

RESPOSTA À RECLAMAÇÃO DO PARECER N.º 242/CITE/2023

Processo nº CITE-RP/1062/2023

I – OBJETO

1.1. Em 03.04.2023, a CITE recebeu, do empregador da trabalhadora ..., Reclamação do Parecer n.º 242/CITE/2023. Para tanto, refere o seguinte:

«Acusamos a receção do V/ Parecer n.º 242/CITE/2023, o qual mereceu a nossa melhor atenção.

Serve o presente para informar que a resposta à trabalhadora onde foram apresentados os motivos da recusa só foi recebida pela trabalhadora em 22/02/2023 – cf. AR que se anexa.

A pronuncia da trabalhadora foi enviada a 24/02/2023, logo dentro do prazo e foi recebida a 28/02/2023 (Podem validar o n.º do registo: ...).

Nessa conformidade, e uma vez que o pedido de Parecer foi apresentado em 01.03.2023, é manifesto que o mesmo foi requerido dentro do prazo legal, o que por esta via se requer».

1.2. Tendo em conta que a entidade contra a qual é feita a presente Reclamação é a própria CITE, não faz sentido algum – por uma questão de economia procedimental – exercer o direito ao contraditório, passando-se de imediato à análise jurídica da mesma.

II - ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. A Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE) é, desde 1979, a entidade que tem por missão prosseguir a igualdade e não discriminação entre homens e mulheres no trabalho, emprego e formação profissional, e colaborar na aplicação de disposições legais e convencionais nesta matéria, bem como as relativas à proteção da parentalidade e à conciliação trabalho/família nos setores privado, público e cooperativo.

2.2. De composição tripartida e equilátera, a CITE é constituída por representantes do Estado, das associações sindicais e patronais.

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

2.4. Uma das suas atribuições é a emissão de pareceres prévios no caso de intenção de recusa, pela entidade empregadora, de autorização para trabalho com flexibilidade de horário a trabalhadores/as com filhos/as menores de 12 anos, conforme o disposto na alínea c) do artigo 3.º do referido Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março.

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

2.6. 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).

2.7. No âmbito da atribuição conferida a esta Comissão, a CITE emitiu o Parecer n.º 242/CITE/2023, em sentido desfavorável à intenção de recusa da prestação de trabalho em regime de horário flexível requerido pela trabalhadora

2.8. Tal parecer foi votado por unanimidade em reunião tripartida, datada de 29 de março de 2023 pelos membros presentes.

2.9. Ora, o Parecer da CITE é um ato administrativo e, nessa medida, pode ser objeto de Reclamação por parte dos seus destinatários, titulares dos direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos que se considerem lesados pela prática do ato.

2.10. Os/As interessados/as têm o direito de impugnar os atos administrativos perante a Administração Pública, solicitando a sua revogação, anulação, modificação ou substituição, podendo - para esse efeito - reclamar do ato emitido, conforme o previsto nos artigos 184.º e seguintes e 191.º e seguintes do CPA.

2.11. O empregador, notificado do Parecer n.º 242/CITE/2023, veio reclamar do mesmo nos seguintes termos:

2.12. «Serve o presente para informar que a resposta à trabalhadora onde foram apresentados os motivos da recusa só foi recebida pela trabalhadora em 22/02/2023 – cf. AR que se anexa.

A pronuncia da trabalhadora foi enviada a 24/02/2023, logo dentro do prazo e foi recebida a 28/02/2023 (Podem validar o n.º do registo: ...).

Nessa conformidade, e uma vez que o pedido de Parecer foi apresentado em 01.03.2023, é manifesto que o mesmo foi requerido dentro do prazo legal, o que por esta via se requer».

2.13. Com efeito, há data em que o processo de flexibilidade horária foi remetido a esta Comissão para emissão de parecer, nenhum comprovativo foi apenso pelo empregador.

2.14. Desta forma, e com elevado expediente a que dar vazão, não é possível – à área Jurídica da CITE – diligenciar para que os empregadores instruem os seus processos do modo devido, sendo esta uma consequência nefasta, quer para o/a Reclamante, quer para esta Comissão.

2.15. Pelo que rogamos que, em situações futuras, os comprovativos de envio/entrega sejam, desde logo, apensos ao processo correspondente.

2.16. Analisando o único ponto aventado na Reclamação é patente que o prazo foi mal contado, e que inexistiu – portanto – aceitação alguma nos termos da alínea c) do n.º 8 do artigo 57.º do Código do Trabalho, o processo 921-FH/2023 será, então, analisado infra:

I – OBJETO

2.17. A CITE recebeu, a 01.03.2023, 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 as funções de ... numa loja desta organização.

