PARECER N.º 186/CITE/2020

Assunto: Parecer prévio à intenção de recusa de autorização de trabalho em regime de horário flexível a 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 12.02.
Processo n.º 1097-FH/2020

I – OBJETO

1.1. Em 04.03.2020, a CITE recebeu da Senhora Drª ..., mandatária da sociedade ..., cópia de um pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pela trabalhadora ..., para efeitos da emissão de parecer, nos termos dos n.ºs 5 e 6 do artigo 57.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12.02.

1.2. No seu pedido de horário flexível, de 04.02.2020, a trabalhadora refere, nomeadamente, o seguinte:

1.2.1. Que tem a "*categoria profissional de ..., a exercer funções na instituição, vem, nos termos do disposto no artigo 56.º do Código do Trabalho, solicitar que lhe seja atribuído um regime de horário de trabalho flexível para prestar assistência inadiável e imprescindível a filha menor, de doze anos, pelo período de quatro anos com o seguinte horário de trabalho:*

1.2.2. *Das 9:30 às 18:30 com uma hora de descanso diário variável consoante as necessidades da loja, pelo que não há plataformas fixas.*

1.2.3. *Declaro ainda que a menor vive em comunhão de mesa e habitação com o requerente".*

1.3. Em 20.02.2020, a entidade empregadora respondeu à trabalhadora, referindo, nomeadamente, o seguinte:

1.3.1. *"Acusamos a receção do pedido que nos foi endereçado, o qual foi por nós rececionado no passado dia 04.02.2020, a solicitar a prestação de trabalho em regime de horário flexível, nomeadamente, das 09:30 às 18:30 horas, com uma hora de descanso variável consoante as necessidades da loja, por um período de quatro anos.*

1.3.2. *Antes de mais, referimos que, em nossa opinião, o pedido que a trabalhadora efetuou não se enquadra nos lermos dos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho ("CT"), uma vez que o n.º 2 do artigo 56.º estabelece que o horário flexível é aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário, e não aquele em que é o próprio trabalhador a escolher o horário em que pretende prestar atividade.*

1.3.3. *Adicionalmente, antecipamos, desde já, que, pelas exigências imperiosas do funcionamento da empresa que melhor se explanarão adiante, não se encontram reunidas as condições necessárias para a sua pretensão ser acolhida. Com efeito, do ponto de vista operacional, é impossível à empresa assegurar o normal*

funcionamento da sua atividade junto do ..., sem que para tal tenha de proceder à contratação de mais colaboradores, com um inerente incremento dos custos com o pessoal, o que de momento é financeiramente incomportável.

1.3.4. *O ..., onde V. Exa. presta funções, tem o seguinte horário de abertura ao público:*

- Segunda-feira a quinta-feira: 10:00 horas às 22:00 horas;

- Sexta-feira e sábado: 10:00 horas às 23:30 horas;

- Domingo: 10:00 horas às 20:00 horas.

1.3.5. *A empresa tem no ... com três ... (departamentos) distintos, a saber: ...; ... e ..., cada um instalado num andar distinto daquele ...*

1.3.6. *Os ... da empresa têm o seguinte horário de laboração:*

- Segunda-feira a quinta-feira: 09:30 horas às 22:20 horas;

- Sexta-feira e sábado: 09:30 horas às 23:30 horas;

- Domingo: 09:30 horas às 20:00 horas.

1.3.7. *O tempo de trabalho dos trabalhadores da empresa no ... é organizado em regime de turnos rotativos, com a seguinte configuração:*

- Turno da Manhã: 09:30 horas às 19:00 horas, com uma hora e meia de intervalo para almoço;

- Turno da Tarde 1: 11:00 horas às 20:00 horas, com uma hora e meia de intervalo para almoço;

- Turno da Tarde II: 12:00horas às 21:00, com uma hora e meia de intervalo para almoço;

- Turno da Noite 1: 13:20 horas às 22:20, com uma hora e meia de intervalo para almoço.

- Turno da Noite II: 14:30 horas às 23:30 horas, com uma hora e meia de intervalo para almoço.

