

PARECER N.º 415/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 1106/FH/2017

I – OBJETO

1.1. A CITE recebeu a 17.07.2017, através de advogada da entidade empregadora, ..., S.A., cópia do processo relativo ao pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pela trabalhadora ..., detentora da categoria profissional de Comercial grau 3, a exercer funções no..., para efeitos da emissão de parecer 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.

1.2. O pedido de horário flexível apresentado pela trabalhadora mediante carta registada em 19.06.2017, rececionada pela entidade empregadora em 21.06.2017, tem o seguinte teor:

" (...) ..., com a categoria profissional de Comercial grado 3, a exercer funções na Loja do ..., ..., vem, nos termos do artigo 56º do Código do Trabalho, e demais normas legais e regulamentares aplicáveis, requerer que lhe seja atribuído um regime de horário flexível para prestar assistência inadiável e imprescindível à sua filha menor de doze anos, pelo período de cinco anos com o seguinte horário de trabalho:

Segunda a Sexta- feira: das 10h às 19h

Período para intervalo de descanso diário: 1h entre as 12h00 e as 14h

Período de descanso semanal: Sábado e Domingo

Como é do vosso conhecimento sou mãe solteira de uma criança com quatro anos de idade, a qual faz parte do meu agregado familiar.

A minha filha frequenta uma escola pública cujo horário de funcionamento é das 7.30h às 19.30h.

Neste momento, se não for eu a ir buscar a minha filha menor, não tenho ninguém que a vá buscar à escola e que fique a tomar conta dela depois das 19h30m.

Assim, solicito que me seja concedido o horário acima referido.

Declaro ainda que a minha filha menor vive em comunhão de mesa e habitação comigo.

..., 19 de Junho de 2017

Espera Deferimento,

(...)” .

- 1.3. Em 07.07.2017, a entidade empregadora notificou a trabalhadora da intenção de recusa, por carta registada, em 06.07.2017, com aviso de receção, e se reproduz:

*“ (...) Assunto: **Resposta a carta pelos recursos humanos recebida no dia 21.06.2017 - prestação de trabalho em regime de horário flexível - intenção de recusa no termos do artigo 57.º do Código do Trabalho.** Exma. Senhora ...*

Acusando desde já, a receção da carta através da qual solicitou a prestação de trabalho em regime de horário flexível, recebida pelos Recursos humanos a 21.06.2017, conforme comprovativo do registo dos CTT aposto no envelope (Cfr. Documento n.º 1 o qual se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais), sem prejuízo de a ..., S.A. promover políticas ativas de conciliação da vida profissional e familiar no sentido de melhorar o reconhecimento e valorização da gestão dos seus recursos humanos informamos que é nossa intenção, nos termos e para os efeitos dos números 2 e 3 do artigo 57.º do Código do Trabalho, recusar o pedido que nos apresentou com os fundamentos que a seguir se enunciam.

Por via da mencionada carta vem requerer a prestação de trabalho em regime de horário flexível, pretendendo que lhe seja atribuído um horário de trabalho fixo, de Segunda a Sexta- Feira, com início às 10H00 e termo às 19H00 horas, com

1 hora de intervalo para refeição entre as 12H00 e as 14H00 e período de descanso semanal ao Sábado e ao Domingo.

Alega, para tal, ser mãe, solteira, de uma criança com 4 anos de idade, com os quais vive em comunhão de mesa e habitação, invocando que a minha filha frequenta uma escola pública cujo horário de funcionamento é das 7H30 às 19H30' e que, "neste momento, se não for eu ir buscar a minha filha menor, não tenho ninguém que a vá buscar à escola e que fique a tomar conta dela depois das 19H30".

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, por colega que exerça funções de Vendedora, atenta a composição de trabalhadores que constituem o estabelecimento da ..., S.A. no Centro Comercial ..., em

Ademais, verifica-se a falta de preenchimento dos requisitos legais de que a atribuição de um horário de trabalho flexível depende e a ausência de provas dos factos alegados, nomeadamente:

- i) Não junta declaração da qual conste que a menor vive consigo em comunhão de mesa e habitação — e/ou comprovativo de que tem a seu cargo, em exclusivo a menor de 12 anos.
- ii) Nem junta informação sobre se o pai da menor faz parte do mesmo agregado familiar e/ou se o mesmo exerce atividade profissional e qual o horário praticado por aquele.

