

PARECER N.º 85/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 487/FH/2019

I – OBJETO

1.1. A CITE recebeu a 31.01.2019 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 terapeuta, no estabelecimento ..., nas instalações do ...

1.2. O pedido apresentado pela trabalhadora e rececionado pela entidade empregadora, em 07.01.2019, foi elaborado nos termos que a seguir se transcrevem:

“(...) Serve a presente a comunicação, endereçada sob registo e com AR, para informar V.as Ex.as de que a ora signatária, vossa trabalhadora, pretende usar da faculdade prevista nos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho (doravante, brevitatis causa, CT), ou seja, pretende beneficiar de horário flexível. Nos termos do n.º 2 do artigo 56.º do CT, entende-se por horário flexível aquele em que o trabalhador pode escolher, em determinadas circunstâncias e dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário.

Ora, a signatária é mãe de dois filhos, ainda menores: (...) com 7 e 5 anos, vivendo com eles em comunhão de mesa e habitação- cf. certidões de nascimento, que ora se juntam e aqui se consideram reproduzidas para todos os efeitos legais.

No exercicio competente e atento das suas responsabilidades parentais, precisa de cumprir um horário laboral diário que lhe permita cumprir e fazer cumprir todos os

compromissos e necessidades quotidianas essenciais dos menores seus filhos, mormente as intrinsecamente relacionadas com as suas actividades escolares e extracurriculares (ex: explicações). Para tanto, entre segunda-feira e sexta-feira, no início da manhã, entre as 8h00 e as 9h00 e ao fim da tarde, a partir das 18h00, precisa de tempo livre para se dedicar ao seu inalienável papel de mãe, responsável pela educação, instrução e salutar desenvolvimento dos seus filhos.

Por conseguinte, estribada nas sobreditas disposições legais e nos motivos de facto a que aludiu supra, vem a ora signatária requerer lhe seja concedida a faculdade de prestar o seu trabalho em regime de horário flexível, com efeitos a partir de 10 de Fevereiro de 2019 e até 10 de Fevereiro de 2021 (dois anos).

Concretamente, no que à organização e ao tempo do trabalho concerne, a signatária propõe:

- prestar o seu trabalho ao longo de 5 (cinco) dias por semana, de segunda a sexta-feira, sendo que cada jornada terá a duração máxima de 7 (sete) horas e trinta minutos;*
- A jornada iniciar-se-á pela manhã, às 09h45, e findará de tarde, pelas 18h15, sem prejuízo da interrupção para almoço, entre as 12h00 e as 14h00.*

A signatária cumpre o disposto no n.º 1 do artigo 57.º do CT, aguardando, pois, as vossas prezadas notícias.

(...)”

1.3. A 24.01.2019 a trabalhadora foi notificada da intenção de recusa da entidade empregadora, nos termos que a seguir se reproduzem e para o qual se remete para todos os efeitos legais:

“(...) Acusamos a receção, no dia 07 de janeiro de 2019, da carta que dirigiu (...) solicitando que lhe fosse autorizada a realização de um horário de trabalho flexível, de segunda a sexta-feira entre as 09h45 e as 18h15, com descanso semanal ao sábado e ao domingo, pelo período de dois anos.

Nesse mesmo documento, V. Exa. invoca os artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho para fundamentar o pedido de horário flexível.

Pese embora a (...) considere que o pedido formulado e a ela dirigido não consubstancia um pedido de horário flexível, na aceção e nos termos dos artigos 56.º e 57.º do CT, tramitará o requerimento apresentado tendo em vista a sua apreciação pela Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego.

Em resposta, comunicamos que é intenção da sua entidade empregadora recusar o seu pedido de alteração de horário de trabalho, nomeadamente, com os seguintes fundamentos.