1.3.8. *A empresa procura distribuir todos os turnos de modo equitativo pelos seus trabalhadores, alterando a prestação de atividade entre o Turno da Manhã, Turnos da Tarde e Turno da Noite.*

1.3.9. *Pode, todavia, suceder que um determinado trabalhador preste atividade no Turno da Noite durante mais dias por mês num determinado mês, o que será reduzido no mês seguinte (se compatível com eventuais baixas médicas e férias).*

1.3.10. *No total, a empresa tem 13 trabalhadores a prestar atividade no ..., que estão divididos pelos ..., como se segue:*

- *...: ...; ..., ... e ..., num total de 4 trabalhadores;*
- *...: ..., ...; ..., ...; e ..., num total de 5 trabalhadores;*
- *...: ..., ..., ...; ..., num total de 4 trabalhadores.*

1.3.11. *Para além dos 13 trabalhadores, presta ainda atividade no ... a gerente de loja ..., que não está alocada a qualquer ...*

1.3.12. *Todos os trabalhadores têm um período normal de trabalho de 40 horas e direito a dois dias de descanso (obrigatório e facultativo) por semana.*

1.3.13. *Todavia, existem três trabalhadoras a quem já foi conferido o horário flexível (..., ... e ...) e, como é do seu conhecimento, estas trabalhadoras prestam atividade exclusivamente no Turno da Manhã.*

1.3.14. *No caso concreto do ..., que é onde a trabalhadora presta atividade, verifica-se que a trabalhadora ... já presta a sua atividade em regime de horário flexível, estando a realizar exclusivamente o Turno da Manhã.*

1.3.15. *No caso do ..., verifica-se que a trabalhadora também já presta a sua atividade em regime de horário flexível, estando a realizar exclusivamente o Turno da Manhã.*

1.3.16. *E por fim, o comer de ..., tem a trabalhadora ... a prestar a sua atividade em regime de horário flexível, estando a realizar exclusivamente o Turno da Manhã.*

1.3.17. *De forma a assegurar a laboração mínima do ..., sem comprometer gravemente o atendimento dos Clientes da empresa, é imperativa a presença no ... de, pelo menos, 3 trabalhadores (i.e., um em cada ...) às horas onde há mais fluxo de Clientes, o que habitualmente ocorre à hora de almoço e à hora de jantar.*

1.3.18. *Sem prejuízo, da empresa apenas laborar com 3 trabalhadores ou até falhar com este número mínimo de trabalhadores nas instalações do ..., verificam-se as seguintes consequências imediatas:*

1.3.19. *Comprometimento da eficiência do atendimento ao público com a provável perda de clientes que não são atendidos por indisponibilidade do assistente ou por inexistência de alguém. Nesta*

sede, esclarece-se que a empresa não tem em expositor todos os números e medidas dos produtos que comercializa, sendo necessária a deslocação ao armazém, caso o cliente necessite de um outro número ou medida).

1.3.20. *Diminuição das vendas e redução da rentabilidade do estabelecimento, podendo comprometer a sua viabilidade económica;*

1.3.21. *Sobrecarrega as funções dos trabalhadores que estão presentes no ..., o que pode colocar em risco as normas de higiene e segurança no trabalho;*

1.3.22. *Prejuízo da imagem da empresa no consumidor;*

1.3.23. *Necessidade de eventual recurso a outros trabalhadores do ..., que, mediante disponibilidade, poderão auxiliar no ..., conquanto sem ter formação profissional e conhecimento dos produtos disponíveis para venda e regras e procedimentos relacionados com o atendimento ao cliente e vendas.*

1.3.24. *Ora, se a empresa desse assentimento ao pedido da trabalhadora de prestar atividade no Turno da Manhã, verificar-se-ia que o Turno da Noite no ... seria apenas executado pelos trabalhadores ... e ...*

1.3.25. *Questionamos então: O que sucede se um destes dois trabalhadores estiver de folga? Ou de férias? Ou se ambos estiverem de folga ou de férias?*

1.3.26. *A verdade é que o ... ficaria sem ninguém! Imagine-se se estivéssemos a falar de uma loja de rua? Teria obrigatoriamente de encerrar as portas naquele período noturno...*

1.3.27. *Vejamos, a título de exemplo, uma simulação realizada pela empresa para o mês de março de 2020, assumindo que a trabalhadora requerente prestaria atividade no Turno da Manhã. Apenas existem 2 trabalhadores no Turno da Noite e nenhum está alocado ao ... A gerente de loja terá que cobrir o trabalho no ..., o que implica a prestação de funções que não compreendem ao conteúdo funcional para o qual foi contratada e a sobrecarga das suas funções;*

1.3.28. *Apenas existem 3 trabalhadores no Turno da Noite, o que é o mínimo possível para laboração dos ... (1 por cada ...). Neste caso, bastará que mais algum trabalhador entre de férias ou de baixa médica para que o número de elementos no Turno da Noite fique abaixo do mínimo de 3.*

1.3.29. *Poder-se-ia questionar ainda se a empresa não poderia alocar para o ... algum dos trabalhadores afetos aos outros ...; mas tal seria inviável a longo prazo, porquanto, inevitavelmente, há trabalhadores de baixa médica, licença de maternidade ou de férias.*

