

PARECER N.º 187/CITE/2020

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 1118-FH/2020

I – OBJETO

1.1. A CITE recebeu a 04.03.2020, da entidade empregadora ..., pedido de emissão de parecer prévio à recusa de prestação de trabalho em regime de horário flexível, solicitado pela trabalhadora ..., com a categoria profissional de ..., na entidade empregadora supra identificada.

1.2. O pedido da trabalhadora, remetido por correio eletrónico em 07.02.2020 foi apresentado nos termos a seguir transcritos:

“(...) Exma ..., Gerente de ...,

Eu, ..., ..., a exercer funções na ..., BI ..., Colaboradora ... da entidade ..., dirijo-me a vossa excelência que exerce a função de minha chefia direta, nos termos do disposto nos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho, e demais normas legais e regulamentares aplicáveis, com o intuito de solicitar a V.ª Ex.ª que me seja atribuído um regime de horário de trabalho flexível para prestar assistência inadiável e imprescindível a filho menor de doze anos, pelo período de 2 (dois) anos com o seguinte horário de trabalho a aplicar a partir do dia 09/03/2020:

De Segunda-feira a Sexta-feira:

Com início às 09:30 horas (manhã) e término às 18:30 horas (tarde), sendo que o intervalo de almoço fica ao critério de vossa excelência o horário.

Sábado e Domingo:

Folgas semanais.

Mais declaro que o menor vive em comunhão de mesa e habitação comigo, requerente de horário flexível. Tal pedido deve-se ao horário de funcionamento da creche que o menor frequenta. (...)"

1.3. Por carta datada de 24.02.2020 a entidade empregadora entregou em mão à trabalhadora a intenção de recusa, nos termos que a seguir se reproduzem:

"(...) Assunto: Recusa de pedido de alteração de horário de trabalho.

Exma. Senhora,

Acusamos a receção, no dia 7 de fevereiro de 2020, da carta dirigida à ..., através da qual solicita que o seu horário seja organizado entre as 09h30 e as 18h30 e ainda folgas ao fim de semana.

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 CITE.

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].

V. Exa. indicou que pretende um horário entre as 09h30 e as 18h30, o que corresponde a um pedido de horário fixo. Ora, 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.

É precisamente neste sentido que vai a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29.01.2020, Proc. 3582/19.0T8LRS.LI-4, perante um pedido de horário e folgas fixas, na qual se refere que «[tendo sido requerido pela trabalhadora demandada, que tem um horário semanal de 35 horas, um horário flexível, entre as 08h00 e as 16h00 horas de 2.^a a 6.^a feira, sendo o sábado e domingo dias de folga, apenas motivado pela circunstância de o marido também trabalhar por turnos, tal significa que a mesma se colocou fora do âmbito da prestação da atividade aos fins-de-semana e que, sem motivo suficientemente premente, em situação de beneficiária exclusiva - ao contrário do que acontece com os colegas - de um horário fixo, impedindo na prática o empregador de qualquer determinação que vá além da mera gestão do intervalo de descanso (art.º 213 e 56, n.º 4, CT). Isto porque acabaria sempre por entrar e sair às horas que indicou, quaisquer que sejam os imperativos da atividade prosseguida pelo empregador.». E acrescenta, «[n]estas circunstâncias, que ultrapassam a razão de ser do direito, é de concluir que a trabalhadora não indicou um horário flexível não tendo o empregador qualquer escolha razoável, e que o empregador tem motivo justificativo para recusar o seu pedido.» (sublinhado nosso).

Em igual sentido, veja-se a decisão proferida no âmbito do processo n.º 305/19.7T8PDL pelo Juízo do Trabalho de Ponta Delgada, na qual se refere que «(...) a figura jurídica do horário flexível incide, especificamente, sobre os limites diários, concretamente as horas de início e termo do período normal de trabalho diário.» E acrescenta, «Ora, mesmo até aceitando, em abstrato, a eventual prática, dentro de um horário flexível, de um horário fixo, o que aqui se nos apresenta, no entendimento do Tribunal, não é um horário flexível. É, sim, uma desvirtuação dos seus fundamentos, dos seus pressupostos, em que a trabalhadora, pura e simplesmente, define, unilateralmente, um determinado horário que pretende (Aqui se incluindo os dias de descanso), muito para além da fixação das horas de início e termo do período normal de trabalho diário, e à margem de qualquer parâmetro previamente delineado pela empregadora, em manifesto desrespeito pelo poder de direção da mesma neste âmbito (...).

