

RESPOSTA À RECLAMAÇÃO DO PARECER N.º 177/CITE/2022

ASSUNTO: Resposta à Reclamação do Parecer n.º 177/CITE/2022, referente ao processo n.º 624-FH/2022: 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 1297/RP/2022

I – OBJETO

1.1. Em 12.04.2022, a CITE recebeu da entidade empregadora ... a reclamação do Parecer n.º 177/CITE/2022 de 16.03.2022, 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:

“(…)

..., com sede na Rua ... (adiante “...” ou “Requerente”), vem, nos termos e ao abrigo do disposto nos artigos 191º e ss. do Código do Procedimento Administrativo (CPA), apresentar reclamação contra o Parecer 177/CITE/2022 (doravante “Parecer”), acerca de pedido de flexibilidade de horário devido a Parentalidade, com o número de processo 624-FH/2022, o que faz, nos termos e com os seguintes fundamentos:

1. Nos termos e para os efeitos do artigo 57.º do Código do Trabalho, a Requerente enviou para apreciação da CITE o processo de horário flexível por parentalidade, que deu entrada com o número de processo acima referido.

2. Para fundamentação da sua intenção de recusa do pedido de flexibilização feito pelo trabalhador, a Requerente deduziu um conjunto de factos e apresentou elementos probatórios, os quais aqui se dão por integralmente reproduzidos para todos os devidos efeitos legais:

a. No que se refere ao N/ serviço de Room Service, o mesmo funciona 24 horas por dia, como é próprio da prestação de serviços hoteleiros e tem ao seu serviço 6 colaboradores, um dos quais chefia.

b. Os horários são organizados mensalmente, com folgas rotativas, compreendendo três horários distintos, manhã (07:00-15:30), tarde (15:00-23:30) e noite (23:00-07:00) e quando se mantém mais do que um colaborador num dos horários, um horário intermédio (10:30-19:00). No que ao turno da noite diz respeito a ... tem a necessidade de ter três trabalhadores adstritos aquele

horário, rotativamente, o que em termos práticos se traduz em cerca de 3 a 4 meses por ano a cada Trabalhador, em função do número de trabalhadores ao serviço.

c. Sucede que, o Trabalhador cujo pedido vai anexo que realizava o horário da noite foi Pai, em fevereiro de 2020, tendo informado a Empregadora que não estaria disponível para realizar mais noites pelo facto de ter uma bebé, e que pelo menos até aos 12 anos da criança não o fará, porque tem a lei do seu lado.

d. Até à data, e devido ao facto do serviço do Hotel estar mais reduzido, pela crise provocada pela Pandemia da COVID-19, a Empregadora tem conseguido organizar os horários, sendo que um dos colaboradores que já vinha fazendo o horário da noite, disponibilizou-se para realizar sempre o horário da noite, e o outro colaborador que também vinha a realizar o serviço da noite, efetua as suas folgas. No entanto, o problema levanta-se quando um destes colaboradores vai de férias, o que leva a que em alguns dias a Empregadora não tenha qualquer trabalhador adstrito aquele turno, dado que o trabalhador que foi pai recentemente demonstra uma posição intransigente, afirmando que não tem de realizar o trabalho noturno até aos 12 anos da sua filha.

e. Neste sentido, a Empregadora enveredou todos os esforços necessários para criar as condições necessárias ao bom entendimento e organização do serviço em referencia, pelo que, neste sentido, e bem sabendo que o direito ao horário flexível não impede que o trabalhador execute horário por turnos, e visto que a Empregadora não tem possibilidade para recrutar um elemento externo para assegurar estas necessidades, nem tem dentro da sua estrutura, um colaborador capaz de executar estas funções pois há que ter formação adequada e experiência na função específica, não bastando ter uma categoria igual ou equivalente, gostaríamos de obter o V/ parecer acerca deste assunto, nomeadamente, quanto à possibilidade de o Trabalhador em questão, executar o horário noturno, nos períodos de férias e descansos semanais dos demais colegas.