1.3.30. *Assim, é impossível incrementar o número de trabalhadores afetos ao ... sem comprometer a eficiência de outro ... Ou seja, a afetação de trabalhador de outro ... teria que ser uma medida temporária, absolutamente excepcional e pontual, de modo a não comprometer a atividade da empresa no ..., o que também não é o pretendido pela trabalhadora, que solicitou a aplicação do horário flexível por 4 anos.*

1.3.31. *Assim, a única medida que prevalece para a empresa, e que falta analisar, é a contratação de um novo colaborador para prestar atividade, a tempo parcial, nos dias e horas em que não é possível garantir a presença de 3 trabalhadores no turno da noite que, como é compreensível, comporta um incremento de custos que a empresa não pode, de momento, suportar.*

1.3.32. *Com efeito, no ano corrente verifica-se que a empresa no ... já está com um déficit de vendas de 15 % face ao período homólogo no ano passado, pelo que não tem condições financeiras para contratar mais nenhum trabalhador, ainda que em par-time.*

1.3.33. *Tal contratação comprometeria, em larga escala, para um agravar os custos de operação, o que colocaria a empresa abaixo dos níveis de rentabilidade exigidos pela casa-mãe, pondo em risco todos os postos de trabalho.*

1.3.34. *Para além disso, e tendo em conta a experiência da empresa em recrutamento, tem-se que a tarefa de encontrar um trabalhador que apenas pretenda prestar atividade de modo parcial, temporário (4 anos), e afeto exclusivamente ao período noturno, é impossível.*

1.3.35. *Tudo o que se disse, fica ainda agravado nos casos em que há a necessidade de acomodar os períodos de folgas, ausências por doença ou maternidade e férias de toda a equipa que labora no ....*

1.3.36. *É, pois, evidente que numa organização com 13 trabalhadores, que labora necessariamente em regime de turnos, a mera circunstância*

de 3 trabalhadores já prestarem atividade em regime de horário flexível já dificulta a organização dos turnos dos trabalhadores.

1.3.37. *Esta tarefa fica absolutamente impossível se 4 trabalhadores prestarem atividade sob o regime da flexibilidade de horário, no Turno da Manhã, porquanto deixa de ser possível cumprir com o mínimo de trabalhadores necessários para a laboração do ... nos Turnos da Noite.*

1.3.38. *Face ao exposto, gostaríamos também de assinalar que a empresa compreende e está sensível com o pedido que a trabalhadora nos dirigiu, mas, infelizmente, na atual configuração existente no ... é absolutamente impossível à empresa conciliar a sua pretensão com o normal funcionamento do estabelecimento, sem comprometer a presença de um trabalhador no período noturno em cada ...*

1.3.39. *São, assim, exigências imperiosas do funcionamento da empresa que estão na base da decisão da empresa de indeferir o pedido de laboração em horário flexível apresentado pela trabalhadora.*

1.3.40. *Estamos, naturalmente, disponíveis para prestar os esclarecimentos que a trabalhadora repute convenientes".*

1.4. Em 25.02.2020, a requerente respondeu à entidade empregadora, referindo, nomeadamente, o seguinte:

1.4.1. *"Venho por este meio solicitar nova apreciação da recusa de horário flexível por vós enviada.*

1.4.2. *Em relação ao horário que indiquei, deve-se ao fato de a menor viver em comunhão de mesa e habitação comigo e se encontrar em*

horário escolar, sendo o horário da manhã o Único favorável para desta forma servir o superior interesse da menor.

1.4.3. *Tendo em conta que sou mãe solteira, com guarda total da menor e não dispondo de recursos para apoio fora do horário escolar, venho desta forma apelar a legitimidade do meu pedido.*

1.4.4. *Quanto ao que por vós é referido, a configuração do turno da tarde distribui-se de forma alternada conforme necessidade da loja. Desta forma, na mesma semana este mesmo horário oscila entre 9.30-19.00; 11:00-20:00; 1200-21:00; 13:20-22:20; 14:30-23:30, sendo por vezes possível a realização de todos estes horários, nessa semana, dita da tarde (designada em loja como semana de ...), comprometendo a logística pessoal e familiar aumentando o desgaste físico e emocional.*

1.4.5. *Recordo que ao longo destes oito aros que a minha filha tem, sempre coloquei, a empresa em primeiro lugar. Mostrando-me disponível e flexível na alteração de horários, folgas e férias, distanciando-me da mesma e da minha família, fazendo com que todos vivam em função dos meus horários, sendo que esse é um facto não mais suportável no seio familiar.*

1.4.6. *Venho ainda manifestar a minha consideração pela equipa com quem tenho o maior gosto de trabalhar. Como tal, não é de todo minha intenção prejudicar nenhum elemento da mesma.*

1.4.7. *Nesta sequência, venho manifestar-me sobre um ponto por vós apresentado - a contratação de novos elementos para a equipa - ou seja, tenho vindo a verificar que as novas contratações que*

ultimamente nos acompanham fazem os turnos rotativos, exercendo uma carga adicional nos turnos da manhã.

