

RESPOSTA À RECLAMAÇÃO DO PARECER N.º 706/CITE/2021

ASSUNTO: Resposta à Reclamação do Parecer n.º 706/CITE/2021, referente ao processo n.º 2959-FH/2021: Parecer prévio à recusa do pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível, 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. Processo de reclamação n.º 21/RP/2022

I – OBJETO

1.1. Em 06.01.2022, a CITE recebeu da entidade empregadora ..., a reclamação do Parecer n.º 706/CITE/2021 de 21.12.2021, aprovado por maioria dos seus membros, com os votos contra da CCP - Confederação do Comércio e Serviços de Portugal, CIP – Confederação Empresarial de Portugal e CTP – Confederação do Turismo de Portugal, nos termos que a seguir se transcrevem:

“(…)

Assunto: Reclamação da decisão constante do Parecer Prévio relativo ao pedido de aplicação do regime de horário de trabalho flexível da trabalhadora ...

Exmos. Senhores,

Rececionámos o Parecer Prévio da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (de ora em diante apenas CITE) relativo à trabalhadora supra mencionada, na sequência da junção do processo pela ..., o qual foi rececionado pela CITE no dia 29.11.2021, nos termos e para os efeitos constantes do artigo 57.º do Código do Trabalho.

A CITE veio, em síntese, alegar que “a solicitação do horário de trabalho por parte da trabalhadora cumpre com os requisitos legais enunciados no artigo 56.º do Código do Trabalho (...) e que o empregador deve atribuir ao trabalhador uma amplitude que lhe permita escolher as horas de início e termo do período normal de trabalho, com respeito por certos limites, ou seja, dentro dos limites legais e contratuais, com o respeito pelos limites do n.º 4, do artigo 56.º do CT (...) e, que os motivos imperiosos do funcionamento da empresa alegados são insuficientes e não permitem preencher o conceito de exigências imperiosas de funcionamento da empresa e/ou indisponibilidade de substituir a trabalhadora (..) e não demonstra quais os períodos de tempo que, no seu entender, deixariam de ficar convenientemente assegurados, face aos meios humanos necessários e disponíveis à aplicação do horário flexível pretendido pela trabalhadora”(…)

Ora, salvo o devido respeito, não assiste razão à CITE, conforme veremos,

Pelo que, nesses termos, vem a ... apresentar DIREITO DE RESPOSTA da decisão proferida, o que faz com os seguintes fundamentos:

Ponto Prévio

I. DO NÃO CUMPRIMENTO DO ARTIGO 121.º DO CPA POR PARTE DA CITE

1.

O artigo 121.º do Código do Procedimento Administrativo determina que: “os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta”. E, “no exercício do direito de audiência, os interessados podem pronunciar-se sobre todas as questões com interesse para a decisão, em matéria de facto e de direito, bem como requerer diligências complementares e juntar documentos”.

2.

Ora, a CITE não convocou a Audiência dos Interessados imposta pelo artigo 121.º do Código do Procedimento Administrativo, que se impunha, quando sobre a sua decisão iria recair, como se veio a efetivar, uma decisão desfavorável à intenção de recusa da entidade empregadora em aplicar um horário de trabalho flexível, pelo que não foi respeitado um princípio basilar do Direito – o princípio ao contraditório.

3.

Impedia sobre a CITE o dever de convocar a Audiência dos Interessados, tendo a ... o direito de ser ouvida no procedimento antes de ser tomada a decisão final, e devendo ser informada, nomeadamente, sobre o sentido provável desta.

4.

Pelo que, não podemos deixar de considerar que estamos perante uma decisão administrativa, que tem impacto na vida da Cooperativa.

II. DA INCOERÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO CONSTANTE DO PARECER DA CITE

5.

Face às atribuições conferidas pela Lei à CITE, nomeadamente o DL n.º 76/2012, de 26 de Março deve a mesma fundamentar no seu Parecer, quais são os limites, dentro dos quais, no seu entender, a trabalhadora pode escolher o horário de trabalho, sendo que o horário de turno fixo, como o pretendido

pela trabalhadora, não é um horário que esteja disponível para escolha na ... pela natureza da prestação do serviço de alojamento, conforme amplamente demonstrado na resposta à trabalhadora.

6.

Mais, o artigo 56.º do CT não confere ao trabalhador o direito de balizar ou impor ao empregador as horas de início e de termo do período normal de trabalho em que pretende que este lhe fixe o horário de trabalho flexível.

7.