(a) Do conceito de horário flexível e da formulação do pedido

*Segundo o n.º 2 do artigo 56.º do CT, 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». 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). 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).*

Sucedo que V. Exa. indicou que pretende um horário entre as 09h45 e as 18h15, de segunda a sexta-feira, o que configura um pedido de horário fixo. Neste seguimento, aquilo que V. Exa. faz é inverter este procedimento, indicando, desde logo, o intervalo exato dentro do qual pretende que o horário seja elaborado e retirando ao empregador o direito que tem de estabelecer o horário de trabalho. Ultrapassando a confusão entre os vários conceitos envolvidos, aquilo que o Código de Trabalho prevê é que cabe ao empregador definir os períodos de presença obrigatória (que se poderão designar por plataformas fixas) e os períodos de início e termo do período normal de trabalho diário. Ou seja, efetivamente o trabalhador poderá escolher as horas de entrada e saída, mas as opções são necessariamente dadas pelo empregador, não existindo qualquer fundamento legal para a imposição de condições.

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. 56º

n.º 3 corpo), mas deve fazê-lo dentro dos parâmetros fixados pela lei (art 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.».

*Além do mais, a existência de um horário de funcionamento alargado determina uma dificuldade acrescida na gestão dos tempos de trabalho (se não uma verdadeira **impossibilidade**), impondo-se a organização de horários flutuantes por forma a dar cumprimento às várias imposições legais.*

Por outro lado, ainda exige V. Exa. uma alteração do regime de folgas, com folga fixa aos sábados e domingos. 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.

Além do acórdão já referido, também o Tribunal Judicial do Porto, 5ª Secção do Trabalho, J2, em 14.10.2016, aderindo à tese sustentada pelo Tribunal da Relação de Lisboa em 18.05.2016, mais acrescentou que "[d]o 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."

A Convenção Coletiva de Trabalho aplicável à presente relação laboral (CCT entre a APHORT - Associação Portuguesa de Hotelaria, Restauração e Turismo e a FESAHT - Federação dos Sindicatos da Agricultura, Alimentação, Bebidas, Hotelaria e Turismo de Portugal) dispõe, na respetiva Cláusula 33.ª n.º 8 que "para os demais profissionais o descanso semanal será o que resultar do seu horário de trabalho". Adicionalmente, o n.º 9 da mesma cláusula refere que "para os trabalhadores cujos dias de descanso não coincidam com o sábado e domingo devem ser assegurados uma vez por mês descanso nestes dias, desde que não seja inviabilizado o funcionamento da secção respetiva."

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.

Em suma, o seu pedido não foi formulado de acordo com o regime previsto nos artigos 56.º e 57.º do CT, não configurando, por conseguinte, um horário flexível.

Por outro lado

V. Exa. requer a cumulação de dois mecanismos de flexibilidade horária: atualmente, tem um período normal de trabalho de 40 horas, prestando 8 horas de trabalho diárias, com intervalo para almoço de 30 minutos; e pretende agora cumular o regime do horário flexível com a prestação de trabalho a tempo parcial, solicitando que cada jornada tenha a duração máxima de 7 horas e 30 minutos.

A pretensão de V. Exa. é claramente abusiva e coloca em causa, de forma séria, a gestão e os interesses da ..., coartando-lhe de forma desproporcional o poder de direção no âmbito da relação contratual existente.

Além do mais, foi também intenção do legislador não só separar o regime do trabalho a tempo parcial presente no artigo 55.º do regime comum, mas também diferenciar e incompatibilizar o regime de trabalho a tempo parcial com o regime de horário flexível. Desde logo, a inserção sistemática do 55.º «Trabalho a tempo parcial para trabalhador com responsabilidades familiares» e dos artigos 150.º e ss. do regime comum do trabalho a tempo parcial demonstra que se tratam de regimes distintos entre si. Como tal, o regime consagrado no art. 55.º é uma modalidade diferenciada e que se destina especificamente à tutela das responsabilidades familiares dos trabalhadores. Por exclusão, a utilização do regime comum de trabalho a tempo parcial e acoplamento do regime de horário flexível corresponderia a uma forma de contornar o disposto nos arts. 55.º e 57.º do CT.

Além disto, o artigo 57.º do CT refere que «[o] trabalhador que pretenda trabalhar a tempo parcial ou em regime de horário de trabalho flexível demonstra, por via de uma conjunção disjuntiva, que um e outro regimes são alternativos e não cumulativos.

Em suma, é intenção da ... recusar a atribuição do pedido de horário flexível, por entender que a conjugação do regime de horário flexível e do trabalho a tempo parcial colocaria em causa o funcionamento do estabelecimento, dado que teria menos um trabalhador disponível para dar resposta aos períodos de maior afluência, especialmente ao fim da tarde/início da noite e durante o fim de semana.

