

Assunto: Resposta à Reclamação do Parecer n.º 415/CITE/2017 - Parecer prévio à recusa do pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível, nos termos do n.º 5 do artigo 57º 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. Em 08.09.2017, a CITE recebeu da advogada da entidade empregadora, ..., S.A., carta registada com aviso de receção, reclamando do teor do Parecer n.º 415/CITE/2017, que deliberou desfavoravelmente à intenção recusa formulada por esta entidade, relativamente ao pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível, ao tempo apresentado pela trabalhadora ..., detentora da categoria profissional de Comercial grau 3, a exercer funções no

1.2. A entidade empregadora, notificada do Parecer n.º 415/CITE/2017, no dia 16/08/2017, apresenta reclamação com os seguintes argumentos:

*"(...) **Reclamação***

do V. Parecer n.º 415/CITE/25017 (Parecer Prévio emitido nos termos do artigo 57º, n.º 5 do Código do Trabalho — última redação atribuída pela Lei n.º 28/2016, de 23/08), com referência ao Processo n.º 1106/FH/2017

O que faz nos seguintes termos e com os fundamentos seguintes:

1. No dia 21 de junho de 2017, a Reclamante recebeu um pedido de flexibilidade de horário de trabalho da trabalhadora ... (doravante "... ou "Trabalhadora"), com a categoria profissional de "Comercial de Grau 3" e funções de "Vendedora" no estabelecimento da Reclamante sito no ... (cfr. Documento 1 junto ao pedido de parecer).

2. No referido pedido de flexibilidade, a Trabalhadora solicitou que lhe fosse atribuído, pelo período de cinco anos, o seguinte horário de trabalho fixo:

a) Segunda a sexta-feira: das 10h às 19h

b) Período para intervalo descanso diário: 1h entre as 12h e as 14h

c) Período de descanso semanal: sábado e domingo

3. Por exigências imperiosas de funcionamento da empresa e pela impossibilidade de substituir a trabalhadora em questão (atenta a composição dos trabalhadores que constituem o estabelecimento em causa), a Reclamante respondeu à Trabalhadora de forma fundamentada, detalhada e circunstanciada, no dia 5 de julho de 2017 (cfr. Documento 2 junto ao pedido de parecer).

4. Adicionalmente, a Reclamante referiu que estavam em falta o preenchimento dos requisitos legais de que a atribuição de um horário de trabalho flexível depende e pela ausência de provas dos factos alegados pela Trabalhadora (cfr. Documento 2 junto ao pedido de parecer).

5. A Reclamante fundamentou extensiva e detalhadamente os motivos que justificavam tal intenção de recusa e demonstrou, conforme se lhe exige no artigo 212º n.º 2 al. b) do Código do Trabalho, abertura para que se acordasse outro horário com a Trabalhadora — diferente do que esta propôs, mas em que se tentassem conciliar os interesses e direitos de ambas as partes.

6. A Trabalhadora não respondeu.

7. A 14 de julho de 2017, a Reclamante enviou a V. Exas. carta, nos termos e para os efeitos do n.º 5 do artigo 57.º do Código do Trabalho, com o pedido da Trabalhadora, a carta de resposta da Empresa e todos os dados e documentos relativos ao processo, para V. apreciação.

8. No passado dia 17 de agosto de 2017, a Reclamante rececionou o V. parecer n.º 415/C1TE/2017, datado de 16 de agosto de 2017 e com a referência interna "Proc. n.º 1106/FH/2017".

9. O ato administrativo em questão consistiu num parecer prévio, emitido nos termos do artigo 57.º, n.º 5 do Código do Trabalho, sendo nomeadamente desfavorável à intenção de recusa da ora Reclamante ao pedido de atribuição de horário de trabalho em regime de flexibilidade da Trabalhadora

10. Porém, o referido ato administrativo não está devidamente fundamentado, devendo, por isso, ser anulado.

I — Da Violação do Dever de Fundamentação da Decisão

11. O Código do Procedimento Administrativo, na versão vigente, determina no seu artigo 152º que os atos administrativos que, total ou parcialmente, neguem, extingam, restrinjam ou afetem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos, devem ser fundamentados.

12. Adiante, dispõe o artigo 153º que a fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e direito da decisão.

(...)

16. A CITE, após fazer uma vasta explanação de legislação aplicável, mas que, em rigor, não permite nenhuma conclusão, pois tal legislação referenciada é aplicável em caso de parecer negativo ou positivo, limita-se a fundamentar o parecer desfavorável à intenção de recusa apresentada pela Reclamante da seguinte forma: “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”.

17. Para além de com esta afirmação não se poder concordar, a verdade é que a fundamentação em causa não é clara, nem suficiente.

18. A CITE tinha a obrigação legal de fundamentar a sua decisão, nomeadamente quanto à admissibilidade ou inadmissibilidade dos argumentos aduzidos pela Reclamante.

19. Limita-se a dizer que não demonstra suficiente, objetiva e inequivocamente a existência de exigências imperiosas de funcionamento.

20. Em momento algum a CITE descreve na decisão ou rebate o porquê de considerarem os motivos apresentados pela Reclamante como insuficientes.