Acresce que os tribunais têm entendido que não é exigível ao empregador a imposição de horários flexíveis em sectores de mão-de-obra intensiva, como é o caso das ..., circunstância que mais uma vez não foi atendida pela CITE.

8.

Assim, como não foi atendida a circunstância excecional que o país atravessa, e em que é necessária a disponibilidade da força de trabalho, até para a própria manutenção dos postos de trabalho.

9.

Por outro lado, a CITE admite no seu Parecer que a escolha do horário flexível deve obedecer aos limites legais e contratuais.

10.

Ora, a ... demonstrou que a trabalhadora contratualizou um horário de trabalho em regime de turnos fixos, o que aliás não foi, como não poderia ter sido contestado pela trabalhadora.

11.

A CITE ao admitir que o limite à escolha do horário de trabalho é não só legal, como contratual, não retira as devidas ilações para emissão do seu Parecer, o qual mais uma vez se reitera, não se encontra fundamentado com factos que contradigam a argumentação da entidade empregadora para recusa da atribuição do horário que a trabalhadora pretende.

12.

E, portanto tal Parecer padece de ilegalidade.

13.

Por outro lado, a ... demonstrou e provou que os limites dos horários de trabalho na empresa encontram-se balizados pelo regime de turnos rotativos, não sendo possível estabelecer turnos fixos,

os quais comprometeriam toda a estrutura e modo de funcionamento das ..., conforme se pode verificar pela vasta explicação do modo de funcionamento das ..., em resposta à trabalhadora.

14.

Assim, não se vislumbra de que modo pode a entidade empregadora estar obrigada a atribuir à trabalhadora o horário solicitado.

III. DA DEMONSTRAÇÃO POR PARTE DA ... QUANTO AOS PERÍODOS DE TEMPO QUE DEIXARIAM DE FICAR CONVENIENTEMENTE ASSEGURADOS COM A ATRIBUIÇÃO DO HORÁRIO FLEXIVEL

15.

Ora, salvo melhor opinião, a ... logrou demonstrar cabalmente que, caso fosse atribuído o horário fixo pretendido pela trabalhadora, não ficaria convenientemente assegurado o turno da receção da tarde (das 15h30 às 00h) sendo o turno da tarde - ao contrário do turno da manhã - aquele que necessita de mais trabalhadores para poderem assegurar convenientemente os check-ins dos clientes. Tal circunstância tem tão mais importância pelo facto de se tratar da ... de Lisboa, que é aquela que ao longo do ano tem a maior afluência de clientes, tanto pela capacidade de alojamento como pela sua localização privilegiada.

16.

Ora, é em função dos fluxos de clientes das ... que a ... determina o número de trabalhadores necessários em cada momento para realizar as tarefas necessárias a garantir o nível de serviço e de atendimento programados e com qualidade, sendo, portanto impossível substituir a trabalhadora nos turnos rotativos na ... de Lisboa.

17.

A ... logrou demonstrar ainda que, teria que contratar mais trabalhadores para o turno da tarde (das 15h30 às 00h00) sendo que não tem condições financeiras para o fazer neste momento, tendo inclusive que recorrer às medidas de apoio à manutenção dos postos de trabalho através da Medida de Apoio Extraordinário à Retoma Progressiva da Atividade e de Apoio à Manutenção dos Contratos de Trabalho (Layoff).

18.

Não obstante, não ter sido respeitado o direito ao contraditório, a ... entende que fez prova bastante, inequívoca e incontestável, fundamentando tudo quanto alegou, ou seja, da impossibilidade da aplicação de horário de trabalho flexível, tendo em conta a organização das ... em regime de trabalho

de turnos de horário de trabalho rotativos, o que aliás, diga-se, não carece de prova porquanto está previsto na legislação laboral.

19.

Qualquer outra interpretação por parte da CITE será uma ingerência na vida da Cooperativa, que não se pode tolerar.

20.

Pelo que, não corresponde à verdade o vertido nos pontos 2.44, 2.45 e 2.46 do Parecer Prévio, uma vez que foi claramente alegado que a trabalhadora dispõe de contrato de trabalho que impede a elaboração do horário praticado pela trabalhadora.

21.

Ora, salvo o devido respeito, a CITE fez “tábua rasa” do regime de horário de trabalho, em vigor na empresa - turnos rotativos -, mormente nas ... e para o qual a trabalhadora foi contratada e deu o seu consentimento, limitando-se a fazer referência ao conceito de horário flexível constante da legislação laboral.

22.

