

PARECER N.º 57/CITE/2019

Assunto: Parecer prévio à recusa de 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, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho.

Processo n.º 206/FH/2019

I – OBJETO

1.1. A CITE recebeu a 15.01.2019 da entidade empregadora "...", pedido de emissão de parecer prévio à recusa de prestação de trabalho em regime de horário flexível solicitado pela trabalhadora ..., a exercer funções de Técnica de Unhas de Gel, no estabelecimento comercial ...

1.2. O pedido apresentado pela trabalhadora, datado de 02/01/2019, foi elaborado nos termos que a seguir se transcrevem:

"(...) nos termos do disposto no artigo 56º do Código do Trabalho e demais normas legais e regulamentares aplicáveis, vem solicitar a V.ª Ex.ª que lhe seja atribuído um regime de horário de trabalho flexível para prestar assistência inadiável e imprescindível a filho menor de doze anos, pelo período de 3 anos, com o seguinte pedido:

1. *-Serem-me atribuídos dois fins de semana por mês;*
2. *Só fazer uma noite por semana passando a fazer somente quatro noites/mês.*

Devido ao facto de ser mãe solteira e não ter apoio do progenitor da minha filha na área da minha residência

Declara ainda que o menor vive em comunhão de mesa e habitação com a requerente.

1.2. A 07.01.2019 a trabalhadora foi notificada da intenção de recusa da entidade empregadora, nos termos que a seguir se reproduzem:

“ (...)

1º A loja ... (...) está inserida num espaço comercial a cujo horário de funcionamento se encontra adstrita — entre as 10 e as 23 horas, de segunda feira a domingo.

2.º - De acordo com a obrigação decorrente do contrato com a estrutura comercial do ..., o horário de funcionamento da Loja (...), está organizado em três turnos, de segunda feira a Domingo:

- Turno “Manhã”: 10:00 às 19:00, com pausa das 13.00 às 14.00
- Turno “Tarde”: 14:00 às 23:00, com pausa das 18.00 às 19.00 ou 19.00 às 20.00
- Turno “Intermédio”: 12:00 às 21:00, com pausa das 14.00 às 15.00

Nos contratos de trabalho assinados pelas trabalhadoras estes turnos são mencionados.

3º - Para efeitos de conferir viabilidade financeira à loja, a estrutura de custos até abril de 2018 funcionava com três trabalhadoras tendo, a partir de abril de 2018, e por efeito de viabilizar férias e horários reduzidos por amamentação, passou a funcionar com quatro trabalhadoras.

4º - A trabalhadora, ... (...) ao serviço desta empresa, com um filho menor, está em regime de regime de horário flexível concedido a 3 de outubro de 2018 devido ao parecer 544/CITE/2018 (processo número 2454/FH/2018) com o seguinte horário de trabalho flexível:

- a) Folgar 2 fins-de-semana por mês de preferência de 15 em 15 dias,
- b) Fazer o turno tarde (das 14:00 às 23:00) uma vez por semana,
- c) Fazer o turno intermédio até duas vezes por semana,
- d) Restantes dias fazer o turno manhã (das 10:00 às 19:00).

5º - A trabalhadora ..., (...) ao serviço desta empresa, é solteira e com uma filha de 3 anos, sendo que o progenitor pai reside em ... Apresentou no dia 2 de janeiro de 2019 o pedido de regime de horário flexível com o seguinte pedido:

- a) Folgar 2 fins-de-semana por mês,
- b) Fazer o turno tarde (das 14:00 às 23:00) uma vez por semana,

6.º - A trabalhadora ..., (...) ao serviço desta empresa, é casada e sem filhos mostrou grande preocupação com os pedidos de flexibilização de horário das demais colegas, e já nos informou que não pretende abdicar do seu direito de compatibilizar a sua actividade profissional com a sua vida privada e matrimonial, não pondo de lado a hipótese de demissão.

7º - A trabalhadora, ..., ao serviço desta empresa, com três filhos menores, apresentou no dia 1 de abril de 2018 o pedido de regime de horário flexível com o seguinte pedido:

- a) Folgar 2 fins-de-semana por mês,
- b) Folgar 1 sábado adicional aos 2 fins-de-semana.