Neste seguimento, aquilo que V. Exa. faz é inverter e desvirtuar o procedimento de horário flexível, indicando, desde logo, que pretende um horário fixo, retirando ao empregador o direito que tem de estabelecer o horário de trabalho, ainda que não o faça expressamente. Assim, nos termos em que V. Exa. concretiza o seu pedido, o

empregador praticamente não teria margem para intervir na elaboração do horário de trabalho, conforme está previsto no n.º 3 do artigo 56.º do Código do Trabalho.

Já neste sentido teve oportunidade de se pronunciar o Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão proferido a 18.05.2016, onde se decidiu que «Se o trabalhador pretender exercer esse direito, é ainda ao empregador que cabe fixar o horário de trabalho (art.º 56.º n.º 3 corpo), mas deve fazê-lo dentro dos parâmetros fixados pela lei (art.º 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.» (sublinhado nosso).

Além do mais, a existência de um horário de funcionamento alargado e de um regime de laboração contínua determinam uma dificuldade acrescida na gestão dos tempos de trabalho (se não uma verdadeira impossibilidade), impondo-se a organização de horários diversificados 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.

A Convenção Coletiva de Trabalho aplicável à presente relação laboral (CCT entre a ... e a FEPCES- Federação Portuguesa dos Sindicatos do Comércio, Escritórios e Serviços e Outros) dispõe, na respetiva Cláusula 10.ª, alínea c), o seguinte: "nos horários que sejam organizados por forma a preverem prestação de trabalho em todos os sete dias da semana, o descanso semanal será organizado para que coincida pelo menos com quinze domingos por ano, incluindo, para esse efeito, os domingos que ocorram nos períodos de férias, dos quais cinco desses domingos deverão combinar preferencialmente, com o descanso ao sábado, excluindo-se os sábados compreendidos nas férias."

Além das decisões já referidas, também o Tribunal Judicial do Porto, 5.ª 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."

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.

Sem prescindir,

(b) Das exigências imperiosas do funcionamento da loja "..."

Com efeito, V. Exa. exerce funções de ... (doravante designada por «loja»). A loja está em funcionamento entre as 09h30 e as 23h30, de segunda a sábado, e entre as 09h30 e as 22h30 ao domingo.

Isto posto:

- 1. A loja tem um total de 7 trabalhadores, 5 a tempo inteiro e 2 a tempo parcial.*
 - 2. Contudo, num futuro próximo existirá a redução de um trabalhador a tempo parcial, pelo que a loja contará apenas com 6 trabalhadores: 5 a tempo inteiro e 1 a tempo parcial.*
 - 3. Na loja existem 2 trabalhadores com filhos no seu agregado familiar.*
 - 4. Apesar do exposto, a loja é composta por duas áreas completamente distintas: por um lado, a loja, composta atualmente por 3 trabalhadores a tempo inteiro e dois a tempo parcial, onde se inclui a gestora de loja; e pela ..., onde se encontra um ... e uma ...*
 - 5. Pese embora a sua inserção na mesma unidade, a verdade é que se tratam de atividades com funcionamento e características distintas, inclusive no que concerne ao horário e regime de descanso semanal, já que muito depende das consultas agendadas.*
 - 6. Deste modo, a ... tem um horário de funcionamento diferente da loja, designadamente de segunda a sábado, entre as 11h00 e as 20h00.*
 - 7. Por conseguinte, o ... tem um horário específico, bem como a ..., já que esta presta diretamente apoio ao ... nas ... e ..., tendo tido formação específica para este efeito.*
- Assim, relativamente à loja,*
- 8. Os trabalhadores da loja são responsáveis por um conjunto alargado de tarefas que, além de outras, incluem o atendimento ao público, a reposição, receção e conferência de mercadoria, controlo de validades, devoluções, alteração de etiquetas, limpeza, abertura de caixa e de loja e fecho de caixa e de loja.*