O que a CITE deveria ter feito era uma avaliação real dos fundamentos invocados pela entidade empregadora, porquanto a lei determina que o horário de trabalho flexível deve ser proporcionado pelo empregador mas apenas e na medida dessa possibilidade, e como tal outra conclusão não poderia ser que a de deferimento da recusa de aplicação do horário flexível pretendido pela trabalhadora.

Nestes termos e nos demais de Direito requer-se que a presente decisão administrativa seja revogada e em consequência seja dado parecer favorável à intenção de recusa da atribuição do horário de trabalho flexível à trabalhadora, por parte da entidade empregadora.

Caso assim não se entenda, deve ser dado cumprimento à convocatória para a Audiência Prévia prevista no Código do Procedimento Administrativo. (...)

1.2. A trabalhadora foi notificada para se pronunciar sobre a reclamação apresentada, todavia, nada disse.

II - ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. Conforme decorre, atualmente, do artigo 20.º da Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5.07.2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional, os Estados Membros designam um ou mais órgãos para a promoção, a análise, o acompanhamento e o apoio da igualdade de tratamento entre todas as pessoas, sem qualquer discriminação em razão do sexo.

2.2. 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.

2.3. Esta Comissão, sua composição e respetivas competências encontram-se previstas na alínea d) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março, cabendo-lhe apreciar os requisitos processuais, bem como o motivo justificativo da intenção de recusa, pelo empregador, de autorização para trabalho com flexibilidade de horário a trabalhadores/as com filhos menores de 12 anos, a que se referem os artigos 56.º e 57.º do CT, constantes do Parecer n.º 706/CITE/2021, que aqui se dão por integralmente reproduzidos.

2.4.1. A CITE tem uma composição tripartida e equilátera, constituída por representantes do Estado, representantes das associações sindicais e representantes das associações patronais.

2.4.1. A CITE “é composta por um representante do ministério com atribuições na área do emprego, que preside; um representante do ministério com atribuições na área da igualdade; um representante do ministério com atribuições na área da Administração Pública; um representante do ministério com atribuições na área da solidariedade e segurança social; dois representantes de cada uma das associações sindicais com assento na Comissão Permanente de Concertação Social e um representante de cada uma das associações patronais com assento na Comissão Permanente de Concertação Social” – n.º 1 do artigo 6.º do citado Decreto-Lei n.º 76/2012.

2.4.2. Os pareceres, prévios ou outros, emitidos pela CITE, são sempre votados em reunião plenária pela maioria legal dos seus membros, nos termos previstos nos artigos 14.º a 28.º do Código do Procedimento

Administrativo, revestindo sempre a forma de deliberação colegial, que expressa uma vontade conjunta – artigo 10.º do mesmo Decreto-Lei n.º 76/2012.

2.4.3. De referir também que as deliberações da CITE constituem pareceres obrigatórios votados por um órgão colegial que detém competência exclusiva, como acontece no caso agora objeto de reclamação, para a emissão de “parecer prévio no caso de intenção de recusa, pela entidade empregadora, de autorização para trabalho a tempo parcial ou com flexibilidade de horário a trabalhadores/as com filhos menores de 12 anos” – alínea d) do artigo 3.º do mencionado Decreto-Lei n.º 76/2012, e n.º 5 a 8 do artigo 57.º do Código do Trabalho (CT).

2.5. Em caso de intenção de recusa do pedido de horário flexível formulado pelo/a trabalhador/a, se for considerado que a entidade empregadora não demonstrou suficientemente as exigências imperiosas do funcionamento da empresa, conforme determina o n.º 2 do mencionado artigo 57.º, a CITE emite parecer desfavorável, o que aconteceu no processo *sub judice*, objeto da presente reclamação.

2.6. Não obstante o n.º 7 do aludido artigo 57.º do CT prever expressamente o reconhecimento judicial da existência de motivos justificativos, tem sido aceite pela CITE reclamação das suas deliberações, ao abrigo do disposto nos artigos 184.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 4/2015 de 7 de janeiro, que aprovou o Código do Procedimento Administrativo (CPA) permitindo que as partes apresentem reclamação das suas deliberações, com base em qualquer incorreção, irregularidade, ilegalidade ou inconveniência do ato administrativo, que, por hipótese, possa ter ocorrido no exercício das competências que lhe estão atribuídas.

2.7. Com a presente reclamação, pretende a entidade empregadora que a CITE proceda à revogação do Parecer n.º 706/CITE/2021, e à sua substituição por outro que seja favorável à intenção de recusa apresentada, relativamente ao pedido de trabalho em regime de horário flexível apresentado pela sua trabalhadora.