Acréscimo que,

E ainda relativamente à duração da jornada de trabalho, a missiva enviada por V. Exa. apresenta pedidos contraditórios.

Vejamos.

No primeiro ponto, e conforme já acima mencionado pretende que cada jornada de trabalho tenha uma duração máxima de 7h30.

Por sua vez, no segundo ponto indica que a referida jornada de trabalho deverá ser interrompida para almoço entre as 12h00m e as 14h00m, o que resulta numa prestação de trabalho correspondente a seis horas e trinta minutos em cada dia (09:45 às 12:00 e das 14:00 às 18:15), ao arrefio do que tinha indicado no ponto imediatamente anterior.

Neste sentido, e uma vez que, para além de os apresentados por V. Exa. serem inconciliáveis, também não se mostram cumpridos os requisitos legalmente exigíveis, pelo que não pode a empresa aceitar o horário peticionado. Recorde-se que, independentemente do pedido apresentado, é ao empregador que cabe a elaboração do horário de trabalho.

Sem prescindir,

(b) Das exigências imperiosas do funcionamento do estabelecimento de ...:

Com efeito, V. Exa. exerce funções de Terapeuta no estabelecimento de ... (...) (doravante designada por «...»). O ... está aberto ao público todos os dias, nos seguintes horários: de

- a. segunda a sexta-feira das 10:00 às 21:00;*
- b. sábados das 10:00 às 20:00;*
- c. domingos e dias feriado das 10:00 às 18:00;*

V. Exa. tem um período normal de trabalho de 40 horas semanais, 8 horas diárias e pratica horários e folgas rotativos desde a data de admissão.

Isto posto:

- 1. O ... tem um total de 5 trabalhadores a tempo inteiro.*
- 2. Entre eles, 3 trabalhadores exercem as funções de terapeuta, sem prejuízo de outras tarefas que possam realizar no estabelecimento.*
- 3. Além de outras tarefas compreendidas nas suas funções, as terapeutas deverão assegurar o atendimento de clientes na receção, marcação de tratamentos, organização, arrumação e limpeza do ... e artigos necessários à prossecução da atividade, nomeadamente gabinetes de tratamento e piscina (...).*
- 4. O ... atualmente, para a categoria profissional de terapeuta, pratica o seguinte horário:*
 - a. 12h45m às 21h15m (noite);*
- 5. Aos fins de semana, e tendo em conta que o horário de funcionamento do ... é reduzido em relação aos dias úteis, são praticados os seguintes horários:*
 - a. 09h45m às 18h15m (manhã);*
 - b. 11h45m às 20h15m (noite),*
- 6. Finalmente, o horário das 08h45m às 17h45m é maioritariamente praticado pela trabalhadora que desempenha a categoria profissional de ... Manager e que não realiza tratamentos;*
- 7. Por sua vez, os horários das 08h45m às 17h15m (manhã) e das 11h30m às 20h00m (tarde) foram descontinuados no final do 2018 por decisão de gestão da administração, não sendo atribuídos atualmente a nenhum trabalhador do ...*
- 8. Todos os trabalhadores estão ao abrigo do regime de horários flutuantes, o que implica a alternância dos períodos de trabalho a realizar.*
- 9. O mesmo se refira em relação aos dias de descanso semanal, que são rotativos.*
- 10. Deste modo, assegura-se o cumprimento das exigências legais em matéria de tempo de trabalho e de segurança e saúde no trabalho, garantindo-se, igualmente, uma*

distribuição equitativa dos horários a realizar, por forma a que os trabalhadores tenham condições para melhor conciliarem a sua vida privada e profissional.

11. O período do dia com maior afluência de clientes verifica-se entre as 14h00m e as 21h00m., motivo pelo qual nesse período o ... necessita entre dois a três terapeutas para assegurar o funcionamento do mesmo e a realização dos tratamentos agendados.

Ora,

12. V. Exa. manifestou que pretendia um horário (fixo) de segunda a sexta-feira, entre as 09h45 e as 18h15, com duas horas de intervalo de refeição. com folgas fixas ao sábado e domingo.

