado, a

equipa de optometristas tem de estar composta por três profissionais, para garantir o funcionamento do estabelecimento comercial em causa e ainda, por questões de normas de saúde, é obrigatório a loja ter sempre 1 Optometrista.

Ora, atendendo à rentabilidade económica do próprio estabelecimento comercial (vendas/número de clientes), com margens de lucro limitadas e com os custos fixos das rendas dos estabelecimentos em centros comerciais, não tem a ... como proceder, a médio prazo, à contratação de um 7.º elemento fixo e assumir os custos inerentes a uma nova contratação ou ao aumento do quadro de pessoal, sobretudo de um trabalhador com as funções de Optometrista com os montantes que lhe estão associados.

A título exemplificativo, se a ... praticasse no mês de dezembro de 2016 o horário que é requerido pela trabalhadora ... no melhor dos cenários, conforme resulta do mapa em anexo, não teria como assegurar a existência, em permanência, dos serviços de um Optometrista nos dias 7 (dia em que a loja ficaria apenas com um colaborador das 10 às 19 e outro das 15 às 24), 9 (no turno das 15 às 24); 10, 11, 17, 18, 19, 20, e 31 todos do mês de dezembro, de modo a conseguir que os restantes elementos cumpram os dias de descanso semanal obrigatórios.

A Empresa não pode, igualmente, viabilizar um pedido que é realizado por um período de 9 (nove) anos – intervalo que medeia até os seus filhos atingirem os 12 anos de idade – já que não

consegue antever as condições do mercado e da sua atividade em Portugal por tal extensão de tempo. Tal não significa, à semelhança do passado, que não venha, no futuro, a poder aceder a este.

Também não pode obrigar que os outros 2 Optometristas, que também têm filhos menores de 12 anos, sempre que realizem turnos de segunda a Sexta-feira, o realizem unicamente em horário noturno, isto é, se o horário do primeiro turno lhe for atribuído, os outros 2 colaboradores com a função de Optometrista teriam de ser obrigatoriamente integrados no 2.º turno, das 15 às 24 horas.

Com efeito, não é possível, igualmente atender ao horário que solicita de Segunda a Sexta-Feira dado que o mesmo é incompatível com o regime pelo que são abrangidos os 4 vendedores deste estabelecimento comercial e que resulta da cláusula 29.ª, n.º 1, alínea b) do CCT celebrado entre a Associação Nacional dos ... e a FETESE – Federação dos Sindicatos da Indústria e Serviços, pela prestação de trabalho em dois turnos rotativos (um diurno e um parcialmente noturno) sem descanso semanal fixo.

Se a ... trabalhar de 2.ª a 6.ª feira, significa que os outros 2 optometristas, para que a loja se mantenha aberta ao público, trabalhem quase sempre aos fins de semana. Caso um destes trabalhadores falte, nomeadamente aos fins de semana, ou se ausente para férias (como é o que se prevê com a ... que tem de gozar férias no mês de dezembro, e que irá estar ausente da empresa dado que irá ser submetida a uma intervenção cirúrgica),

o estabelecimento comercial ficará impedido de prestar os serviços de optometria nos dias acima identificados.

Adicionalmente, para sair às 19:00, um colaborador terá que fazer a sua pausa de descanso para jantar entre as 18:00 e as 19:00, de modo a que o mesmo não preste mais de 5 horas de trabalho consecutivas, assegurando a existência, em permanência, de pelo menos um optometrista.

Uma empresa como a ..., inserida dentro de um centro comercial como o “...” no qual existem atualmente, pelo menos, mais três estabelecimentos concorrentes (“...”, “...” e “...”), tem de garantir (i) a abertura do estabelecimento do cliente entre as 10H e as 23H ou as 24H, bem como (ii) o cumprimento de todos os procedimentos organizacionais e legais de que depende a abertura e o fecho e (iii) que estão presentes o número mínimo de colaboradores durante o período de funcionamento do local de trabalho a que se encontra afeto para poder proporcionar aos potenciais clientes um serviço de permanência, sob pena de os mesmos, de imediato, recorrerem a uma loja concorrente.

