

PARECER N.º 921/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 4788-FH/2022

I – OBJETO

1.1. A CITE recebeu, em 30.11.2022, via correio electrónico, da entidade empregadora ..., pedido de emissão de parecer prévio à recusa de prestação de trabalho em regime de horário flexível solicitada pela trabalhadora ..., com a categoria profissional de ... naquela entidade.

1.2. Por CAR, recebida pela entidade empregadora em 03.11.2022, a trabalhadora solicitou a prestação de trabalho em regime de horário flexível, conforme se transcreve:

“ASSUNTO: Flexibilidade de Horário de Trabalho

Exmos. Senhores,

Eu, ..., admitida ao serviço de V. Exas, em 22 de Janeiro de 2015, trabalhadora n.º ..., a desempenhar funções inerentes à categoria profissional de ..., na loja ..., venho requerer a organização do meu horário de trabalho em regime de flexibilidade e para fazer face à necessidade de conciliação entre o meu trabalho e a minha vida familiar e pessoal atendendo ao que dispõe a norma contida no n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 56.º, conjugado com o n.º 1 do artigo 57.º da Lei n.º 7/09, de 12.02 (Código do Trabalho), com os seguintes fundamentos e condições:

- Sou Mãe de uma filha menor, ... de 9 (anos) anos, que necessita do meu apoio, assistência e acompanhamento vivendo com a mesma em comunhão de mesa e habitação, conforme documento comprovativo que anexo;

- O pai da menor não está a usufruir deste direito por não poder compatibilizar o seu horário com as nossas necessidades familiares;

- A minha filha, ..., está matriculada e frequenta o Agrupamento de Escolas ..., (conforme declaração que junto) e pratica o horário das 9h00 às 17h30 pelo que se torna necessário recolhê-la dentro desse horário.

Face às razões expostas, venho solicitar que me seja concedido o regime de horário flexível em moldes que me permitam conciliar o meu trabalho com os horários do estabelecimento escolar da minha filha, que atendendo ao tempo de deslocações, deverá ter início nunca antes das 9h30 e o seu termo nunca depois das 18h30 de segunda a sexta feira com isenção de prestação de trabalho aos sábados e domingos, ficando assim o meu período normal de trabalho compreendido nos turnos que se pratique na loja, perfazendo o horário contratado (40 horas).

- O prazo do horário de trabalho agora solicitado terá como limite os 12 anos de idade da menor e enquanto durarem os factos, pressupostos e as circunstâncias que o determinam, ao que afirmo que comunicarei prontamente à entidade patronal a alteração dos mesmos, de acordo com o previsto no Código do Trabalho;

- Há razoabilidade, equidade e proporcionalidade, quer no pedido, quer na sua aplicação tendo em consideração a moldura de horário de trabalho solicitado, a dimensão da loja onde trabalho, o seu número de trabalhadores, fluxo de clientes, o volume de vendas e a especificidade do pedido, ou seja, que o mesmo se destina a responder às minhas necessidades de conciliação e aos meus deveres parentais;

- Solicito a atribuição de um horário, dentro dos limites acima referidos, que de harmonia com o disposto no artigo 56.º n.º 3 do Código do Trabalho, é elaborado pelo empregador, por forma a conciliar a minha vida profissional com os horários praticados pelo estabelecimento de ensino que as menores frequentam.

Assim sendo, solicito nos termos e condições expressas a organização do meu horário de trabalho em regime de flexibilidade atendendo ao que dispõem conjuntamente as normas contidas no n.º 3 do artigo 127.º e a alínea b) do n.º 2 do artigo 212.º ambos do Código do Trabalho e tendo em conta a norma constitucional constante da alínea b) do seu n.º 1 seu artigo 59.º que estabelece enquanto direito fundamental dos trabalhadores o direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar permitido apoiar, acompanhar e assistir de forma devida e conveniente as necessidades da menor.

Sem outro assunto, certa da compreensão de V. Exas para o exposto, apresento os meus melhores cumprimentos e subscrevo-me.”