Como é do seu conhecimento, foi contratada pela ..., S.A. para o exercício das funções de Vendedora, no cumprimento de 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.

As referidas condições e disponibilidade para o exercício das funções profissionais em obediência aos referidos regimes de horário foram determinantes à intenção de a contratar por parte da ..., S.A., facto de que foi devidamente informada e do qual tem perfeito conhecimento.

O estabelecimento comercial da ..., S.A. sito no ..., em ..., 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, em permanência, por 8 trabalhadores com as seguintes funções/categorias profissionais/regimes de organização de tempo de trabalho:

- **1 Gerente de Loja** — com regime de isenção de horário de trabalho, o qual não presta trabalho nem integra os turnos rotativos, pelo que não é comparável à restante equipa nem tem que se coordenar com os demais;
- **3 (técnicos)** — em regime de turnos rotativos e com adaptabilidade, todas com um período normal de trabalho semanal de 40 horas, a que, em média, correspondem 8 horas diárias;
- **4 Vendedoras** — em regime de turnos rotativos e com adaptabilidade todas com um período normal de trabalho semanal de 40 horas, a que, em média, correspondem 8 horas diárias. Na presente data, é do conhecimento da Empresa que para além da trabalhadora ... a quem foi deferido pela CITE autorização de trabalho em regime de horário flexível para que lhe seja atribuído horário de 2.ª a 6.ª Feira das 10H00 às 19H00 com 1 hora de intervalo para refeição (parecer n.º 14/CITE /2017), para além da ora requerente, que solicita a prestação do mesmo horário, também a colega ..., igualmente vendedora, no dia 20 de junho apresentou pedido para prestar trabalho, de segunda a sexta-feira, das 10H00 às 19H00, com uma hora de intervalo de descanso.

Ora, se a CITE entender deferir o pedido ora apresentado pela colaboradora ... e o apresentado, anteriormente, pela trabalhadora ..., na prática significa que 3 das 4 colaboradoras nas funções de Vendedora do ... passam a prestar trabalho ao abrigo de regime de flexibilidade de horário, **todas em simultâneo e no mesmo horário de trabalho** tendo a loja que encerrar em alguns períodos em que se encontra contratualmente obrigada a manter o atendimento ao público / clientes, dado que 1 trabalhadora, nas funções de vendedora, é insuficiente

para assegurar o atendimento dos restantes horários, nomeadamente 1 dos turnos ao fim de semana (o primeiro ou o segundo turno) e 2 noites por semana (dada que a própria vendedora teria de folgar sempre de segunda a sexta-feira).

A Empresa vê-se, conseqüentemente, constrangida a realizar os seguintes turnos para garantir a disponibilidade total dos serviços prestados pela ..., S.A. em qualquer horário de funcionamento no qual os clientes / potenciais clientes do referido estabelecimento se desloquem ao mesmo e de modo a assegurar e compatibilizar os dias de descanso semanal obrigatório e complementar e/ou férias (dado que, por norma, há 1 elemento da equipa que está em descanso) da equipa:

- 1º Turno — das 10H00 às 19H00, composto por 1 Vendedor e 1 (técnico);

Em determinadas épocas do ano, a abertura do estabelecimento é assegurada por 1 Vendedor ou 2 Vendedores e 1 (técnico) que iniciam as suas funções às 11H00 (terminando às 20H00);

Uma vez que as consultas de ... são dadas num gabinete, interno e fechado, localizado dentro do próprio estabelecimento comercial, **é obrigatório que pelo menos 1 vendedor coincida, em simultâneo, no mesmo horário que o (técnico)** (sublinhado nosso), pois só assim é possível assegurar o atendimento de outros clientes, que se encontrem em loja sempre que existem consultas de ..., e a própria segurança da loja, sob pena de a mesma ter de encerrar **não sendo possível ao (técnico) estar em 2 locais ao mesmo tempo.**

- 2º Turno — das 15H00 às 24H00 (sexta, sábado e véspera de feriado), ou das 14H00 às 23H00 (domingo a quinta-feira) composto, no mínimo, por 2 a 3 vendedores e 1 a 2 (técnicos). A semelhança do referido acima, **é obrigatório que pelo menos 1 vendedor coincida no mesmo horário com o (técnico)** (sublinhado nosso) para assegurar o nível mínimo de segurança da loja e de atendimento.