O pedido foi deferido por correio eletrónico sendo a trabalhadora alertada que o horário flexível seria aplicado enquanto a equipa o permitisse, sendo revisto se o funcionamento da loja estivesse em risco. Conforme documento em anexo.

A trabalhadora, ..., apresentou novo pedido no dia 1 de julho de 2018 em que além dos pedidos anteriores é pedido:

- c) Fazer o turno tarde (das 14:00 às 23:00) uma vez por semana,
- d) Não trabalhar aos feriados.

O Pedido foi deferido, ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º8 do art. 57º do CT.

A trabalhadora, ..., apresentou novo pedido dia 19 de dezembro, em que é pedido:

- e) De segunda a sexta-feira não fazer turno intermédio,
- f) De segunda a sexta-feira quando faz turno tarde entrar às 13:00 e pausa das 17:00 às 19:00.

Este pedido é omissivo se a trabalhadora pretende manter as condições que lhe foram dados nos pedidos anteriores, foi pedido esclarecimento à trabalhadora no dia 28 de dezembro em que informou que pretende manter as condições dos pedidos anteriores.

8º. - É neste quadro de funcionamento que o pedido ora apresentado por ..., deverá ser apreciado, devendo ter-se em atenção os efeitos no funcionamento as alterações que decorram da eventual aceitação do horário proposto.

ASSIM:

9º - Confrontados com três pedidos de flexibilização de horário, de um total de quatro trabalhadoras, a entidade empregadora não tem como gerir os horários de trabalho das suas trabalhadoras, e garantir a plenitude do funcionamento da loja, organizando-a com equilíbrio e em face dos direitos de cada trabalhadora, É impossível dar condições especiais a 75% das trabalhadoras de uma loja, no nosso caso, as obrigações contratuais com o centro comercial e as necessidades comerciais simplesmente não permitem.

10º - A entidade empregadora indefere o presente pedido e informa que vai pedir à CITE a

suspensão de todos os horários flexíveis e solicitar, caso a CITE o entenda, mediação na resolução deste problema.

Comunique-se à trabalhadora para que esta em cinco dias, se pronuncie sobre a decisão, e decorrido que seja este prazo, remeta-se o processo ao CITE, para parecer.

- 1.4** - A entidade empregadora remeteu o processo para emissão de parecer, instruído com o horário a praticar no mês de Fevereiro e padrão do horário repetido a cada 4 semanas.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 2.1** No plano do Direito Comunitário, a promoção da igualdade entre os homens e as mulheres é um dos objetivos da União Europeia e constitui princípio fundamental da construção europeia, consignado no parágrafo segundo do n.º 3 do artigo 3.º do Tratado da União Europeia (TUE).
- 2.2** O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) dispõe no seu artigo 8.º que a União, na realização de todas as suas ações, tem por objetivo eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres, mais dispendo alínea i) do n.º 1 do artigo 153.º que “A fim de realizar os objetivos enunciados no artigo 151.º, a União apoiará e completará a ação dos Estados-Membros nos seguintes domínios: (...) (i) Igualdade entre homens e mulheres quanto às oportunidades no mercado de trabalho e ao tratamento no trabalho”.
- 2.3** A Carta Social Europeia Revista, ratificada por Portugal em 21 de setembro de 2001, reconhece como objetivo de política a prosseguir por todos os meios úteis, nos planos nacional e internacional, a realização de condições próprias a assegurar o exercício efetivo de direitos e princípios como o que estabelece que todas as pessoas com responsabilidades familiares que ocupem ou desejem ocupar um emprego têm direito de o fazer sem ser submetidas a discriminações e, tanto quanto possível, sem que haja conflito entre o seu emprego e as suas responsabilidades familiares.