2.18. Via postal, em 09.02.2023, a entidade empregadora recebeu um pedido de prestação de trabalho em regime de horário flexível da trabalhadora supra identificada referindo, nomeadamente:

- Quer trabalhar apenas dias úteis, das 9 às 16 horas, o que perfaz o PNT contratualizado, de 25 horas/semana;
- Quer este horário pelo limite legal; e
- A declaração de conteúdo equivalente a morar com os menores em comunhão de mesa e habitação é extraível da solicitação.

2.19. Pela mesma via, em 14.02.2023., o empregador remeteu a sua intenção de recusa à trabalhadora nos seguintes termos:

«Acusamos a receção da V/missiva datada de 03/02/2023 e recebida em 09/02/2023, que agradecemos e que mereceu a nossa melhor atenção.

Com respeito ao solicitado, informamos V. Exa. que o V/pedido de flexibilidade de horário foi recusado, mantendo V. Exa., o horário flexível que já lhe tinha sido concedido, de 2.^a feira a domingo.

Em relação à escolha dos dias de descanso semanal, fazendo-o coincidir sempre com o sábado e domingo somos forçados a recusar com base em exigências imperiosas do funcionamento da empresa.

Em primeiro lugar, o regime de horário flexível não permite a escolha dos dias de descanso semanal ou a dispensa de trabalho ao feriado, mas apenas a escolha, dentro dos limites fixados pelo empregador, das horas de início e termo do período normal de trabalho.

Sem prejuízo do supradito, atualmente a loja em questão tem 74 ... (como V. Exa.) efetivos nos quadros da empresa, sendo que 16 trabalhadores já beneficiam do regime da flexibilidade de horário.

Esses 74 ... são responsáveis por assegurar o funcionamento da loja em todos os dias da semana, sendo que a média de trabalhadores necessários por cada dia da semana (2.^a a 6.^a feira) é de 50 e ao fim-de-semana é de 62.

Analisou-se os dados com base em dois períodos distintos para garantir o máximo de coerência. Em causa está o ... (ocorre entre meio de outubro e meio de novembro) e ... (ocorre entre meio de fevereiro e meio de março).

São períodos com valores de vendas muito distintos e a conclusão a que chegamos é que apesar disso, o peso das vendas ao fim de semana é praticamente igual em ambos os períodos.

[Tabelas]

Ou seja, de segunda a sexta, cinco dias, estão representadas 59% das vendas, 61% dos clientes e 60% das unidades vendidas o que dá, em média, 11.8% de vendas por dia, 12.2% clientes por dia e 12% de unidades vendidas por dia.

Ao fim de semana, estão representadas 41% das vendas, 39% dos clientes e 40% das unidades vendidas o que dá, em média, 20.5% de vendas por dia, 19.5% clientes por dia e 20% de unidades vendidas por dia.

Assim, conclui-se que o volume de negócio quase duplica ao fim de semana quando comparado com um dia da semana, existindo assim maior necessidade de colaboradores em loja, sem nunca esquecer o cumprimento de escala de folgas e os domingos e fins de semana legalmente previstos.

Acresce que V. Exa., está alocada ao departamento dos Serviços, o que significa que as suas funções passam por fazer caixa e apoiar os provadores, justamente os departamentos que mais são penalizados pelo excesso de volume de trabalho ao fim-de-semana.

Assim, conclui-se que o volume de trabalho é bastante superior ao fim de semana quando comparado com um dia da semana, existindo assim maior necessidade de colaboradores em loja, sem nunca esquecer o cumprimento de escala de folgas e os domingos e fins de semana legalmente previstos.

Ou seja, cerca de 40% da produtividade da loja está concentrada nestes dois dias sendo que o sábado é o dia de maior movimento e faturação, razão pela qual é necessário um reforço dos meios humanos e uma rotatividade entre colegas, não só pelo esforço acrescido que resulta destes dois dias, mas também da necessidade de também eles conciliarem a sua vida profissional com a vida pessoal.

A empresa considera que poder permitir a rotatividade dos colegas aos fins-de-semana é imperioso para o bom funcionamento da loja, não só porque são os dias de maior movimento e exigência, mas também porque são os dias mais desejados pelos trabalhadores para estar com a sua família e descansar.

Acresce, que, como V. Exa., bem sabe, o trabalho ao domingo é remunerado com um acréscimo de 100% e o sábado é remunerado como qualquer outro dia, tornando-o, assim, o dia mais exigente de se trabalhar, não só por causa do volume de clientes e faturação, mas também por não existir nenhuma compensação financeira acrescida.

Cada Operador de loja tem direito a dois dias de descanso semanal, pelo que se for concedida a fixação dos dias de descanso semanal ao fim-de-semana, tal irá sobrecarregar os colegas que não beneficiam dessa dispensa.

Caso a empresa pretendesse que cada Operador de loja trabalhasse apenas um sábado ou domingo, necessitaria de cerca de 80 Operador de loja para cada fim-de-semana e 160 na sua totalidade, (sendo que conta apenas com 74 nos seus quadros) , o que se tivermos em conta a existência de faltas, licenças, baixas e férias, além da obrigatoriedade prevista no CCT APED (Cláusula 10.^a, alínea c): [...], facilmente verificaríamos que atualmente a margem seria insuficiente para assegurar a totalidade do fim-de-semana.

