

RESPOSTA A RECLAMAÇÃO DO PARECER N.º 481/CITE/2023

Assunto: Resposta a reclamação do parecer n.º 481/CITE/2023, referente ao pedido de 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 2364-FH/2023, aprovado por maioria dos membros que compõem a CITE em 07/06/2023.

Processo n.º 3182 – RP/2023

I – OBJECTO

1.1 Em 30.06.2023, a CITE recebeu, via correio electrónico, de ... reclamação do parecer referido em epígrafe, aprovado por maioria dos membros presentes na reunião da CITE de 07.06.2023, com o voto contra do representante da Confederação do Turismo Português (CTP), solicitado nos termos dos n.ºs 5 e 6 do artigo 57.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12.02, e relativo à intenção de recusar o pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível apresentado pela trabalhadora ..., parecer esse que foi desfavorável à referida intenção de recusa.

1.2. Na presente reclamação, a entidade empregadora vem referir o seguinte:

“ASSUNTO: Reclamação ao vosso Parecer n.º 481/CITE/2023 - Parecer prévio à recusa de pedido de autorização de trabalho em horário flexível, nos termos do n.º 5 do artigo 57.º do Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro - Processo n.º 2364/FH/2023, datado de 07.06.2023

Exma. Senhora Presidente da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego

A ..., com sede na ..., notificada do vosso Parecer n.º 481/CITE/2023 - Parecer prévio à recusa de pedido de autorização de trabalho em horário flexível, nos termos do n.º 5 do artigo 57.º do Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro - Processo n.º 2364/FH/2023, datado de 07.06.2023, desfavorável à intenção de recusa da entidade empregadora relativamente ao pedido de trabalho em horário flexível apresentado pela trabalhadora ..., por estar em tempo e ter legitimidade, vem, ao abrigo dos artigos 184º a 192º do Código de Procedimento Administrativo, apresentar,

RECLAMAÇÃO

do ato administrativo de emissão de Parecer n.º 481/CITE/2023 desfavorável à intenção de recusa de pedido de horário flexível de trabalhadora, o que faz nos seguintes termos e fundamentos:

I. Da Legitimidade da Entidade Empregadora

Art. 1º - Nos termos do disposto no art. 186.º , n.º 1, al. a) do Código de Procedimento Administrativo (doravante CPA) podem reclamar de atos administrativos "Os titulares de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos que se considerem lesados pela prática ou omissão do ato administrativo" podendo esse direito ser exercido por via da reclamação para o autor do ato in casu Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (doravante CITE), e no caso, o fundamentado nos termos do art. 185.º , n.º 3 do CPA - "Sempre que a lei não determine o contrário, as reclamações e os recursos de atos administrativos podem ter por fundamento a ilegalidade ou inconveniência do ato praticado."

Isto posto,

Art. 2º - A Entidade Empregadora tem legitimidade para reclamar do Parecer n.º 481/CITE/2023 nos termos do disposto no art 186.º do CPA, uma vez que a execução do ato administrativo em causa fere direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos da Reclamante.

II. Da Tempestividade da Reclamação

Art. 3º - A 07 junho 2023 a CITE emitiu parecer desfavorável à intenção de recusa do pedido de horário flexível da trabalhadora.

Art. 4º - A Reclamante foi notificada do Parecer por ofício n.º S-CITE-6109/2023, datado de 7 junho 2023, e rececionado em 12 junho 2023.

Art. 5º - Nos termos do disposto no art 191.º, n.º 3 do CPA, o prazo para apresentação de reclamação é de 15 dias úteis, pelo que o termo do prazo para este efeito é 03 julho 2023.