2.8. Para tanto, vem a entidade empregadora, fundamentar a sua pretensão em 3 tópicos de fundamentação, a saber:

- Do ponto 1 ao ponto 4, o incumprimento do artigo 121.º do CPA por parte da CITE;
- Do ponto 5 a ao ponto 14, a incoerência da fundamentação constante do parecer da CITE e a sua ilegalidade;
- Do ponto 15 ao ponto 22, a demonstração por parte da ... quanto aos períodos de tempo que deixariam de ficar convenientemente assegurados com a atribuição do Horário flexível;

Analisemos,

2.9. Quanto ao incumprimento do disposto no artigo 121.º do Código do Procedimento Administrativo, doravante CPA, ou seja, da audiência prévia dos interessados, cumpre esclarecer que a CITE quando exerce a competência determinada na alínea d) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 76/2012 de 26 de março, não se rege pelo processo de formação de ato administrativo, estabelecido no CPA, mas sim, pelas normas do Código do Trabalho que lhe são diretamente aplicáveis. Com efeito, é o legislador que determina o tipo de procedimento administrativo a ser seguido pela Administração Pública na estrita obediência do princípio da legalidade, aplicando-se o procedimento comum, em caso de inexistência de um procedimento especial.

2.10. Sucede que, neste caso e conforme supra mencionado, a competência para emitir estes Pareceres e o respectivo procedimento encontra-se previsto no Código do Trabalho e não no CPA. Neste sentido, resulta evidente a inaplicabilidade do processo comum de formação do acto administrativo nos termos instituídos no CPA e, por esse motivo, afastada a obrigação da audiência prévia dos interessados, aliás, instituto que visa a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhe disserem respeito, e que já se encontra assegurado no procedimento especial aplicável a esta matéria, dado que o processo remetido à CITE é um procedimento de regime de horário flexível donde consta a posição de ambas as partes.

2.11. Sem prejuízo do exposto, acrescenta-se que, ainda que assim não se entendesse, o que não se concede, mas se admite por mera hipótese académica, somos a referir que, no presente caso, sempre a CITE poderia proceder à dispensa de audiência prévia dos interessados, nos termos da alínea c) e e) do n.º 1 do artigo 124.º do CPA, uma vez que, por um lado, proceder à audiência prévia poderia comprometer a emissão do Parecer dentro do prazo de 30 dias previsto no n.º 6 artigo 57.º do Código do Trabalho e, por outro, porquanto já a entidade empregadora, na sua intenção de recusa, havia tido a oportunidade de se pronunciar no procedimento sobre as questões que importam à decisão.

2.12. Relativamente aos pontos 5 a 14 da reclamação, referente a uma alegada incoerência do Parecer da CITE e sua ilegalidade, por esta Comissão ter entendido que o pedido da trabalhadora respeitava os limites legais e contratuais, cumpre referir que tais argumentos não colhem, afigurando-se que a decisão se encontra devidamente fundamentada e assente nos normativos legais que a regem e na jurisprudência.

2.13. Recorde-se que o regime de horário flexível prossegue o Princípio Constitucional da Conciliação da atividade Profissional com a vida familiar e que, naturalmente se sobrepõe, dentro de certos limites, à forma de organização dos tempos de trabalho instituída na entidade empregadora, desde que isso não conflitue com exigências imperiosas do funcionamento do serviço ou implique a impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a se ele/a for indispensável.

2.14. Neste sentido, o regime de horário flexível permite aos/as trabalhadores/as solicitar uma amplitude horária, que na prática suspenda, temporariamente, alguns efeitos do contrato de trabalho, nomeadamente a prestação de trabalho em regime de turnos rotativos.

2.15. Com efeito, a entidade empregadora, apesar de alegar, não apresentou razões legais e/ou contratuais que permitissem concluir pela inaplicabilidade do regime de horário flexível à trabalhadora, tal como solicitado, mais a mais, quando a trabalhadora indica uma amplitude horária totalmente enquadrada com um dos turnos praticados pelos/as trabalhadores/as e portanto, condizente com a organização dos tempos de trabalho da ...

2.16. De igual modo, afigura-se totalmente infundado o argumento constante no ponto 7 reclamação ora em apreço, ao indicar que os tribunais têm entendido que não é exigível ao empregador a imposição de horários flexíveis em sectores de mão de obra intensiva.