13. Assim, e além de requerer a prestação de trabalho apenas no horário da manhã, ainda solicita uma alteração ao esquema de folgas em vigor.

14. Por sua vez, em relação ao horário e como é do seu conhecimento, o ... ao longo dos meses tem vindo a fazer os possíveis para lhe atribuir, preferencialmente. o horário da manhã (cfr. horários de agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro, em anexo). No entanto, esta situação, por motivos imperiosos diretamente relacionados com a atividade da empresa teve que ser alterada, sob pena de colocar em risco a manutenção da atividade desta.

16. A partir do final do mês de dezembro, foi determinada pela administração do ... uma alteração ao esquema de horários praticados por forma a fazer corresponder a presença dos trabalhadores no estabelecimento à efetiva procura e necessidades dos clientes.

17. Após ter sido realizada uma extensa análise aos resultados apresentados pelo ..., verificou-se que a faturação mensal no período da manhã (entre as 09h:00 e as 13h00) não ultrapassava, em média, os 4,3% da faturação total do estabelecimento.

18. Por esse motivo, e atendendo à diminuta procura dos serviços do ..., não se justifica a presença de um terapeuta a tempo inteiro durante aquele intervalo de tempo, sob pena de se estar a comprometer a viabilidade económico-financeira do estabelecimento,

motivo pelo qual o horário que V. Exa. agora solicita foi descontinuado nos dias úteis, conforme acima mencionado.

19. Neste sentido, a administração do ... determinou que o período da manhã, durante o qual a atividade se resume praticamente ao atendimento ao cliente na receção, seria assegurado pela ... Manager.

20. Atendendo à fraca procura dos serviços prestados, a presença de terapeutas no período da manhã passou a ser esporádica, concentrando-se a presença destas no período da tarde e noite.

21. Assim, nos períodos da tarde e noite e atendendo a que correspondem às horas de maior afluência de clientes, na grande maioria dos dias a empresa necessita da presença das três terapeutas, sob pena de não conseguir dar resposta a todas as solicitações.

22. Às três terapeutas existentes no ..., onde V. Exa. se incluiu, passou a ser atribuído, maioritariamente, o horário das 12h45m às 21h15m, com intervalo para almoço entre as 15h00m e as 15h30.

23. Caso fosse atribuído o horário pretendido por V. Exa., significaria que a empresa no período da noite contaria apenas com:

a. Duas terapeutas em 3 dias da semana;

b. Uma terapeuta nos restantes 4 dias (atendendo às ausências rotativas por motivos de descanso semanal).

24. Em termos práticos, e recorrendo a título meramente exemplificativo ao horário programado para a semana de 04 a 08 de fevereiro, a atribuição do horário pretendido por V. Exa. resultaria nas seguintes alterações:

	S	T	Q	Q	S
TERAPEUTA 1	Noite	Noite	Noite	F	F
TERAPEUTA 2	Manhã	Manhã	Manhã	Manhã	Manhã
TERAPEUTA 3	Noite	F	F	Noite	Noite

25. Resulta do quadro acima que, nessa semana, caso fosse atribuído o horário que pretende, o período da noite apenas contaria com duas terapeutas em simultâneo na segunda-feira.

26. Nos restantes quatro dias da semana apenas estaria presente uma terapeuta, situação que, atendendo ao volume atual da procura dos serviços prestados pelo ..., é absolutamente incompatível sob pena do atendimento aos clientes ficar comprometido

27. A solução passaria necessariamente **pela contratação de novos trabalhadores para cobrir as necessidades criadas com a eventual atribuição do horário peticionado por V. Exa.**, o que acarretaria enormes e injustificados gastos adicionais para o ..., custos que a empresa não tem possibilidade de suportar atualmente.

28. Para além do exposto, a aceitação do seu pedido em relação aos fins de semana é igualmente inviável.

29. Considerando a relação entre o número de trabalhadores do ... e a amplitude do horário de funcionamento do mesmo, resulta evidente uma grande restrição à gestão e alocação dos recursos às necessidades do ...

30. O esquema vigente permite garantir (com dificuldade) as condições mínimas de funcionamento do ..., acautelando as folgas e férias de todos os trabalhadores.