III. Do vício de anulabilidade do Parecer n.º 481/CITE/2023

a) Da falta de pronúncia relativamente às demais exigências imperiosas do funcionamento da empresa

Art. 6º - No dia 15 de maio de 2023 a Reclamante remeteu para a presente CITE um pedido de emissão de parecer prévio relativamente à recusa de prestação de trabalho em regime de horário flexível solicitado pela sua trabalhadora

Art. 7º - Doravante deste pedido de emissão de parecer relativamente ao pedido em causa, a CITE no Parecer n.º 481/CITE/2023 decide não assistir a razão à ... (ora em diante ...), alegadamente porque nenhum dos motivos apresentados demonstra de forma objetiva e concreta a existência de exigências imperiosas do funcionamento da empresa que justifiquem a recusa ou impossibilidade de substituir a trabalhadora, mediante os termos do disposto no art. 57.º, n.º 2 do Código do Trabalho.

Porém,

Art. 8º - A CITE apenas se pronuncia relativamente à segunda razão imperiosa ditada pela Reclamante, identificada como ii) do ponto B), na missiva remetida à trabalhadora por parte da Reclamante que, tem que ver com a impossibilidade de atribuir um horário flexível à trabalhadora, devido ao horário de funcionamento da loja da ... conter um horário muito específico, distribuído por apenas três trabalhadoras (e quando uma já beneficia de um horário fixo), nomeadamente pela ..., pela ... e pela ..., esta que veio temporariamente substituir a trabalhadora ... que se encontra de baixa médica, por parentalidade, sendo este número de trabalhadores, o contingente de trabalhadores necessário para satisfazer as necessidades do serviço da Reclamante, na referida loja.

Art. 9º - Porquanto, a solução preconizada pela CITE baseia-se no facto de não poder existir um "numerus clausus de trabalhadores que no âmbito de uma empresa podem beneficiar da prática de um horário flexível, justificando-se deste modo que perante uma situação de colisão de direitos, nos termos previstos no art.º 335.º do Código Civil, como no caso em que se verifica a existência de uma pluralidade de trabalhadores/as com filhos/as menores de 12 anos que solicitam a prestação de trabalho em regime de horário flexível, nos termos do artigo 56.º do Código do Trabalho, para que todos produzam igualmente os seus efeitos, sem maior detrimento para qualquer das partes, impõe-se uma distribuição equitativa do dever de assegurar o funcionamento do serviço por todas/as aqueles/as trabalhadores/as em situação idêntica, harmonizando-se, dessa forma, o exercício de todos os direitos em conflito."

Mas,

Art. 10º - Relativamente à exigência imperiosa identificada como ponto i) do ponto B) que se sustenta no facto dos horários praticados na loja da ..., se encontrarem restringidos aos horários da ..., (de ora em diante ...) pois é no estabelecimento/instalações desta empresa que se encontra alocada a loja da ... onde a trabalhadora presta trabalho.

Art. 11º - A CITE não se pronuncia relativamente a tal exigência imperiosa do funcionamento da empresa que faz com que a Reclamante recuse o pedido.

Art. 12 º - Ignorando completamente a fundamentação alicerçada nessa exigência imperiosa, que é algo que dificilmente pode ser alterado por simples vontade da Reclamante uma vez que se encontra completamente subordinada aos horários praticados por outra Empresa in casu

Art. 13º - A este respeito convém reforçar que, no caso, a flexibilidade de horário é completamente incompatível com as exigências ligadas ao funcionamento daquela loja da ..., onde esta trabalhadora presta trabalho!

Art. 14º - E a este respeito, não está na esfera jurídica da ... o poder de alterar os horários de funcionamento uma vez que a sua loja se encontra alocada a uma grande superfície denominada por ..., encontrando-se completamente adstrita aos seus horários de funcionamento, ou seja, caso haja qualquer alteração ao mesmo, a ... terá igualmente de proceder em conformidade a alteração dos seus horários.

Art. 15º - O mesmo acontece com os feriados, existindo certos feriados que o ... decide proceder à abertura do estabelecimento, ao contrário de outros feriados, mediante decisão do responsável, estando a ..., mais uma vez, submissa de tais decisões.

Art. 16º - Assim, a ... explorando a sua secção de ..., dentro daquele estabelecimento, encontra-se veemente obrigada a igualar os seus horários de trabalho aos da ..., sob pena de se tornar desnecessária a manutenção daquela loja e de tais postos (3) de trabalho, o que, por si só, como se compreende, é uma necessidade imperiosa!