21. A decisão, para além de manifestamente obscura e insuficiente, não esclarece concretamente a motivação do ato, nomeadamente quanto aos argumentos apresentados em sede de reclamação, o que configura uma manifesta falta de fundamentação, desde logo por omissão.

22. A decisão é até contraditória uma vez que até refere “. . . uma vez que não podendo todos os horários de trabalho concentrar-se em determinado ou determinados períodos de 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 10h às 24 h, de segunda-feira a domingo...”.

23. Assim a falta de fundamentação configura uma enfermidade do ato por vício de forma, o que gera a sua anulabilidade, que aqui se invoca para os devidos efeitos legais.

24. Por conseguinte, deve o ato aqui reclamado ser declarado inválido e, conseqüentemente, ser revogado nos termos legais.

25. Sem conceder, não se concorda com a exposição do referido Parecer, pelo que se apresenta a respetiva Reclamação, com base nos motivos e argumentos melhor explicitados infra.

II - Do Ponto 2.7 e do Enquadramento Jurídico

26. Conforme referido anteriormente, no ato administrativo em causa (i.e., no Parecer), V. Exas. procedem a uma vasta explanação de legislação aplicável — nomeadamente da página 18 à página 25.

27. Contudo, nunca na (vasta) exposição de legislação realizada se mencionaram normas, regras e/ou princípios também relevantes e que teriam de ser necessariamente apreciados para que se pudesse emitir um parecer justo.

28. Foram enumeradas várias leis no sentido da proteção do trabalhador na parentalidade e no direito à conciliação da vida profissional com a vida familiar — matrizes com as quais a Reclamante inexoravelmente concorda.

29. O que a Reclamante não concorda, e vem por este meio Reclamar, é que não foram tidos em conta nem foi realizada a contraposição com outras normas como: os artigos 61.º e 62.º da Constituição da República Portuguesa (liberdade de iniciativa económica privada e direito à propriedade privada respetivamente) ou o artigo 212º, n.º 1 do Código do Trabalho que prescreve que compete ao empregador determinar o horário de trabalho do trabalhador.

30. Não pode a CITE negar que se encontram em colisão dois direitos: o da conciliação da vida familiar com a profissional e o do empregador de ter uma empresa em funcionamento e sem prejuízo financeiro.

31. No entanto, o Parecer emitido apenas tem em consideração um ponto de vista (o da Trabalhadora), sem incluir na sua ponderação — ou, sequer, mencionar — as normas relativas à posição da Empresa, não reconhecendo ou descurando o facto de existir um confronto/colisão de interesses nos termos do artigo 335.º do Código Civil.

32. Aliás, esta colisão de direitos é mencionada num acórdão que é citado no próprio Parecer (ponto 2.6 — Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 123/09.OTTVNG.P2, Relatora Albertina Pereira): “Deste modo, perante uma situação de colisão de direitos Art.º 335.º do Código Civil, corno 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» (sublinhados nossos).

33. Ao ignorar o enquadramento jurídico que pudesse ser, eventualmente, defensor dos interesses da empresa, adotou-se, na opinião da Reclamante, uma posição demonstrativa de falta de imparcialidade e de isenção, pelo facto de os seus interesses e das regras legais que os defendem não terem sido, sequer, expostos.

34. De acordo com o artigo 16.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: reconhecida a liberdade de empresa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.”.

(...)

41. Parece, assim, que terá de existir, necessariamente, o confronto entre os dois direitos e liberdades supra referidos — liberdade de iniciativa económica v. conciliação da vida familiar com a profissional — e que, restringindo-se um direito em relação ao outro (como é aqui feito o primeiro face ao segundo), terá de existir proporcionalidade.

42. Ora, como já se aferiu, pelo (de novo, vasto) enquadramento jurídico realizado, não aparenta ter sido realizada a devida ponderação entre os direitos, por um lado da Trabalhadora e, por outro, da Reclamante, ferindo-se assim de ilegalidade.

43. Para mais, e como melhor se verá, os direitos e liberdades da Reclamante foram constrangidos quando colididos com os da Trabalhadora em questão, sem, contudo, a proporcionalidade que lhe era legal e constitucionalmente merecida.

III — Dos Pontos 2.6, 2.8 e 2.9 do Parecer (Pedidos de Flexibilização de Horário de Trabalho Já Deferidos)

44. Através dos pontos identificados no título supra, procede a CITE à declaração da premissa de que o facto de existirem outros trabalhadores a quem tenha sido atribuído horário flexível e/ou que existam pedidos pendentes de parecer não implica a recusa, pela Empresa, da atribuição de mais um horário flexível a outro trabalhador(a).

45. Se isso será verdade na teoria, terá, no entanto, de ser aferido o caso em concreto (sublinhado nosso) e na prática — sendo que a Reclamante,

contrariamente ao invocado pela CITE demonstrou, inclusivamente através de uma simulação de mapa de horário (que teve o cuidado de descrever e, igualmente, demonstrada por tabela) que, neste caso em concreto, não é razoável, proporcional ou mesmo exequível para a Empresa que se atribua outro horário de trabalho flexível.