O Gerente de Loja procura estar uns dias em horário mais próximo à abertura do estabelecimento comercial e outros dias em horário mais próximo ao de encerramento, mas não trabalha no regime de turnos, o seu horário pode ser

alterado, pelo que não é contabilizado nem comparável à restante equipa e não substitui nenhum dos demais.

Se é verdade que, em casos pontuais e/ou urgentes, o Gerente possa esporadicamente realizar outras tarefas, a sua função é, no entanto, a de Gerente — função da qual, para o bom funcionamento da Loja, não se pode, em qualquer altura, prescindir.

De igual forma, e para o efeito, não serão atendíveis nem comparáveis as colaboradoras (técnicos) em virtude de não caberem nas suas competências primordiais as funções de Venda pelo que não poderão estas substituir a todo o tempo as vendedoras sem comprometerem o trabalho técnico para o qual foram contratadas.

Efetivamente, reforçando a anteriormente referido, tal também não seria possível uma vez que não pode ficar apenas uma (técnico) na loja por motivos de segurança e gestão dos atendimentos. Isto porque encontrando-se uma (técnico) a atender um cliente, esta fá-lo-á no respetivo gabinete, á porta fechada, pelo que não se encontrando qualquer vendedora de serviço na loja, não haverá quem atenda potenciais clientes — que muito provavelmente se dirigirão à concorrência — nem quem assegure a segurança da loja.

Ademais, 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 ..., S.A. como proceder, a médio prazo, à contratação de mais elementos fixos e assumir os custos inerentes a uma nova contratação ou ao aumento do quadro de pessoal, sobretudo de um trabalhador com as funções de Vendedor, com os montantes que lhe estão associados.

Do mesmo modo, não é possível à ..., S.A. proceder à transferência do local de trabalho de outros colaboradores, quer pelos custos associados com essa transferência, quer porque tal causaria prejuízo para outros trabalhadores que passam a ter uma maior distância entre local de trabalho / residência, quer porque se os trabalhadores prestam trabalho por turnos, têm a expectativa de mudar o turno, o que seria impossível na loja em questão, dado que qualquer trabalhador teria que ficar obrigatoriamente alocado ao turno da noite e sem

folgas aos fins de semana, sendo que tal, em termos de gestão de recursos humanos, é desmotivador para a própria equipa.

Ora, não é, de todo, proporcional, razoável ou adequado exigir a um estabelecimento que, pura e simplesmente, encerre a partir das 19H00, quando o centro comercial onde se insere encerra às 24H00, podendo, assim, perder até 5 horas de abertura (vide mapa de horários infra, correspondente à simulação, no mês de Julho de 2017, do horário de funcionamento da loja em questão, caso seja atribuído horário de trabalho flexível às 3 Vendedoras) — com a perda de clientes e de receita que tal encerramento implica.

Pelo encerramento da loja do ... por motivo imputável à ..., S.A. pode a mesma, conforme acordado, ser responsabilizada contratualmente pela sociedade que gere o Centro Comercial.

Efetivamente, caso a ..., S.A. viole a obrigação prevista na cláusula 2.^a do Contrato de Utilização de Loja em Centro Comercial, celebrado com a (parceira)...SA., celebrado em 12 de outubro de 2014 e válido até 11 de Outubro de 2020, relativa à obrigação pela ..., S.A. de exercer a sua "atividade de forma continuada e ininterrupta durante todo o período de abertura ao público do Centro Comercial, mantendo dessa forma a loja encerrada por um período contínuo superior a 30 dias ou, por mais de 60 dias intercalados, a (parceira), S.A. tem o direito de resolver o contrato de utilização".