Art. 17º - A loja da ... tem o seu horário de funcionamento, que é próprio, mas limitado ao horário de funcionamento do estabelecimento da ..., e por consequência disso, o horário de abertura da sua loja nunca seja antes nem depois das 08h00 e o seu termo nunca antes nem depois das 20h00, de segunda-feira a sábado!

Art. 18 º - Sendo o sábado considerado um dia normal de trabalho não só devido ao facto de se tratar do setor terciário do comércio como também por estar a ... obrigada a igualar os seus horários aos do

Porquanto,

Art. 19º - A falta de observância e pronúncia por parte da CITE em relação a esta exigência imperiosa do funcionamento da empresa, salvo devido respeito por opinião diversa, equivale a uma violação do dever de fundamentação consagrado nos termos do art. 152.º, n.º 1 do CPA.

Art. 20º - A fundamentação de um ato administrativo consiste na explicitação de todas as razões (de facto e de direito) que levaram a CITE a recusar a fundamentação apresentada pela Reclamante, no caso a fundamentação do ato é obrigatória por conta do art. 152.º n.º 1, al. a) do CPA que alerta para o facto de que devem ser devidamente e completamente fundamentados os atos que "Neguem, extingam, restrinjam ou afetem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos, ou imponham ou agravem deveres, encargos, ónus, sujeições ou sanções".

Art. 21º - Como já foi exposto e devidamente fundamentado, colocar a trabalhadora em causa em regime de flexibilidade de horário irá definitivamente agravar deveres, encargos, ónus, sujeições ou sanções para a Reclamante, uma vez que a solução de rotatividade é completamente impossível de se implementar face à quantidade de trabalhadores que a ... tem ao seu dispor na referida loja!

Art. 22º - Além disso, a fundamentação do ato administrativo deve apresentar as seguintes características previstas pelo art. 153.º do CPA sob pena de anulabilidade do ato segundo os termos do art. 163.º do CPA.

Ora,

Art. 23º - A fundamentação deve ser expressa, conter a exposição, ainda que sucinta, dos seus fundamentos de facto e de direito e ser clara, coerente e completa, como já explicitado supra o presente parecer n.º 481/CITE/2023 encontra-se manifestamente incompleto pelo que,

Art. 24º - nos termos do art. 153.º, n.º 2 do CPA considera-se que o ato é insuficiente por ser omissivo da fundamentação de recusa relativamente a uma exigência imperiosa do funcionamento da empresa, a alegada pela Reclamante identificada como i) no ponto B) da missiva e, que se encontra reforçada em sede dos arts. 13.º a 18.º da presente reclamação.

Consequentemente,

Art. 25º - A insuficiência do ato por omissão de fundamentação relativamente a uma exigência imperiosa preterida pela Reclamante corresponde a uma falta de fundamentação nos termos do art. 153.º, n.º 2, 1ª parte do CPA.

Art. 26º - No mais, por conta da insuficiência de fundamentação por parte da CITE, dá-se automaticamente como não cumprido o disposto no n.º 3 do art. 268.º da Constituição da República Portuguesa - "Os actos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, na forma prevista na lei, e carecem de fundamentação expressa e acessível quando afectem direitos ou interesses legalmente protegidos", o que representa uma violação do direito fundamental à fundamentação.

Art. 27° - Considerando-se assim que, o ato padece de vício de forma por falta de fundamentação, bem como do vício de violação de lei, por desrespeito do princípio da igualdade constante do art. 13.º da Constituição da República Portuguesa e do art. 6.º do CPA, que consistiu, na situação em apreço, em ser dado tratamento desfavorável à Reclamante!

Assim,

Art. 28° - Aqui a falta de fundamentação corresponde a um vício de forma que tem como consequência jurídica a anulabilidade do ato, nos termos do art. 163º do CPA, o que deste já se requer.