1.3. Em 23.11.2022, por documento escrito entregue em mão, a entidade empregadora comunicou à trabalhadora a sua intenção de recusa, cujo conteúdo se transcreve:

“Assunto: Recusa de pedido de alteração de horário de trabalho.

Exma. Senhora,

Acusamos a receção, no dia 03 de Novembro de 2022, da carta dirigida à ..., através da qual solicita um horário fixo, organizado entre as 09h30 e as 18h30 e folgas fixas aos fins 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 Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (doravante, 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 56º 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.L1-4, perante um pedido de horário e folgas fixas, na qual se refere que «[t]endo 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(...)»

E, note-se, ainda, o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão de 28.10.2020, Proc. 3582/19.0T8LSB. L.1.S1, "(...) compete ao empregador - naturalmente com respeito pelos limites da lei e com base na escolha horária que lhe tenha sido apresentada pelo Trabalhador - determinar o horário flexível de trabalho do trabalhador que, com responsabilidades familiares, lhe tenha solicitado a prestação laboral nesse regime horário, definindo, dentro da amplitude de horário escolhido por este, quais os períodos de início e termo do trabalho diário".

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, pedidas folgas fixas ao sábado e domingo. 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. Neste sentido, atente-se no entendimento vertido no aresto datado de 30.06.2021, do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. 423/20.9T8BRR.L1-4, segundo o qual "[c]omo manifestação do seu poder de direção na relação de trabalho estabelecida com o trabalhador, é ao empregador que cabe

estabelecer o horário de trabalho flexível, não podendo aquele escolher os dias em que descansará e não prestará trabalho (art.ºs. 56.º, n.º 3 e 212.º, n.º 1 do CT)."

A Convenção Coletiva de Trabalho aplicável à presente relação laboral (CCT entre a APED - Associação Portuguesa de Empresas de Distribuição e a FEPCES - Federação Portuguesa dos Sindicatos do Comércio, Escritórios e Serviços e Outros) dispõe, na respetiva Clausula 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, 5ª 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»), exercendo funções na secção da ... A loja está aberta ao público todos os dias entre as 08h00 e as 21h00, mas encontra-se em funcionamento entre as 06h30 e as 21h30.

Isto posto:

- 1. A loja tem um total de 37 trabalhadores, dos quais 28 trabalham a tempo inteiro e 9 a tempo parcial.*
- 2. Na loja existem 21 trabalhadores com filhos no seu agregado familiar.*
- 3. Todos os trabalhadores prestam a sua atividade de acordo com o regime de horários diversificados e da rotatividade dos dias de descanso semanal, salvo oito trabalhadores cujo horário foi ajustado às suas necessidades no seguimento de pedidos de horário flexível.*

4. Por sua vez, V. Exa. integra a secção da ..., composta por 3 trabalhadores a tempo inteiro para a qual receberam formação específica.

5. A loja pratica horários diversificados, com folgas rotativas, e cuja organização varia de acordo com a secção em causa, estando sempre subordinada a três fases: horário de abertura, intermédio e de fecho.

6. Os horários praticados na ... são os seguintes:

- a. abertura (06h30 às 16h30);
- b. intermédio (09h00 às 19h00);
- c. fecho (11h30 às 21h30).

7. Os períodos com maior afluência de clientes verificam-se essencialmente entre as 11h00 e as 13h00 e as 18h00 e as 20h00.

8. No mínimo, a secção necessita de 2 trabalhadores por dia para o seu correto funcionamento.

Ora,

9. V. Exa. pretende um horário fixo, organizado entre as 09h30 e as 18h30.

10. A ... apenas realiza dois horários: o de abertura (06h30 às 16h30) e o de fecho (11h30 às 21h30).

11. Como é hábito, a loja tentou, por todos os meios, promover um acordo com V. Exa. tendo em vista estabelecer uma solução equilibrada para ambas as partes.

12. No entanto, e apesar dos esforços envidados, não foi possível alcançar um acordo, vendo-se a loja forçada a dar seguimento à presente intenção de recusa.