f. Na resposta apresentada pelo Trabalhador à recusa da Empregadora em aceder à pretensão do Trabalhador de forma absoluta (...) este refere que existem mais 15 funcionários na empresa a desempenhar as funções de empregados de mesa, pelo que existem funcionários que podem ser adstritos a esse turno, contudo apesar de existirem mais colaboradores com a mesma categoria profissional, não quer isso dizer que tenham sido contratados para efetuar estas funções concretas ou sequer para a execução deste horário tão específico (...). Ora, o colaborador em referencia foi contratado para este serviço em concreto, aceitando expressamente os horários de madrugada rotativos, sendo que a Empregadora aceita conciliar a pretensão do Trabalhador, como já fez, mas não em termos absolutos como agora vem pretendido.

g. Ainda a respeito dos 15 colaboradores no serviço de mesa, que o Trabalhador refere, importa ter em consideração o seguinte:

i. - 2 adstritos a outro estabelecimento – ...

ii. 3 em regime de part-time, afetos ao Pequeno almoço do Restaurante

iii. 1 em regime de part-time, afeto aos jantares do Restaurante (ao serviço de outra empresa noutro horário)

iv. 3 em horário repartido, afetos aos Almoços e Jantares do Restaurante, com intervalo pelo meio.
v. 2 colaboradores no horário de manhã, 1 que se encontra em horário reduzido por aleitamento e o outro, pensionista, que pediu para deixar de estar a afeto aos jantares, aliado ao cansaço de vários anos em horários repartidos e à noite;

vi. 5 colaboradores ao serviço do Room Service, 2 dos quais que não se mostraram disponíveis para trabalhar no horário da madrugada e que por isso não aceitaram ser contratados para esse efeito e portanto não pode a Empregadora alterar unilateralmente os horários, e 3 colaboradores que rotativamente fazem o horário de madrugada, apesar de no último ano, termos um colaborador que se disponibilizou em trabalhar neste horário em específico, dada a saída de um outro colaborador durante a pandemia, que também rodava no horário da madrugada e da situação da paternidade do colaborador ...

h. Pelas razões já expostas os demais colaboradores – vários dos quais em regime de part-time, não foram contratados nas mesmas condições e por isso não podem, efetivamente substituir o trabalhador em causa.

i. (...) recrutar elementos externos para realizar o serviço de elementos que tenham sido pais, (...) acarreta custos acrescidos para a empresa, desperdiçando recursos, ou mesmo em destacar trabalhadores de horários diurnos para noturnos, pois sabemos que nem todas as pessoas têm preparação fisiológica para trabalhar em tais horários. Por outro lado, se a Empregadora tiver de contratar, fica com excesso de trabalhadores e terá de extinguir um posto de trabalho, o que, obviamente não se pretende e não resolve o problema.

j. Mais se informa que não é possível à ... recolocar o referido colaborador noutra serviço, considerando que não tem a Empregadora quem o substitua no trabalho noturno, de momento.

k. Quer isto dizer que o exercício deste direito pelo trabalhador (...) compromete irremediavelmente o serviço, pois o trabalhador foi contratado para um determinado horário e passa a recusar-se a observar esse horário e neste momento põe em causa o funcionamento da empresa que não pode ter menos um elemento, sendo impossível a sua substituição, sendo o mesmo indispensável nos termos acima referidos.

3. Veio, contudo, a Requerente a ser confrontada com uma decisão da CITE de oposição no referido Parecer.

4. Como referido na exposição inicial da Requerente, esta, de forma voluntária, já havia facilitado ao trabalhador em questão, ..., a prestação de trabalho nos horários agora solicitados, antes mesmo do nascimento da sua filha (17-02-2021), ou seja, ainda durante a gravidez da sua mulher.