- 2.4** A 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, retomou a necessidade de as *“políticas da família [deverem] contribuir para a concretização da igualdade entre homens e mulheres e ser encaradas no contexto da evolução demográfica, dos efeitos do envelhecimento da população, da aproximação entre gerações, da promoção da partilha das mulheres na vida ativa e da partilha das responsabilidades de cuidados entre homens e mulheres”* (Considerando 8), de *“tomar medidas mais eficazes para encorajar uma partilha mais igual das responsabilidades familiares entre homens e mulheres”* (Considerando 12), e de garantir 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).
- 2.5** A Recomendação (UE) 2017/761 da Comissão, de 26 de abril de 2017 sobre o Pilar Europeu dos Direitos Sociais adotou, no seu ponto 9 (capítulo II), sob a epígrafe “Equilíbrio entre a vida profissional e a vida privada” recomendar que “Os trabalhadores com filhos e familiares dependentes têm o direito de beneficiar de licenças adequadas, de regimes de trabalho flexíveis e de aceder a serviços de acolhimento. As mulheres e os homens têm igualdade de acesso a licenças especiais para cumprirem as suas responsabilidades familiares e devem ser incentivados a utilizá-las de forma equilibrada”.
- 2.6** O Pilar Europeu dos Direitos Sociais, proclamado pelos líderes da União Europeia no dia 17 de novembro de 2017, em Gotemburgo, é constituído por três capítulos: I – Igualdade de oportunidades e de acesso ao mercado de trabalho; II – Condições justas no mercado de trabalho e III – Proteção social e inclusão, e integra 20 princípios fundamentais a prosseguir pela Europa, nomeadamente o da conciliação da atividade profissional com a vida familiar e privada.
- 2.7** No plano do Direito nacional, estes direitos encontram consagração na

Constituição da República Portuguesa (CRP), que estabelece no artigo 68º sob a epígrafe “Maternidade e Paternidade” o seguinte:

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

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

E no artigo 59.º, sob a epígrafe “Direitos do Trabalhadores” como garantia de realização profissional das mães e pais trabalhadores é estabelecido 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.”*

2.8 Para concretização dos princípios e direitos sociais europeus e constitucionais enunciados, foi aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, na redação conferida pela Lei n.º 120/2015, de 1 de setembro, o Código do Trabalho (CT) que preconiza o dever de a entidade empregadora proporcionar aos/às trabalhadores/as as condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal (cfr. n.º 3 do artigo 127.º do CT), sendo igualmente definido como dever do empregador a elaboração de horários que facilitem essa conciliação, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 212.º do CT.

2.9 O artigo 56º do Código do Trabalho, sob a epígrafe “horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares”, prevê o direito de trabalhador/a, com filho/a menor de doze anos ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica, a trabalhar em regime de horário flexível, entendendo-se que este horário é aquele em que o/a trabalhador/a pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário.

2.9.1 Para que o/a trabalhador/a possa exercer este direito, estabelece o n.º1 do artigo

57.º do CT que “o trabalhador que pretenda trabalhar a tempo parcial ou em regime de horário flexível deve solicitá-lo ao empregador, por escrito, com a antecedência de 30 dias, com os seguintes elementos:

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

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

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

2.9.4. Ainda assim, mesmo em presença do pedido de emissão de parecer prévio no prazo indicado na lei, caso a intenção de recusa da entidade empregadora não mereça parecer favorável desta Comissão, tais efeitos só poderão ser alcançados através de decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo.¹

2.10 Convém esclarecer o conceito de horário de trabalho flexível à luz do preceito constante no n.º 2 do artigo 56.º do CT, em que se entende “por horário flexível aquele em que o trabalhador pode escolher dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho”.

¹ Vide, artigo 57.º, n.º 7 do Código do Trabalho.

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

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

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

2.11. Pretendeu, então, o legislador instituir o direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar conferindo ao/à trabalhador/a com filhos/as menores de 12 anos a possibilidade de solicitar ao seu empregador a prestação de trabalho em regime de horário flexível. Esta possibilidade traduz-se na escolha, pelo/a trabalhador/a, e dentro de certos limites, das horas para início e termo do período normal de trabalho diário, competindo ao empregador elaborar esse horário flexível observando, para tal, as regras indicadas no n.º 3 do artigo 56.º do CT. Tal implica, necessariamente, que o empregador estabeleça, dentro da amplitude determinada pelo/a trabalhador/a requerente, períodos para início e termo do trabalho diário, cada um com duração não inferior a um terço do período normal de trabalho diário, podendo esta duração ser reduzida na medida do necessário para que o horário se contenha dentro do período de funcionamento do estabelecimento/serviço.