IV. Do agravamento dos encargos provocado pela implementação do regime de horário flexível para a trabalhadora

Art. 29.º - Como o alegado supra, a CITE apenas se pronunciou relativamente à última e derradeira razão imperiosa ditada pela Reclamante,

Art. 30° - que tem que ver como conflito de direitos entre as trabalhadoras ... e ... devido ao facto de ambas solicitarem o horário flexível, nos mesmos moldes, passando a ser praticamente impossível apenas a trabalhadora ... cobrir as falhas provocadas pela atribuição do horário flexível a ambas as trabalhadoras supra identificadas.

Art. 31° - É do entendimento da Reclamante que, representaria uma violação expressa do princípio da igualdade entre as trabalhadoras, submeter a trabalhadora ... a um esforço e penosidade acrescidos em detrimento da aceitação de tal pedido por parte da Reclamante.

Art. 32° - Tal desencadearia com que a trabalhadora ..., ao realizar turnos adicionais para cobrir as "falhas" provocadas pela conciliação de dois horários flexíveis, se sobrecarregue e desgastasse!

Art. 33° - Além disso, ao assumir esse esforço, estaria a comprometer, igualmente, a sua vida familiar, pois há que ter em conta que a todos os trabalhadores é reconhecido o direito a conciliar a vida familiar e profissional (in arts. 126.º, 127.º, n.º 3 do Código do Trabalho e 59.º da Constituição da República Portuguesa).

Art. 34.º - Porquanto, a solução preconizada pela CITE baseia-se no facto de não poder existir um "numerus clausus de trabalhadores que no âmbito de uma empresa podem beneficiar da prática de um horário flexível, justificando-se deste modo que perante uma situação de colisão de direitos, nos termos previstos no art.º 335.º do Código Civil, como no caso em que se verifica a existência de uma pluralidade de trabalhadores/as com filhos/as menores de 12 anos que solicitam a prestação de trabalho em regime de horário flexível, nos termos do artigo 56.º do Código do Trabalho, para que todos produzam igualmente os seus efeitos, sem maior detrimento para qualquer das partes, impõe-se uma distribuição equitativa do dever de assegurar o

funcionamento do serviço por todas/as aqueles/as trabalhadores/as em situação idêntica, harmonizando-se, dessa forma, o exercício de todos os direitos em conflito."

Art. 35º - E por isso mesmo, segundo a CITE a resolução do conflito passa pela coordenação do exercício dos direitos limitando-os na medida do estritamente necessário, ou seja, através de um critério de conciliação devendo os titulares in casu as trabalhadoras ceder na medida do necessário para que todos os direitos produzam o mesmo efeito, dando-se a hipótese de uma possível rotatividade entre elas.

Porém,

Art. 36º- A Reclamante discorda totalmente com a presente solução de rotatividade apresentada pela CITE, pois surgirá rapidamente a questão de como concretizar, na vida prática, essa mesma rotatividade se, ambas as trabalhadoras pretendem não praticar o horário das 18:00h às 20:00h durante a semana e ambas, querem isenção de prestação de trabalho aos sábados.

Art. 37.º - Nunca podendo esquecer que o sábado, no caso da ..., é considerado um dia normal de trabalho devido ao facto de se tratar do setor terciário do comércio!

Art. 38º - No caso, se ambas necessitam de horário de trabalho flexível devido às necessidades familiares e, para isso torna-se imprescindível a isenção de prestação de trabalho ao sábado, como é que iremos praticar a rotatividade e.g. ao sábado se a única pessoa que se predispõe a trabalhar nesse dia específico é a trabalhadora ...?

Art. 39.º - Assim, tal solução indicada pela CITE torna-se não exequível para a ...!