13. Assim, e em primeiro lugar, sempre se diga que o horário solicitado por V. Exa. não existe na secção que integra.

Ora,

14. Atribuir-lhe o horário que solicita, significaria um verdadeiro atropelo ao regime de horários diversificados em vigor em toda a loja e, por consequência, também na secção onde se encontra.

15. E, em boa verdade, uma discriminação face aos restantes colegas da secção, cujos horários se enquadram neste esquema de horários diversificados.

16. Deste modo, as circunstâncias atuais impossibilitam desde logo que a loja consiga gerir esta secção de forma equilibrada.

17. Além disso, o horário que V. Exa solicita não é praticado na secção em causa.

18. Por outro lado, ponderada uma alteração da secção onde presta a sua atividade, verifica-se igualmente a impossibilidade nessa alteração, uma vez que também nessas outras áreas os horários praticados não são compatíveis com aquele solicitado por V. Exa. já que existem nessas outras secções outros trabalhadores com acordos em vigor resultantes de pedidos de horários flexíveis.

19 Além de não ser possível ajustar o quadro da secção, muito menos será possível fazê-lo aos fins-de-semana.

20. O fim de semana é um período crítico, devido à já referida maior afluência de clientes, o que justifica a alocação de mais recursos, nomeadamente, e sempre que possível, a colocação de trabalhador adicional.

21. Ademais, é necessário garantir o gozo dos dias de descanso semanal ao fim de semana aos restantes trabalhadores da secção e, em particular, assegurar os períodos de almoço dos restantes colegas.

22. Coloca-se ainda outro problema nos períodos de gozo de férias dos trabalhadores da secção ou noutras ausências inesperadas.

23. 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 deverão combinar, preferencialmente com o descanso ao sábado. excluindo-se os sábados compreendidos nas férias».

24. Assim, perante as circunstâncias atuais, e 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 regime de folgas solicitado implicaria a inexistência, em absoluto, de trabalhadores para assegurar o funcionamento da secção.

25. Isto não quer dizer que V. Exa. vá deixar de gozar os seus dias de descanso semanal, mas apenas que é impossível fixar o seu gozo em todos os fins de semana, sem que isso prejudicasse a secção.

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

27. Tenha-se ainda em conta o facto de que todos os trabalhadores da secção tiveram formação específica para o efeito, pelo que são eles que, como ninguém, melhor podem servir o cliente.

28. Consequentemente, e sem prejuízo do risco contraordenacional inerente, 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 à perda de vendas, isto porque os clientes não estão dispostos a esperar.

29. E esta impaciência e insatisfação pode não se circunscrever a esta secção e levar a que os clientes não comprem mais nada da loja, perdendo a confiança e a vontade de lá se deslocarem novamente.

30. Por isso, ao admitir-se a concessão do horário solicitado, a secção 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 pode suportar pois afetaria a sua viabilidade.

Em suma,

31. 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.

32. 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.

33. 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.

34. 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.

Por fim,

35. Uma vez mais, reiteramos que os horários que V. Exa. sugere não existem na secção onde V. Exa. está inserida.

36. Além disso, a CITE já se pronunciou sobre o tema, no Parecer n.º 703/CITE/2021, que "a existência de um horário de trabalho em regime de horário flexível desenquadrado com a amplitude dos turnos existentes, implica per si, a desregulação dos mesmos".

37. Ademais, no Parecer n.º 331/CITE/2022 considerou a CITE, no ponto 2.47 do seu parecer que "resulta igualmente demonstrado que os horários praticados na secção de cafetaria não se enquadram, em nenhum dos turnos, a amplitude solicitada pela trabalhadora, das 09h00 às 18h00, pelo que a existência de um horário de trabalho em regime de horário flexível desenquadrado da amplitude dos turnos ali existentes, implica, de facto, a desregulação dos mesmos, inviabilizando assim o pedido formulado pela trabalhadora".