46. Sobretudo, porque o horário “flexível” que a ... e as restantes trabalhadoras solicitam são, na verdade, horários fixos, iguais entre si!

47. Devendo atender-se ainda ao facto de todos os pedidos de flexibilidade de horário de trabalho estarem a ser requeridos em simultâneo: por 3 trabalhadoras das 4 trabalhadoras com a mesma categoria profissional (e com as mesmas funções) e nos mesmos moldes (ou seja, o mesmo horário de trabalho — com os mesmos períodos de trabalho, os mesmos intervalos e os mesmos dias fixos de descanso semanal obrigatório).

48. Mais se diga: procedem V. Exas, e neste caso bem, no ponto 2.6 do Parecer, a citar o supra mencionado Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, o qual expõe as seguintes ideias fundamentais: que as regras de flexibilidade do horário de trabalho não podem ser encaradas em termos absolutos, que a sua concessão não é desligada da situação da empresa, que existe aqui uma colisão de direitos (e não a consideração dos interesses de apenas uma parte) e da necessidade de os direitos colididos produzirem “igualmente os seus efeitos, sem maior detrimento para qualquer uma das partes” (sublinhado nosso).

49. Neste caso em concreto, conforme resulta da simulação de mapa de horário que a ..., S.A. juntou e que a CITE, em nosso entender, só por mero lapso não teve em consideração e deveria, obrigatoriamente, ter realizado tal interpretação, constata-se que se 3 das 4 vendedoras da mesma loja beneficiarem, em simultâneo, de flexibilidade de horário nos moldes por aquelas requeridos, então a loja deixará de ter capacidade para estar aberta a partir das 19H00 até às 23H00 ou 24H00 (pelo menos 2 dias por semana de segunda a sexta-feira e em 1 dos 2 turnos, ao fim-de-semana, isto é, sábado e domingo — bastando analisar o mapa de horário junto pela ..., S.A. referente ao ...) — pois a única Vendedora sem regime de flexibilidade de horário de trabalho não poderá ficar sempre com o turno das 14H00 às 23H00 ou das 15H00 às 24H00 (conforme os dias da semana), não só pelos dispositivos legais imperativos quanto a tempo de trabalho e de descanso, mas também ainda que esgotasse as 40 horas de trabalho semanal no turno da noite, ainda assim, não conseguiria fazer os 2 turnos do fim-de-semana (já que as demais 3 vendedoras solicitaram

para prestar trabalho de segunda a sexta-feira), bem como a loja teria que encerrar pelo menos durante 2 dias por semana no 2.º turno, isto é, nos 2 dias em que a única trabalhadora que não tem filhos, teria de folgar, e que teriam, obrigatoriamente que ocorrer de segunda a sexta-feira (dias em que a ..., S.A. não teria como substituir aquela por nenhuma das demais 3 vendedoras no turno da noite); já para não referir que por urna questão de justiça e de equidade para com esta trabalhadora, a mesma está a ser discriminada por não ter filhos.

50. Neste caso e através do Parecer em crise, existe um claro detrimento de uma das partes (a Empresa) em relação a outra (a Trabalhadora), contrariamente ao que o princípio da proporcionalidade, e o próprio Acórdão que citam, determina.

51. Aliás, mais se diga que, noutros estabelecimentos da Reclamante em que situações semelhantes estão a decorrer, trabalhadores/as que não têm horário de trabalho flexível (ou porque não têm filhos ou porque, simplesmente, não o requereram) começam a manifestar a sua insatisfação por ficarem sempre prejudicados quanto ao horário que praticam.

52. Mais: estes trabalhadores, muitas vezes, sentem-se inclusivamente discriminados, por terem — o que consideram (compreensivelmente) como — piores condições de trabalho, a nível de horário, face a quem tem filhos e pediu essa “flexibilidade”.

53. Perante este problema, V. Exas propõem, nos pontos 2.8 e 2.9 do Parecer aqui em causa, que “uma vez não podendo todos os horários de trabalho concentrar-se em determinado ou determinados períodos do dia, terão então de ser rotativos” (sublinhado nosso) e que “poderá a entidade empregadora, distribuir equitativamente pelos/as trabalhadores/as os horários a descoberto” (sublinhado nosso).

54. Com o devido respeito, a CITE parece não ter atendido à situação concreta da ora Reclamante, que, tanto na carta enviada à Trabalhadora no dia 5 de julho de 2017 como a V. Exas. no dia 14 de julho de 2017, demonstrou que, com três vendedoras com horários fixos das 10H00 às 19H00 e dias de descanso fixos aos sábados e domingos, e com outra vendedora a propor o mesmo horário, não existirão horários a descoberto ou formas de proceder a urna qualquer

rotatividade porque apenas existirá uma vendedora sem horário nos termos das restantes três.