Ademais,

Art. 40º - O pedido da trabalhadora ..., a ser aceite, iria também constranger o normal funcionamento do serviço, especialmente o serviço dos sábados seria prejudicado, porquanto nos turnos / dias em que a trabalhadora estivesse ausente não estaria assegurado o número mínimo de trabalhadores necessário em cada turno,

Art. 41º - Adicionalmente de forma a cobrir as " falhas" provocadas pela cedência ao horário flexível desta trabalhadora e simultaneamente garantir os direitos legalmente consagrados da trabalhadora ..., será impreterivelmente necessária a contratação de um trabalhador a tempo parcial para compensar a ausência do trabalhador, especialmente para os sábados e para o horário das 18h00 às 20h00, o que implicaria um custo mensal retributivo adicional que a Reclamante não está em condições de suportar,

Art. 42º - sendo inviável e oneroso para a ora Reclamante o recrutamento e formação de um trabalhador com a única finalidade de exercer a sua atividade laboral aos sábados e duas horas de segunda a sexta feira!

Sem prescindir

E o que importa para o caso,

Art. 43.º - Sempre se dirá, que uma entidade de natureza pública e de interesse público deve sempre decidir em conformidade e de acordo a cada caso concreto, atendendo às suas especificidades, e não decidir por semelhança ou comparação a outros casos que já tenha decidido, seria, pois, de todos injusto se assim o fosse, verificar que outras decisões de um órgão público são quase sempre iguais, ou seja, decididas da mesma forma, semelhantes e com o mesmo teor e fundamento, cujas decisões, inclusive, estão ao dispor do conhecimento público por vários meios.

Por todas as razões e fundamentos supra expostos,

Art. 44º - a atribuição do horário flexível conforme indicado no pedido, compromete de forma grave o bom funcionamento do serviço a que a trabalhadora se encontra afeta, e é suscetível de comprometer os limites máximos diários e semanais de prestação de trabalho a que os restantes trabalhadores (in casu da trabalhadora ...) estão sujeitos, além de ser uma manifesta violação do princípio da igualdade entre trabalhadoras!

Art. 45º- Adicionalmente, com a atribuição do horário flexível, a Reclamante estaria a faltar ao compromisso assumido com os demais trabalhadores, no caso desta loja a trabalhadora ..., no sentido de assegurar a rotatividade de horários, de forma o mais equitativa possível, o que provocaria um conflito laboral,

Art. 46º - e ainda iria traduzir-se em injustificados custos adicionais insuportáveis para a Reclamante de forma a lesar no seu interesse de continuar com o funcionamento desta loja em específico que cumpre um horário especial devido às razões já elencadas em sede da presente reclamação.

Nestes termos, requer-se a V. Exa. se digne,

a) A reconhecer o vício de forma que padece o Parecer n.º 481/CITE/2023 - Parecer prévio à recusa de pedido de autorização de trabalho em horário flexível, nos termos do n.º 5 do artigo 57.º do Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro - Processo n.º 2364/FH/2023, e consequentemente ordenar a sua anulação, ou,

Subsidiariamente,

b) Considerar que no caso sub judice se encontram preenchidas as exigências imperiosas de funcionamento da empresa, bem como a impossibilidade de substituir o trabalhador devido à imprescindibilidade e indispensabilidade de exercício das suas funções e em consequência alterar a decisão para Parecer favorável à Entidade Patronal em conformidade com a sua posição demonstrada no presente processo.”

1.3. Em 05.07.2023, via CAR, a CITE notificou a trabalhadora da reclamação apresentada pela entidade empregadora, nos termos do n.º 1 do art.º 192.º do Código do Procedimento Administrativo, nos seguintes termos:

“(...) Atendendo a que os/as interessados/as têm direito a impugnar os atos administrativos solicitando a sua revogação, anulação, modificação ou substituição, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 184.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), e que, apresentada reclamação, o órgão competente para a decisão deve notificar quem possa ser prejudicado pela sua procedência para alegar, no prazo de 15 dias úteis, o que tiver por conveniente sobre o pedido e seus fundamentos, conforme determina no n.º 1 do artigo 192.º e o artigo 87.º do CPA, solicita-se a V. Exa. que se pronuncie, caso assim o entenda, sobre a reclamação apresentada pela sua entidade empregadora.

