

PARECER N.º 634/CITE/2022

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
Processo n.º CITE-FH/3166/2022

I – OBJETO

1.1. A CITE recebeu, a 31.08.2022, via eletrónica, da entidade empregadora, pedido de emissão de parecer prévio à recusa de prestação de trabalho em regime de horário flexível solicitado pela trabalhadora ..., a exercer funções de Operadora nesta organização.

1.2. A 04.08.2022, a entidade empregadora recebeu um pedido de prestação de trabalho em regime de horário flexível da trabalhadora supra identificada conforme a seguir se transcreve:

«Eu,, [...], venho por este meio solicitar a atribuição de regime de horário flexível para prestar assistência aos meus filhos menores de 12 anos.

Pretendo continuar em horário laboral de oito horas diárias e 40 horas semanais, praticando qualquer horário, desde que a hora de saída não ultrapasse as 18horas.

Declaro ainda que os menores vivem em comunhão de mesa e habitação com a requerente [...]»

1.3. Em 22.08.2022, via CAR, o empregador remeteu a sua intenção de recusa à trabalhadora nos seguintes termos:

«[...] Em resposta ao pedido de horário flexível por si formulado naquela sua missiva, cumpre-nos pronunciar sobre o mesmo, o que ora se faz nos seguintes termos:

A) O horário que V. Exa vem agora solicitar, mais concretamente de prestação da sua atividade a 8 horas diárias e 40 horas semanais, com hora de saída que não ultrapasse as 18horas, não será possível atribuir-lhe nos exatos moldes pretendidos, porquanto:

- a Unidade onde labora tem como horário de funcionamento o período entre as 9 e 23horas (de domingo a 5.ª feira) e das 9horas à meia-noite (às sextas e sábados), sendo que tal período é dividido em três turnos, sendo que os horários dos trabalhadores são distribuídos rotativamente pelos mesmos, mais concretamente por períodos que*

integram um ou mais daqueles turnos:

1) turno de abertura (das 8 às 16horas) - turno este em que, pelo menos, as primeiras horas têm de ser asseguradas prioritariamente pelos elementos da equipa de direção, pelos motivos que abaixo melhor explanaremos, sendo que, no período que abrange a hora do almoço (das 12horas às 14:30), tem de estar o maior número de trabalhadores possível;

2) turno intermedio (das 12 às 20horas) o qual, por ser um turno de reforço de pessoal, além da necessidade de ser assegurado por, pelo menos, um gestor de turno, e essencialmente afeto a trabalhadores em regime de part-time contratados para assegurar especialmente este reforço de turno; e

3) turno de fecho (12 as 20horas), turno este em que, para além dos elementos da equipa de direção, pelos motivos que abaixo melhor explanaremos, no período que abrange a hora do jantar e ceia (das 19:30 as 21:30), tem de estar o maior número de trabalhadores possível.

- *O Quadro de Pessoal da XXX, é atualmente composto por 20 trabalhadores, dos quais sete são elementos da equipa de gestão de loja, uma empregada de balcão, uma Operadora com mais de 5A (V. Exa), e outra com menos de 5A, sendo todos os demais Operadores Aprendizes.*

- *Aquando da elaboração dos horários, tem de forçosamente ser dada prioridade:*

- *À marcação dos horários dos elementos que integram a equipa de direção de Unidade (na qual V. Exa. não se inclui), por força da necessidade de assegurar o desempenho de funções de gestão de turno, incluindo administrativas, nomeadamente associadas à abertura e fecho de loja e outras funções que são, por regra, desempenhadas por elementos da equipa de direção aquando das primeiras horas de abertura da loja (pelo menos entre as 9horas e as 11:30, para preparação da abertura de loja, gestão e supervisão das equipas, gestão dos fundos de maneiio, do caixa e dos fechos financeiros, receção de fornecedores, inventários, etc.);*

- *A necessidade de assegurar a formação e acompanhamento dos operadores aprendizes durante a sua fase de aprendizagem, que tanto é feita pelos gestores de Unidade, como pelos trabalhadores mais experientes, como é o caso de V. Exa [...]*

- *A disponibilidade de todos os colaboradores, incluindo de V. Exa., para prestação de trabalho nos períodos diários de maior movimento na Unidade durante os períodos das refeições e aos fins de semana, mais concretamente, aos almoços (entre as 11:30 e as 15horas) e jantares (entre as 18 e as 22horas) onde labora, em especial nos dias em que há jogos de futebol no Estádio (visto que a Unidade se localiza no Centro Comercial junto ao mesmo) é condição essencial e imperiosa para o necessário, pleno e regular funcionamento daquela unidade, face à natureza da atividade em causa, ao volume de procura e de movimento por parte de clientes naquele unidade nesses períodos. Alturas*

estas em que é necessário ter ao serviço o maior número de funcionários possível dentro dos disponíveis no quadro de loja.