31. Atribuir a V. Exa. um regime de folgas fixas, ao sábado e ao domingo, resultaria que as folgas das restantes trabalhadoras com a sua categoria profissional raramente iriam corresponder com o sábado e o domingo, o que configuraria uma situação de desigualdade e discriminação inaceitáveis.

32. Na mesma senda, quanto à fixação dos dias de descanso, a Convenção Coletiva aplicável, acima melhor identificada, determina que "para os trabalhadores cujos dias de descanso não coincidam com o sábado e domingo devem ser assegurados uma vez por mês descanso nestes dias, desde que não seja inviabilizado o funcionamento da secção respetiva.

33. Assim, em face desta obrigatoriedade em assegurar a rotatividade dos dias de descanso semanal por forma a que coincidam com os sábados e domingos, e perante um estabelecimento com um número tão reduzido de elementos, não é possível fixar os dias de descanso semanal sem um aumento do quadro de pessoal.

34. Algo que implicaria, naturalmente, prejuízo para o ..., tratando-se de uma exigência irrazoável.

35. Além disso, basta que um dos trabalhadores falte, por qualquer motivo, o ... não terá recursos para resolver esse problema, tendo de funcionar com menos trabalhadores e, em virtude disso, mostrando-se incapaz de dar resposta às solicitações dos clientes.

36. Consequentemente, não havendo trabalhadores suficientes no estabelecimento, o atendimento sairá prejudicado, os clientes ficarão insatisfeitos e, no limite, esta situação poderá conduzir a perda de faturação, uma vez que os períodos disponíveis para atendimento do cliente, bem como o número de tratamentos realizados em simultâneo seriam muito mais reduzidos.

37. Deste modo, as instalações físicas disponíveis no ... ficariam subaproveitadas por falta de recursos humanos.

38. Além de tudo o exposto, fica a nota que o horário de trabalho que V. Exa. peticiona atualmente é apenas praticado aos fins de semana - ou seja, precisamente nos dias em que pretende estar de folga.

39. Ora, tendo em conta os atuais horários praticados no ..., a sua pretensão é matematicamente impossível, na medida em que na esmagadora maioria dos dias úteis não existe um horário de manhã, sendo este praticamente exclusivo dos sábados e domingos.

Em suma,

40. Para dar cumprimento às obrigações legais em matéria de organização do tempo de trabalho (limites ao período normal de trabalho e intervalo de descanso) e,

concomitantemente, para responder às necessidades de funcionamento do ..., é este o único esquema organizativo possível.

41. Mesmo alterando-se toda a gestão do ..., a atribuição de folgas fixas implicaria a inexistência de trabalhadores em número suficiente para que a aquele pudesse laborar aos fins de semana e a violação das normas presentes no contrato coletivo aplicável.

42. A resolução desta questão apenas poderia ser feita mediante a contratação de novos trabalhadores ou, por outra, pela realização de trabalho adicional não previsto, algo que, como certamente saberá, também obedece a determinados limites.

43. Prejudicando ainda as necessidades de repouso e descanso dos restantes trabalhadores.

44. Adicionalmente, se a ... lhe atribuir um horário de trabalho que se afaste daqueles praticados no ..., como V. Exa. pretende, isso significará excluí-la do sistema de horários flutuantes em vigor no ..., esquema que permite uma distribuição tendencialmente equilibrada dos vários horários entre trabalhadores do estabelecimento.

45. Um tratamento preferencial a V. Exa. iria potenciar um conflito laboral entre os outros trabalhadores e a empresa, conflitos internos na equipa, desmotivação, desarticulação do trabalho em equipa, com todos os prejuízos que daí resultam para a empresa e para o funcionamento do ..., sobretudo para a produtividade e qualidade de serviço deste.

*46. Em face do exposto, não podemos aceitar o seu pedido de horário de trabalho.
(...)"*

1.4- Do processo remetido à CITE consta apreciação à intenção de recusa, apresentada pela trabalhadora em 30/01/2019, nos termos a seguir transcritos:

"(...)

Acuso a recepção da vossa missiva datada de 22 de Janeiro de 2019, a qual mereceu a minha melhor atenção, e em que me informam da vossa recusa em atribuir-me o horário flexível nos moldes por mim sugeridos.