55. Conforme explanado e devidamente explicado nas referidas cartas:

a. O estabelecimento em causa é composto por 8 trabalhadores: 1 gerente de loja, 3 (técnicos) e 4 vendedores;

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

(...)

c. Caso a Reclamante acedesse ao pedido das 3 trabalhadoras, em simultâneo, inequivocamente e conforme demonstrado pela Empresa Reclamante, o funcionamento do estabelecimento comercial estaria em causa conforme resulta do projeto de mapa de horário de julho, que se volta a apresentar:

(...)

d. Como é assim perceptível, não tem a Reclamante como manter esta loja aberta se 3 das 4 trabalhadoras que exercem funções de Vendedoras e que prestam trabalho em regime de turnos tiverem um horário nos moldes foram requeridos — das 10H00 às 19H00, de segunda a sexta-feira — dado que não tem como assegurar, pelo menos, a existência de 2 trabalhadores, em simultâneo.

e- De realçar que a CITE já emitiu também no passado dia 16 de agosto de 2017 e 11 de janeiro de 2017, os pareceres prévios desfavoráveis à recusa de pedido de autorização de trabalho em regime de flexibilidade de horário das trabalhadoras ... e ..., conforme Parecer n.º 417/CITE/2017 e 1 4/CITE/20 17, respetivamente.

f. Logo, com o parecer ora reclamado, existem agora 3 vendedoras em 4 com horário flexível: ..., ... e

56. Os (técnicos) e o gerente de loja não se encontram, como deverão entender, incluídos neste cenário, pois não têm as funções de vendedores — e, como determina o Código do Trabalho, no artigo 118º, n.º 1, “O trabalhador deve, em princípio, exercer funções correspondentes à atividade para que se encontra contratado, devendo o empregador atribuir-lhe, no âmbito da referida

atividade, as funções mais adequadas às suas aptidões e qualificação profissional”.

57. Ou seja, não é legal — nem faria sentido que fosse — que trabalhadores com diferentes categorias profissionais desempenhassem as funções de vendedores. Não é essa a sua categoria, não é essa a sua qualificação e não foi para tal que foram contratados.

58. Não é à Reclamante que cabe: 1. mudar a categoria profissional dos restantes trabalhadores da loja em questão para que possam realizar as funções de vendedores; 2. contratar mais trabalhadores para a função de vendedores.

59. No entanto, a decisão aqui tomada — parecer desfavorável à recusa da atribuição, também, à Trabalhadora ... de horário nos moldes indicados (período de trabalho das 10H00 às 19H00, com intervalo fixo para almoço entre as 12H00 e as 14H00 e com os dias de descanso semanal obrigatórios sempre aos sábados e domingos) — força a empresa a incorrer num de três cenários: ou os mencionados no artigo anterior ou em, simplesmente, encerrar o estabelecimento a partir das 19H00 nos dias em que a trabalhadora sem horário de trabalho flexível se encontra em descanso obrigatório, quando falte ou quando tenha férias, assim como em pelo menos, 1 dos 2 turnos ao fim-de-semana.

60. Nenhuma das três opções se aparenta como razoável ou proporcional.

61. A Reclamante compreende a necessidade de conciliação da vida familiar com a profissional — e daí a abertura a um qualquer acordo com a Trabalhadora, diferente do horário apresentado pela mesma (e não pela possibilidade de uma quarta opção, como se refere na declaração de voto correspondente ao Anexo I à Minuta de Ata — onde se reconhece, aliás, a verificação de “exigências imperiosas do funcionamento da empresa, atento o pedido do trabalhador e a organização dos tempos de trabalho”).

62. Mas parece que o facto de a Reclamante manifestar abertura a encontrar um horário de trabalho compatível entre todos os trabalhadores que não colida com os interesses da empresa, está a ser entendido negativamente contra si, pois nessa declaração de voto, acaba por se conceder o horário flexível para que as partes possam explorar alternativas.

63. Este raciocínio parte de um princípio errado, pois a entidade empregadora já está, nos termos do artigo 212º do Código do trabalho, vinculada a elaborar o

horário de trabalho facilitando ao trabalhador a conciliação da atividade profissional com a vida familiar.

64. Porém, essa conciliação não pode significar uma restrição desproporcional, desrazoável e desnecessária ao seu direito de manter o estabelecimento aberto.

65. Aliás, o fecho do estabelecimento não só significaria uma perda de receitas como uma responsabilização da Reclamante (...).

66. Por cada período de encerramento durante o horário de funcionamento do centro comercial a Reclamante tem penalizações pecuniárias devidas à ..., S.A.

67. Logo, a atribuição de horário flexível a três de quatro trabalhadoras vendedoras, é manifestamente impeditivo do regular funcionamento, que pode resultar no encerramento do estabelecimento.

68. Refere a CITE no ponto 2.8 “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)”.

69. Nessa medida, resulta do exposto pela Reclamante no seu pedido de que já possuía horário de trabalho por turnos rotativos para o cumprimento dos objetivos referidos no parágrafo anterior.

70. Assim, a aplicação do regime horário de trabalho flexível à trabalhadora ... e a duas outras Colegas, conforme determinação da CITE, nos termos requeridos por aquelas, impede à ..., S.A. de exercer a sua atividade e manter o estabelecimento aberto no período a que está vinculada.

71. Considera, desta forma, a Reclamante que os seus direitos e liberdades foram restringidos de uma forma desproporcional e, por isso, ilegal, justificando a presente Reclamação do ato administrativo correspondente ao Parecer n.º 415/CITE/20 17.