38. Referindo ainda que, em consequência, neste caso em particular, "a atribuição de horário flexível significaria um constrangimento inexigível à entidade empregadora" (cfr. ponto 2.49 do referido parecer).

39. Concluindo a CITE que, "da intenção de recusa da entidade empregadora aferem-se objetivamente factos que permitem concluir que a autorização para a concretização da prestação laboral desta trabalhadora em regime de horário flexível, nos termos pela mesma pretendidos, significa, em concreto, um constrangimento inexigível à entidade empregadora".

40. Aliás, a CITE pronunciou-se ainda no Parecer n.º 574/CITE/2022, afirmando ser inexigível à entidade empregadora que suporte um período de funcionamento a descoberto e uma consequente alteração da organização dos tempos de trabalho em vigor, por forma a manter o normal e regular funcionamento do serviço, em função da prática do horário flexível solicitado".

41. Assim, uma vez que o pedido de V. Exa. se reconduz à atribuição de horários que não são praticados na secção, não pode a ... aceitar o seu pedido de alteração do horário de trabalho.

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 art.º 56.º e 57.º do CT.

Com os melhores cumprimentos.”

1.4. Em 28.11.2022, via CAR, a trabalhadora apresentou apreciação àquela intenção de recusa nos termos que se transcrevem:

“ASSUNTO: Resposta à recusa do pedido de flexibilidade de Horário de Trabalho

Exmos. Senhores,

Na sequência do pedido feito a 25 de Outubro de 2022, venho, por este meio, responder à recusa do pedido e manter o requerido relativamente à necessidade do horário a praticar e da isenção aos fins de semana.

É falso o vertido nos artigos 11º e 12º, de facto, fui convocada para uma reunião, à qual apenas me perguntaram o porquê da necessidade do horário pedido, nunca, em momento algum, me propuseram um acordo ou uma solução para a recusa do pedido.

Posto isto, uma vez alegado não ser possível ajustar o quadro da secção, venho, por meio de resposta, informar que estou disposta a ser colocada noutra secção, sendo que além da ..., apenas poderei ser integrada na secção ..., sem atendimento, ou nas caixas, devido às minhas limitações e ao relatório apresentado pelo médico do trabalho.

Sobre o requerido muito se pronunciou o Supremo Tribunal e Secção Social, pelo acórdão de 17/03/2022 (relator Júlio Vieira Gomes), processo 17071/19.9T8SNT.L1. S1, disponível in www.dgsi.pt.

Decorre do artigo 59º, nº 1, alínea b), da Constituição da República Portuguesa o direito de todos os vida familiar, sendo que o artigo 33.º n.º 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia prevê igualmente a proteção da família "nos planos jurídico, económico e social". Em conformidade com este escopo o artigo 56º, nº 1, do CT prevê o direito de os trabalhadores com

filhos com idade inferior a 12 anos ou independentemente da idade se tiverem deficiência ou doença crónica que vivam com o trabalhador em comunhão de mesa e habitação a trabalharem em regime de horário de trabalho flexível, sendo que o artigo 57º do CT regula o procedimento a adotar para obter a autorização pelo empregador, bem como os fundamentos de uma possível recusa (nº 2 do artigo 57º)", (Ac. STJ, de 22-06-2022; www.dgsi.jstj.pt - Proc. nº 3425/19.4T8VLG.P1.S2).

Como se diz no já citado acórdão do Supremo Tribunal, importa, contudo, ter presente que a montante da definição de horário flexível está a definição do que seja um horário de trabalho. Ora, nos termos do artigo 200º, nº 1, do CT, "entende-se por horário de trabalho a determinação das horas de início e termo do período normal de trabalho diário e do intervalo de descanso, bem como do descanso semanal", sendo que, como esclarece o nº 2 do artigo 200º do CT, "o horário de trabalho delimita o período normal de trabalho diário e semanal".

O horário flexível é um horário de trabalho pelo que, no meu pedido, mencionei a necessidade de que os meus dias de descanso fossem ao sábado e ao domingo. As questões estão evidentemente imbrincadas e conexas. Acresce que também uma interpretação teleológica do regime de horário flexível aponta no mesmo sentido, porquanto só assim se consegue o desiderato da conciliação entre atividade profissional e vida familiar.