5. A última data na qual o Trabalhador prestou trabalho no horário noturno foi em março de 2020.

6. De notar que a pandemia por Covid-19, como abaixo melhor se descreve, afetou muito o setor da hotelaria e, bem assim, o serviço da Requerente. Como tal, as necessidades de pessoal foram reduzidas por motivo da quebra da atividade e tal permitiu facilitar o horário de trabalho do trabalhador.
7. O Hotel da Requerente é um Hotel de 5 estrelas e como tal, faz parte das exigências da sua categoria, disponibilizar um serviço de Room Service durante 24 horas.
8. Conforme referido na exposição anteriormente apresentada, tem a Requerente três trabalhadores que realizam as madrugadas, sendo o trabalhador ... um dos mesmos.
9. Desde que foi indicado que a sua mulher estava grávida, a Requerente sempre facilitou as condições do trabalhador em questão, no sentido de evitar que este fosse escalado para a realização destes horários.
10. No entanto, tratou-se de uma mera liberalidade da Requerente em permitir ao Trabalhador, dentro dos parâmetros mínimos da organização da mesma, conciliar a sua vida familiar com a sua vida pessoal.
11. Liberalidade que foi possível durante um determinado período de tempo mas que, em período de férias ou de ausências de outros trabalhadores afetos ao horário da noite (madrugada), não é possível.
12. Esta liberalidade não correspondeu verdadeiramente à aceitação de um pedido de horário flexível previamente feito.
13. Como já se referiu, foi devido à Pandemia - que muito afetou a atividade e serviço da Requerente - que não se verificou, até ao momento, a necessidade de recorrer ao trabalho do trabalhador no período de horário noturno.
14. No entanto, de momento não tem a Requerente outra alternativa, pois, tendo de manter este serviço durante 24 horas, e considerando que a necessidade é somente nas folgas do trabalhador que realiza este horário, e durante o período de férias do outro elemento, não se justificando a admissão de um novo trabalhador apenas para estas situações quando existe este trabalhador ... que especificamente se obrigou a esse horário que, a esta data, ainda é o seu.
15. Na prática, e conforme referido no pedido de parecer, a Requerente alocaria o trabalhador ... ao seu horário noturno, apenas nas folgas do seu colega que tem assumido esse horário em permanência, e durante o período de férias do segundo colega, como se passa a exemplificar na projeção do horário, no 1º período de férias do trabalhador ..., de 20 de abril a 4 de maio:

Horários	RM	Room Service Manhã 07h00 às 15h30	RT	Room Service tarde 15h00 às 23h30	I	Intermédio 10h30 às 19h00	N	Room Service Noite 23h00 às 07h00	FE	Férias
----------	----	--------------------------------------	----	--------------------------------------	---	------------------------------	---	--------------------------------------	----	--------

Abril 2022	ter	qua	qui	sex	sáb	dom	seg	ter	qua	qui	sex	sáb
Funcionário/a	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30
...		RT	RT	RT	RT	RT			RT	RT	RT	RT
...	RT			RM	RM	RM	RT	RT			RM	RM
...	I	RM	RM			N	N	RM	RM	RM		
...	RM							N	N	N	N	N
...	N	FE			FE	FE	FE	FE	FE			FE

16. Ainda assim, caso não se entenda justificado - o que só por dever de cautela se equaciona -, e improceda o pedido supra fundamentado, sempre se refira que um horário flexível que tenha sido previamente autorizado, pode ser suspenso ou limitado desde que se verifiquem situações imprevistas, pontuais e de extrema gravidade, devendo as circunstâncias que determinam essa eventual suspensão ou limitação provisória ser analisadas casuisticamente e ser devidamente fundamentadas – cfr. bem referido no email remetido pela CITE à Responsável de Recursos Humanos da Requerente, ..., datado de 4 de abril de 2022, que se junta e dá por integralmente reproduzido.

