

RESPOSTA A RECLAMAÇÃO DO PARECER N.º 542/CITE/2021

Assunto: Resposta a reclamação do parecer n.º 542/CITE/2021, referente ao pedido de parecer prévio à recusa de pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível de trabalhador 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, n.º2716-FH/2021, aprovado por maioria dos membros que compõem a CITE em 10/11/2021, com os votos contra da CIP e CTP.

Processo n.º 2960 – RP/2021

I – OBJECTO

1.1 Em 29.11.2021, a CITE recebeu de ..., reclamação do parecer referido em epígrafe, aprovado por maioria dos membros presentes na reunião da CITE de 10.11.2021, com os votos contra da CIP e CTP, solicitado, 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, relativo à intenção de recusar o pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pelo trabalhador ..., parecer esse que foi desfavorável à referida intenção de recusa.

1.2. Na presente reclamação, a entidade empregadora refere, designadamente, o seguinte:

1.2.1. *“Na verdade, a empregadora clarificou inequivocamente, conforme resulta da comunicação da intenção de recusa, cuja conteúdo está transcrito supra, que a organização dos tempos de trabalho em vigor na respetiva estrutura produtiva, em regime de laboração contínua, por turnos de rotação semanal, não permite a concessão do horário, tal como requerido pelo trabalhador.”*

1.2.2. *“Como clarificou, com a sua, diga-se, exaustiva, criteriosa e minuciosa explanação, que o trabalhador, é indispensável e não existe a possibilidade da sua substituição.”*

1.2.3. *“E que indo muito para além do que estava obrigada, conforme se refere na comunicação de intenção de recusa: (...) encetou diligências junto dos demais trabalhadores do Departamento a que se encontra afeto o trabalhador requerente, com vista à satisfação da pretensão de horário flexível, contudo, sem resultado (...) (...) pois que tais trabalhadores não prescindem dos horários de trabalho que praticam, não estado disponíveis para os alterar.”*

1.2.4. *“O que fez, com rigor e isenção, em conformidade com a Lei, cumprindo a exigência de clarificação e demonstração inequívocas, de que a organização dos tempos de trabalho em vigor na empresa, não permite a concessão do horário flexível, tal como requerido.”*

1.2.5. *“E não se trata, como erradamente se diz no ponto 3.2. do parecer sub judice, de argumentar que o deferimento da pretensão do trabalhador geraria um injustificado acréscimo da penosidade da prestação de trabalho para os restantes trabalhadores, mas pura e simplesmente, de urna completa e total impossibilidade da empregadora o substituir.”*

1.2.6. *“Pois, que os demais trabalhadores do departamento e com funções idênticas, conforme se refere na comunicação da intenção de recusa de horário flexível e vai transcrito supra, legítima e compreensivelmente não prescindem dos horários de trabalho que praticam, não estado disponíveis para os alterar”.*

1.2.7. *“E, não estão disponíveis para alterar os respetivos horários de trabalho (e a empregadora não pode obrigá-los a essa alteração), exatamente, porque dela resultaria, como se diz em sede de comunicação da intenção de recusa e se encontra supra transcrito): (...) um injustificado acréscimo da penosidade da prestação de trabalho para esses outros trabalhadores, que se veriam compelidos a laborar durante 2 (dois) anos, em horário de trabalho compreendido entre as 00.00 e as 07.00 horas, durante pelo menos 26 (vinte e seis) semanas, quando com o atual regime de organização de turnos, só assim acontece, durante 20 (vinte) semanas. E assim, em turnos mais penosos, porque maioritariamente noturnos, impedindo-os de usufruir, com maior regularidade, da prestação de trabalho em turno diurno ou maioritariamente diurno, ou seja, das 07:30 às 15:30 horas ou das 15.30 às 24.00 horas (o que se mostraria inevitavelmente injustificado). Sendo, que esses outros trabalhadores, serão também eles progenitores e certamente, à semelhança do trabalhador requerente, pretenderão, exatamente como ele, exercer os seus direitos e cumprir os seus deveres relativamente aos filhos e demais elementos do agregado familiar.”*