9. A loja pratica horários diversificados, com folgas rotativas, apresentando, por isso, três horários distintos:

a. 09h30 às 18h30 (abertura);

b. 10h00 às 19h00, 11h00 às 20h00, 11h30 às 20h30, 12h00 às 21h00 e 13h15 às 22h15 (intermédio);

c. 14h15 às 23h15 (Fecho)

10. Já os trabalhadores a tempo parcial, embora ao abrigo do mesmo regime, praticam horários conforme as necessidades da operação, e que, por norma, correspondem aos períodos equivalentes ao horário intermédio ou de fecho, nomeadamente entre as 15h00 e as 19h00; 16h00 e as 20h00; e 19h15 e as 23h15.

11. Para que a loja consiga operar são necessários, no mínimo, dois trabalhadores a tempo inteiro durante a semana e três trabalhadores ao fim de semana (dois a tempo inteiro e um a tempo parcial).

12. Contudo, habitualmente a loja conta com três trabalhadores, um por cada período indicado (abertura, intermédio ou fecho).

13. Os períodos com maior afluência de clientes verificam-se ao todos os dias ao final da tarde, aumentando de forma significativa durante o fim de semana.

Ora,

14. V. Exa. pretende um horário fixo, entre as 09h30 e as 18h30, bem como folgas fixas ao fim de semana.

15. A loja tentou promover um acordo com V. Exa. tendo em vista estabelecer uma solução equilibrada para ambas as partes, mas perante as suas circunstâncias e o quadro de pessoal disponível tal não se revelou possível.

16. As necessidades de gestão da loja não concedem margem suficiente para, de forma fixa e ininterrupta, atribuir horário fixo e folgas fixas, sem que isso não provoque a existência de momentos em quem a loja teria períodos a descoberto.

17. Antes de avançar, recorde-se que esta análise apenas pode ser feita em relação à loja, pois como já se referiu, a ... tem um esquema de funcionamento próprio e distinto.

18. Ora, como já foi referido, a loja carece de um mínimo de dois trabalhadores a tempo inteiro ao longo do dia para poder funcionar em absolutas condições mínimas e, em especial, nos períodos de maior afluência.

19. Aumentando para o equivalente a dois trabalhadores a tempo inteiro e um a tempo parcial durante o fim de semana.

20. *Relativamente ao horário, note-se que a gestora de loja já tem de realizar o horário de abertura devido à natureza das suas funções, o que condiciona à partida a gestão dos tempos de trabalho.*

21. *Caso V. Exa. passe a realizar este horário de forma fixa, serão colocados em causa os períodos de almoço/início da tarde, bem como do fecho de loja, para além de sobrecarregar os restantes colegas com horários de fecho.*

22. *Ademais, uma ausência imprevista de um qualquer trabalhador causará ainda mais problemas, na medida em que dificilmente estará alguém disponível para fazer a substituição.*

23. *Porém, é relativamente aos fins de semana que se verificam maiores dificuldades.*

24. *O fim de semana é um período crítico, devido à já referida maior afluência de clientes, o que justifica a alocação de mais recursos.*

25. *Se lhe forem atribuídas folgas fixas será muito complicado garantir o gozo dos dias de descanso semanal aos restantes colaboradores durante o período do fim de semana.*

26. *Com efeito, ao fixar as folgas de V. Exa. teríamos que, sempre que um dos restantes trabalhadores estivesse a gozar o seu dia de descanso ao sábado ou ao domingo, a loja poderia deixar de ter atendimento em qualquer um dos horários, principalmente no intervalo para refeição.*

27. *Do mesmo modo, se algum dos trabalhadores tiver realizado o horário de fecho no dia anterior isso implicará que não possa fazer o horário de abertura no sábado, colocando o mesmo problema descrito anteriormente.*

28. *Mas acima de tudo, o Contrato Coletivo aplicável, já mencionado, determina que «nos horários que sejam organizados por forma a preverem prestação de trabalho em todos os sete dias da semana, o descanso semanal será organizado para que coincida pelo menos com quinze domingos por ano, incluindo, para esse efeito, os domingos que ocorram nos períodos de férias, dos quais cinco desses domingos deverá combinar, preferencialmente com o descanso ao sábado, excluindo-se os sábados compreendidos nas férias».*

29. *Assim, em face desta obrigatoriedade em assegurar a rotatividade dos dias de descanso semanal por forma a que coincidam com os domingos, também consecutivamente em relação aos sábados, a atribuição do horário solicitado levaria à não realização de um dos turnos, algo que só seria possível colmatar mediante a contratação de outro trabalhador.*

30. Consequentemente, a atribuição do horário requerido poderá colocar em causa a norma prevista no contrato coletivo, pelo que tal solução seria ilegal.