Mais se informa que na análise da resposta que venha a ser apresentada por V. Exa. apenas se podem ter em conta os argumentos relativos à reclamação apresentada e não outros que possam consubstanciar uma nova apreciação à intenção de recusa apresentada pela entidade empregadora.”

1.4. Em 31.07.2023, via correio electrónico, a trabalhadora veio pronunciar-se sobre a reclamação apresentada nos seguintes termos:

“Assunto: Reclamação ... ao Parecer 481/CITE/2023

..., notificada para responder à reclamação apresentada pela sua E.E. ... vem responder nos termos e pelos seguintes fundamentos:

QUESTÃO PRÉVIA DO DIREITO

1.º

A 04-07-2023, a trabalhadora notificada pela Reclamante, de que, pese embora o Parecer da CITE ter sido desfavorável à intenção de recusa da E.E. relativamente ao pedido de horário de trabalho flexível, iriam recusar a aplicação do horário pedido, veio de imediato responder nos termos infra e que se dão por integralmente reproduzidos nesta resposta

2.º

Assim:

“Em resposta à posição da empresa ..., cabe-me, ..., tomar posição expressa sobre a opinião formulada, advertindo que será instruída a trabalhadora para cumprir o seu horário dentro da plataforma solicitada e confirmada pelo douto parecer da CITE a que se adere.

3.º

O Código do Procedimento administrativo, como o próprio nome indica, visa regular um pré-contencioso que se centra exclusivamente entre a administração ou entre esta e os particulares, visando em termos hierárquicos sancionar ou confirmar actos e omissões dentro da própria administração.

4.º

Ora, a legítima posição da de apresentar Reclamação ao abrigo dos mencionados normativos do C.P.A., esbarra desde logo na característica do ato. Na verdade, dispõe o art. 185.º n.ºs 1 e 2 do C.P.A., que os recursos e as reclamações têm carácter facultativo por regra, e apenas têm carácter necessário quando a lei o determine e aqui não o faz.

5.º

Também não é verdade quando diz que a não reclamação implicaria necessariamente a aceitação do parecer e não é verdade porque, como muito bem afirma, a lei faz depender essa aceitação da não interposição de ação judicial, e o próprio código do procedimento administrativo determina no seu art.º 186.º, que se transcreve, que apenas a aceitação sem reserva, determina a impossibilidade de usar esta via administrativa. Por outro lado, a impugnação contenciosa do ato, via CPTA, não está vedada para o parecer da CITE, ato administrativo, nem a via judicial para o ataque à legitimidade do pedido de horário flexível.

Vd.

Artigo 186.º

Legitimidade

1- Têm legitimidade para reclamar ou recorrer:

a) Os titulares de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos que se considerem lesados pela prática ou omissão do ato administrativo;

b) As pessoas e entidades mencionadas nos n.os 2 a 4 do artigo 68.º

2 - Não pode reclamar nem recorrer quem, sem reserva, tenha aceitado, expressa ou tacitamente, um ato administrativo depois de praticado.

6.º

Ora, conforme se referiu "as reclamações e os recursos são necessários ou facultativos, conforme dependa, ou não, da sua prévia utilização a possibilidade de acesso aos meios contenciosos de impugnação ou condenação à prática de ato devido". É por demais evidente que a impugnação do ato junto dos tribunais administrativos não depende de reclamação prévia administrativa.

7º

Uma leitura atenta do disposto no Artigo 189.º esclarecerá que "as impugnações facultativas não têm efeito suspensivo, salvo nos casos em que a lei disponha o contrário ou quando o autor do ato, ou o órgão competente para conhecer do recurso, oficiosamente ou a pedido do interessado, considere que a sua execução imediata causa prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação ao destinatário e a suspensão não cause prejuízo de maior gravidade para o interesse público". Algo que nem sequer vem alegado.

8º

Atento o exposto e salvo melhor e douto entendimento, não cabe razão à empresa quanto à invocada suspensão dos efeitos da decisão da CITE enquanto decorrer a Reclamação administrativa, devendo a empresa considerar a posição aqui vertida para efeitos de procedimento disciplinar, que se considerará abusivo e agravado nos seus efeitos em virtude do carácter da decisão da CITE e dos direitos constitucionais em causa que assim seriam violados.