Sobre o seu teor, registo que os fundamentos ali alegados para sustentar tal recusa não se enquadram na previsão legal do n.º 2 do artigo 57.º do CT. In casu, V.as Ex.as, enquanto

entidade patronal/empregador não alegam, fundadamente, factos com a virtualidade de demonstrar cabalmente que o horário flexível proposto pela trabalhadora posterga "exigências imperiosas no funcionamento da empresa" ou que a signatária/trabalhadora, sendo indispensável, não poderá ser substituída.

Como se referiu aquando do pedido de autorização de horário flexível a signatária encontra-se divorciada e é mãe de dois filhos menores que com ela vivem em comunhão de mesa e habitação. É o único elemento do agregado familiar, formado pelos três, com a responsabilidade e a capacidade de os transportar à escola, de manhã, e de ali os recolher, de tarde, entre segunda-feira e sexta-feira. Não pode, objectivamente, cumprir um horário laboral diário em que se preveja a sua saída do local de trabalho às 21h15! Se tal se verificasse, quem, além dela, poderia recolher os seus filhos menores à escola e/ou às explicações, quem providenciaria pelo seu estudo, pela realização dos seus trabalhos de casa escolares, pelo seu jantar e pelo seu descanso a horas? O convívio familiar passaria a ser quase inexistente, porquanto os menores, que se deitam às 22h00, não teriam possibilidade de passar tempo suficiente na companhia da mãe. Por isso, no caso em apreço, a flexibilização do seu horário de trabalho impõe-se, sendo absolutamente necessária ao bom exercício de todos aos poderes-deveres que integram o exercício minimamente diligente das responsabilidades parentais de um progenitor.

Assim, de segunda-feira a sexta-feira, no início da manhã, entre as 8h00 e as 9h00, e ao fim da tarde, a partir das 18h15, a signatária precisa de tempo livre para se dedicar ao seu inalienável papel de mãe, responsável pela educação, instrução e salutar desenvolvimento dos seus filhos.

Deve, pois, ser-lhe concedida a faculdade de prestar o seu trabalho em regime de horário flexível com efeitos a partir de 10 de Fevereiro de 2019 e até 10 de Fevereiro de 2021 (dois anos), prestando o seu trabalho ao longo de 5 (cinco) dias por semana, de segunda a sexta-feira, sendo que cada jornada terá a duração máxima de 8 (oito) horas. A jornada iniciar-se-á pela manhã, às 09h45, e findará de tarde, pelas 18h15, sem prejuízo da interrupção para almoço, entre as 13h00 e as 13h30.

Face ao pedido inicial, a signatária introduz alterações no tocante à interrupção para almoço, que se reduzirá até aos 30 minutos, entre as 13h00 e as 13h30. Desse modo, poderá cumprir as 40 horas mensais.

É o que me apraz dizer de momento, ficando a aguardar o parecer a emitir pela Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE).

(...)"

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”.

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:

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

- 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 desígnios 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 durante um período de 2 anos, de modo a conciliar a sua atividade profissional com a vida familiar, pretendendo exercer a sua atividade entre as 9h45 e as 18h15, com intervalo de descanso das 13h00 às 13h30, de segunda a sexta-feira, por ser mãe de duas crianças com 7 e 5 anos de idade, menores de 12 anos, com as quais vive em comunhão de mesa e habitação.
- 2.14** Fundamenta o seu pedido no facto de se encontrar divorciada e os menores dependerem unicamente da requerente para o seu acompanhamento após o fecho da escola, o que a impossibilita sair às 21h15.
- 2.15** Antes de iniciar a análise do processo, importa ressaltar que os factos indicados no ponto 2.13 e que se referem ao horário indicado pela requerente, resultam do aperfeiçoamento do pedido realizado em sede de apreciação, porquanto no pedido era apresentado um horário que não respeitava o número de horas diárias a que a trabalhadora contratualmente se obrigou – 8 horas/dia, o que acarretava a invalidade do pedido e conseqüentemente, a atribuição do horário flexível. Com a sanção do vício, suscitado pela entidade empregadora na intenção de recusa, e que se deve ter por admissível, considerando que é tempestivo e oportuno, permitindo ao empregador conhecer e (re)avaliar o pedido, o que não sucedeu, mantendo-se inalterado o procedimento. Assim, o pedido da trabalhadora deve ser analisado à luz do horário indicado na apreciação, dando-se por prejudicado o alegado na intenção de recusa quanto a este aspecto, bem como no tocante a um eventual pedido de trabalho em tempo parcial.
- 2.16** 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.