31. A loja avaliou todos os cenários possíveis ainda antes da negociação com V. Exa., pudesse oferecer uma solução equilibrada.

32. Porém, chegou sempre à conclusão de que seria necessário contratar mais algum trabalhador ou solicitar trabalho suplementar (com as limitações conhecidas) para colmatar as falhas de funcionamento.

33. Atualmente os ciclos de folgas estão organizados para que de 6 em 6 semanas os trabalhadores possam ter folgas fixas ao sábado e ao domingo.

34. Se fosse aceite o horário solicitado, e mesmo alargando este ciclo para 7 semanas, a verdade é que ainda assim existiriam períodos em que a loja ficaria sem atendimento, nomeadamente aos fins de semana.

35. Deste modo, mesmo prejudicando a conciliação entre a vida privada e profissional dos restantes trabalhadores, não seria possível garantir o funcionamento da loja.

36. Consequentemente, não havendo trabalhadores suficientes em loja, a disponibilização dos artigos em loja poderá ser colocada em causa, os clientes ficarão insatisfeitos e, no limite, esta situação poderá conduzir a perda de vendas, isto porque os clientes não estão dispostos a esperar.

37. Por isso, ao admitir-se a concessão do horário solicitado a loja não teria um quadro suficiente para responder às suas necessidades e essa situação só seria resolvida mediante a contratação de um trabalhador para substituição do trabalhador ou a prestação de trabalho não previsto, o que acarretaria custos adicionais, algo que a loja não está na disponibilidade de suportar.

Em suma,

38. 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 da loja, é este o único esquema organizativo possível.

39. A atribuição do horário solicitado causaria prejuízo à loja, o que se concretizaria não só em termos de vendas, mas também quanto à sua imagem.

40. Adicionalmente, se a lhe atribuir um horário de trabalho que se afaste daqueles praticados na loja, como V. Exa. pretende, isso significará excluí-la do sistema de horários diversificados em vigor na loja. Esse esquema de horários diversificados permite, com as exceções já mencionadas, uma distribuição tendencialmente equilibrada dos vários horários entre trabalhadores do estabelecimento.

41. 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 da loja, sobretudo para a produtividade e qualidade de serviço desta.

42. Em face do exposto, não podemos aceitar o seu pedido de alteração do horário de trabalho, nem tampouco a modificação do regime de descanso semanal.

Informamos que, querendo, V. Exa. poderá pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias a partir da data da receção desta carta. Após o decurso deste prazo sem qualquer declaração de V. Exa., este documento será remetido, por mera cautela, para a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, sem prejuízo de a entender que o pedido de V. Exa. não se encontra fundamentado, conforme o exigem os arts. 56.º e 57.º do CT. (...)"

1.4. Notificada da intenção de recusa, a requerente em 28.02.2020, por correio eletrónico, apreciou a intenção recusa, nos seguintes termos:

"(...) Exmos. Senhores,

Em resposta ao documento que por Vossas Excelências me foi entregue na passada segunda-feira, dia 24/02/2020, com intenção de recusa ao pedido por mim feito de horário flexível, venho por este meio apresentar a minha discordância com o mesmo.

Durante o período de negociação que tive com Vossas Excelências, foi posta a questão dos fins-de-semana. Como trabalhar nestes períodos não me é possível pela razão de não ter assegurado o acompanhamento do meu filho de 8 meses, eu propus que trabalharia 2 sábados por mês em que, com algum esforço, conjugaria com o trabalho do meu companheiro. Não foi aceite por Vossas Excelências.