III — Do Ponto 2.10 (Conceito de “Flexibilidade de Horário de Trabalho”)

72. No ponto 2.10 é afirmado que “a CITE tem entendido” que o tipo de horário apresentado pela Trabalhadora — fixo — se insere no tipo de horário definido pelo Código do Trabalho, nos artigos 56.º e 57.º — flexível.

73. No entanto, não apresenta qualquer fundamentação para tal entendimento, que não o da alegada maior favorabilidade ao empregador (alusão não compreendida pela Reclamante), estando assim em violação do disposto no

artigo 153º, n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo (dever de fundamentação de forma suficiente e clara).

74. Na verdade, a flexibilidade e horários rotativos já existentes na Reclamante são os que melhor servem os interesses de trabalhadores e empresa, permitindo a esta o exercício da sua atividade.

75. Caso passe a existir três trabalhadoras vendedoras com horário de trabalho fixo e descansos semanais ao sábado e ao domingo, resulta na inexistência de flexibilidade e na impossibilidade de a Reclamante prosseguir com a sua atividade, pois o seu estabelecimento deixará de funcionar em determinados períodos, conforme referido supra, logo será menos favorável a esta.

IV — Do Ponto 2.12 (Alegada Insuficiência e Falta de Concretização da Fundamentação Apresentada pela Reclamante)

76. Vem a CITE, no ponto 2.12, afirmar, e passamos a citar, que a entidade empregadora “não demonstra suficiente, objetiva e inequivocamente que o horário requerido por esta trabalhadora ponha em causa esse funcionamento (...) por não ter concretizado e explicado suficientemente, relativamente a todo/as os/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”.

77. Com o devido respeito, esta afirmação não corresponde à verdade.

78. Aliás, a Reclamante expôs, de urna forma escrupulosa e mais rigorosa possível, os motivos para a intenção de recusa do horário requerido pela Trabalhadora.

79. Foram apresentados, de forma extensiva, um total de 7 (sete) grandes argumentos para a intenção de recusa:

a. A atribuição de horário flexível nos mesmos moldes pedidos pela Trabalhadora a outras duas trabalhadoras (também por parecer negativo da CITE) — note-se: com os pedidos nos mesmos horários fixos e com os mesmos horários de descanso, e sendo as três trabalhadoras Vendedoras no mesmo estabelecimento (significando que três quartos da equipa vendedora da loja no ... não fariam turnos);

b. Os impedimentos que o horário proposto traria à manutenção da abertura da loja em certos dias e a partir de certas horas — tendo-se apresentado, para tanto: o horário de funcionamento do centro comercial; o horário da loja; a

composição da equipa de recursos humanos nesse estabelecimento (com as respetivas categorias profissionais, funções, horários e situação familiar) e o horário de trabalho de cada um;

c. Perante os dados descritos em b., apresentou-se uma simulação de horário de trabalho da equipa do estabelecimento em questão caso se aceitasse a proposta de horário da Trabalhadora — tendo-se, ainda, retirado as devidas conclusões dessa simulação quanto à incompatibilidade da mesma face ao horário de funcionamento da loja e ao horário dos restantes trabalhadores e colegas;

d. Invocou-se e explicou-se a existência de consequências na violação do Contrato de Utilização de Loja em ... — já que o encerramento da loja a partir das 19H00 não é permitido pelo dito contrato;

e. A falta de certos dados, elementos e documentos que a Trabalhadora deveria ter apresentado e produzido perante a Reclamante aquando do pedido de flexibilização de horário de trabalho;

f. Os princípios constitucionais que seriam, de forma desproporcional, postos em causa com o deferimento do pedido da Trabalhadora; e

g. O facto de a Reclamante se encontrar perante uma situação de colisão de direitos, nos termos do artigo 335.º do Código Civil, devendo a situação ser tratada como tal — invocando-se, para tanto, argumentos legais, doutrinários e jurisprudenciais.

80. Não consegue, assim, a Reclamante apreender o motivo para a fundamentação apresentada — tanto à CITE quanto à Trabalhadora — ser insuficiente, não objetiva, não concretizadora e equivocada.

81. Mais se diga que menos fundamentadora do seu pedido foi a Trabalhadora, sendo que a Reclamante, pedindo o atestado de residência da Junta de Freguesia respetiva e o Processo de Regulação das Responsabilidades Parentais — para aferir da veracidade da situação invocada pela Trabalhadora, como é de direito da Empresa — obteve apenas a resposta da CITE no Parecer ora em crise, no sentido de bastar e ser “suficiente a respetiva declaração da trabalhadora, não sendo portanto necessária que a mesma apresente comprovativos desta declaração” (ponto 2.11 do Parecer).

82. Mais uma vez se verifica uma disparidade, injustificada e que se afasta da proporcionalidade legal e constitucionalmente exigida, entre ambas as partes, que apresentam direitos colidentes.

83. Acresce que a referência a “todos/as os/as trabalhadores/as” da equipa do estabelecimento em questão, feita pela CITE, perde sentido quando pensamos na norma suprarreferida do artigo 118.º do Código do Trabalho, onde se encontra insito o princípio segundo o qual o trabalhador deverá realizar as atividades e funções para as quais foi contratado e que corresponde à sua categoria profissional.