17. Ora, considerando que:

- a) a necessidade imperiosa da Requerente se verifica apenas e tão somente nos períodos de férias de um trabalhador e de folga de outro trabalhador, não se justificando, assim, a admissão de um trabalhador apenas para essa substituição pontual.
- b) Constitui motivos imperioso de classificação e de funcionamento de um Hotel de 5 estrelas, a existência de um serviço de Room Service durante 24 horas.
- c) O trabalhador ... foi contratado para a realização do serviço de Room Service no período noturno.
- d) As condições de contratação dos outros trabalhadores (part-time para pequeno almoço e part-time para jantar) e sem horário noturno – conforme melhor descrito na exposição inicial da Requerente, para a qual se remete, e que se sumarizou acima – não permitem a substituição do Trabalhador, por um outro colega de trabalho.
- e) A título de exemplo da impossibilidade de outro trabalhador assegurar o horário noturno, refira-se o caso do trabalhador (abordado nesse sentido pela Requerente), ..., a prestar serviço na mesma secção, com uma antiguidade de 34 anos, que nunca efetuou o serviço da madrugada, e que

informou que não poderia assegurar o horário noturno porque que este horário lhe causa prejuízo sério: tem três filhos e a sua mulher também trabalha para a Requerente entrando ao serviço todos os dias às 8 horas; entre a hora da saída no horário noturno (7h00) e a hora da entrada da sua mulher ao serviço, os filhos menores ficariam sozinhos em casa.

f) A comunicação ao Trabalhador da necessidade de, temporariamente, realizar o horário noturno, sendo imperioso para o funcionamento da Requerente a manutenção de um serviço de Room Service durante 24 horas, como exigência da categoria em que se insere, não dispondo a Requerente de outros meios para o assegurar, foi efetuada atempadamente;

Se requer a V. Exas. nova apreciação quanto ao exposto, em concreto à situação específica colocada, a saber, a da substituição do colega que efetua serviço noturno, somente em período de férias / folgas dos colegas que habitualmente se encontram a realizar o horário noturno, emitindo-se parecer favorável à Requerente.”.

1.2. O trabalhador notificado para se pronunciar sobre a reclamação apresentada, 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 a uma nova apreciação do Parecer n.º 177/CITE/2022, emitindo Parecer favorável à requerente.

2.8. Para tanto, vem a entidade empregadora, invocar novamente a existência de exigências imperiosas do funcionamento do serviço, reforçando que o horário flexível já vem sendo facilitado ao trabalhador, todavia, nos períodos de férias ou de ausências de outros trabalhadores afetos ao horário da noite (madrugada) não é possível atribuir o horário requerido, sendo necessário que o trabalhador requerente exerça as suas funções nesse turno.

2.9. Assim, decorre da exposição da entidade empregadora que as exigências imperiosas do funcionamento do serviço só se verificam nos períodos em que os dois trabalhadores que asseguram o turno da noite se encontrem ausentes, nomeadamente nos períodos de férias de um trabalhador e de folga do outro trabalhador.

2.10. Mais refere a entidade empregadora, que apenas existem 3 trabalhadores/as para realizar o turno da madrugada, sendo o trabalhador requerente um deles, e que apenas na indisponibilidade de os outros dois trabalhadores assegurarem o turno da noite é que a entidade empregadora necessita de recorrer ao trabalhador requerente.

2.11. Com efeito, a entidade empregadora, apesar de alegar, continua sem apresentar os motivos determinantes para que apenas três trabalhadores/as possam fazer o turno da noite, mormente através da indicação das razões legais e/ou contratuais - nomeadamente através da demonstração de que os/as restantes trabalhadores/as do serviço contratualizaram apenas horários diurnos - que permitam concluir que do total de trabalhadores/as existentes no serviço onde o trabalhador requerente exerce funções, este é o único que pode assegurar o turno da noite durante os períodos de ausência dos trabalhadores que asseguram aquele turno.

2.12. Acresce que 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.

2.13. 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 177/CITE/2022, 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 177/CITE/2022.

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

3.3. Informar o empregador e o trabalhador 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 ao trabalhador 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 25 DE MAIO 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.