1.2.8. *“Pelo que, não se trata, na situação em concreto, como se lhe refere a CITE, no ponto 3.7. do respetivo parecer, de uma mera troca de horários de trabalho entre trabalhadores, mas da substituição de um trabalhador no turno compreendido entre as 00:00 e as 07:00 horas, o que implica uma maior penosidade da prestação de trabalho para o trabalhador substituto, durante pelo menos 2 (dois) anos, o que legitima compreensivelmente, a recusa dos demais trabalhadores do departamento, em aceitar substituir o trabalhador requerente nesse horário.”*

1.2.9. (...) *“Pensamos, ser conclusão óbvia (e não estaria a aqui reclamante como anteriormente, a fazer perder tempo à CITE), que na eventualidade de algum dos trabalhadores consultados ter aceite substituir, durante 2 (dois) anos e no horário compreendido entre as 00:00 e as 07:00 horas, o trabalhador requerente, a resposta seria: Não existiriam entraves à conceção do horário requerido pelo trabalhador.”*

1.2.10. *“Contudo e em primeira análise, tais entraves a conceção do horário flexível requerido, resultam do modo de organização da atividade da reclamante e da impossibilidade de a alterar ou aos respetivos horários.”*

1.2.11. *“Em segunda a análise (e dada a impossibilidade de alterar o modo de organização da atividade da reclamante ou os respetivos horários), esses entraves resultam, exatamente, da recusa dos demais trabalhadores da reclamante, em aceitar praticar horário de trabalho em alternância com o trabalhador requerente, o que pensamos ser, igualmente, conclusão óbvia.”*

1.2.12. (...) *Por outro lado, como refere e bem a CITE, no ponto 2.12. do parecer sub iudice, para instrução do pedido de horário flexível dirigido à empregadora, o trabalhador deve a ele juntar: Declaração da qual conste que o menor vive com ele em comunhão de mesa e habitação.”*

1.2.13. *“Sendo que o trabalhador requerente, ao pedido de horário flexível dirigido à ora reclamante, como resulta do presente processo, não juntou a sobredita declaração da qual conste, que o menor vive com ele em comunhão de mesa e habitação.”*

1.2.14. *“Razões pelas quais, entende legitimamente a reclamante, que o pedido do trabalhador não reúne os requisitos previstos no artigo 57.º, do CT., pois não cumpre com todos os formalismos ali previstos.”*

1.2.15. (...) *“Por último, mas não menos importante, não se pode deixar de reclamar igualmente da decisão proferida nos postos 3.1 a 3.13 do parecer sub judice, nomeadamente sobre os fundamentos e justificação da intenção de recusa de horário flexível.”*

1.2.16. *“Quando a CITE, através do seu mesmo Órgão deliberativo e respetiva Senhora Presidente, teve já oportunidade de se pronunciar recentemente sobre situação idêntica à ora em apreço, envolvendo um outro trabalhador da ora reclamante, por via do parecer n.º 274/CITE/2021, no Processo n.º 1457-FH72021.”*

1.2.17. *“Parecer esse o qual, foi favorável à intenção de recusa, sustentando-se nele para o efeito, os mesmos argumentos expostos pela aqui reclamante em sede de resposta ao trabalhador ..., na parte referente à temática vertida nos pontos 3.1. a 3.13 do parecer sub judice.”*

1.3. Em 10.12.2021, via CAR, a CITE notificou o trabalhador da reclamação apresentada pela entidade empregadora, nos termos do n.º1 do art.º 192º do Código do Procedimento Administrativo, nos seguintes termos:

“(...

Atendendo a que os/as interessados/as têm direito a impugnar os atos administrativos solicitando a sua revogação, anulação, modificação ou substituição, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 184.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), e que, apresentada reclamação, o órgão competente para a decisão deve notificar quem possa ser prejudicado pela sua procedência para alegar, no prazo de 15 dias úteis, o que tiver por conveniente sobre o pedido e seus fundamentos, conforme determina no n.º 1 do artigo 192.º e o artigo 87.º do CPA, solicita-se a V. Exa. que se pronuncie, caso assim o entenda, sobre a reclamação apresentada pela sua entidade empregadora.

Mais se informa que na análise da resposta que venha a ser apresentada por V. Exa. apenas se podem ter em conta os argumentos relativos à reclamação apresentada e não outros que possam consubstanciar uma nova apreciação à intenção de recusa apresentada pela entidade empregadora.”