Ao direito de resolução do contrato por parte da (parceira)..., S.A. — previsto igualmente na cláusula 16 do Contrato de Utilização -, acresce ainda o pagamento de uma sanção pecuniária, por parte da ..., S.A., "equivalente a 1/30 da retribuição mínima mensal por cada hora ou fração que a loja se tenha mantido encerrada durante o período de abertura do Centro Comercial (sublinhado nosso), conforme o disposto na cláusula 15.^a do referido Contrato e a obrigação da ..., S.A. de indemnizar a (parceira)..., SA, pelos prejuízos para esta advenientes da extinção do Contrato por efeito da resolução em virtude do incumprimento das obrigações assumidas pela ..., S.A. (cfr. Cláusula 16.^a, ponto 9, do Contrato de Utilização).

Uma loja da ..., S.A. não pode, como naturalmente se entende, funcionar sem Vendedoras e, como já referido, não tem como proceder, a médio prazo, à

contratação de um 9.º elemento fixo (até porque não poderia ficar, sempre, uma pessoa encarregue do segundo turno e dos dois turnos do fim de semana) nem assumir os custos inerentes a essa contratação adicional.

Nem tal se justifica porquanto a contratação e estruturação inicial do estabelecimento foram realizadas tomando em consideração uma organização de tempos de trabalho assente em turnos, que viabilizem o seu funcionamento.

Uma alteração completa do tempo de trabalho de todas as Vendedoras colocaria em causa esse funcionamento e poderia resultar, em último caso, no próprio encerramento do estabelecimento da ..., S.A. no ..., por incapacidade financeira de manutenção do mesmo — até pela existência de mais estabelecimentos concorrentes no referido centro comercial ("...", "...", "..."). ".

Segue quadro

"A circunstância de as 3 Vendedoras pretenderem prestar trabalho no mesmo turno (das 10H00 às 19H00) faria com que a Empresa tivesse 1 ou 2 colaboradores a mais no mesmo turno, de segunda a sexta-feira e tivesse apenas uma colaboradora nesta função no segundo turno de 3 dias de segunda a sexta (já que para trabalhar sempre ao sábado e ao domingo, teria de folgar obrigatoriamente durante 2 dias por semana, dias esses que não teriam como ser assegurados no período noturno - a vendedora... — a qual teria igualmente que assegurar os 2 turnos dos fins de semana. Ora, tal afigura-se impossível e ilegal uma vez que o Código do Trabalho impõe limites diários e, seria impossível que 1 trabalhadora assegurasse o horário integral de funcionamento das 10H00 às 24H00 ao fim-de-semana.

Ora, em resumo, acedendo-se aos 3 requerimentos de prestação de trabalho em regime de horário flexível, atendendo a que caberia à colaboradora ... assegurar os turnos "indesejados" pelas restantes, sucederia a seguinte situação:

- Nos dias de descanso da colaboradora ..., de segunda a sexta-feira, a loja ficaria sem vendedores no 2.º turno; e
- Aos fins de semana, a loja ficaria sem vendedores no 1.º ou no 2.º turno, em virtude da vendedora ... não poder assegurar os dois.

Não restam dúvidas de que tal situação seria inoportuna quer financeira, quer em termos de logística de recursos humanos, comprometendo, de forma irremediável, o funcionamento da loja.

Uma empresa como a ..., S.A., inserida dentro de um centro comercial como o ..., no qual existem como supra referido, pelo menos, mais três estabelecimentos concorrentes ("..."; "... e "...), tem de garantir:

- (i) A abertura do estabelecimento do cliente entre as 10H00 e as 24H00, bem como
- (ii) O cumprimento de todos os procedimentos organizacionais e legais de que depende a abertura e fecho; e
- (iii) Que estão presentes o número mínimo de colaboradores durante todo o período de funcionamento do local de trabalho a que se encontra afeto para poder proporcionar aos potenciais clientes um serviço integral (de vendas e de ...) em permanência, sob pena de os potenciais clientes recorrerem, de imediato, a uma loja concorrente ou até de se verificar perda de clientes,
- (iv) É imprescindível que em cada turno exista, em simultâneo, 1 trabalhador com funções de vendedor e 1 com funções de (técnico), para que o estabelecimento comercial funcione em termos mínimos;
- (v) Os fins de semana e as sextas-feiras, sobretudo no segundo turno, são os períodos em que se regista maior afluência de clientes pelo que por vezes, até é necessário funcionar com 3 elementos pelo menos no 2.º turno e/ou reforçar a equipa com um turno intermédio, o que se torna impraticável e impossível com a alocação de apenas uma trabalhadora - a única que não tem filhos.