Como referi no meu pedido, a não consideração dos meus dias de descanso ao sábado e ao domingo, vai-me acarretar, a mim, e por inerência à minha filha menor, um grave prejuízo, que em grande medida compromete o escopo legal do regime de horário flexível.", (Ac. STJ, de 22-06-2022; www.dgsi.jstj.pt - Proc. nº 3425/19.4T8VLG.P1.S2).

No mesmo sentido, veja-se ainda o recentíssimo Ac. STJ, de 12-10-2022 (www.dgsi.jstj.pt - Proc. nº 423/20.9T8BRR.L1.S1), onde se decidiu que «o texto dos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho não exclui a inclusão do descanso semanal, incluindo o sábado e o domingo, no regime de flexibilidade do horário de trabalho, a pedido do trabalhador com responsabilidades familiares»

Sem outro assunto, certa da compreensão de V. Exas para o exposto, apresento os meus melhores cumprimentos e subscrevo-me."

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. Nos termos do Decreto-Lei n.º 76/2012 de 26 de março, artigo 3.º, compete à CITE:

“(...) d) Emitir 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 com filhos menores de 12 anos (...);”

2.2. A Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de julho de 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 determina que devem os Estados-Membros criar medidas “(...) que permitam, tanto aos homens como às mulheres, conciliar mais facilmente a vida familiar e a vida profissional”;

2.3. 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);

2.4. 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.

2.5. A igualdade entre homens e mulheres é um princípio fundamental da União Europeia. Em conformidade com o parágrafo segundo do n.º 3 do artigo 3.º do Tratado da União Europeia (TUE), a promoção da igualdade entre os homens e as mulheres é um dos objetivos da União Europeia.

2.6. 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”.

2.7. 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”.

2.8. 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.

2.9. No Direito interno, o artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra o princípio fundamental da igualdade, princípio estruturante do Estado de Direito democrático, impetrando o tratamento igual do que é igual e o tratamento diferenciado do que é diferente, concretizando-se em dois vetores, designadamente, a proibição do arbítrio legislativo e a proibição da discriminação.

2.10. O n.º 1 do artigo 68.º, da Constituição da República Portuguesa (CRP), estabelece que “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.”, e o n.º 2, do mesmo dispositivo legal, dispõe que “A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes.”.

2.11. No âmbito da atividade laboral, o artigo 59.º da CRP estabelece:

“(…) 1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:

b) A 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; (…)”.

2.12. Na subsecção IV, do capítulo I, do título II, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, é tratada a matéria dedicada à parentalidade, e sob a epígrafe “horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares”, prevê o artigo 56.º daquele diploma legal, que o trabalhador, com filho menor de 12 (doze) anos ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica, que com ele viva em comunhão de mesa e habitação, tem direito a trabalhar em regime de horário flexível, entendendo-se que este horário é aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário.

2.13. O/A trabalhador/a que pretenda exercer o direito estabelecido no citado artigo 56.º, designadamente trabalhar em regime de horário flexível, deverá solicitá-lo ao empregador, por escrito, com a antecedência de 30 dias, indicando qual o horário pretendido, bem como indicar o prazo previsto, dentro do limite aplicável, e declarar que o menor vive com ele/a em comunhão de mesa e habitação – cfr. artigo 57.º, do Código do Trabalho (CT).

2.14. Uma vez solicitada autorização de trabalho em regime de horário flexível, a entidade empregadora apenas poderá recusar o pedido com fundamento em uma de duas situações, quando alegue e demonstre, de forma objetiva e concreta, a existência de exigências imperiosas do funcionamento da empresa que obstem à recusa, ou a impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a se este/a for indispensável, nos termos do disposto no n.º 2, do mencionado artigo 57.º.