1.4. Em 04.01.2022, via CAR, o trabalhador veio pronunciar-se sobre o conteúdo da reclamação apresentada nos seguintes termos:

“Exma. Senhora Presidente

Tendo sido notificado para me pronunciar sobre a reclamação apresentada pela minha empregadora ao Parecer 542/CITE/2021, que se tinha pronunciado desfavoravelmente em relação à intenção de recusa da prestação de trabalho em horário flexível que eu havia solicitado, e que reconheceu a justeza da minha pretensão, por acautelar de forma equilibrada as minhas responsabilidades familiares, sem prejudicar as minhas obrigações profissionais, cumpro-me propugnar pela manutenção de tal parecer, por ser aquele que melhor analisa a situação e acautela os interesses do meu agregado familiar.

Em consequência, requero que seja declarada a improcedência os argumentos agora aduzidos pela empresa, que não são suficientes para impedir o funcionamento das normas legais que impõem ao empregador o dever de proporcionar ao trabalhador condições que favoreçam a conciliação entre o trabalho e a família, entre as quais o dever de elaborar os horários de trabalho em termos que lhe permitam facilitar essa mesma conciliação, em conformidade com o correspondente princípio consagrado no art. 59º, nº1, alª b) da Constituição da República Portuguesa.

Pede e espera deferimento.”

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. A CITE é, desde 1979, a entidade que tem por missão prosseguir a igualdade e a não discriminação entre homens e mulheres no trabalho, no emprego e na formação profissional e colaborar na aplicação de disposições legais e convencionais nesta matéria, bem como as relativas à proteção da parentalidade e à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, no setor privado, no setor público e no setor cooperativo.

2.2. Tem uma composição tripartida e equilátera, constituída por representantes do Estado, representantes das associações sindicais e representantes das associações patronais.

2.3. Esta Comissão, sua composição e respetivas atribuições próprias e de assessoria encontram-se previstas no Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março.

2.4. Uma das suas atribuições é a emissão de pareceres prévios no caso de intenção de recusa, pela entidade empregadora, de autorização para trabalho com flexibilidade de horário a trabalhadores/as

com filhos/as menores de 12 anos, conforme o disposto na alínea c) do artigo 3.º do referido Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março.

2.5. No âmbito da atribuição conferida a esta Comissão, a CITE emitiu o Parecer n.º 542/CITE/2021, em sentido desfavorável à intenção de recusa da prestação de trabalho em regime de horário flexível requerida pelo trabalhador ..., porquanto não deu por demonstrada a existência de exigências imperiosas do funcionamento da empresa ou a impossibilidade de substituição do trabalhador se este for indispensável.

2.6. Transcreve-se a fundamentação do parecer ora em crise que sustentou tal entendimento, na parte que releva:

“(…)

3.7. Desconhecendo-se a situação familiar dos restantes trabalhadores, que pode muito bem não ser a mesma do trabalhador requerente (com um filho com seis anos de idade cuja guarda partilha com a progenitora em períodos alternados de uma semana), não logrou a entidade empregadora demonstrar em que medida é que a atribuição do horário flexível ao trabalhador coloca em causa o regular funcionamento do serviço, visto que inclusive solicitou junto dos restantes trabalhadores uma eventual troca de horário com o requerente. Pergunta-se: acaso algum desses trabalhadores tivesse aceite a troca de horário, colocar-se-ia em causa o regime de laboração contínua e o regular funcionamento do serviço? Aliás, a própria entidade empregadora indica que o facto de existir menos um trabalhador a laborar no turno 00h-07h00 faz com que os outros dois trabalhadores prestem trabalho nesse turno com menor espaçamento de tempo entre semanas, o que indica claramente que em momento algum esteve em causa um desfaseamento de turnos, um constrangimento no regime de laboração contínua ou sequer uma alteração à organização do tempo de trabalho em três turnos contínuos e rotativos, organização essencial à actividade laboral em causa.