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, têm filhos menores de 12 anos as seguintes vendedoras:

- a. Vendedora (...) — 1 filha menor de 12 anos — a qual aqui vem requerer a prestação de trabalho em regime de flexibilidade;
- b. Vendedora (...): 2 filhos menores de 12 anos - que requereu, quase em simultâneo a colega anterior, a prestação de trabalho em regime flexibilidade

de horário de trabalho e a quem se remeteu resposta nos mesmos termos à ora apresentada, até por uma questão de igualdade;

c. Vendedora (...): 2 filhos menores de 12 anos — que requereu a prestação de trabalho em regime flexibilidade de horário de trabalho, o qual foi concedido pela CITE conforme resulta do Parecer n.º 285/CITE/2017, processo n.º 730/FH/2017, datado de 31.05.2017

A Empresa, ainda que tente procurar atender aos pedidos que visam a conciliação da vida familiar com a profissional, não tem dúvidas de que perante o deferimento, pela CITE, do requerimento de prestação de trabalho em regime de flexibilidade de horário de trabalho da colaboradora ..., o recente requerimento de prestação de trabalho em regime de flexibilidade de horário de trabalho da colaboradora ..., e o presente requerimento, esta se encontra, à data, perante uma situação de colisão de direitos, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 335.º do Código Civil, porquanto constata que há 3 dos 4 colaboradores (sublinhado nosso), que constituem a equipa de vendas, que solicitaram a aplicação do regime de flexibilidade de horário, em moldes muito semelhantes, e que põe em causa o funcionamento da empresa não sendo possível a substituição de nenhuma das 3 trabalhadoras, a saber:

Com efeito, no caso em apreço, 3 trabalhadoras — incluindo a colaboradora ... — até ao momento, pediram para prestar trabalho das 10H00 às 19H00, sendo que **as 3 trabalhadoras requereram o descanso semanal ao Sábado e ao Domingo, o que inviabilizaria totalmente a abertura do estabelecimento de Segunda a Domingo, das 10H00 às 24H00** (sublinhado nosso) — horário de abertura do Centro Comercial em que se insere, conforme acima demonstrado. Ora, não podendo beneficiar uns em detrimento dos outros, inclusive relativamente à colaboradora ..., a quem já foi concedido tal regime, estamos perante uma situação clara e inequívoca de eventual colisão de direitos com outros trabalhadores em idênticas circunstâncias, pelo que a ..., S.A. tem de procurar, na definição dos horários de trabalho, que todas possam praticar equitativamente turnos rotativamente em, regime diurno e noturno, de modo a que cada uma tenha a possibilidade de acompanhar os filhos que delas dependem.

A ..., S.A. informa, igualmente, que não é possível lançar mão de outros mecanismos — designadamente:

- i) Trabalho suplementar;
- ii) Nem contratar colaboradores adicionais, face aos custos fixos que tais contratações representariam;
- iii) Nem alterar o local de trabalho e/ou proceder à troca com outros colaboradores de outras lojas dado que há vários colaboradores ausentes por motivos de baixas / gozo de licenças noutras lojas / tais alterações implicam custos adicionais para a empresa e por vezes até para os trabalhadores (nomeadamente por implicarem custos adicionais de tempo e/ou de transporte face à morada de residência).

Tal como tem sido o entendimento da jurisprudência dominante, nomeadamente o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26.04.2010, Processo n.º 123/09.OTTVNG.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 artigo 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»

No mesmo sentido, a doutrina tem entendido, que “Salvo melhor opinião, deverá entender-se que constitui uma exigência imperiosa do funcionamento da **empresa quando, por exemplo, exista já um número elevado de trabalhadores a usufruírem de um horário flexível**, e a concessão de mais algum acarretaria que o horário de funcionamento da empresa ou estabelecimento deixasse de ser assegurado. A proteção na parentalidade, sendo um direito constitucionalmente reconhecido, **não deverá colocar em causa a sustentabilidade da empresa** ou estabelecimento, e assim a viabilidade dos seus postos de trabalho, caso contrário consubstanciaria uma restrição à livre iniciativa económica privada, e mesmo uma **clara ofensa ao direito constitucional à propriedade privada**, cfr. n.º 1 do artigo 61º, no n.º 1 do artigo

66.” e no n.º 1 do artigo 62.” da Constituição da República Portuguesa” (negritos nossos) — neste sentido, confira-se “Código de Trabalho Anotado, 2.ª edição atualizada, Dr. Diogo Vaz Marecos, Coimbra Editora, 2012).