2.12 Esclareça-se que sendo concedido aos/às pais/mães trabalhadores com filhos/as menores de 12 anos ou, independentemente da idade, com doença crónica ou deficiência um enquadramento legal de horários especiais, designadamente, através da possibilidade de solicitar horários que lhes permitam atender às

responsabilidades familiares, ou através do direito a beneficiar do dever que impende sobre o empregador de lhes facilitar a conciliação da atividade profissional com a vida familiar, as entidades empregadoras deverão desenvolver métodos de organização dos tempos de trabalho que respeitem tais designios e que garantam o princípio da igualdade dos/das trabalhadores/as, tratando situações iguais de forma igual e situações diferentes de forma diferente.

- 2.13** No caso em análise, a trabalhadora apresenta um pedido para trabalhar em horário flexível, por um período de 3 anos, de modo a conciliar a sua atividade profissional com a vida familiar, pretendendo exercer a sua atividade no seguinte horário: Folgas dois fins-de-semana por mês e só fazer uma noite por semana passando a fazer somente quatro noites/mês.
- 2.14** Fundamenta o seu pedido no facto de ser mãe de uma criança, menor de doze anos, com a qual vive em comunhão de mesa e habitação e ser mãe solteira, não tendo apoio do progenitor da filha, que não vive na área de residência da requerente.
- 2.15** Tendo em conta o pedido formulado pela trabalhadora, esclareça-se que tem esta Comissão entendido ser enquadrável no artigo 56.º do Código do Trabalho a indicação, pelo/a requerente, de um horário flexível a ser fixado dentro de uma amplitude temporal diária e/ou semanal indicada como a mais favorável à conciliação da atividade profissional com a vida familiar, por tal circunstância não desvirtuar a natureza do horário flexível, se essa indicação respeitar o seu período normal de trabalho diário.²
- 2.16** E, o mesmo se afirme para os pedidos em que o/a trabalhador/a requer que a sua prestação de trabalho seja realizada, com dispensa do horário noturno. Também,

² Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 02.03.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 2608/16.3.T8MTS.P1, disponível em www.dgsi.pt, do qual se extrai quanto à noção de horário flexível o seguinte: “*Entende-se por flexibilidade de horário de acordo com o art. 56º, nº 2 do C.T., aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, a que se refere o nº 3 e 4 do mesmo preceito, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário. Assim, será um horário flexível para os efeitos em causa, todo aquele que possibilite a conciliação da vida profissional com a vida familiar de trabalhador com filhos menores de 12 anos, ainda que tal horário, uma vez definido, na sua execução seja fixo.*” (sublinhado nosso)

aqui assiste legitimidade no pedido formulado, sendo o mesmo enquadrável no disposto do artigo 56.º do Código do Trabalho que consubstancia um mecanismo de conciliação da atividade profissional com a vida familiar e visa permitir aos/às trabalhadores/as o cumprimento das suas responsabilidades familiares.

2.17 Como fundamento para a intenção de recusa relativa à prestação de trabalho em regime de horário flexível foi alegado pela entidade empregadora que:

- a)- No estabelecimento laboram 4 funcionárias;
- b)- O horário de abertura do estabelecimento é das 10h00 às 23h00, de segunda a domingo;
- c) – O horário de funcionamento encontra-se organizado por turnos, de segunda a domingo. A saber: Turno “Manhã” – 10h00 às 19h00, com pausa das 13h00 às 14h00; Turno “Tarde” – 14h00 às 23h00, com pausa das 18h00 às 19h00 ou 19h00 às 20h00 e Turno “Intermédio” – 12h00 às 21h00, com pausa das 14h00 às 15h00;
- d)- Uma das funcionárias – ..., já possui horário flexível aprovado pela CITE, através do Parecer 544/CITE/21018, em termos muito semelhantes ao formulado pela requerente;
- e) Outra funcionária requereu a 19/12/2018, horário flexível de trabalhadora com responsabilidades familiares, cuja análise irá ser feita em processo autónomo, mas cuja conexão é evidente.
- f) Alega assim, que confrontado com três pedidos de horário flexível, de um total de quatro trabalhadoras, não tem como gerir os horários de trabalho das trabalhadoras e garantir a plenitude do funcionamento da loja, organizando-a com equilíbrio e em face dos direitos de cada trabalhadora.

2.18- Temos assim, quanto à recusa, um fundamento que assenta no facto de não ser possível manter a laboração regular do estabelecimento, caso os pedidos de horário flexíveis fossem autorizados.

2.19- A lei confere o direito à atribuição de horário de trabalho flexível, consagrando o direito dos trabalhadores à conciliação entre a atividade profissional e familiar e o direito à família e à proteção da vida familiar, os quais constituem restrições

legítimas aos direitos constitucionais do empregador à livre iniciativa económica e à liberdade de organização empresarial.

2.20- A lei protege os direitos dos trabalhadores, da família, da paternidade e da maternidade ao consagrar que o trabalhador tem direito a trabalhar em regime de horário de trabalho flexível, podendo o direito ser exercido por qualquer dos progenitores ou por ambos.

2.21- O exercício desse direito depende do reconhecimento pelo empregador, que apenas se lhe pode opor invocando exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou serviço ou a impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável.

2.22- A densificação do conceito “exigências imperiosas do funcionamento da empresa ou serviço”, não se afigura simples e incontroversa, devendo apelar-se para a repercussão que determinada situação provoca na organização de uma empresa, avaliando o seu impacto em termos de eficácia gestonária, permitindo-se uma compressão de direitos, mais ou menos extensa, desde que não comprometa a sua viabilidade económica, colocando em crise o direito ao livre exercício da iniciativa económica privada.

2.23- Na esteira, do entendimento plasmado no já citado Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 02.03.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 2608/16.3.T8MTS.P1, *“só podem ser consideradas imperiosas as exigências extraordinárias, excepcionais que não se confundem com a maior ou menor dificuldade de organização da atividade da empresa ou sequer com a maior ou menor onerosidade para o empregador em função da gestão do seu quadro de pessoal.”*

2.24- O tipo de empresa ou serviço em causa, sua actividade, natureza e fim que prossegue, impõe que a avaliação deste conceito se realize de forma casuística e comporte alguma elasticidade, sendo certo que deve ser interpretado no sentido de exigir ao empregador a clarificação e demonstração inequívocas de

que a organização dos tempos de trabalho não permite a concessão do horário que facilite a conciliação da atividade profissional com a vida familiar do/a trabalhador/a com responsabilidades familiares ou de um outro prisma, que a organização dos tempos de trabalho não é passível de ser alterada por razões incontestáveis ligadas ao funcionamento do serviço ou, então, a inexistência de possibilidade de substituir o/a trabalhador/a se este/a for indispensável.

2.25- No caso em análise, o empregador limita-se a realizar uma descrição factual da organização do estabelecimento, com identificação das trabalhadoras, o período de funcionamento e os horários praticados, que obedecem a turnos rotativos, concluindo que os horários requeridos não permitem assegurar o regular funcionamento do estabelecimento, sem concretizar as razões da alegada impossibilidade para atribuição do horário.

2.26- Pese embora a argumentação parca em fundamentos e de teor conclusivo, a análise comparativa dos três horários em causa- o horário flexível efetivo e os putativos horários flexíveis, bem como o facto do estabelecimento laborar com 4 trabalhadoras, permitem assumir a impossibilidade real do empregador elaborar os horários, no período das 10h00 às 23h00, garantindo por um lado, a flexibilidade de horário de três trabalhadoras, que requereram horário idêntico e, por outro lado, assegurar os restantes turnos não contemplados pelos horários flexíveis com apenas uma trabalhadora, com disponibilidade total.