O horário por mim requerido, noutras circunstâncias no passado foi atribuído a colaboradores que não a gestora de loja. Daí não compreender o porquê de referirem que, pela natureza das suas funções, tenha de ser atribuído à mesma.

Referem ainda que, para colmatar a necessidade de pessoal para a loja no caso em que me concedessem o horário por mim pedido, teria de haver um aumento de dois trabalhadores a tempo inteiro e um trabalhador a tempo parcial. Considero este argumento falacioso, uma vez que para o período em que me ausentei em licença de parentalidade apenas houve incremento de um trabalhador a tempo parcial, mesmo sendo eu uma trabalhadora a tempo inteiro.

Em anexo envio o atestado da Junta de Freguesia onde resido onde é clara a constituição do agregado familiar.

Envio ainda parte do regulamento interno da Creche do meu filho onde é indicado o seu horário de funcionamento. Envio também a declaração emitida pelos Recursos Humanos da empresa onde o meu companheiro trabalha, a 40km de casa (...), onde se declara que o mesmo tem horários de Segunda a Domingo com folgas rotativas.

Por fim:

Sou colaboradora desta empresa desde janeiro de 2016 e ... na ... desde a sua abertura (dezembro de 2016). Trabalhei para o crescimento desta loja, tal como a restante equipa, levando muito a sério sempre o meu trabalho. Considero que o meu nível de compromisso com o mesmo sempre foi máximo. Ao longo deste período, sempre que me foi pedida flexibilidade eu acedi. Sempre que me foi requerido esforço extra em prol do negócio eu aceitei. Fui mãe no Verão de 2019 tal como já vos foi informado atempadamente. E tal como em muitos outros assuntos, a minha situação pessoal quanto aos horários que, tal com eu, o meu companheiro está sujeito profissionalmente, nunca vos foi omitida. Tal como o facto de termos os dois as famílias longe. E tal como o facto de apenas contarmos connosco para acompanhar o nosso filho.

Posto isto, concludo e ficarei a aguardar a apreciação da CITE para o efeito. (...)"

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 2019/1158/EU do Conselho, de 20 de junho, que revogou a Diretiva 2010/18/EU do Conselho, de 8 de março de 2010, com efeitos a partir de 11 de julho de 2019, aplica o Acordo-Quadro revisto sobre licença parental, reforçando que as *“políticas de conciliação entre a vida profissional e a vida familiar deverão contribuir para a concretização da igualdade entre homens e mulheres, promover a participação das mulheres no mercado de trabalho, a partilha equitativa das responsabilidades de prestação de cuidados entre homens e mulheres e reduzir as disparidades de rendimentos e de remunerações entre homens e mulheres”* (Considerando 6), que *“a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar permanece um desafio considerável para muitos progenitores e trabalhadores que têm responsabilidades de prestação de cuidados, em especial devido ao aumento da prevalência de horários de trabalho alargados e à alteração dos horários de trabalho, o que tem um impacto negativo no emprego das mulheres”* (Considerando 10).

2.5. 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).

2.6. 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”.

2.7. 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.

2.8. 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."*

2.9. 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.

2.10. 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.

2.10.1. 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”.

2.10.2. 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.

2.10.3. 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.

2.10.4. 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

2.11. 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

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

horário flexível aquele em que o trabalhador pode escolher dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho”.

2.11.1. 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”.

2.11.2. 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.

2.12. 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.

2.13. 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.

2.14. No caso em análise, a trabalhadora apresenta um pedido para trabalhar em regime de horário flexível, de modo a conciliar a sua atividade profissional com a vida familiar, pretendendo que as 40h semanais sejam efetuadas da seguinte forma: entre as 09h30 e as 18h30, com folgas ao sábado e domingo.

2.15. Solicita que o horário se mantenha pelo prazo de 2 (dois) anos.

2.16. Fundamenta o seu pedido no facto de ser mãe de uma criança, com idade inferior a 12 anos de idade, 8 (oito) meses, com quem vive em comunhão de mesa e habitação.

2.17. 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.