• Logo, não podemos aceder ao seu pedido de dispensa de prestação do seu trabalho a partir das 18 horas de cada jornada de trabalho, pois, atento o ramo de atividade (restauração rápida) e local em que o estabelecimento comercial onde labora se insere, a necessidade de presença e prestação efetiva de trabalho naqueles períodos, incluindo por sua parte, e condição indispensável e imperiosa para a organização e funcionamento daquele Unidade, considerando, para além do supra exposto:

- O número de trabalhadores efetivamente ao serviço, que se destina a assegurar a necessidade da presença do número mínima de colaboradores por turno, sendo que a eventual atribuição do horário por si solicitado implicará que a Unidade fique com menos um trabalhador para fazer os turnos de fecho da Unidade.

- O facto de V. Exa ser das trabalhadoras mais experientes e qualificadas na unidade;

- E, ainda, a necessidade da empresa de organizar os horários dos seus colaboradores também em função das limitações legais quanto:

(i) à duração máxima da prestação do trabalho contratualizada com cada colaborador, sendo que oito trabalhadores foram contratados em regime de part-time para assegurar essencialmente o reforço dos períodos de maior atividade da Unidade (turno intermédio);

(ii) ao reduzido número de trabalhadores com a sua categoria, visto que apenas V. Exa. detém a categoria profissional de Operadora + 5 anos e a sua colega é uma Operadora com menos de 5 anos, ou seja, de nível inferior ao seu, o que limita fortemente a capacidade de substituição de qualquer destas, respetivamente, pois excluindo os elementos da equipa de direção da loja (Chefes de Operações e Subchefes), os demais são meros aprendizes.

Note-se, quer V. Exa, quer a sua colega ..., ambas detêm as mesmas necessidades de conciliação da vida profissional com a sua vida pessoal, pois são mães de filhos menores e que, por isso, os respetivos horários têm de ser alternados rotativamente entre ambas, para assegurar as necessidades de conciliação verificadas para ambas, bem como as necessidades de serviço nas operações;

(iii) à obrigação de acautelar as limitações de horários de trabalho decorrentes da necessidade de conciliação com outros empregos ou atividades letivas;

iv) à necessidade de assegurar a ocupação dos postos de trabalhos durante as ausências de alguns trabalhadores do quadro da loja (durante períodos de férias, baixas, faltas, folgas, etc.);

v) bem como à limitação e impedimentos legais para alteração unilateral pela empregadora dos horários de trabalho dos restantes trabalhadores, o que - sem margem para dúvida - condiciona a possibilidade da entidade empregadora alterar os horários a atribuir aos seus colaboradores, cujas necessidades de organização da vida pessoal

também tem de ser atendidas, o que não pode de forma alguma ser descurado, mesmo em sede do regime legal previsto para a solicitação e concessão de horário flexível.

D) Não resta, ainda, outra alternativa a Empresa atribuir a V. Ex. horários rotativos, em igualdade de circunstâncias com os restantes elementos da loja, igualmente com responsabilidade parentais perante filhos menores de idade, como é o caso dos trabalhadores ..., ..., ..., .., e, tudo em ordem ao cumprimento ao princípio da igualdade de tratamento dos trabalhadores, que se encontram em idênticas ou similares circunstâncias. Não pode, por isso, ser aplicado, no seu caso, tratamento diferente, sob pena de tratamento discriminatório injustificado.

Nesse sentido, e por não ser menos importante, referia-se ainda que a CITE teve já oportunidade de se pronunciar sobre situação idêntica à ora em apreço, envolvendo uma trabalhadora, integrada no Grupo, do qual a aqui Signatária faz parte, por via Parecer n.º 99/CITE/2015, o qual foi favorável à intenção de recusa da empresa perante os argumentos já supra expostos, e que se sustentou, nomeadamente, no entendimento proferido em sede de Acórdão do Tribunal Relação do Porto, de 26.04.2010, Proc. N.º 123/09.0TTVNG.P2 - vide em www.dgsi.pt - cujos argumentos se dão aqui por integralmente reproduzidos para os devidos efeitos legais.

E) Ora este seu pedido de horário flexível vem precisamente em sentido oposto aquelas necessidades de sua presença e desempenho das inerentes funções no setor da cozinha e no atendimento ao balcão e sala de refeições, naqueles períodos, implicando, por inerência, que a Unidade opere com menos um trabalhador nos turnos de fecho e, em especial, nos períodos de horas de jantar. Tal solução não permite acautelar as suas necessidades imperiosas de funcionamento em período alargado de funcionamento e em regime de horários rotativos, especialmente em momentos de consumo de maiores vendas, e, portanto, de maior exigência operacional, em que a prestação da sua atividade é indispensável, não sendo sempre possível substituí-la nos horários em que não pretende trabalhar (dentro do turno de fecho) com o atual quadro de trabalhadores disponível no estabelecimento em causa.