Acresce que, num setor caracterizado pela necessidade de trabalho intensivo e em horário alargado, só a distribuição rotativa dos horários de trabalho permite que não se beneficiem uns colaboradores em detrimento de outros, os quais também têm necessidades de assistência familiar – sendo que, nesta loja em particular, todos os trabalhadores têm filhos menores de 12 anos:

- a. Gerente (...): 2 filhos menores de 12 anos;
- b. Vendedora (...): 1 filho menor de 12 anos;
- c. Vendedora (...): 2 filhos menores de 12 anos;
- d. Optometrista (...): 2 filhos menores de 12 anos; e
- e. Optometrista (...): 1 filho menor de 12 anos.

A Empresa ainda que tente procurar atender aos pedidos que visam a conciliação da vida familiar com a profissional não tem dúvidas que o seu pedido não será bem atendido pela restante equipa, que reclamará com toda a certeza, estar perante uma situação de colisão de direitos, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 335.º do Código Civil, procurando que todos possam poder praticar equitativamente turnos rotativamente em regime diurno e noturno de modo a que tenham a possibilidade de acompanhar também os filhos que deles dependem.

Informamos, para mais, que o seu pedido não se enquadra no conceito de um “horário flexível”, correspondendo, antes, à determinação fixa do horário de trabalho a praticar, desconsiderando, em absoluto, o horário de trabalho por turnos (com a respetiva rotatividade) que negociou com a nossa empresa, distribuído pelos vários dias da semana.

Em acréscimo a um pedido de trabalho de 2.^a a 6.^a feira, ao informar que pretende manter o pedido d eventual dispensa adicional para frequência a aulas significa que, poderá, nem sequer, cumprir as 8 horas de trabalho diárias que propõe no pedido que nos dirige, o que comprometerá efetivamente o

funcionamento do estabelecimento comercial, podendo, no limite, o estabelecimento comercial ter que encerrar se não tiver colaboradores para assegurar a sua abertura ao público.

(...)

Desta feita, e atentando a todo o supra exposto, temos de concluir pela desproporcionalidade do pedido que nos dirige, o qual não tem sequer em consideração a moldura de horário que consigo foi contratado (e que implicava a total disponibilidade para a prestação de trabalho em regime de turnos pelos vários dias da semana, incluindo com a prestação de trabalho noturno) sendo impossível a sua substituição atenta a atual composição de colaboradores do referido estabelecimento – especialmente tendo em consideração que a atribuição de tal horário seria por um período de 9 (nove) anos. Assim, a sua presença revela-se indispensável, dado que apenas existem 3 Optometristas e é necessário assegurar o normal funcionamento da empresa dentro do horário de abertura ao público o que se tornará impraticável com o pedido que nos dirigiu.

Ficamos naturalmente ao dispor para qualquer esclarecimento adicional que julgue necessário e estamos disponíveis para a ajudar a encontrar uma solução intermédia.”

- 1.4.** Do processo remetido à CITE consta apreciação apresentada pela trabalhadora a 09.12.2016, esclarecendo que se encontra de baixa médica desde 28 de maio e, por esse motivo, não se compreende na plenitude os motivos invocados pela entidade empregadora para não

Ihe atribuírem o horário requerido. Mais informa que não desiste da sua pretensão.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. O artigo 68.º da Constituição da República Portuguesa estabelece que:

“1. Os pais e as mães têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país.

2. A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes.”

2.2. O disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da lei fundamental portuguesa estabelece como garantia de realização profissional das mães e pais trabalhadores que *“Todos os trabalhadores (...) têm direito (...) à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar.”*

2.3. Assim, e para concretização dos princípios constitucionais enunciados e sob a epígrafe “horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares”, prevê o artigo 56.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, o direito do trabalhador, com filho menor de doze anos ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica, a trabalhar em regime de horário flexível, entendendo-se que este horário é aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário.