2.17 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)

2.18 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, 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.

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

a) O pedido apresentado não configura um horário flexível, na aceção do artigo 56º do CT entidade empregadora, uma vez que não cabe à trabalhadora fixar o horário de trabalho com horas de entrada e saída fixas e rígidas, pelo que a sua pretensão consubstancia um simples pedido de alteração do horário de trabalho e não um pedido de horário flexível.

b) O estabelecimento onde a requerente exerce funções está aberto ao público no seguinte horário:

- a. segunda a sexta-feira das 10:00 às 21:00;
- b. sábados das 10:00 às 20:00;
- c. domingos e dias feriado das 10:00 às 18:00;

O estabelecimento tem um total de 5 trabalhadores a tempo inteiro. Entre eles, 3 trabalhadores exercem as funções de terapeuta, sem prejuízo de outras tarefas que possam realizar no estabelecimento. Atualmente, para a categoria profissional de terapeuta, pratica-se o seguinte horário: 12h45m às 21h15m (noite).

Aos fins de semana, e tendo em conta que o horário de funcionamento do ... é reduzido em relação aos dias úteis, são praticados os seguintes horários: 09h45m às 18h15m (manhã); 11h45m às 20h15m (noite).

Menciona ainda que o horário das 08h45m às 17h45m é maioritariamente praticado pela trabalhadora que desempenha a categoria profissional de ... Manager, que não realiza tratamentos e que os horários das 08h45m às 17h15m (manhã) e das 11h30m às 20h00m (tarde) foram descontinuados no final do 2018 por decisão de gestão da administração, não sendo atribuídos atualmente a nenhum trabalhador do ...

- c) Concretiza, explicitando que a alteração ao esquema de horários praticados por forma a fazer corresponder a presença dos trabalhadores no estabelecimento à efetiva procura e necessidades dos clientes, ocorreu no final de dezembro de 2018, após realização de uma extensa análise aos resultados apresentados pelo ..., que permitiu apurar que a faturação mensal no período da manhã (entre as 09h:00 e as 13h00) não ultrapassava, em média, os 4,3% da faturação total do estabelecimento. Por esse motivo não se justifica a presença de um terapeuta a tempo inteiro durante aquele intervalo de tempo e o horário requerido foi descontinuado nos dias úteis.
- d) É referido que a presença de terapeutas no período da manhã passou a ser esporádica.

e) Por último, alega que para dar cumprimento às obrigações legais em matéria de organização do tempo de trabalho (limites ao período normal de trabalho e intervalo de descanso) e, concomitantemente, para responder às necessidades de funcionamento do ... é este o único esquema organizativo possível. E ainda que se alterasse toda a gestão do ..., a atribuição de folgas fixas implicaria a inexistência de trabalhadores em número suficiente para que aquele pudesse laborar aos fins de semana e a violação das normas presentes no contrato coletivo aplicável. Adicionalmente, se lhe fosse autorizado o horário pretendido, isso significaria excluí-la do sistema de horários flutuantes em vigor no ..., esquema que permite uma distribuição tendencialmente equilibrada dos vários horários entre trabalhadores do estabelecimento e que previne conflitos laborais entre os outros trabalhadores e a empresa.

2.20 A lei exige que, em caso de recusa a entidade empregadora fundamente a recusa do horário flexível requerido em razões imperiosas do funcionamento do serviço ou na impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a, e, portanto, a fixação do horário de trabalho de um/a trabalhador/a pela entidade patronal, conforme é sua competência nos termos do artigo 212.º do Código do Trabalho, deve ter em conta o funcionamento do serviço.

2.21 Assim, não deve a entidade empregadora basear a recusa sem apresentar fundamento do que alega, ou seja, não demonstrando objetiva e inequivocamente que o horário requerido pela trabalhadora ponha em causa o funcionamento do serviço.