84. Desta forma, importará entender, neste caso, qual a forma de funcionamento e os horários dos trabalhadores com a mesma função que a Trabalhadora ... — i.e., vendedores — pois os restantes trabalhadores ((técnicos) e gerente de loja) não realizarão, pelo princípio explicitado, as tarefas de vendedores.

85. Nem tão pouco, pode 1 (técnico) permanecer em loja, sem que exista, em simultâneo, pelo menos 1 vendedor no mesmo estabelecimento, já que se o (técnico) se encontrar a dar consultas (dentro de 1 gabinete que é fechado) não pode a loja ficar sem ninguém para atender clientes que, entretanto e durante a consulta se desloquem ao estabelecimento, e/ou para vigiar os bens que se encontram no seu interior, sendo contratualmente impossível fechar a porta da loja durante o horário de funcionamento do centro comercial.

86. Ainda assim, nas cartas enviadas à CITE e à Trabalhadora, foi apresentada toda a equipa e os horários e categorias profissionais, para que se obtivesse a consciência e a visão geral do funcionamento deste estabelecimento e da impossibilidade de o mesmo se manter com o deferimento deste novo pedido de flexibilidade de horário de trabalho.

87. Contudo, e mesmo com esta explanação, reitera-se que a Reclamante não pretende quebrar a lei e os princípios laborais e colocar outros trabalhadores a prestar funções diferentes das que lhe cabem (pela categoria profissional que detêm e pelo contrato celebrado com a Empresa).

88. Ainda assim, e como é mencionado nas referidas cartas, muitas vezes o gerente de loja — principalmente pelo facto de já terem sido deferidos outros dois pedidos de flexibilidade de horário de trabalho — desenvolve certas atividades inerentes à função de “Vendedor”, para evitar que a loja sofra prejuízos.

89. No entanto, este não é — nem nunca deverá ser — o regime-regra.

90. A Reclamante não vem, por este meio, pedir tratamento especial, mas antes que a sua posição seja considerada e que os seus direitos, liberdades e interesses sejam tidos em conta, e não restringidos e constrangidos desproporcionalmente.

91. A reclamante solicita que sejam considerados os factos e documentos por esta juntos na resposta enviada para a ClTE e que, em nosso entender, não foram, certamente por mero lapso, tidos em conta.

92. No final, a Reclamante meramente requer que se atendam aos mais básicos princípios legais e constitucionais e que se faça, da melhor forma possível, justiça, não se permitindo a aplicação de um horário fixo encapotado em flexível, que prejudicará de forma inequívoca o funcionamento da empresa e que poderá ditar o encerramento do estabelecimento.

Nestes termos e por todo o supra exposto, deverá ser objeto de revogação o Parecer Prévio n.º 415/CITE/25017, desfavorável à intenção de recusa pela Reclamante do pedido de prestação de trabalho em regime de horário flexível pela Trabalhadora ..., e substituído por "Parecer favorável à intenção de recusa pela entidade empregadora do pedido de prestação de trabalho em regime de horário flexível".

PED

A ADVOGADA,

(...)"

- 1.3. Notificada a trabalhadora para se pronunciar sobre a presente Reclamação veio dizer o seguinte:

"(...) 1. Antes de mais, refiro que não corresponde à verdade o que está referido na dita reclamação sob os pontos 5 (parte final) e número 6.

2. Ou seja, nunca me neguei a poder efetuar uma rotatividade de horários desde que entre quem possui as mesmas condições e circunstâncias o faça de igual forma, sob pena de aí sim estarmos perante uma manifesta e gritante violação do direito de igualdade na empresa.

3. Tanto mais que sou uma das trabalhadoras com estatuto de vendedora mais antigas a laborar no Shopping.

4. Estou sem qualquer possibilidade de poder manter um horário como atualmente possuo, ou seja, exceto nas folgas, TODOS os dias tenho como horário de saída 23h e ao fim-de-semana após as 24h.

5. Não consigo lograr estar com a minha filha menor.

6. Não pretendo causar constrangimentos ou elemento de destabilização à minha entidade patronal, a quem sempre de forma leal, transparente e honesta prestei o meu trabalho.

7. Não posso é, em face das concretas circunstâncias, concordar que as trabalhadoras que possuem a mesma qualificação e se encontram na mesma situação, sejam tratadas de forma desigual.

8. As necessidades de estar com a minha filha estão demonstradas, e os requisitos para a verificação do estatuto demonstrado.

9. Para demonstrar o alegado quanto aos horários, em anexo junto cópia do mesmo.

10. O que demonstra de forma inequívoca a atual situação e o impedimento de poder estar com a minha filha menor de 12 anos.

Com os meus melhores cumprimentos.

(...)"

II - ENQUADRAMENTO JURIDICO

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.

2.3. Nos termos previstos nos artigos 184.º a 192.º do Código do Procedimento Administrativo, *os interessados que se considerem lesados pela prática ou omissão do ato administrativo* podem apresentar reclamação com fundamento na sua eventual ilegalidade ou inconveniência, devendo a mesma ser apreciada e decidida no prazo de 30 dias, úteis.