2.27- Cabe ainda ao empregador na elaboração dos horários, acautelar as regras legais imperativas que impõem o direito a folgas, a férias e outras vicissitudes decorrentes das relações laborais e que se aplicam a todas as trabalhadoras, pese embora não possam considerar-se de “per si” exigências imperiosas do funcionamento do serviço, mas antes serem assumidas como dificuldades de contexto que ao empregador compete racionalizar, gerir e otimizar.

2.28- Coloca-se então, a questão de saber se deve integrar o conceito de exigências imperiosas do funcionamento do serviço, que constitui fundamento legal para a recusa do horário requerido, a circunstância de existir uma pluralidade de

pedidos de horário flexível, ainda que possam atingir ou não a totalidade dos/as trabalhadores/as. Face ao explanado infra, entendemos que as exigências imperiosas do funcionamento do serviço não se podem confundir com o número de pedidos de horário flexível atribuídos ou passíveis de atribuir, porquanto se estaria a permitir uma compressão deste direito, retirando-lhe a sua natureza universal e igualitária.

2.29- E não se olvide que para a efectivação do direito dos trabalhadores/as à conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal se impõe que na elaboração dos horários de trabalho seja garantida, 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 e da consideração de certas características de outros/as trabalhadores/as.

2.30- Chegados a este ponto, a decisão a tomar poderia parecer linear e clara. Todavia, porque do confronto entre os pedidos mencionados na recusa resulta uma impossibilidade de compatibilizar os horários atribuídos ou a atribuir, com a organização dos tempos de trabalho no estabelecimento, será necessário a ponderação dos elementos constantes da recusa relativos aos 3 horários flexíveis. O empregador informa que existe uma trabalhadora com autorização de trabalho em horário flexível, aprovado pela CITE, através do Parecer n.º 544/CITE/2018, o que suscita várias questões que se prendem com a natureza do parecer, os efeitos que produz na esfera jurídica do requerente, empregador e restantes trabalhadores da empresa e, concomitantemente, as suas implicações na organização e gestão de empresa

2.31- A CITE é a entidade que tem por missão prosseguir a igualdade e a não discriminação entre homens e mulheres no trabalho, no emprego e na formação profissional e colaborar na aplicação de disposições legais e convencionais nesta matéria, bem como as relativas à proteção da parentalidade e à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, no setor privado, no setor público e no setor cooperativo, nos termos do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de

março, que aprova a lei orgânica da Comissão, sua composição e respetivas atribuições próprias e de assessoria.

2.32- Uma das suas atribuições é a emissão de pareceres prévios no caso de intenção de recusa, pela entidade empregadora, de autorização para trabalho com flexibilidade de horário a trabalhadores/as com filhos/as menores de 12 anos, conforme o disposto na alínea c) do artigo 3.º do referido Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março.

2.33- Da conjugação desta alínea, com o disposto no n.º 5 e alínea c) do n.º 8, ambos do artigo 57º do Código do Trabalho, retira-se o carácter obrigatório do pedido de emissão de parecer, quando existe recusa do pedido de horário flexível, cuja competência cabe à CITE. Mais, quando o empregador não submete o processo para emissão de parecer, o legislador impõe uma cominação legal ao empregador, que favorece o/a trabalhador/a requerente, num claro sinal de que a proteção da parentalidade na vertente do direito à conciliação deve prevalecer sobre os interesses e direitos à livre iniciativa económica e a liberdade de organização empresarial. A cominação legal referida traduz-se na aceitação do pedido do trabalhador nos seus precisos termos.

2.34- Por sua vez, o n.º 7 do artigo 57º do referido diploma legal, ao estabelecer que, se o parecer for desfavorável à intenção do empregador, este só pode recusar o pedido após decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo. Temos assim, que o parecer é imperativo para o empregador, que fica obrigado a ajustar o horário do/a trabalhador/a, reconhecendo-lhe uma tutela especial que prevalece sobre os restantes trabalhadores com horário normal, pautando-se por critérios de adequação e proporcionalidade em relação aos horários de todos os trabalhadores.