2.3.1. Para que o/a trabalhador/a possa exercer este direito, estabelece o n.º 1 do artigo 57.º do CT que “o trabalhador que pretenda trabalhar a tempo parcial ou em regime de horário flexível deve solicitá-lo ao empregador, por escrito, com a antecedência de 30 dias, com os seguintes elementos:

- a) Indicação do prazo previsto, dentro do limite aplicável;
- b) Declaração da qual conste: que o menor vive com ele em comunhão de mesa e habitação”.

2.3.2. Uma vez requerida esta pretensão, o empregador apenas tem a possibilidade de recusar o pedido com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa ou na impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a se este/a for indispensável dispondo, para o efeito, do prazo de vinte dias, contados a partir da receção do pedido do/a trabalhador/a, para lhe comunicar por escrito a sua decisão. Se o empregador não observar o prazo indicado para comunicar a intenção de recusa, considera-se aceite o pedido do/a trabalhador/a, nos termos da alínea a) do n.º 8 do artigo 57.º do Código do Trabalho.

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

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

horário flexível aquele em que o trabalhador pode escolher dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho”.

2.4.1. Nos termos do n.º 3 do citado artigo 56.º do mesmo diploma legal: “O horário flexível, a elaborar pelo empregador, deve:

- a) Conter um ou dois períodos de presença obrigatória, com duração igual a metade do período normal de trabalho diário;
- b) Indicar os períodos para início e termo do trabalho normal diário, cada um com duração não inferior a um terço do período normal de trabalho diário, podendo esta duração ser reduzida na medida do necessário para que o horário se contenha dentro do período de funcionamento do estabelecimento;
- c) Estabelecer um período para intervalo de descanso não superior a duas horas”.

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

2.5. Pretendeu, então, o legislador instituir o direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar conferindo ao/à trabalhador/a com filhos/as menores de 12 anos a possibilidade de solicitar ao seu empregador a prestação de trabalho em regime de horário flexível. Esta possibilidade traduz-se na escolha, pelo/a trabalhador/a, e dentro de certos limites, das horas para início e termo do período normal de trabalho diário, competindo ao empregador elaborar esse horário flexível observando, para tal, as regras indicadas no n.º 3 do artigo 56.º do CT.

Tal implica, necessariamente, que o empregador estabeleça, dentro da amplitude determinada pelo/a trabalhador/a requerente, períodos para início e termo do trabalho diário, cada um com duração não inferior a um terço do período normal de trabalho diário, podendo esta duração ser reduzida na medida do necessário para que o horário se contenha dentro do período de funcionamento do estabelecimento/serviço.

- 2.6.** No âmbito da legislação nacional, tanto a Constituição da República Portuguesa (CRP), como o Código do Trabalho de 2009 (CT), preconizam o dever de o empregador proporcionar aos/às trabalhadores/as as condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, vd. alínea b) do artigo 59.º da CRP, e o n.º 3 do artigo 127.º do CT, sendo igualmente definido como um dever do empregador a elaboração de horários que facilitem essa conciliação, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 212.º do CT.
- 2.7.** No caso em análise, a trabalhadora solicitou à entidade empregadora um horário flexível com início às 10h00 e termo às 19h00, com uma hora de intervalo para refeição, até que as menores perfaçam 12 anos de idade, sem prejuízo de continuar a usufruir da dispensa de trabalho para frequência de aulas.
- 2.8.** Em face dos motivos invocados pela entidade empregadora para recusar o pedido do trabalhador com responsabilidades familiares, importa referir que é entendimento desta Comissão considerar enquadrável no artigo 56.º do Código do Trabalho a indicação, pelo/a requerente, de um horário flexível a ser fixado dentro de uma amplitude

temporal diária e semanal indicada como a mais favorável à conciliação da atividade profissional com a vida familiar, por tal circunstância não desvirtuar a natureza do horário flexível nem converter tal horário em horário rígido, correspondendo o pedido do trabalhador a uma amplitude enquadrável nos turnos existentes.