2.15. Dispõe o n.º 3 daquele preceito legal, que o empregador tem de comunicar a sua decisão, por escrito, ao/à trabalhador/a, no prazo de 20 (vinte) dias, contados a partir da receção do pedido. No caso de não observância pelo empregador do prazo indicado, 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.

2.16. Quando o empregador pretenda recusar o pedido, é obrigatório o envio do processo à CITE, para emissão de parecer prévio, nos 5 (cinco) dias subsequentes ao fim do prazo

estabelecido para apreciação pelo/a trabalhador/a da intenção de recusa, implicando a sua falta a aceitação do pedido, nos termos da alínea c) do n.º 8 do artigo 57.º, do Código do Trabalho.

2.17. Nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, caso o parecer desta Comissão seja desfavorável, a entidade empregadora só poderá recusar o pedido do trabalhador/a após decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo.

2.18. Regressando ao conceito de horário flexível, previsto no artigo 56.º, n.º 2 do Código do Trabalho, já citado, note-se que o n.º 3 do mesmo artigo esclarece que “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”.

2.19. Neste regime de trabalho, o/a trabalhador/a poderá efetuar até 6 (seis) horas consecutivas de trabalho e até 10 (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.

2.20. O horário flexível surge como resposta à necessidade de pais trabalhadores e mães trabalhadoras prestarem apoio às suas crianças, acudindo às necessidades destas enquanto suas dependentes e, simultaneamente, continuarem a cumprir com as suas obrigações laborais, pelo que o direito plasmado no artigo 56.º do CT é o resultado do reconhecimento pela lei laboral de valores humanos básicos relacionados com a parentalidade e que aqui encontram tutela especial.

III – O caso em análise

3.1. A trabalhadora requerente, mãe de menor com nove anos de idade, solicita a prática de um horário flexível na amplitude 09h30 – 18h30, de segunda a sexta-feira, sendo os dias de descanso semanal aos sábados e domingos.

3.2. A entidade empregadora recusa a pretensão da trabalhadora alegando, por um lado, que a mesma, por consubstanciar um pedido de horário fixo, bem como uma alteração dos dias de descanso semanal, não tem enquadramento legal na aceção do art.º 56º, do Código do Trabalho.

3.3. Efectivamente, a jurisprudência não tem sido unânime quanto à questão, embora seja de notar as recentes decisões de tribunais superiores que militam em sentido contrário àquele ora defendido pela entidade empregadora.

Assim, o Ac. STJ nº3582/19.0T8LSB.L1.S1, de 28-10-2020, relator José Feteira, entendeu que a *“indicação de horário feita pela Ré ao Autor nos referidos termos, com fundamento no mencionado preceito legal e tendo em consideração a circunstância que lhe estava na base (existência de uma filha menor, com 18 meses de idade e a necessitar de cuidados parentais), não pode, a nosso ver, deixar de ser entendida como uma escolha de horas de entrada e de saída do período normal de trabalho diário e de dias de folgas que a Ré, no limite, digamos assim, se predispõe a cumprir, de forma que o Autor possa, no âmbito dos seus poderes de direção, estabelecer, dentro dos indicados parâmetros e com respeito pelo estabelecido no n.º 3 do art.º 56º do CT, um horário de trabalho flexível a ser observado pela Ré (...).”*

Também o Acórdão STA, proc. nº242/16.7BECBR, de 18.11.2021, relator Suzana Tavares da Silva, acolheu este mesmo entendimento no sentido em que *“é conforme à lei o pedido formulado por um enfermeiro de fixação de horário flexível nos termos do artigo 56.º do Código do Trabalho, pelo qual se solicita que o horário de trabalho seja fixado dentro de determinado intervalo horário diário e apenas de Segunda a Sexta-feira”*. E prossegue aquele aresto, afirmando que, nessa conformidade, cabe *“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 fundadamente essas razões imperiosas da recusa, nos termos do artigo 57º, nº 2 do Código do Trabalho.”*

