

PARECER N.º 97/CITE/2017

Assunto: Parecer prévio à intenção de recusa do pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível de trabalhadora com responsabilidades familiares, nos termos do n.º 5 do artigo 57.º do Código do Trabalho

Processo n.º 200 – FH/2017

I – OBJETO

1.1.A CITE recebeu em 7/2/2017, da empresa ..., um pedido de emissão de parecer prévio à recusa do pedido de horário flexível apresentado pela trabalhadora ...

1.2.Através de requerimento datado de 11/1/2017, e recebido pela entidade empregadora em 12/1/2016, a referida trabalhadora solicitou a prática de horário flexível, nos termos seguintes:

1.2.1. *Nos termos e para os efeitos previstos nos artigos 56.º e 57.º do código do trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12/2, e tendo em conta de que sou mãe de menor de 12 anos que comigo vive em comunhão de mesa e habitação, venho requerer a aplicação de horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares, pelo prazo máximo permitido por lei.*

1.2.2. *Semelhante horário deverá ser aplicado no prazo máximo de 30 dias previsto no n.º 1 do artigo 57.º do código do trabalho, e deverá caracterizar-se por, de modo alternado, o meu gozo do descanso semanal ser consecutivo, e recair apenas aos sábados e domingos.*

1.3.A entidade empregadora solicitou à requerente uma concretização da sua pretensão, tendo esta respondido que o seu pedido *refere-se a folgar apenas aos sábados e domingos.*

1.4.Através de ofício datado de 27/1/2017 e entregue à trabalhadora requerente no dia 30/1/2017, a entidade patronal comunicou a recusa do pedido, com os seguintes fundamentos:

- 1.4.1. *Acusamos a receção, no dia 12.01.2016, em resposta, comunicamos que é intenção da sua entidade empregadora recusar o seu pedido de alteração do regime de folgas, nomeadamente, com os seguintes fundamentos,*
- 1.4.2. *A solicitação de V. Exa. não constitui um horário flexível na aceção do artigo 56.º do Código do Trabalho.*
- 1.4.3. *Com efeito, esse conceito está previsto no n.º 2 do artigo 56.º do CT, segundo o qual o horário flexível é “aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e de termo do período normal de trabalho diário”.*
- 1.4.4. *Não obstante, compete ao empregador elaborar o horário de trabalho, indicando «os períodos de início e de termo do período normal de trabalho diário, cada um com duração não inferior a um terço do período normal de trabalho diário (...)» (alínea b), n.º 3, artigo 56.º do CT).*
- 1.4.5. *Ou seja, o trabalhador poderá escolher as horas de início e de termo da sua atividade, mas desde que dentro de uma certa margem de tempo definida pelo empregador E, ainda, respeitando o intervalo de descanso e os períodos de presença obrigatória definidos pelo empregador [alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 56.º do CT).*
- 1.4.6. *Acontece que, ainda que V. Exa. mencione o artigo 56.º do CT, o que V. Exa. exige é, isso sim, um regime de folgas fixas. Acontece que o horário flexível, nada tem que ver com o regime de folgas praticados, mas sim com os períodos de início e de termo da jornada de trabalho.*
- 1.4.7. *Aliás, já neste sentido teve oportunidade de se pronunciar o Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão proferido a 18.05.2016, onde se decidiu que “Se o trabalhador pretender exercer esse direito, é ainda ao empregador que cabe fixar o horário de trabalho (art.º 56.º n.º 3 corpo), mas deve fazê-lo dentro dos parâmetros fixados pela lei (artº 56.º n.º 3, alíneas a), b) e c) e n.º 4). Não é o caso dos autos, uma vez que a R. pretende ser ela própria a estabelecer os limites dentro do qual pretende exercer o seu direito: muito menos lhe caberia determinar os dias em que pretende trabalhar - o horário flexível diz respeito aos limites diários.”.*