É impraticável - a menos que a trabalhadora da loja a quem a CITE concedeu o horário flexível, de 2.ª a 6.ª feira das 10H00 às 19H00, aceite abdicar desse direito, e que não sejam deferidos nem o presente requerimento, nem aquele da colaboradora ... - manter a loja aberta durante o período noturno de segunda a sexta-feira, bem como aos fins de semana apenas com 1 trabalhadora — a colaboradora ... - **Para além de que tal implica que não sejam assegurados os serviços de venda entre as 19H00 e as 24H00, de segunda a sexta-feira, bem como aos fins de semana (sublinhado nosso) assim como a segurança física e logo, de funcionamento se a loja tiver de funcionar unicamente com 1 elemento.** Informamos, ainda, 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.

Por último, informamos que a colaboradora ... terá de comprovar, por documento idóneo, os factos que alega no seu requerimento, nomeadamente:

- Declaração da qual conste que o menor vive consigo em comunhão de mesa e habitação — e/ou comprovativo de que tem a seu cargo, em exclusivo, o menor de 12 anos.
- Informação sobre se o pai da menor carece de disponibilidade para assegurar o acompanhamento da mesma, nomeadamente se exerce atividade profissional subordinada e qual o horário praticado.

Pedimos, então, que junte comprovativos documentais destes factos.

Desta feita, e atentando a todo o supra exposto, temos de concluir pela desproporcionalidade do pedido que nos dirige, reiterando que o mesmo não tem sequer em consideração a moldura de horário que consigo foi contratada (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.

Assim, a sua presença revela-se indispensável, dado que apenas existem 4 Vendedoras, uma das quais beneficia de flexibilidade de horário de trabalho, por atribuição da CITE e outra que igualmente veio requerer a prestação de trabalho em horário flexível, pelo que com o seu pedido e o da colaboradora ..., passaria a Vendedora ..., da mesma loja, a prestar funções de segunda a sexta-feira no segundo turno e aos fins de semana nos dois turnos existentes, i.e., das 10H00 às 24H00, por existir colisão de direitos, sendo 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 em complemento ao já concedido á data e ao pedido efetuado pela colaboradora

Não é justo para nenhuma das 3 colaboradoras, onde se inclui poder(em) beneficiar de tal pedido (ou pedido semelhante) e/ou ser prejudicadas em detrimento das demais.

Face a uma pluralidade de situações das quais resultem direitos de valor idêntico, a ..., S.A. poderá fazer ceder, na medida do necessário, os direitos em causa para que todos possam exercê-los equitativamente.

A ..., S.A. propõe, 1 em cada 3 semanas, assegurar a 1 trabalhadora com funções de Vendedora, que tenha apresentado o pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível no ..., a integração de um horário das 10H00 às 19H00 horas, de segunda a sexta-feira, de modo a não beneficiar uma(s) em detrimento da(s) outra(s), devendo nas restantes semanas ser(em) incluída(s) no retorno à rotação de horário de segunda-feira a domingo em horários dentro do 1.º ou do 2.º turno, ainda que, sempre que possível as aloque equitativamente a horários entre as 10 e as 19 horas de segunda-feira a domingo,

Tem sido também entendimento da CITE que "podem ocorrer circunstâncias em que não seja possível atribuir um serviço dentro do período de tempo indicado, uma vez que, existindo outro/as trabalhador/as com direitos idênticos, a entidade patronal deve elaborar os horários de cada um/a dele/as permitindo o seu direito subjetivo à conciliação na medida do que seja possível, em função

dos direitos subjetivos do/as outro/as trabalhadores/as e das razões imperiosas do funcionamento do serviço”.