2.18. 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. A intenção do legislador que subjaz à construção da norma, prende-se com a necessidade de harmonizar o direito do/ trabalhador/a à conciliação da atividade profissional com a vida familiar, conferindo-lhe a possibilidade de indicar a amplitude horária diária em que pretende exercer a sua atividade profissional, por forma a compatibilizá-la com a gestão das suas responsabilidades familiares, não consubstanciando um pedido de horário rígido, quando indica um período fixo ou uma limitação ao poder de direção da entidade empregadora, a quem compete determinar o horário, nos termos previstos no artigo 212.º do Código do Trabalho, observado o dever de facilitar a conciliação da atividade profissional com a vida familiar, tal como expressamente referido na alínea b) do n.º 2, do mencionado preceito legal.

2.20. A este propósito refere o douto 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, que: - "(...) *Entende-se por flexibilidade de horário de acordo com o art.º 56.º, n.º 2 do C.T., aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, a que se refere o n.º 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.*** (negrito nosso).

2.21. Quanto ao poder de direção da entidade empregadora, esclarece aquele Acórdão que: - "*São constitucionalmente protegidos os direitos ao livre exercício da iniciativa económica privada e à liberdade de organização empresarial (cfr. arts. 61.º, e 80.º, n.º1, al. c) da Constituição da República Portuguesa). Tais interesses e direitos enfrentam, porém, as restrições decorrentes dos direitos fundamentais dos trabalhadores como os supra referidos direitos à conciliação da atividade profissional com a vida familiar, o direito à proteção da família como elemento fundamental da sociedade e o direito à maternidade e paternidade em condições de satisfazer os interesses da criança e as necessidades do agregado familiar, já que estes se sobrepõem àqueles quando em confronto e que estes só cedem perante aqueles, quando em presença de interesses imperiosos.*"

2.22. Na mesma esteira segue o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 11.07.2019, proferido no âmbito do Processo n.º 3824/18.9.T8STB.E1, disponível em www.dgsi.pt, que sobre o conceito de horário flexível discorre o seguinte: "*Apesar do horário solicitado ter horas de início e termo do período diário de trabalho e abranger os dias de folga, o mesmo não deixa de ser um horário de trabalho flexível de acordo com a definição legal, pois trata-se de um horário que visa adequar os tempos laborais às exigências familiares da trabalhadora, em função do filho menor (...). E esta é a essência da definição de horário flexível.*" (sublinhado nosso).

2.23. O mesmo acórdão cita Liberal Fernandes in "O trabalho e o tempo: comentário ao Código do Trabalho, pág. 37, para dizer que: "*Por razões diretamente relacionadas com a tutela da parentalidade, confere-se ao trabalhador o direito a trabalhar em regime de horário variável.*

Esta faculdade não põe em causa o disposto no art. 212º n.º 1, não conferindo àquele qualquer prerrogativa quanto à escolha de um horário em concreto, sem prejuízo de poder manifestar a sua preferência – o que eventualmente, facilitará ao empregador a fixação do horário e permitir a conciliação dos interesses de ambas as partes (...). No entanto, aquele direito não deixa de limitar os poderes do empregador em matéria de fixação de horário de trabalho: não só porque está vinculado a elaborar esse tipo de horários, como ainda o deve fazer dentro dos limites legais (n.ºs 3 e 4 do art. 56º)”

2.24. Do exposto, extrai-se que o regime de horário flexível previsto no artigo 56.º do Código do Trabalho não tem de ser flexível em sentido restrito ou literal mas sim ser entendido como um dos mecanismos de conciliação e de cumprimento de responsabilidades parentais e, é com tal desiderato que deve ser interpretado e aplicado.

2.25. Refira-se ainda, que é competência da entidade empregadora gerir de forma equilibrada o horário de trabalho dos seus trabalhadores e das suas trabalhadoras, devendo garantir a plenitude do funcionamento do estabelecimento, organizando-o com equilíbrio e em face dos direitos de todos/as e de cada um/a deles/as, nos quais se inclui o direito à conciliação da vida profissional com a vida familiar, que é também de interesse público e resultado de previsão legal e constitucionalmente consagrada.

2.26. Como fundamento para a intenção de recusa relativa à prestação de trabalho em regime de horário flexível foi alegado pela entidade empregadora que as alterações aos tempos de trabalho não correspondem, em bom rigor, a uma flexibilização do horário atual da requerente, mas sim a uma alteração do horário de trabalho e do regime de folgas, pelo que não se enquadra no conceito de horário flexível.