- 1.4.8.** *Também o Tribunal Judicial do Porto, 5ª Secção do Trabalho, J2, em 14.10.2016, aderiu à tese sustentada pelo Tribunal da Relação de Lisboa em 18.05.2016, mais tendo acrescentado que “Do exposto, resulta que para além da circunstância de estar em causa o próprio funcionamento da empresa, não nos podemos alhear da circunstância de existirem outros trabalhadores nas mesmas circunstâncias e que desse modo não poderiam, ou ficariam muito limitados a folgar aos sábados e domingos, o que levaria a um tratamento diferenciado e discriminatório relativamente à Ré.”*
- 1.4.9.** *Desta forma, e conforme esclarecido, o direito a horário flexível consagrado no Código do Trabalho nada tem que ver com a escolha dos dias de trabalho e dos dias de descanso semanal, pelo que o regime de folgas não tem qualquer relação com o direito consagrado no artigo 56.º do CT.*
- 1.4.10.** *Em suma, o conteúdo do seu pedido não corresponde ao regime previsto nos artigos 56.º e 57.º do CT, pelo que o seu pedido não está sujeito à disciplina legal emergente das referidas normas.*
- 1.4.11.** *Acresce que, acerca das exigências imperiosas do funcionamento da loja:*
- 1.4.11.1.** *Os dias de maior afluência de clientes são o fim de semana. Assim, é durante este período que a empresa mais precisa do trabalho de V, Exa. Contudo, o horário que propõe, não lhe permite estar disponível para o trabalho durante todos esses dias. Logo, se lhe fosse concedido o regime de folgas que pretende, a empresa deixaria de poder contar com o seu serviço durante uma parte substancial do “pico” de afluência de clientes.*
- 1.4.11.2.** *Naturalmente, considerando que a loja se encontra inserida na estrutura de um centro comercial, o sábado e o domingo representam uma percentagem significativa das vendas semanais da loja. Assim, é nestes dias que a empresa precisa de ter mais trabalhadores disponíveis. Desta forma, a empresa não pode conceder a V. Exa. folgas fixas ao sábado e domingo, na medida em que esses são os dias em que o seu trabalho é mais necessário,*
- 1.4.11.3.** *Por outro lado, se a ... lhe atribuir o regime de folgas que V. Exa pretende, isso significará excluí-la do sistema de folgas rotativas em vigor na loja. Este*

esquema permite uma distribuição tendencialmente equilibrada das folgas por todos os trabalhadores do estabelecimento.

1.4.11.4. *Com efeito, na secção onde V. Exa. desempenha funções, trabalham, neste momento, mais 10 pessoas, que ficariam necessariamente prejudicadas se V. Exa fosse excluída de tal sistema.*

1.4.11.5. *Acresce que, dessas 11 pessoas, 6 têm filhos com menos de 12 anos e que pretendem, igualmente, acompanhá-los. Ora, com a rotatividade de folgas é possível gerir os dias de descanso semanal dos colaboradores de forma a que todos tenham direito a ver a sua folga coincidir com o sábado e/ou domingo de forma relativamente igualitária. Excluí-la deste sistema resultaria, necessariamente, numa divisão absolutamente desproporcional.*

1.4.11.6. *Acresce que, na loja existem 200 trabalhadores, sendo que 74 deles têm filhos com idade inferior a 12 anos.*

1.4.11.7. *Por outro lado, e como V. Exa bem sabe, desde agosto de 2014, aquando do nascimento da primeira filha de V. Exa., tem havido o esforço da empresa para elaborar o V/ horário da parte da manhã, sempre que possível, de forma a ajudar na conciliação da vida profissional e pessoal de V. Exa. Assim, na exata medida em que a ... tem podido cooperar com V. Exa., tem-no feito. Contudo, o pedido que agora nos endereça, quer por extrapolar os limites do horário flexível, quer pelas circunstâncias enunciadas supra, não pode ser aceite.*

1.4.11.8. *Por fim, a empresa também não se pode comprometer a atribuir-lhe um regime de folgas imutável durante quase onze anos, devido à dificuldade em prever a evolução das necessidades de serviço e organizacionais a longo prazo, que podem ser influenciadas por diversas variáveis, e que tornam impossível a fixação de um horário por um período de tempo tão longo.*

1.5. *A trabalhadora apresentou a sua apreciação à recusa datada de 21/10/2016 e recebida na empresa em 25/10/2016, nos seguintes termos:*