(…)”

2.7. Sendo o Parecer da CITE um acto administrativo, nessa medida, pode ser objeto de Reclamação por parte dos seus destinatários, titulares dos direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos que se considerem lesados pela prática do ato, sendo que os/as interessados/as têm o direito de impugnar os atos administrativos perante a Administração Pública, solicitando a sua revogação, anulação, modificação ou substituição, podendo para esse efeito reclamar do ato emitido, conforme o previsto nos artigos 184.º e seguintes e 191.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo.

III – APRECIÇÃO

3.1. A entidade empregadora refere que, na falta de acordo dos restantes trabalhadores para mudança de horário, não poderá alterar os horários unilateralmente porque tal resultaria em *“injustificado acréscimo da penosidade da prestação de trabalho para esses outros trabalhadores.”* Consequentemente, surge a impossibilidade de substituir o trabalhador requerente no turno 00h00 – 07h00.

3.2. Ora, não logrou aquela entidade demonstrar em que medida não pode objectivamente alterar os horários dos restantes trabalhadores, por forma a conceder ao trabalhador requerente o horário flexível pretendido. Pelo contrário: continua a referir que a alteração, a ser determinada unilateralmente, causaria uma maior penosidade na prestação de trabalho dos restantes trabalhadores, que laborariam mais vezes no turno 00h00 – 07h00.

3.3. O que a entidade empregadora, aparentemente, ainda não compreendeu é que tal acréscimo de penosidade não consubstancia, por si só e sem mais elementos, uma exigência imperiosa do funcionamento da empresa que fundamente a recusa da concessão do horário flexível ao trabalhador com responsabilidades familiares que o vem requerer. Isto é, não se pode concluir que está posto em causa o regular e normal funcionamento da empresa apenas e só pela necessidade de os outros trabalhadores assegurarem mais vezes o turno mais penoso, pois essa diferença de tratamento radica na demonstrada necessidade do trabalhador em conciliar a sua actividade profissional com aquelas responsabilidades familiares.

3.4. O que a entidade empregadora faz é subverter os pressupostos legais que podem fundamentar a recusa do horário flexível ao trabalhador, alegando que se verifica uma impossibilidade de substituição deste no turno 00h00 - 07h00 porque não pode, ou não quer, alterar os horários dos restantes trabalhadores, ficando assim o turno por assegurar.

3.5. A alegada falta do requisito, no pedido do trabalhador, a que alude o art.º57º, nº1, b), subalínea i), do Código do Trabalho, isto é, declaração da qual conste que o menor vive com ele em comunhão de mesa e habitação, não se verifica porquanto, se atentarmos no pedido, aquele refere que *“(…) desde que Fevereiro de 2020, tem a Regulação das Responsabilidades Parentais do seu filho menor, ... de 6 anos, no sentido de uma guarda partilhada, sendo que o menor ficou a residir alternadamente com cada*

progenitor, em períodos de uma semana, ocorrendo a troca de residência ao domingo, assim sendo, o menor vive em comunhão de mesa e habitação com o trabalhador.”

3.6. Repare-se que a lei não exige a junção de qualquer documento, bastando, por conseguinte, a declaração unilateral escrita do trabalhador no pedido formulado.

3.7. Quanto à alegada contradição entre os dois pareceres da CITE relativos à mesma entidade empregadora, sempre se dirá que os processos remetidos a esta Comissão (e os documentos deles constantes) para efeitos de emissão de parecer prévio ao abrigo do art.º 57º, nº 5, do Código do Trabalho, são, como não poderiam deixar de ser, analisados casuisticamente e, portanto, é natural que, mesmo em relação a uma mesma entidade empregadora e onde são invocados fundamentos semelhantes, surjam resultados diversos, porque os casos são, também eles, diversos, não se verificando, por esse motivo, qualquer contradição.

IV – DECISÃO

4.1. Face ao que antecede, a CITE delibera:

- a)** Considerar improcedentes os fundamentos constantes do conteúdo da reclamação do Parecer n.º 542/CITE/2021;
- b)** Comunicar à entidade empregadora e ao trabalhador o teor da presente decisão.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS DA CITE EM 2 DE FEVEREIRO DE 2022, COM O VOTO CONTRA DO REPRESENTANTE DA CONFEDERAÇÃO DOS AGRICULTORES DE PORTUGAL (CAP), CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL (CCP), CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL (CIP) E CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS (CTP), CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUÓRUM CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À MESMA ATA.