2.22 Assim, de acordo com a intenção de recusa, apesar da amplitude horária diária solicitada corresponder ao total de horas para as quais a trabalhadora foi contratada, o pedido não se enquadra no horário a que a requerente está obrigada, por força da organização do serviço.

2.23 Com efeito, tendo os horários sofrido alteração em finais de dezembro de 2018, por razões gestionárias e explanadas nos pontos 16. a 18. da intenção de recusa, passando as terapeutas a praticar o horário das 12h45m às 21h15m, com intervalo para almoço entre as 15h00m e as 15h30, durante os dias úteis, resulta

que o horário flexível requerido não se ajusta aos horários praticados no estabelecimento. O horário requerido existe, mas é praticado apenas pela ... manager, com categoria profissional e funções distintas das restantes trabalhadoras, tanto mais que não realiza tratamentos, pelo que o horário por aquela praticado não pode estender-se às terapeutas e, em particular, à trabalhadora requerente.

- 2.24** É certo que fica por explicar como se articulam os horários completos, de segunda a sexta-feira, das 12h45 às 21h15, com a afirmação do empregador de que *" a presença de terapeutas no período da manhã passou a ser esporádica."*, tendo o empregador deixado esta questão em aberto, sem concretizar o que entende por esporádico e como irá implementar a organização dos tempos de trabalho, compatibilizando o trabalho no período da manhã, com o trabalho no período da tarde e noite.
- 2.25** Todavia, a trabalhadora tomou conhecimento da intenção de recusa e apresentou a sua apreciação, nada tendo mencionado sobre a manutenção dos horários da manhã: 08h45 – 17h15 e 11h30 – 20h00, que a entidade empregadora afirma terem sido descontinuados e a possibilidade de praticar um desses horários. Não se pronuncia quanto à alteração dos horários existentes, em vigor em finais de dezembro e nada refere quanto à necessidade da presença esporádica de terapeutas no período da manhã, pelo que inexistem no processo factos que contrariem o alegado pelo empregador quanto aos horários praticados. Através de e-mail, de 11/02/2019, foi solicitado ao empregador, cópia dos mapas de horário de funcionamento do ... em questão e dos mapas de horário de trabalho com os turnos praticados no estabelecimento por todas as trabalhadoras relativo a Novembro, Dezembro e Janeiro, nada tendo sido recepcionado até à data.
- 2.26** Face ao exposto, resta-nos concluir que o pedido apresentado não é enquadrável nos tempos de trabalho praticado no estabelecimento e compatível com a organização do serviço.

- 2.27** A este propósito será de lembrar que os direitos dos/as trabalhadores/as no âmbito da parentalidade, devem ser tidos em consideração pela entidade empregadora, que deverá fundamentar a eventual impossibilidade de conceder o regime de horário solicitado de forma a demonstrar inequivocamente a impossibilidade de funcionamento do serviço e/ou a impossibilidade de substituir o/a requerente. Caberá à entidade empregadora encontrar os meios ou mecanismos que permitam organizar os tempos de trabalho de modo a que todos e todas os/as trabalhadores/as possam conciliar a vida familiar e profissional, de acordo com os normativos em vigor, o que poderá implicar, nomeadamente, rotatividade nos postos de trabalho de modo a todos e todas os/as que têm a mesma necessidade poderem usufruir o mais tempo possível dos horários que pretendem, sem que tal implique desvalorização para o trabalhador/a e/ou impossibilidade de funcionamento do serviço.
- 2.28** Cumpre referir que pode sempre a trabalhadora, se assim o entender, apresentar novo pedido de horário de trabalho em regime de horário flexível, nos termos constantes no artigo 56º e 57º do Código do Trabalho, desde que ajustado aos tempos de organização do trabalho do estabelecimento.
- 2.29** 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 favorável à intenção de recusa da entidade empregadora "...", relativamente ao pedido de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pela trabalhadora com responsabilidades familiares ..., sem prejuízo da trabalhadora, se assim o entender, elaborar novo pedido de horário flexível dentro dos turnos praticados e compatível com a organização de funcionamento do serviço.
- 3.2. 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 UNANIMIDADE, DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 20 DE FEVEREIRO DE 2019, CONFORME CONSTA DA RESPECTIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM, DE ACORDO COM A LISTA DE PRESENÇAS ANEXA.