Aliás no Parecer n.º 285/CITE/2017, processo n.º 730/FH/2017 de 31.05.2017, perante situação semelhante àquela sobre a qual nos debruçamos, relativamente a várias trabalhadoras da ..., S.A. no estabelecimento comercial sito ..., também no mesmo Distrito do ..., considerou a CITE existirem “razões imperiosas do funcionamento do serviço que fundamentam a recusa, nos termos em que é exigido pelo n.º 2 do artigo 57.º do Código do Trabalho”, motivo pelo qual emitiu parecer favorável à recusa pela ..., S.A. dos pedidos de prestação de trabalho em regime de horário de trabalho flexível, apresentado por várias colaboradoras daquele estabelecimento, tendo a empresa proposto, à semelhança do que é apresentado acima, a manutenção de um horário que satisfaça todas as semanas, de forma rotativa, uma das trabalhadoras, das 10H00 às 19H00, de segunda a sexta-feira, com 1 hora de intervalo de descanso. Como é naturalmente perceptível, não tem a ..., S.A. como manter esta loja aberta se 3 das 4 trabalhadoras que prestam trabalho em regime de turnos tiverem um horário nos moldes que nos estão a ser requeridos — das 10H00 às 19H00, de Segunda a Sexta-Feira, visto que seria totalmente impossível que apenas uma colaboradora prestasse trabalho no 2.º turno, durante os 7 dias da semana e no 1.º e 2.º turno durante os fins de semana — estando em causa a manutenção de todos os postos de trabalho.

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

Melhores Cumprimentos.

O Representante Legal

(...)

- 1.4. Do processo, constam vários anexos nomeadamente, cópias do Parecer n.º 147/CITE/2017, pedido de flexibilidade de horário apresentado por outra trabalhadora, documentos solicitados à trabalhadora ora em causa, Parecer n.º 285/Cite/2017.

Não consta do processo que a a trabalhadora tivesse apresentado apreciação á intenção de recusa.

- 1.5. Cabe à CITE, nos termos do Decreto-Lei n.º 76/2012 de 26 de março, que aprova a lei orgânica, artigo 3.º, sob a epígrafe: “Atribuições próprias e de assessoria”:

“(...) c) 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. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela resolução n.º 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979, e com entrada em vigor na ordem internacional a 3 de setembro de 1981, em conformidade com o artigo 27.º, n.º 1, assinada por Portugal a 24 de abril de 1980 e aprovada para ratificação pela Lei n.º 23/80, de 26 de julho, publicada no Diário da República I Série A, n.º 171/80 e em vigor na ordem jurídica portuguesa desde 3 de setembro de 1981, determina no seu artigo 11.º que:

“Os Estados Partes comprometem-se a tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres no domínio do emprego com o fim de assegurar, com base na igualdade dos homens e das mulheres, os mesmos direitos, em particular: (...)

Instituir a concessão do direito a um período de dispensa do trabalho por ocasião da maternidade pago ou conferindo direito a prestações sociais comparáveis, com a garantia da manutenção do emprego anterior, dos direitos de antiguidade e das vantagens sociais (...).”

- 2.2. A Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e

igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional determina que devem “(...) *Os Estados-Membros (...) 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.*

2.2.2. *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 (...)” .*

2.3. 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 (...).”

2.3.1. 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. (...)”.

2.3.2. 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 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) (...)”

2.3.3. 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. (...)”.

2.4. 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) (...).

2.4.1. O CT dedica uma Subsecção, IV, à Parentalidade (artigos 33 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.
(...)”*

2.4.2. 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.º1-“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”.

2.4.3. 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;

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. (...)."

2.4.4. 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".

2.4.5. 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. (…);”.

- 2.6.** Porque a entidade empregadora refere a existência de vários horários em regime de flexibilidade bem como de outro já solicitado atualmente de emissão de Parecer pela CITE, importará referir que de acordo com 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 (atual artigo 56.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”.*
- 2.7.** Na sequência de todo o exposto, compulsadas as normas legais sobre a matéria com o pedido *sub judice*, de salientar em primeiro lugar que toda esta legislação estabelece princípios fundamentais, direitos e deveres das entidades empregadoras e das trabalhadoras e dos trabalhadores, plasmados nas Diretivas Europeias transpostas por Portugal, consagrados na CRP e CT, que se devem concretizar na adoção de horários de trabalho destinados a facilitar a conciliação dos e das trabalhadoras com responsabilidades familiares pelas entidades empregadoras, de acordo com o disposto nos artigos 56.º e 57.º do CT, devendo o empregador cumprir os prazos previstos naqueles normativos recusar o pedido com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável, o que significa que as entidades empregadoras, devem demonstrar

um cuidado acrescido nestes casos, concretizando objetiva e coerentemente, na prática, em que se traduzem tais exigências imperiosas.