2.4. 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. ...*”

2.5. Neste sentido, a entidade empregadora, notificada do parecer n.º 415/CITE/2016, aprovado por maioria dos membros presentes na reunião da CITE de 16.08.2017 em sentido desfavorável à intenção de recusa do pedido de prestação de trabalho em regime de flexibilidade de horário, vem agora apresentar a sua reclamação.

2.6. De acordo com o objeto do parecer *supra* referido a trabalhadora, em 19.06.2017, solicitou à entidade empregadora horário flexível de trabalhadora com responsabilidades familiares compreendido de segunda a sexta-feira entre as 10:00h e as 19:00h, com um período para intervalo de descanso entre as 12:00h e as 14:00h, por um período de 5 anos.

2.7. Na comunicação de 07.07.2017, novamente analisada, a entidade empregadora fundamentou a intenção de recusa, em síntese, no horário de funcionamento do estabelecimento sito num centro comercial, no número referido de trabalhadores ao serviço do empregador, bem como detentores da mesma categoria profissional da trabalhadora e a desempenhar as mesmas funções. A empresa, indica como razão principal o facto de já existirem outras trabalhadoras na mesma loja que já gozam de trabalho em regime de horário flexível o que causaria períodos a descoberto onde não existiria a presença de vendedores/as na ..., S.A. do ... Shopping entre as 19:00h e as 24:00h de segunda a sexta feira e aos fins de semana.

2.8. Agora, em sede de reclamação, a entidade empregadora vem reiterar o anteriormente referido aquando da intenção de recusa, referindo, nomeadamente “(...) *constata-se que se 3 das 4 vendedoras da mesma loja beneficiarem, em simultâneo, de flexibilidade de horário nos moldes por aquelas*

requeridos, então a loja deixará de ter capacidade para estar aberta a partir das 19H00 até às 23H00 ou 24H00 (...) pois a única Vendedora sem regime de flexibilidade de horário de trabalho não poderá ficar sempre com o turno das 14H00 às 23H00 ou das 15H00 às 24H00 (...) ainda que esgotasse as 40 horas de trabalho semanal no turno da noite, ainda assim, não conseguiria fazer os 2 turnos do fim-de-semana (já que as demais 3 vendedoras solicitaram para prestar trabalho de segunda a sexta-feira), bem como a loja teria de encerrar pelo menos durante 2 dias por semana no 2.º turno, isto é, nos 2 dias em que a única trabalhadora que não tem filhos, teria de folgar (...)."

- 2.9.** Mais refere a entidade empregadora na reclamação que *a atribuição da flexibilidade de horários nos termos requeridos pelas trabalhadoras, com horários fixos das 10H00 às 19H00 e dias de descanso fixos aos sábados e domingos, existirão sempre horários a descoberto e não haverão outras formas de proceder a uma qualquer rotatividade porque apenas existirá uma vendedora sem horário nos termos das restantes três.*
- 2.10.** A este propósito a empresa afirma que *no caso aceder ao pedido das 3 trabalhadoras, em simultâneo, inequivocamente e conforme demonstrado pela o funcionamento do estabelecimento comercial estaria em causa. Além disso, " (...) os (técnicos) e o gerente de loja não se encontram, como deverão entender, incluídos neste cenário, pois não têm as funções de vendedores (...)."*
- 2.11.** Nestes termos, a entidade empregadora solicita à CITE que seja deferida a reclamação, revogando o Parecer anteriormente proferido, e substituindo-o por um novo Parecer favorável à intenção de recusa.
- 2.12.** No âmbito do artigo 192.º do CPA a trabalhadora veio alegar, nomeadamente, *"(...) nunca me neguei a poder efetuar uma rotatividade de horários desde que entre quem possui as mesmas condições e circunstâncias o faça de igual forma, sob pena de aí sim estarmos perante uma manifesta e gritante violação do direito de igualdade na empresa. (...)"*.
- 2.13.** Em primeiro lugar, cumpre reiterar que é entendimento da CITE ser enquadrável no artigo 56.º do Código do Trabalho a indicação pela 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 e pessoal, por tal circunstância não desvirtuar a natureza de horário flexível nem converter tal horário em horário rígido, como quer fazer parecer a entidade empregadora na reclamação apresentada. Aliás, o pedido da trabalhadora corresponde a uma amplitude enquadrável nos horários existentes no estabelecimento comercial.

2.14. Mais se refira, que o raciocínio descrito no ponto anterior também se aplica aos pedidos em que se requer a prestação de trabalho de segunda a sexta-feira, o que se verifica no caso em análise. Também aqui, assiste legitimidade ao pedido formulado, sendo o mesmo enquadrável no disposto do artigo 56.º do Código do Trabalho.

2.15. Na verdade, o horário flexível previsto no artigo 56.º do Código do Trabalho não é um horário flexível em sentido restrito ou literal, mas sim um mecanismo de conciliação e de cumprimento de responsabilidades parentais e é com tal desiderato que deve ser interpretado e aplicado.