9º

O afirmado decorre do facto da trabalhadora estar a ser impedida de gozar do horário flexível com a ameaça de procedimento disciplinar, sem qualquer ação judicial instaurada, o que para efeitos do disposto no artº 57 do CT, implica que a empresa esteja obrigada a cumprir com o horário pedido pela trabalhadora.

DOS FACTOS

10º

É verdade o vertido nos artigos 3º a 5º da reclamação.

DA ANULABILIDADE

11º

Não existindo qualquer fundamento para a anulabilidade do acto-Parecer da CITE-, cumpre contudo e previamente esclarecer que, se assim fosse, o regime da anulabilidade não é o mesmo da nulidade, pelo que os efeitos não retroagem, o que é o mesmo que dizer, que até à declarada decisão de anulabilidade o acto produz os seus efeitos como se tivesse sido celebrado sem vícios, o que é o mesmo que dizer que a Reclamante, uma vez mais e também por este fundamento teria que cumprir com o parecer da CITE cumprindo com o horário flexível pedido.

12º

Também não há qualquer omissão de pronuncia, pelo que nenhuma razão assiste à Reclamante, quanto à falta de fundamentação do acto.

13º

A vinculação da Reclamante, de resto não comprovada, ao período de funcionamento do “estabelecimento” ..., onde está integrada nada nos diz quanto à necessidade imperiosa da empresa de manter esta trabalhadora dentro dos períodos que determinou e não outros, pois apenas argumenta com constrangimentos, resolúveis através da mera organização e gestão dos seus recursos humanos e não pode sobrepor-se ao regime da parentalidade constitucionalmente protegido.

14º

O Horário flexível não visa estabelecer “uma distribuição equitativa” ...” por todos os trabalhadores...” visa sim, estabelecer uma discriminação positiva salvaguardando o valor máximo da conciliação entre a vida profissional e a vida familiar em prol da criança.

15º

Consequentemente e também de direito não cabe razão à Reclamante quanto à falta de fundamentação de direito, não violando o douto Parecer o disposto nos artº 152 e artº 153º do CPA, conforme longa e profusamente alega a Reclamante.

16º

De resto é até de difícil compreensão que a reclamante venha recusar o Horário flexível à trabalhadora com o argumento de:

- a) Ter apenas três trabalhadoras;*
- b) Ter que cobrir um horário das 8h00 às 20h00;*
- c) 6 dias na semana;*

d) Cobrir férias o que pressupõe 3 meses por ano

e) Doença, faltas, parentalidade, etc

17º

Atento o exposto, a conclusão só pode ser uma, efectivamente a Reclamante não pode ter uma ou mais trabalhadoras com horários flexíveis, na verdade ela não pode sequer gerir o seu negócio com tão exíguo número de trabalhadoras.

18º

E de onde veio a ... para substituir a ...? E quem é que já beneficia de um horário fixo e porquê?

19º

Por último, a reclamada não vislumbra qualquer direito da Reclamante que tenha sido violado com o parecer da CITE, nem sequer o mesmo em momento algum é alegado.

20º

A Reclamante, disserta à exaustão sobre as formalidades e “supostos vícios” do acto administrativo, limitando-se a transcrever artigos do Código do Procedimento administrativo sem se apresentar consequente na respectiva alegação.

21º

Encharca a reclamação da “VIOLAÇÃO DE DIREITOS E INTERESSES LEGALMENTE PROTEGIDOS”, até constitucionalmente protegidos, sem identificação de um único que seja. Será o direito ao comércio?!

22º

A Reclamada não quer aceitar que, o direito violado seja “o Princípio da Igualdade” que nas palavras da reclamante se encontra violado na medida em que “consistiu na situação em apreço, em ser dado um tratamento desfavorável à Reclamante”.