2.27. Contrariamente ao afirmado pela entidade empregadora e, tal como já exposto nos pontos 2.15 a 2.21 do presente parecer para os quais se remete,

resulta evidente pelas razões explanadas, que se pretendeu atribuir ao/a trabalhador/a a escolha das horas de início e termo do período normal de trabalho, não distinguindo ou excluindo, dias da semana, trabalho por turnos, trabalho noturno ou outras modalidades de horário, pelo que onde o legislador não distingue não cabe ao intérprete distinguir, sendo dever da entidade empregadora facilitar ao trabalhador a conciliação da atividade profissional com a vida familiar, quando elabora o horário de trabalho do trabalhador – ex vi, artigo 212º do Código do Trabalho.

2.28. Cumpre salientar que o artigo 198.º do Código do Trabalho denomina por período normal de trabalho, o tempo de trabalho que o/a trabalhador/a se obriga a prestar, medido em número de horas por dia e por semana, o que poderá ter como consequência quando aplicável ao horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares, que o trabalhador/a ao escolher os dias em que pretende trabalhar, indica “a contrario”, os dias de descanso semanal.

2.29. Assim sendo, o pedido de horário flexível apresentado que compreende uma amplitude horária a que a requerente se encontra vinculada contratualmente, reunindo os requisitos legais previstos no artigo 56º e 57º do CT, deve ter-se por válido.

2.30. Quanto ao fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa ou a impossibilidade de substituição da trabalhadora, se esta for indispensável, 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, designadamente, tal como foi requerido.

2.31. Em sede de intenção de recusa, a entidade empregadora, refere que a loja onde a trabalhadora exerce funções possui 7 trabalhadores/as, sendo que

5 (cinco) estão a tempo inteiro e 2 (dois) a tempo parcial, referindo ainda que num futuro próximo, haverá apenas um/a trabalhador/a a tempo parcial. Menciona que a loja pratica horários diversificados e em regime de rotatividade dos dias de descanso semanal, todavia não indica quais os horários e turnos existentes no estabelecimento.

2.32. Alega ainda que, a loja é composta por duas áreas diferenciadas: a loja, composta atualmente por 3 trabalhadores a tempo inteiro e dois a tempo parcial, onde se inclui a gestora de loja; e pela ..., onde se encontra um ... e uma ..., com atividades distintas e funcionamento distintos.

2.33. Refere também que para que o estabelecimento possa funcionar são necessários no mínimo 2 (dois) trabalhadores/as a tempo inteiro durante a semana e 3(três) ao fim de semana: 1 (um/a) trabalhador/a a tempo parcial e 2 (dois) dois a tempo completo. Todavia, não indica a distribuição dos trabalhadores/as pelos vários turnos, sendo possível concluir que a trabalhadora pode estar presente no turno de abertura de loja, que ocorre às 09h30, considerando o horário de abertura da loja, indicado pela entidade empregadora, e o horário flexível requerido.

2.34. Invoca no tocante às folgas em particular, o disposto na cláusula 10ª da CCT aplicável ao setor, que refere que "(...) o descanso semanal será organizado para que coincida, pelo menos com 15 domingos por ano, incluindo, para esse efeito, os domingos que ocorram nos períodos de férias, dos quais cinco desses domingos deverão combinar, preferencialmente, com o descanso ao sábado, excluindo-se os sábados compreendidos nas férias".

2.35. Quanto a este aspeto, haverá a dizer que cabe à entidade empregadora na elaboração dos horários, acautelar as regras legais imperativas, bem como as decorrentes de negociação coletiva, que impõem o direito a folgas, a férias e outras vicissitudes decorrentes das relações laborais e que se aplicam a todos/as os/as trabalhadores/as, 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.

2.36. O mesmo é dizer que cabe ao empregador adaptar os recursos humanos disponíveis ao funcionamento da empresa, o que pressupõe a adoção das medidas necessárias para efetuar reajustamentos nos horários e procurar dentre as várias soluções legais e contratuais possíveis, as que entender por convenientes, para satisfazer as necessidades operacionais e, por outro lado, para cumprimento das normas legais aplicáveis na relação com o trabalhador e, entre as quais se incluem as normas de proteção da parentalidade que constitui um regime especial e consagra uma discriminação positiva dos trabalhadores abrangidos pela norma.