1.5.1. *O acórdão que referiram é para o caso concreto e a sentença não tem outros efeitos que não seja delimitar a contenda entre as partes. Assim, a trabalhadora requer que lhe seja concedido o horário tal como referiu*

anteriormente.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 2.1.** A Constituição da República Portuguesa no seu artigo 68.º, n.º 2, secundada pelo Código do Trabalho no artigo 33.º, n.º 1 dispõe que *a maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes.*
- 2.2.** Dispõe ainda a Constituição, no seu artigo 59.º, n.º 1, al. b) 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.** Para execução destes direitos, o Código do Trabalho, no seu artigo 56.º – *horário flexível do trabalhador com responsabilidades familiares* – estabelece que *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 flexível...*
- 2.4.** Conforme dispõe o n.º 2 deste artigo, *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.*
- 2.5.** O/A trabalhador/a deve observar os seguintes requisitos quando formula o pedido de horário flexível:
- *Solicitar o horário ao empregador com a antecedência de 30 dias;*
 - *Indicar o prazo previsto, dentro do limite aplicável;*
 - *Declarar que o menor vive consigo, em comunhão de mesa e habitação.*
- 2.6.** 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.

- 2.7.** 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/a trabalhador/a, nos termos do n.º 5 e 8 do artigo 57.º do Código do Trabalho, implicando, quer a sua falta quer o não cumprimento do prazo, a aceitação do pedido, nos seus precisos termos.
- 2.8.** No processo ora em apreciação, a trabalhadora requer um horário que se caracteriza por *“folgar apenas aos sábados e domingos”*;
- 2.9.** A entidade patronal apresenta como justificação para a recusa, em síntese, que:
- 2.9.1.** *O pedido não corresponde ao regime previsto no artigo 56º e 57º do Código do Trabalho;*
- 2.9.2.** *A maior afluência de clientes é o fim de semana e é quando a empresa tem de ter mais trabalhadores disponíveis;*
- 2.9.3.** *Na secção onde a requerente labora há 6 trabalhadores/as com filhos menores de 12 anos, e, com a rotação das folgas é possível que todos tenham a folga a coincidir com sábado e domingo de forma relativamente igualitária;*
- 2.10.** A trabalhadora apresenta a sua apreciação reafirmando a necessidade de conciliação, acrescentando que as sentenças que citam têm apenas aplicação às partes.
- 2.11.** Analisando a resposta da entidade empregadora, diga-se que não tem razão relativamente à regularidade do pedido, visto que, aquilo que a trabalhadora solicita se enquadra no disposto no n.º 2 do artigo 56º do Código do Trabalho.
- 2.12.** Por período normal de trabalho entende-se, nos termos do artigo 198º do Código do Trabalho, *o tempo de trabalho que o trabalhador se obriga a prestar, medido em número de horas por dia e por semana”*.
- 2.13.** Por outro lado, o artigo 200.º n.º 1 do mesmo diploma legal estabelece que *“se entende por horário de trabalho a determinação das horas de início e termo do período normal de trabalho diário e do intervalo de descanso, bem como do descanso semanal”*.

- 2.14.** Portanto, daqui decorre que, tal como ensina o Prof Monteiro Fernandes “*o horário de trabalho compreende não só a indicação das horas de entrada e de saída do serviço, mas também a menção do dia de descanso semanal e dos intervalos de descanso*”¹.
- 2.15.** Portanto, a previsão do artigo 56º n.º 2 do Código do Trabalho ao usar a expressão “*período normal de trabalho diário*” deve ser entendida como abrangendo tanto os dias da semana em que o/a trabalhador/a pretende trabalhar como os dias da semana em que não pretende trabalhar. E, por isso, o pedido considera-se corretamente formulado.
- 2.16.** Sendo assim, era ónus da entidade empregadora justificar com razões imperiosas do funcionamento da empresa ou pela impossibilidade de substituir a trabalhadora, nos termos do n.º 2 do artigo 57º do Código do Trabalho a recusa do horário requerido.
- 2.17.** Ao determinar no artigo 212.º, n.º 2, al. b) do Código do Trabalho que compete ao empregador *facilitar a conciliação da atividade profissional com a vida familiar*, a lei impõe ao empregador a elaboração de horários de trabalho que deem execução a esse direito constitucional (art 59.º CRP). O mesmo decorre do artigo 127.º n.º 3, que dispõe que *o empregador deve proporcionar ao trabalhador as condições que favoreçam a conciliação da vida profissional com a vida familiar*.
- 2.18.** Nos casos em que o/a trabalhador/a apresente requerimento com base no artigo 56.º e 57.º do Código do Trabalho, a entidade empregadora deve fundamentar a recusa do horário flexível requerido em razões imperiosas do funcionamento do serviço ou na impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a.
- 2.19.** Compete à entidade empregadora gerir de forma equilibrada o horário de trabalho dos/as seus/suas trabalhadores/as, por forma a garantir a plenitude do funcionamento do serviço, organizando-o com ponderação dos direitos de todos/as e de cada um/a deles/as, onde se inclui o direito à conciliação da vida profissional com a vida familiar, que é, em si mesmo, também de interesse público, além do mais, por resultar de previsão legal e constitucional.