F) Refira-se, aliás, que a sua disponibilidade para prestação de trabalho em horários rotativos, em dias que podem ser alterados unilateralmente pela entidade empregadora, dentro do seu período de funcionamento, conforme consigo contratado, foi tida como condição essencial para efeitos de decisão da sua contratação. Tais condições são indispensáveis para a organização e funcionamento do estabelecimento comercial que serve de seu local de trabalho, considerando não só o quadro de trabalhadores efetivamente ao serviço, como também os horários de funcionamento e abertura ao público daquele estabelecimento, que são alargados. Razão pela qual não pode ser atribuído o horário flexível, na parte respeitante a dispensa de prestação de trabalho a

partir das 18horas de cada jornada de trabalho, nos moldes requeridos, por motivos atinentes a exigências imperiosas de funcionamento da entidade empregadora e inerente estabelecimento e por desvirtuar os termos contratuais que levaram a sua contratação e a manutenção do seu vínculo.

l) Não obstante, não podemos deixar de salientar, ainda, que esta empresa é sensível a sua situação pessoal e familiar. Como é do seu conhecimento, a mesma tem vindo a oferecer a V. Exa., sempre que possível, horários que coincidam e acedam as necessidades da vida pessoal que manifestou junto da empresa. Facto este que continuaremos a não deixar deter em consideração aquando da marcação dos futuros horários, continuando a - quando tal for possível - a atribuir-lhe horário que não implique prestação de trabalho para além das 18horas, sem prejuízo da continuação da aplicação do regime de horários rotativos a distribuir dentro do período de funcionamento da Unidade, em função das exigências de funcionamento da organização da empresa já suprarreferidas.

Conclusão:

Pelas razões expostas, determinadas que são por exigências imperiosas de funcionamento da empresa e da unidade onde labora, não nos é de todo possível aceder, na totalidade, ao seu pedido ou seja de atribuição fixa, todos os dias da semana, de um horário que não ultrapasse as 18horas, nos moldes requeridos, sob pena de vermos inevitavelmente comprometida e inviabilizada a operacionalidade e o regular funcionamento da Unidade e a capacidade de sua substituição nos turnos de fecho da Unidade. Pelo que se informa que é nossa intenção recusar, nessa parte, o pedido de horário flexível formulado».

1.4. Rececionada a intenção de recusa em 25.08.2022., a requerente realizou a sua apreciação em 26.08.2022. nos seguintes moldes:

«Eu,, [...], venho por este meio acusar a receção da V. intenção de recusa ao pedido por mim efetuado relativamente à flexibilidade de horário.

Tomei atenção aos motivos para tal decisão, mas continuo a frisar que os motivos para eu fazer tal pedido são imperiosos para prestar assistência aos meus filhos menores.

Devem ser proporcionadas condições de vida que favoreçam a conciliação trabalho/família, e, na elaboração de horários de trabalho, V. Exas. devem facilitar-me essa conciliação nos termos [da lei].

Por isso concluo, apresentando a minha intenção de recorrer da V. decisão dentro dos prazos legais, aguardando então que seja emitido um parecer por parte da CITE».

1.5. Ao processo, o empregador juntou os mapas de horários do segundo trimestre do

ano corrente.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. Cabe à CITE, nos termos do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março, que aprova a Lei Orgânica, artigo 3.º («Atribuições próprias e de assessoria»):

«d). Emitir parecer prévio no caso de intenção de recusa, pela entidade empregadora, de autorização para trabalho com flexibilidade de horário a trabalhadores com filhos menores de 12 anos».

2.2. A Constituição da República Portuguesa (CRP), no artigo 68.º («Maternidade e Paternidade») estabelece que:

«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».

2.3. E, no artigo 59.º («Direitos do Trabalhadores»), como garantia de realização profissional das mães e pais trabalhadores/as, 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».

2.4. Para concretização dos princípios e direitos sociais 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 da entidade empregadora proporcionar aos/às trabalhadores/as as condições de trabalho que favoreçam a conciliação trabalho/família (cf. artigo 127.º/3 do CT), sendo igualmente definido como dever do empregador a elaboração de horários que facilitem essa conciliação, nos termos do artigo 212.º/2/b) do CT.

2.5. O artigo 56.º do CT, sob a epígrafe «Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares», prevê o direito de trabalhador/a com filho/a menor de 12 anos 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.

2.6. Para que o/a trabalhador/a possa exercer este direito, estabelece o n.º 1 do artigo 57.º do CT que «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».