2.37. Limitar-se a mencionar as várias contingências que existem, em particular, o direito a folgas e que representam a normalidade em qualquer empresa, não permite retirar qualquer conclusão concreta e individualizada, face ao pedido da trabalhadora, não demonstrando quais os horários de segunda a sexta e aos sábados e domingos que ficariam a descoberto com a atribuição do horário à trabalhadora, nem demonstrando a impossibilidade de substituir os trabalhadores com funções idênticas à da requerente, quando tal se justifique.

2.38. A entidade empregadora alega ainda que o período de indisponibilidade para o trabalho indicado pela requerente, representa para o estabelecimento o período mais alto de vendas, sendo particularmente relevante esta circunstância no fim-de-semana, mas parece olvidar que o pedido da trabalhadora não implica qualquer ausência da mesma. Sucede o oposto, na medida em que a trabalhadora que requer horário flexível, está obrigada a trabalhar o número de horas a que contratualmente se vinculou.

2.39. Tal significa que o número de pessoas que integram o estabelecimento permanece inalterável, bem como o seu período normal de trabalho, ou seja, mantêm-se 7 trabalhadores/as, porquanto a entidade empregadora fala num *“futuro próximo”* irá ficar sem 1 (um/a) trabalhador/a, o/a qual, neste momento se mantém, não tendo demonstrado porque motivo ou motivos, naquela situação em concreto, não se revela possível atribuir o horário nos termos solicitados, designadamente, porque razão a trabalhadora não pode realizar apenas o horário/turno no período que decorre entre as 9:30h e as 18:30h, de segunda a sexta-feira.

2.40. Igualmente, não demonstra as razões que determinam a impossibilidade de rotatividade de turnos dos/as diversos/as trabalhadores/as; tão pouco demonstra em que medida e quais os períodos de tempo que, em seu entender, deixariam de ficar convenientemente assegurados, com a atribuição deste horário à trabalhadora, face aos meios humanos necessários e disponíveis.

2.41. Por outro lado, a entidade empregadora alega, mas não demonstra que a trabalhadora não possa ser substituída a partir das 18h00 e aos fins de semana, situação que se verificaria, por exemplo se a função da trabalhadora fosse uma função específica, para a qual fossem exigíveis habilitações ou características específicas que só a trabalhadora possuísse ou se só pudesse ser desempenhada a determinada hora, o que levaria a um prejuízo in comportável decorrente da ausência da trabalhadora.

2.42. Informa ainda a entidade empregadora que na loja onde a requerente labora, existem 2 (dois) trabalhador/as com filhos no seu agregado familiar. Ora, o simples facto de existirem outros/outras trabalhadores com filhos menores de 12 anos de idade que possam, hipoteticamente, em altura indeterminada, vir a requerer horário flexível, não é por si só motivo justificativo para uma intenção de recusa.

2.43. Por diverso prisma, sem prejuízo do cumprimento das normas legais aplicáveis à elaboração dos horários de trabalho, a consagração constitucional e legal do direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal e o correspondente dever de a entidade empregadora a promover, impõe que na elaboração dos horários de trabalho seja garantida, na medida do que for possível e sem afetar o regular funcionamento da organização, 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.

2.44. Face ao que antecede, considera-se que a recusa não está devidamente fundamentada em razões imperiosas do funcionamento do estabelecimento ou na impossibilidade de substituir a trabalhadora se esta for indispensável, nos termos exigidos pelo n.º 2 do artigo 57.º do Código do Trabalho.

2.45. Saliente-se que o reconhecimento dos direitos dos/as 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 proteção 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. 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.

APROVADO EM 01 DE ABRIL DE 2020, POR MAIORIA DOS MEMBROS DA CITE, COM OS VOTOS CONTRA DA CAP – CONFEDERAÇÃO DE AGRICULTORES DE PORTUGAL, CCP – CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL, CIP - CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL E CTP - CONFEDERAÇÃO DO TURISMO DE PORTUGAL.