Mais recentemente, pronunciou-se também no mesmo sentido o Acórdão STJ, de 17.03.2022, proc. nº 17071/19.9T8SNT.L1.S1, relator Júlio Gomes, onde é referido que *“Importa, contudo, ter presente que a montante da definição de horário flexível está a definição do que seja um horário de trabalho. Ora, nos termos do artigo 200.º n.º 1 do CT “entende-se por horário de trabalho a determinação das horas de início e termo do período normal de trabalho diário e do intervalo de descanso, bem como do descanso semanal”, sendo que, como esclarece o n.º 2 do artigo 200.º do CT, “o horário de trabalho delimita o período normal de trabalho diário e semanal”. O horário flexível é um horário de trabalho pelo que bem pode a trabalhadora, no seu pedido, precisar que pretende que os seus dias de descanso sejam, como aliás afirma que vinham sendo há três anos, o sábado e o domingo.”* E o mesmo aresto refere adiante que *“Acresce que também uma interpretação teleológica do regime de horário flexível aponta no mesmo sentido, porquanto só assim se consegue o desiderato da conciliação entre atividade profissional e vida familiar.”*

Este entendimento foi perfilhado pelo mesmo STJ, em acórdão de 12.10.2022, proc.º nº 423/20.9T8BRR.L1.S1, relator Domingos José de Moraes, nos seguintes termos: *“O texto dos artigos 56º e 57º, do Código do Trabalho não exclui a inclusão do descanso semanal, incluindo o sábado e o domingo, no regime de flexibilidade de horário de trabalho, a pedido do trabalhador com responsabilidades familiares.”*

3.4. Delimitada nestes termos a pretensão da trabalhadora como um efectivo pedido de horário flexível, cumpre averiguar, no caso *sub judice*, se a entidade empregadora logrou demonstrar a existência de exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou a impossibilidade de substituição da trabalhadora sendo esta indispensável, que fundamentem a recusa de tal pedido, nos termos do art.º 57º, nº2, do Código do Trabalho.

E tais exigências, conforme refere o Acórdão TRE, proc.nº3824/18.9T8STB.E1, 11-07-2019, relator Paula do Paço, *“correspondem a situações excepcionais, extraordinárias, inexigíveis ao empregador para conseguir manter o regular funcionamento da empresa ou estabelecimento.”*

3.5. Assim, alega a entidade empregadora nesta sede que o horário solicitado não é praticado na secção a que a trabalhadora está adstrita (...), referindo ainda a impossibilidade de afectar a trabalhadora a outra secção do estabelecimento a fim de lhe ser concedido o horário em causa, uma vez que horários praticados nas diversas secções não são igualmente

compatíveis com aquele solicitado *“já que existem nessas outras secções outros trabalhadores com acordos em vigor resultantes de pedidos de horários flexíveis.”*

3.6. Efectivamente, tem sido doutrina pacífica desta Comissão, insita em inúmeros pareceres, todos disponíveis para consulta em www.cite.gov.pt, que um/a trabalhador/a que preste a sua atividade no regime de turnos pode solicitar, por escrito, a prestação de trabalho em regime de horário flexível na amplitude de qualquer dos turnos que lhe podem ser atribuídos, desde que cumpra o período normal de trabalho diário e um intervalo de descanso, que pode ser de apenas 30 minutos, nos termos do Parecer n.º 462/CITE/2016, disponível para consulta em www.cite.gov.pt, a título exemplificativo.

Em consequência, e conforme refere a entidade empregadora ao citar os pareceres desta Comissão, a prática de um horário flexível desenquadrado da amplitude dos turnos existentes implica a desregulação dos mesmos, obrigando a toda uma reorganização dos tempos de trabalho em vigor no estabelecimento, situação que se afigura inexigível à entidade empregadora que suporte a fim de manter o normal funcionamento do serviço, o que pode, no limite, vir a consubstanciar uma exigência imperiosa do funcionamento da empresa que justifique a recusa do horário flexível ao trabalhador com responsabilidades familiares que o solicita, nos termos do art.º 57º, nº2, do Código do Trabalho.