2.35- É evidente que, por acordo entre trabalhador/a e empregador, o parecer se possa dar sem efeito, com a reformulação do horário flexível; por decisão unilateral do/a trabalhador/a que pode prescindir do horário flexível ou ainda, por

força da alteração anormal das circunstâncias que determinaram a possibilidade do gozo efetivo desse horário.

- 2.36-** Quanto a este último será avisado notar que a alteração anormal das circunstâncias pressupõe a verificação de uma ocorrência imprevista e anómala, susceptível de modificar a organização dos tempos de trabalho, a sua duração e local de trabalho entre outras.
- 2.37-** A efectivação dum direito com consagração legal e constitucional como o direito de trabalho flexível de trabalhador com responsabilidades familiares, salvo melhor opinião, não é passível de integrar o conceito de “alteração anormal das circunstâncias”, na medida em que o empregador tem obrigação legal de conhecer os normativos legais pelos quais se rege a sua atividade, em particular as normas que regulam as relações laborais, sendo exigível que possa acautelar os pedidos de horário flexível e outros legalmente instituídos, sem colidir com o regular funcionamento da empresa.
- 2.38-** Feitas estas considerações, e regressando à análise do processo em questão e à relevância do Parecer nº 544/CITE/2018, desfavorável para o empregador, constata-se então, que não existe qualquer menção à alteração do horário flexível atribuído por parte da trabalhadora, as condições para a atribuição do horário flexível mantêm-se e inexistente decisão judicial contrária ao sentido deste Parecer, pelo que o mesmo se mostra válido e eficaz na produção dos seus efeitos jurídicos.
- 2.39-** Neste pressuposto, poder-se-ia verificar a situação de uma trabalhadora com autorização para trabalhar em horário flexível e atento o explanado no ponto 2.25, que confronta os pedidos das três trabalhadoras, 2 trabalhadoras que, reunindo as mesmas condições da trabalhadora com o horário flexível, poderiam ver afastada a possibilidade de lhes ser atribuído o mesmo direito. Dito de outra forma, coloca-se a questão de saber se, será legítimo reconhecer e atribuir um direito no âmbito de uma categoria especial- protecção da parentalidade e direito à conciliação, que merece tutela legal e constitucional ao titular do direito

e não o reconhecer a outros, igualmente titulares desse direito e com a mesma valoração jurídica.

2.40- A resposta terá de ser negativa, na medida em que diferenças de tratamento das pessoas, no âmbito dos mesmos direitos e que merecem a mesma tutela legal, configura uma situação de discriminação, violadora do princípio da igualdade, com previsão no art. 13º da CRP, cujo teor se reproduz:

“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.”

2.41- É vasta a jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a densificação do princípio constitucional da igualdade, e no sentido de que o mesmo impõe *“que seja conferido um tratamento igual a situações de facto iguais e, reversamente, que sejam objecto de tratamento diferenciado situações de facto desiguais”*, conforme Ac. do TC de 8.06.1993, DR, IIª série de 6/10/1993; ac. do TC 187/2013 de 5/05/2013, entre outros.

Na mesma esteira e com a finalidade de justificar discriminações positivas é afirmado que: *“Só podem ser censuradas, com fundamento em lesão do princípio da igualdade, as escolhas de regime feitas pelo legislador ordinário naqueles casos em que se prove que delas resultam diferenças de tratamento entre as pessoas que não encontrem justificação em fundamentos razoáveis, perceptíveis ou inteligíveis, tendo em conta os fins constitucionais que, com a medida da diferença, se prosseguem (acórdão n.º 47/2010)”*.

2.42- Temos assim, que a esfera de protecção das trabalhadoras requerentes, por confronto com a trabalhadora em gozo efetivo do trabalho flexível, seria anulada, de forma incompreensível e injustificada, impondo-se solução diversa para evitar discriminações inaceitáveis.