1.4.8. *Face ao exposto, gostaria de manifestar o meu desânimo perante a diferenciação entre colegas, sentindo-me desprotegida na parentalidade e sendo impossível, neste momento, a conciliação da vida profissional e familiar.*

1.4.9. *Envio em anexo o atestado da Junta de Freguesia que assume a veracidade do documento entregue anteriormente. Apelo uma vez mais à vossa sensibilidade na apreciação do meu caso.*

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. O artigo 56.º, n.º 1 do Código do Trabalho (CT) estabelece que *"o trabalhador com filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, filho com deficiência ou doença crónica que com ele viva em comunhão de mesa e habitação tem direito a trabalhar em regime de horário de trabalho flexível, podendo o direito ser exercido por qualquer dos progenitores ou por ambos".*

2.1.1. Com a referida norma, pretendeu o legislador assegurar o exercício de um direito que tem tutela constitucional - o direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar (alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da C.R.P.).

2.1.2. Para que o 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 de trabalho flexível deve solicitá-lo ao empregador, por escrito, com a antecedência de 30 dias, com os seguintes elementos:

a) Indicação do prazo previsto, dentro do limite aplicável;

b) Declaração da qual conste: que o menor vive com ele em comunhão de mesa e habitação".

2.1.3. Admite, no entanto, que tal direito possa ser recusado pela entidade empregadora com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador/a se este for indispensável, (artigo 57.º n.º 2 do CT).

2.2. Em primeiro lugar, convém esclarecer o conceito de horário de trabalho flexível, à luz do preceito constante do 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 diário".*

2.2.1. 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".

2.2.2. O n.º 4 do citado artigo 56.º estabelece que *"o trabalhador que trabalhe em regime de horário flexível pode efectuar 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".*

2.3. Recorde-se que na Constituição da República Portuguesa (CRP) o artigo 59.º sobre os direitos dos/as trabalhadores/as, em que se consagra o direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e o artigo 68.º sobre a paternidade e maternidade, que fundamenta o artigo 33.º do Código do Trabalho que dispõe que "*a maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes*", e que "*os trabalhadores têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação ao exercício da parentalidade*", estão inseridos na Parte I da mesma Constituição dedicada aos Direitos e Deveres Fundamentais.

2.4. Na verdade, nos termos do citado n.º 2 do artigo 57.º do Código do Trabalho, "o empregador apenas pode recusar o pedido com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável", destacando-se no que concerne às exigências imperiosas o cumprimento das nomas legais e contratuais relativas aos horários de todos/as os/as trabalhadores/as da empresa.

2.5. Na verdade, a entidade empregadora, apesar de apresentar razões que podem indiciar a existência de exigências imperiosas do seu funcionamento, não demonstra objetiva e inequivocamente que o horário requerido pela trabalhadora, ponha em causa esse funcionamento, uma vez que a empresa refere já ter outras trabalhadoras em horário flexível.

2.6. Sobre esta questão, a CITE tem entendido que, relativamente aos pedidos de horário flexível, para trabalhadores/as com responsabilidades familiares, todos eles devem ser atendidos, desde que analisados casuisticamente, evitando-se assim qualquer discriminação em razão da idade ou da oportunidade, por forma a que, tendo em consideração todos os condicionalismos legais e contratuais, os pedidos anteriores e os atuais pedidos possam todos gozar, o máximo possível, os horários que solicitaram, dentro dos períodos de funcionamento do serviço onde trabalham.

III – CONCLUSÃO

3.1. **Face ao exposto e sem prejuízo de acordo entre as partes, a CITE emite parecer desfavorável à intenção de recusa da sociedade ..., relativamente ao pedido de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pela trabalhadora com responsabilidades familiares ..., por forma a que, tendo em consideração todos os condicionalismos legais e contratuais, os pedidos anteriores e os atuais pedidos possam todos gozar, o máximo possível, os horários que solicitaram, dentro dos períodos de funcionamento do serviço onde trabalham.**

3.2. **A entidade empregadora 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, e, em conformidade, com o correspondente princípio, consagrado na alínea b) do n.º1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa.**

APROVADO EM 1 DE ABRIL DE 2020, POR MAIORIA DOS MEMBROS DA CITE, COM OS VOTOS CONTRA DA CAP – CONFEDERAÇÃO DOS AGRICULTORES DE PORTUGAL, CCP – CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL, DA CIP – CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL E DA CTP – CONFEDERAÇÃO DO TURISMO DE PORTUGAL.