2.17. Sobre esta matéria, chame-se à lissa o recente Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 18.11.2021, proferido no âmbito do processo n.º 242/16.7BECBR, que refere: *“para efeitos dos n.ºs 4 e seguintes do artigo 57.º do Código do Trabalho, corresponde a toda a decisão da entidade empregadora que não aceite fixar o horário do trabalhador dentro do intervalo temporal por este indicado, desde que, o intervalo temporal indicado por este respeite (ou permita respeitar) os limites previstos nos n.º 3 e 4 do artigo 56.º do Código do Trabalho (o que sucedia neste caso). Logo, quando o Autor não aceitou que o horário fosse fixado apenas de Segunda a Sexta-feira (em todas as semanas do ano), o Autor recusou o pedido formulado pela Contra-Interessada. De resto, ele reconheceu (pelo menos, de forma concludente) ter recusado o pedido e por isso cumprir os trâmites fixados nos n.ºs 4 a 7 do artigo 57.º do Código do Trabalho.”*

2.18. Mais é referido em tal Acórdão que *“tudo quanto antes dissemos explica a razão pela qual o Tribunal não pode reconhecer que a recusa é legalmente fundamentada pelo facto de a Requerente não poder indicar como “período para a fixação do horário flexível” um intervalo temporal que excluísse os fins de semana. Um pedido com tal teor é conforme à lei, cabendo depois à entidade empregadora (como bem*

se explica no ponto 2.13 do parecer do CITE - repetimos), verificar se a pretensão pode ser ou não atendida. E, caso aquela entidade considerasse que a não prestação de serviço pela Requerente, em todos os fins de semana do ano, afectava o funcionamento do serviço de um modo que não seria possível, com os recursos humanos disponíveis, reorganizá-lo, teria de explicar fundamentadamente essas razões imperiosas da recusa, nos termos do artigo 57.º, n.º 2 do Código do Trabalho.”

2.19. E, termina decidindo que *“No mesmo sentido, i. e., de que é conforme à lei o pedido de fixação de horário flexível nos termos do artigo 56.º do Código do Trabalho, formulado no âmbito de um pedido em que se solicita que o horário de trabalho seja fixado dentro de determinado intervalo horário diário e apenas de Segunda a Sexta-feira, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça relativo a uma trabalhadora de um Hospital dos ... - acórdão de 28 de Outubro de 2020, proc. 3582/19.0T8LSB.L1.S1”.*

2.17. Quanto aos pontos 15 a 22 da Reclamação, referente à alegada demonstração por parte da entidade empregadora, relativamente aos períodos de tempo que deixariam de ficar convenientemente assegurados com a atribuição do horário flexível, afere-se que se tratam de argumentos repetidos, isto é, que já haviam sido aduzidos em sede de intenção de recusa, e que foram devidamente esgrimidos no Parecer ora reclamado.

2.18. Assim, e sendo o objeto da Reclamação a reapreciação dos factos pré-existentes, não resultando da exposição da Reclamante a invocação de factos novos que por serem novos, isto é, posteriores ao pedido e à comunicação da intenção de recusa e que a reclamante não podia conhecer aquando da comunicação da intenção da recusa, possibilitem a reapreciação do mérito da decisão, então, o meio processual próprio para impugnar o Parecer desta Comissão é o previsto no n.º 7 do art.º 57.º do Código do Trabalho, designadamente o recurso aos Tribunais para obtenção de decisão judicial que reconheça motivo justificativo da recusa.

2.18. Nestas circunstâncias, tendo os membros da CITE, ao tempo ponderado, toda a argumentação aduzida, e uma vez que na presente reclamação não são alegados factos novos, que ponham em causa a validade do Parecer n.º 706/CITE/2021, não se procedendo à alteração do mesmo.

III – CONCLUSÃO

Face ao exposto e nos termos supra enunciados, a CITE delibera:

3.1. Indeferir a presente reclamação e manter o sentido do Parecer n.º 706/CITE/2021.

3.2. Comunicar à entidade empregadora e à trabalhadora o teor da presente deliberação.

3.3. Informar o empregador e a trabalhadora de que a CITE, no âmbito das suas competências e a pedido de ambas as partes, promove diligências de conciliação em caso de conflito individual em questões de conciliação da atividade profissional com a vida familiar e privada;

3.4. Recomendar à entidade empregadora que proporcione 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 127º, da alínea b) do n.º 2 do artigo 212º e n.º 2 do artigo 221.º todos do Código do Trabalho, aplicáveis em conformidade, com o correspondente princípio, consagrado na alínea b) do n.º 1 do artigo 59º da Constituição da República Portuguesa.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 02 DE MARÇO DE 2022, COM OS VOTOS CONTRA DOS REPRESENTANTES DA CCP - CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL, CIP - CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL E CTP - CONFEDERAÇÃO DO TURISMO DE PORTUGAL, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À MESMA ATA.