2.7. 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. Para o efeito, dispõe do prazo de 20 dias, contados a partir da receção do pedido, para lhe comunicar, também por escrito, a sua decisão. Se não observar o prazo indicado para comunicar a intenção de recusa, considera-se aceite o pedido do/a trabalhador/a nos seus precisos termos, de acordo com o artigo 57.º/8/a) do CT.

2.8. 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 - a aceitação do pedido, nos termos do artigo 57.º/8/c) do CT.

2.9. 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.

2.10. Convém esclarecer o conceito de horário de trabalho flexível à luz do preceito constante do artigo 56.º/2 do CT, em que se entende por horário flexível «aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho».

2.11. Nos termos do citado artigo 56.º/3 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 descanso não superior a duas horas».

2.12. Neste regime de trabalho, o/a trabalhador/a poderá efetuar até seis horas consecutivas de trabalho e até 10 horas de trabalho em cada dia, e deve cumprir o correspondente período normal de trabalho semanal em média de cada período de quatro semanas.

2.13. 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 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 artigo 56.º/3 do CT.

2.14. 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.

2.15. Esclareça-se que, sendo concedido aos/às pais/mães trabalhadores com filhos/as menores de 12 anos um enquadramento legal de horários especiais através da possibilidade de solicitar horários que lhes permitam atender às responsabilidades familiares, 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.

2.16. No caso em apreço, a trabalhadora solicita «qualquer horário laboral, desde que a hora de saída não ultrapasse as 18horas».

2.17. A requerente fundamenta o seu pedido no facto de ser mãe de duas crianças menores de 12 anos.

2.18. Sem referir o prazo para que o solicitado perdure, presume-se que a trabalhadora o faz pelo limite máximo permitido, ou seja, até ao 12.º aniversário do/a descendente

mais novo/a – cf. artigo 56.º/1 do CT

2.19. E refere expressamente que mora com os filhos em comunhão de mesa e habitação.

2.20. Assim sendo, aparentam estar reunidos todos os requisitos legais necessários para um pedido deste tipo, PNT incluído.

2.21. Na intenção de recusa, o empregador alega motivos reconduzíveis às exigências imperiosas do funcionamento da organização, que desde já se antecipam não lograrem, pelos motivos que passamos a expor.

2.22. Dos três turnos existentes na Loja onde a requerente labora, apenas um é compatível com o seu pedido – o de abertura, das 8 às 16horas, uma vez que, tanto o intermédio como o de fecho ultrapassam, em duas horas, o limite de saída do solicitado.

2.23. Apesar de o empregador fundamentar, de forma detalhada, as alegadas exigências imperiosas de funcionamento da organização para indeferir o pedido da trabalhadora, sublinhe-se que o seu argumento - relativo a haver mais seis colegas com menores de 12 anos a cargo, também elas titulares de gozo do direito à flexibilidade de horário, e cuja atribuição do horário de abertura conduziria ao colapso desta unidade – não se pode aceitar.

2.24. Isto porque, em primeiro lugar, não é líquido que o facto de serem titulares do direito o queiram gozar. Afinal, todas as famílias têm dinâmicas diferentes, e o que pode ser o horário ideal para a trabalhadora X pode não ser para a trabalhadora Y, em função de múltiplos fatores, como a existência de rede de suporte familiar, o facto do outro progenitor também gozar de flexibilidade horária, entre outros.

2.25. Em segundo lugar, ainda que admitíssemos que todas as colegas titulares do direito ora em apreço tinham pedido o mesmo turno do que a requerente, para respeitar o princípio da igualdade de tratamento no local de trabalho, o empregador teria de aplicar a teoria da rotatividade, que cita e aparenta compreender como funciona: retirar a todas as titulares de gozo que tenham requerido o turno em causa na mesma proporção, para que todas aproveitem o direito na mesma medida.

2.26. Saliente-se, por fim, que o reconhecimento dos direitos dos/as trabalhadores/as com responsabilidades familiares não implica a desvalorização do trabalho que prestam

nem a depreciação dos interesses dos empregadores. Pelo contrário, o direito consignado no artigo 59.º/1/b) da CRP é especial e visa harmonizar ambas as conveniências, competindo ao empregador organizar o tempo de trabalho para que se cumpra o previsto na lei sobre a proteção 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. O empregador deve proporcionar à trabalhadora condições que favoreçam a conciliação trabalho/família e, na elaboração dos horários de trabalho, facilitar-lhe a mesma conciliação, nos termos dos artigos 127.º/3, 212.º/2/b) e 221.º/2 do Código do Trabalho, em conformidade, com o correspondente princípio consagrado no artigo 59.º/1/b) da Constituição da República Portuguesa.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS DA CITE, COM OS VOTOS CONTRA DA CIP – CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL, CCP – CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL E CTP – CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS, EM 28 DE SETEMBRO DE 2022