3.7. Porém, alerte-se para o facto de que o desenquadramento do pedido de horário flexível dos turnos praticados no serviço não faz presumir, de forma automática, a verificação das exigências imperiosas a que alude o art.º 57º, nº2, do Código do Trabalho, pois para além de aquelas dizerem respeito ao funcionamento da empresa como um todo, incumbe à entidade empregadora não só o dever de proporcionar ao trabalhador condições de trabalho que favoreçam a conciliação da actividade profissional com a vida familiar e pessoal, nos termos do art.º 127º, nº3, do Código do Trabalho, como também o dever de, na elaboração dos respectivos horários de trabalho, facilitar ao trabalhador essa mesma conciliação, conforme determina o art.º 212º, nº2, b), daquele diploma.

3.8. Assim, sempre se diga que o aludido desenquadramento do pedido de horário flexível da trabalhadora relativamente aos horários praticados no estabelecimento não foi efectivamente demonstrado, uma vez que não sendo praticado aquele horário na secção da ..., mas considerando a própria entidade empregadora a hipótese de alocar a trabalhadora a outra secção a fim de lhe ser concedido o horário flexível (o que demonstra desde logo que a mesma, apesar de ter recebido formação para o efeito, não é insubstituível naquela secção),

deveria então aquela entidade ter demonstrado que essa transferência de serviço dentro do mesmo estabelecimento não era viável por também nas outras secções não ser praticado o horário flexível, tal como solicitado.

Pelo contrário, a entidade empregadora limita-se a referir que a incompatibilidade entre o horário solicitado e os horários em vigor nas outras secções do estabelecimento resulta de *acordos* existentes com outros trabalhadores a elas alocados em resultado de outros pedidos de horário flexível, mas já não porque o horário pedido pela trabalhadora naquelas não se pratica.

3.9. Daí que tendo sido solicitado à entidade empregadora, por correio electrónico em 07.12.2022, o envio do mapa dos horários de trabalho respeitantes ao estabelecimento onde a trabalhadora requerente se encontra afecta, aquela apenas tenha remetido os horários de trabalho praticados somente na secção da ..., onde se constata aquilo que já tinha sido referido na intenção de recusa e não contraditado na apreciação, isto é, que o horário flexível solicitado pela trabalhadora não é praticado naquela secção, ficando assim por demonstrar que não fosse também praticado nas outras secções de laboração do estabelecimento às quais a trabalhadora pode perfeitamente ser alocada, cumprindo um horário de trabalho que, não só não implica uma reorganização dos tempos de trabalho em vigor para a entidade empregadora, como também vai de encontro às suas necessidades de conciliação da vida profissional com a vida familiar.

3.10. Por outro lado, também ficou por demonstrar a impossibilidade de assegurar o normal funcionamento do serviço em dias de fim de semana, atendendo a que labora um total de 37 trabalhadores no estabelecimento, bem como, conseqüentemente, não se vislumbra em que medida é que a concessão do horário flexível à trabalhadora redundaria, invariavelmente, no incumprimento da obrigação decorrente da cláusula 10^a, alínea c), do Contrato Colectivo de Trabalho aplicável, que implica a concessão aos trabalhadores de descanso semanal coincidente com pelo menos 15 domingos por ano, neles se incluindo para efeitos de contabilização os que ocorram em períodos de férias, dos quais cinco desses domingos deverão combinar, preferencialmente, com o descanso ao sábado, excluindo-se neste caso os sábados compreendidos nas férias.

IV – CONCLUSÃO

Face ao exposto:

4.1. 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 ...

4.2. O empregador 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, em conformidade com o correspondente princípio, consagrado na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa.

4.3. Saliente-se ainda que o reconhecimento dos direitos dos 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, aquele 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.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS DA CITE EM 20 DE DEZEMBRO DE 2022, COM O VOTO CONTRA DO REPRESENTANTE DA CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL (CCP), CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL (CIP) E CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS (CTP), CONFORME CONSTA DA RESPECTIVA ATA NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUÓRUM CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À MESMA ATA.