2.16. Para o referido entendimento contribuem os normativos em vigor, tanto os constitucionais como os previstos na legislação ordinária e, ainda, os internacionais e comunitários, designadamente, a Convenção da OIT n.º 156 relativa à igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores de ambos os sexos: trabalhadores com responsabilidades familiares, aprovada para ratificação pelo Decreto do Governo n.º 66/84, de 11 de outubro, que alertou para os problemas dos trabalhadores com responsabilidades familiares como questões mais vastas relativas à família e à sociedade, e a conseqüente necessidade de instaurar a igualdade efetiva de oportunidades de tratamento entre trabalhadores de ambos os sexos com responsabilidades familiares e entre estes e outros trabalhadores, e o disposto na Diretiva 2010/18/EU do Conselho, de 8 de março de 2010, que aplica o Acordo - Quadro revisto sobre licença parental, que revogou a Diretiva 96/34/CE, com efeitos a partir de 8 de março de 2012, quando pretende que seja garantido que "o acesso a disposições flexíveis de trabalho facilita aos progenitores a conjugação das responsabilidades profissionais e parentais e a sua reintegração no mercado de trabalho, especialmente quando regressam do período de licença parental" (Considerando 21).

2.17. Ainda a este propósito, diga-se que os limites dentro dos quais a trabalhadora pode solicitar horário flexível já estão previamente definidos,

nomeadamente, através do contrato de trabalho e do período de funcionamento do estabelecimento.

2.18. Neste contexto, e após análise da reclamação ora apresentada, mais uma vez se afirma que os motivos alegados pela entidade empregadora embora possam indiciar, não consubstanciam exigências imperiosas do funcionamento do estabelecimento comercial, uma vez que o facto de existirem outras 2 trabalhadoras, além da requerente, de um universo referido de 4 vendedoras, numa situação de gozo de trabalho em regime de flexibilidade de horário, não será motivo justificativo para uma intenção de recusa por parte da empresa.

2.19. Nesta sequência, deliberou a CITE no Parecer n.º 415/CITE/2017 que o facto de existirem outros horários flexíveis já deferidos, não quer dizer que tal seja por si só motivo para a intenção de recusa de um pedido posterior ou simultâneo, pelo que, o entendimento preconizado é o de que todos eles devem ser atendidos, por forma a que todas as trabalhadoras gozem o máximo possível dos horários que solicitaram, dentro do período de funcionamento do estabelecimento onde laboram, evitando-se assim qualquer discriminação em razão da idade ou da oportunidade.

2.20. Acrescente-se que tem sido ainda entendimento desta Comissão que para o cumprimento de obrigações legais ou contratuais que originem períodos a descoberto em que não exista um número mínimo de trabalhadores/as, não podendo todos os horários de trabalho concentrar-se em determinado ou determinados períodos do dia/semana, como é o caso que a entidade empregadora alega, poderá a empresa distribuí-los equitativamente pelas trabalhadoras em igualdade de circunstâncias, isto é, que se encontram no gozo de horário flexível, o dever de garantir o funcionamento desse serviço, nos horários a descoberto, para que todas possam usufruir, o mais tempo possível, daqueles horários com vista à eficaz conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal.

2.21. Na verdade, compete à empresa gerir de forma equilibrada o horário de trabalho dos/as seus/suas trabalhadores/as, por forma a garantir a plenitude do funcionamento do estabelecimento, organizando-o com

ponderação dos direitos de todos/as e de cada um/a deles/as, onde se inclui o direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, resultante da previsão constitucional.

2.22. Saliente-se, mais uma vez, que o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores e das trabalhadoras com responsabilidades familiares não implica a desvalorização da atividade profissional que prestam nem a depreciação dos interesses dos empregadores. Pelo contrário, o direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar, consignado na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa, é um direito especial que visa harmonizar ambas as conveniências, competindo à entidade empregadora organizar-se de modo a dar cumprimento ao previsto na lei sobre a proteção ao exercício da parentalidade.

2.23. Em bom rigor e da análise de todo o processado, não nos parece despidendo sublinhar, que a entidade empregadora manifesta interesse em fixar um horário por forma a conciliar a vida familiar e pessoal da trabalhadora, bem como esta se coloca à disposição daquela com este objetivo.

III – CONCLUSÃO

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

- a)** indeferir a presente reclamação e manter o sentido do Parecer n.º 415/CITE/2017.
- b)** comunicar à entidade empregadora e à trabalhadora o teor da presente deliberação.
- c)** Recomendar à entidade empregadora, que proporcione à trabalhadora 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 127º, da alínea b) do nº 2 do artigo 212º e n.º 2 do artigo 221.º todos do Código do Trabalho, aplicáveis em conformidade, com o correspondente princípio, consagrado na alínea b) do n.º 1 do artigo 59º da Constituição da República Portuguesa.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 25 DE OUTUBRO DE 2017, CONFORME CONSTA DA RESPECTIVA ATA NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM, CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À MESMA ATA, COM

OS VOTOS CONTRA DA CONFEDERAÇÃO DOS AGRICULTORES DE PORTUGAL (CAP), DA CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL (CCP), DA CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL (CIP) E DA CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS (CTP).