- 2.9.** De acordo com o anteriormente referido, ao pretender efetuar um horário fixo, no âmbito do horário flexível, o/a trabalhador/a prescinde das plataformas móveis a que alude a alínea b) do n.º 3 do artigo 56.º do CT.
- 2.10.** Assim, esclareça-se que no âmbito de um horário flexível o/a trabalhador/a poderá, então, escolher horas fixas de início e termo do seu período normal de trabalho diário, que lhe permita conciliar mais eficazmente a sua atividade profissional com a sua vida familiar, no intuito de não descuidar os interesses do empregador e/ou os deveres laborais a que possa estar obrigado/a, com o objetivo de poder cumprir os deveres que lhe incumbem como progenitor/a.
- 2.11.** Na intenção de recusa, a entidade empregadora alega que se a trabalhadora requerente passasse a exercer o seu horário de trabalho apenas no turno das 10h às 19H, de segunda a sexta-feira, o serviço de optometria ficaria comprometido, sobretudo em caso de férias e/ou falta de algum elemento.
- 2.12.** Apresenta, ainda, um mapa de horário para o mês de dezembro através do qual exemplifica as dificuldades que teriam em assegurar a existência, em permanência, dos serviços de optometria, nomeadamente, nos dias 7, 9, 10, 11, 17, 18, 19, 20 e 31.

- 2.13.** Da análise do mapa de trabalho para o mês de dezembro, anexado pela entidade empregadora, verifica-se, também, que uma das optometristas se encontra de férias no período de 05.12.2016 a 11.12.2016 e que no período de 14.12.2016 a 25.12.2016 se encontrará de baixa médica.
- 2.14.** Ora, nas situações pontuais e fundamentadas em que o cumprimento de obrigações legais ou contratuais imperativas originem períodos em que não exista o número mínimo de trabalhadores/as que garantam o funcionamento do serviço, onde presta atividade a trabalhadora requerente poderá a entidade empregadora distribuir equitativamente pelos/as trabalhadores/as o dever de garantir o funcionamento desse serviço, nos horários a descoberto.
- 2.15.** Na verdade, a entidade empregadora, apesar de apresentar razões que possam indiciar a existência de exigências imperiosas do seu funcionamento, não demonstra objetiva e inequivocamente que o horário requerido pela trabalhadora, ponha em causa esse funcionamento, uma vez que não concretiza os períodos de tempo que, no seu entender, deixariam de ficar convenientemente assegurados, face aos meios humanos necessários e disponíveis e à aplicação do horário pretendido por aquela trabalhadora.
- 2.16.** Salienda-se que em cumprimento do princípio de conciliação da atividade profissional com a vida familiar, deve a trabalhadora requerente usufruir, o mais tempo possível, do horário por si requerido.
- 2.17.** Refira-se, ainda, que o simples facto de existirem outros/as

trabalhadores/as 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.

- 2.18.** No que respeita ao facto de a trabalhadora pretender exercer o direito até que as menores perfaçam 12 anos de idade, é de referir que tem esta Comissão entendido que: *“No que diz respeito ao prazo, eventualmente, longo do pedido de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pela trabalhadora, se ocorrer alguma alteração anormal das circunstâncias atuais, que determinaram a possibilidade do gozo efetivo desse horário, a situação poderá ser reavaliada.”*

III – CONCLUSÃO

- 3.1.** Face ao exposto, 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 ao trabalhador 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 ao trabalhador 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 e, em conformidade, com o correspondente princípio, consagrado na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 11.01.2017, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM, CONFORME LISTA DE PRESENCAS ANEXA À MESMA ATA, COM OS VOTOS CONTRA DA REPRESENTANTE DA CONFEDERAÇÃO DOS AGRICULTORES DE PORTUGAL (CAP), CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL (CCP), DO REPRESENTANTE DA CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS (CTP) E DA CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL (CIP).

A REPRESENTANTE DA CONFEDERAÇÃO GERAL DOS TRABALHADORES PORTUGUESES – INTERSINDICAL NACIONAL (CGTP-IN) APRESENTOU A SEGUINTE DECLARAÇÃO:

“Aprovamos mas consideramos que o ponto 2.14 do parecer não deve ser incluído por causar confusão nos destinatários.”