- 2.8.** De sublinhar, como a CITE tem entendido, que o facto de poderem existir outros horários, não significa que outros requeridos, por razões semelhantes, tenham que ser indeferidos, uma vez que não podendo todos os horários de trabalho concentrar-se em determinado ou determinados períodos do dia, terão, então, que ser rotativos para que todos/as os/as trabalhadores/as possam usufruir, o mais tempo possível, desses horários, desde que não fique, nunca, prejudicado, o funcionamento normal da loja (das 10 h às 24 h, de segunda-feira a domingo – horário do funcionamento do centro comercial).
- 2.9.** Assim, nas situações 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 a trabalhadora requerente exerce funções, poderá a entidade empregadora, distribuir equitativamente pelos/as trabalhadores/as os horários a descoberto.
- 2.10.** Convém salientar que a CITE tem entendido que no horário flexível, a elaborar pelo empregador, nos termos do n.º 3 do artigo 56.º do Código do Trabalho, cabe sempre a possibilidade de efetuar um horário fixo, o que é mais favorável ao empregador, dado que, nos termos do aludido horário flexível, o trabalhador poderá não estar presente até metade do período normal de trabalho diário, desde que cumpra o correspondente período normal de trabalho semanal, em média de cada período de quatro semanas, conforme dispõe o n.º 4 do referido artigo 56º do mesmo Código.
- 2.11.** Também de referir que, nos termos do disposto do n.º 1 do mencionado artigo 57.º deve ser considerada suficiente a respetiva declaração da trabalhadora, não sendo portanto necessário que a mesma apresente comprovativos desta declaração.

2.12. Nestas circunstâncias, apesar de a entidade empregadora apresentar razões que poderiam indiciar a existência de exigências imperiosas do seu funcionamento, não demonstra suficiente, objetiva e inequivocamente que o horário requerido por esta trabalhadora ponha em causa esse funcionamento, tendo em conta o pedido da trabalhadora, ponto 1.2, da intenção de recusa da entidade empregadora, ponto 1.3, bem como o referido no ponto 2.6, 2.8 e 2.9, por não ter concretizado e explicado suficientemente, relativamente a todos/as trabalhadores/as, os períodos de tempo que, no seu entender, deixariam de ficar convenientemente assegurados, face a todos os meios humanos existentes, necessários e disponíveis.

III – CONCLUSÃO

- 3.1. Face ao exposto, a CITE emite parecer desfavorável à intenção de recusa da entidade empregadora ..., S.A., relativamente ao pedido de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pela trabalhadora com responsabilidades familiares,
- 3.2. A entidade empregadora 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 à trabalhadora essa mesma conciliação, nos termos, respetivamente, do n.º 3 do artigo 127.º, da alínea b) do n.º 2 do artigo 212.º e n.º 2 do artigo 221.º todos do Código do Trabalho 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 16 DE AGOSTO DE 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 CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL

(CCP), DA CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL (CIP), E DA CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS (CTP), TENDO O REPRESENTANTE DO MINISTRO DAS FINANÇAS COM ATRIBUIÇÕES NA ÁREA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APRESENTADO A SEGUINTE DECLARAÇÃO DE VOTO:

" Declaração de voto

Processo n.º 1106/FH/2017

Voto o parecer subscrevendo a conclusão.

No entanto, considero que se verificam exigências imperiosas do funcionamento da empresa, atento o pedido do trabalhador e a organização dos tempos de trabalho.

Tais exigências só não relevam, no meu entender, porque a própria empresa admite a possibilidade de acolher, ao menos parcialmente, a pretensão da interessada, através, designadamente, da reorganização dos tempos de trabalho.

Nesta conformidade, justifica-se o parecer desfavorável para que as partes possam explorar alternativas que permitam a melhor composição dos interesses.

16 de Agosto de 2017

(...)"