2.43- Em caso de conflito de direitos iguais, e na medida em que representam uma fonte de perturbação na ordem jurídica têm de ser resolvidos. O artigo 335º do Código Civil, sob a epígrafe “Colisão de direitos”, aplicável aos contratos de trabalho por força do disposto no nº 2 do artigo 3º do Código do Trabalho, estatui o seguinte:

“1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes.

2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior.”

2.44- Considerando que existe uma trabalhadora com autorização para trabalhar em horário flexível e duas outras trabalhadoras, com filhos menores de 12 anos a quem necessitam de prestar apoio e acompanhamento, estando assim, nas mesmas circunstâncias da trabalhadora em gozo efetivo do horário flexível e com os mesmo direitos, ter-se-á de reconhecer que todas as trabalhadoras têm direito ao horário flexível, na medida em que preenchem os requisitos legais e recorrer ao disposto no nº 1 do artigo 335º do Código Civil, quando não seja possível o exercício pleno desse direito, devendo todas as trabalhadoras ceder do medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer dos titulares dos direitos em colisão.

2.45- Na sua concretização, ter-se-á de lançar mão de um princípio de concordância prática a que subjaz critério de proporcionalidade, no sentido do melhor equilíbrio possível entre os direitos em colisão, harmonizando-os, sempre que possível, com vista ao seu gozo efetivo e afastando-os de forma excepcional e temporária, quando comprovadamente, não seja possível ao empregador atribuir às trabalhadoras o gozo efetivo desses direitos.

2.46- Face ao que antecede, considera-se que deve ser atribuído o horário flexível à trabalhadora requerente, não podendo reconhecer como fundamento para a recusa do horário flexível nos termos do nº 2 do artigo 57º do Código do Trabalho, a existência de horários flexíveis já atribuídos ou de novos pedidos de horário

flexível, ainda que tal cubra a maioria dos/as trabalhadores/as de uma empresa ou mesma a sua totalidade.

2.47- Saliente-se 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 o tempo de trabalho de modo a dar cumprimento ao previsto na lei sobre a protecção ao exercício da parentalidade.

III – CONCLUSÃO

Face ao exposto:

- 3.1.** A CITE emite parecer desfavorável à intenção de recusa da entidade empregadora "...", relativamente ao pedido de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pela trabalhadora com responsabilidades familiares ...
- 3.2.** Considerando que existe uma trabalhadora com autorização para trabalhar em horário flexível e duas outras trabalhadoras, com filhos menores de 12 anos a quem necessitam de prestar apoio e acompanhamento, estando assim, nas mesmas circunstâncias da trabalhadora em gozo efetivo do horário flexível e com os mesmos direitos, ter-se-á de reconhecer que todas as trabalhadoras têm direito ao horário flexível, na medida em que preenchem os requisitos legais e recorrer ao disposto no n.º 1 do artigo 335.º do Código Civil, quando não seja possível o exercício pleno desse direito, devendo todas as trabalhadoras ceder do medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer dos titulares dos direitos em colisão.

- 3.3. O empregador deve proporcionar 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 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.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 06 DE FEVEREIRO DE 2019, COM OS VOTOS CONTRA DA CAP –CONFEDERAÇÃO DOS AGRICULTORES DE PORTUGAL, CCP – CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL, CIP – CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL E CTP - CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS E COM DECLARAÇÃO DE VOTO DA REPRESENTANTE DA CGTP – CONFEDERAÇÃO GERAL DOS TRABALHADORES PORTUGUESES – INTERSINDICAL NACIONAL, CONFORME CONSTA DA RESPECTIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENCAS ANEXA À REFERIDA ATA.

A CGTP – Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses – Intersindical Nacional, apresentou Declaração de Voto, formulada nos seguintes termos:
“A CGTP vota a favor do Parecer, nos moldes em que o mesmo estava projectado, sem qualquer alteração a introduzir na conclusão, por se entender que a sua inclusão, só pode causar confusão nos destinatários, sendo que a entidade empregadora está vinculada à obrigação de promover o princípio da conciliação entre a vida familiar e a vida profissional, pelo que é sobre a mesma que incumbe organizar esse horário, no respeito integral desse princípio legal e constitucional.”