¹ António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, Almedina, 12ª edição, pág. 336

- 2.20.** Portanto, sem prejuízo do cumprimento das normas legais aplicáveis à elaboração dos horários de trabalho, a consagração constitucional e legal do direito à conciliação da atividade profissional com a vida pessoal e familiar e o correspondente dever do empregador de a promover, impõe que, na elaboração dos horários de trabalho, este garanta, na medida do que for possível e sem afetar o regular funcionamento organizacional, uma discriminação positiva dos/as trabalhadores/as que o requeiram, em detrimento de um tratamento igualitário de todos/as os/as elementos da equipa de profissionais do serviço.
- 2.21.** Também não pode ter acolhimento a alegação de que outros/as trabalhadores/as estão com filhos menores de 12 anos.
- 2.22.** Nestas circunstâncias, o empregador deve autorizar o horário requerido pelas/os trabalhadores/as para efeitos de conciliação, na medida do que é possível, compatibilizando-o com o funcionamento do serviço, salvo *razões imperiosas* que o impeçam de todo, e tendo também em conta os horários dos/as restantes trabalhadores/as.
- 2.23.** É, aliás, o que decorre do que tem sido o entendimento da CITE já exposto em vários pareceres, na sequência do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26.04.2010, Processo n.º 123/09.0TTVNG.P2, em www.dgsi.pt, a propósito da eventual existência de colisão de direitos, que, quando alguns ou algumas trabalhadores/as apresentam necessidades decorrentes do exercício do direito à conciliação, veio clarificar o seguinte: *“Deste modo, perante uma situação de colisão de direitos, art.º 335.º do Código Civil, como ocorria, impunha-se a cedência dos respetivos titulares dos direitos, na medida do 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».*
- 2.24.** Portanto, a entidade empregadora deveria demonstrar objetiva e inequivocamente que o horário requerido pela trabalhadora põe em causa o funcionamento do serviço, concretizando 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 pela trabalhadora, o que não faz.

2.25. Assim, considera-se que a recusa não está devidamente fundamentada, nos termos em que é exigido pelo n.º 2 do artigo 57.º do Código do Trabalho, em razões imperiosas do funcionamento do serviço.

III – CONCLUSÃO

Face ao exposto e nos termos supra enunciados, a CITE delibera:

- a) Emitir parecer prévio desfavorável à intenção de recusa pela entidade empregadora ... do pedido de prestação de trabalho em regime de horário de trabalho flexível, formulado pela trabalhadora ...
- b) A entidade empregadora, na elaboração do horário de trabalho, deve proporcionar à trabalhadora requerente as condições que permitam a conciliação da sua vida profissional com a vida familiar, nos termos do artigo 127.º n.º 3 e do artigo 212.º n.º 2, al. b), 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 3 DE MARÇO DE 2017, COM OS VOTOS CONTRA DA CIP-CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL, DA CCP-CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL, E DA CTP- CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS, CONFORME CONSTA DA RESPECTIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENCAS ANEXA À REFERIDA ATA, COM A SEGUITE DECLARAÇÃO DE VOTO DA CGTP-IN – CONFEDERAÇÃO GERAL DOS TRABALHADORES PORTUGUESES:

“A CGTP-IN aprova o parecer, mas considera que o conteúdo do ponto 2.23, em nada releva relativamente ao pedido apenas podendo causar confusão nos destinatários, pelo que deve ser retirado”