Se fosse possível garantir que o pedido de V. Exa., era único, o mesmo poderia ser acomodado, porém existindo já 15 colegas seus com esse benefício (e a possibilidade de pedidos adicionais não pode a empresa permitir que mais Operador de loja atinjam aquilo que consideram ser o seu equilíbrio profissional/familiar à custa dos demais colegas».

2.20. Rececionado o pedido a 22.02.2023., a trabalhadora não realizou a sua apreciação no dia seguinte, reiterando – basicamente – o solicitado.

2.21. Ao processo, o empregador também não juntou mais documentos para além dos referidos.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.22. 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».

2.23. 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».

2.24. 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».

2.25. 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.

2.26. 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.

2.27. 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».

2.28. 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.

2.29. 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.

2.30. 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.

2.31. 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».

2.32. 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».

2.33. 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.

2.34. 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.

2.35. 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.

2.36. 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.

2.37. No caso em apreço, a trabalhadora solicita flexibilidade horária no horário das 9 às 16 horas, cumprindo o PNT a que se obrigou contratualmente, de 25 horas semanais.

2.38. A requerente fundamenta o seu pedido no facto de ter de prestar assistência imprescindível e inadiável aos filhos menores.

2.39. E refere, como prazo para que o solicitado perdure, o limite legal, ou seja, a data do 12.º aniversário do filho mais novo – cf. artigo 56.º/1 in fine

2.40. Do pedido da requerente é ainda extraível que mora com os menores em comunhão de mesa e habitação.

2.41. Assim sendo, estão reunidos todos os requisitos legais necessários para um pedido deste tipo, PNT incluído.

2.42. A Intenção de Recusa (IR), alega exigências imperiosas do funcionamento da organização, cuja análise se expõe em seguida, antecipando – desde já – que o argumento improcede para os efeitos ora em apreço.

2.43. Em primeiro lugar, o regime do horário flexível, ao contrário do que o empregador refere, permite ao/à requerente a escolha dos dias de folga – nada da lei diz o contrário.

2.44. Pelo que improcede o argumentado a este respeito.

2.45. Em segundo lugar, as alegações relacionadas com o n.º de operadores/as existentes na Loja onde a requerente exerce funções, bem como as tabelas em que se representam valores de vendas, percentagens de clientes e unidades vendidas, para concluir que «o volume de negócio quase duplica ao fim de semana quando comparado com um dia da semana», são completamente irrelevantes para o caso em apreço.

2.46. Isto porque a requerente é uma trabalhadora especialmente protegida, cuidadora de menores de 12 anos, a quem assiste o direito – também especial – de requerer este tipo de horário. Que não lhe pode ser vedado por motivos gestionários, que competem apenas e só ao empregador, combinar o n.º de pessoas disponíveis com os turnos existentes na loja para que esta funcione.

2.47. Em terceiro lugar, sempre se esclareça que este direito à flexibilidade horária, sendo especial, tem prevalência sobre outros direitos, como seja o citado pelo empregador na IR.

2.48. Em terceiro lugar, e fulcral para a decisão ora tomada, os horários flexíveis não têm numerus clausus nem prioridades – a partir do momento em que esta prerrogativa é concedida a uma pessoa que a ela tenha direito e cumpra os requisitos, todas as demais que façam o mesmo têm de ser tratadas da mesma maneira, sob pena de o empregador estar a violar o princípio da igualdade de tratamento no local de trabalho.

2.49. Se/quando a loja se tornar ingerível por sobrelotação de determinado turno em detrimento doutros ficarem a descoberto, a solução passa pela aplicação da chamada teoria da rotatividade, ou seja, o empregador tira a todos/as os/as titulares do direito na mesma medida, para que todos/as possam gozar dele na mesma proporção.

2.50. 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, e nos termos supra enunciados, a CITE delibera:

4.1. Deferir a presente Reclamação, mantendo o sentido do Parecer n.º 242/CITE/2023, de 29 de março.

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

4.3. Recomendar à entidade empregadora que proporcione à trabalhadora condições de trabalho que favoreçam a conciliação trabalho/família, e, na elaboração dos horários de trabalho, lhe facilite essa mesma conciliação, nos termos dos artigos 127º/3, 212º/2-b) e 221.º/2 do CT, aplicáveis em conformidade com o correspondente princípio, consagrado no artigo 59º/1-b) da CRP.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 26 DE ABRIL DE 2023, COM OS VOTOS CONTRA DOS REPRESENTANTES DA CIP - CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL E CTP - CONFEDERAÇÃO DO TURISMO DE PORTUGAL, CONFORME CONSTA DA RESPECTIVA ATA NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENCAS ANEXA À MESMA ATA.