23º

Por último e quanto à solução preconizada pela CITE, cabe à Reclamante usar e tomar partido da sugestão do parecer em vez de pretender de forma declarada obter a recusa de horário flexível apenas para uma das trabalhadoras, a aqui reclamada.

24º

Nenhum argumento de natureza económica ou de gestão foi apresentado que apoiasse a impossibilidade de criação de um outro posto de trabalho

25º

Quanto às decisões da CITE serem sempre do mesmo teor e ou semelhantes, dir-se-á que tal só abona em favor da CITE, pior seria, se de acordo com a mesma lei e princípios, esses sim com consagração constitucional, a CITE nos brindasse com soluções “casuístas” de acordo com a cara, cor ou credo de quem ao seu Parecer se submete.

Termos em que deve a presente Reclamação ser indeferida, por ausência de fundamentos de facto e/ou de direito, vícios e ou violação de lei, mantendo-se o douto Parecer na integra.”

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. A CITE é, desde 1979, a entidade que tem por missão prosseguir a igualdade e a não discriminação entre homens e mulheres no trabalho, no emprego e na formação profissional e colaborar na aplicação de disposições legais e convencionais nesta matéria, bem como as relativas à proteção da parentalidade e à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, no setor privado, no setor público e no setor cooperativo.

2.2. Tem uma composição tripartida e equilátera, constituída por representantes do Estado, representantes das associações sindicais e representantes das associações 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. No âmbito da atribuição conferida a esta Comissão, a CITE emitiu o Parecer n.º 481/CITE/2023, em sentido desfavorável à intenção de recusa da prestação de trabalho em regime de horário flexível requerida pela trabalhadora ..., porquanto perante uma pluralidade de trabalhadores com filhos/as

menores de 12 anos que solicitem a prestação de trabalho em regime de horário flexível, nos termos do artigo 56.º do Código do Trabalho, e não sendo de admitir a existência de um *numerus clausus* nestes termos no âmbito de uma mesma empresa ou estabelecimento, impõe-se uma distribuição equitativa do dever de assegurar o funcionamento do serviço por todas/as aqueles/as trabalhadores/as em situação idêntica, harmonizando-se, dessa forma, o exercício de todos os direitos em conflito, solução essa em consonância com o disposto no art.º 335º, do Código Civil.

2.6. Transcreve-se, assim, a fundamentação do parecer ora em crise que sustentou tal entendimento, na parte que releva:

“3.5. E vem assim referir a entidade empregadora que no local de trabalho em questão, com período de funcionamento de segunda a sábado e ao qual estão afectas apenas três trabalhadoras (nelas se incluindo a aqui requerente), são praticados os horários 08h00 – 14h00 (turno da manhã) e 14h00 – 20h00 (turno da tarde), de segunda a sexta-feira, e aos sábados o horário 08h00 – 20h00, com duas horas de intervalo de descanso. Mais refere a entidade empregadora que são necessárias duas trabalhadoras aos sábados a fim de assegurar o normal funcionamento do serviço, indicando, porém, que uma das três trabalhadoras já pratica um horário flexível, por deferimento da entidade empregadora, nos mesmos moldes do solicitado pela requerente (08h00 – 18h00, de segunda a sexta-feira, com dispensa de prestação de trabalho aos sábados, domingos e feriados). Assim, a concessão do horário flexível à trabalhadora redundaria na falta do número necessário de trabalhadores aos sábados, bem como na prática contínua do turno da tarde pela única trabalhadora que não solicitou um horário flexível.

3.6. Ora, a este propósito cumpre referir que, e conforme entendimento vertido em inúmeros pareceres desta Comissão, não existe um numerus clausus de trabalhadores que no âmbito de uma empresa podem beneficiar da prática de um horário flexível, justificando-se deste modo que perante uma situação de colisão de direitos, nos termos previstos no art.º 335.º do Código Civil, como no caso em que se verifica a existência de uma pluralidade de trabalhadores/as com filhos/as menores de 12 anos que solicitam a prestação de trabalho em regime de horário flexível, nos termos do artigo 56.º do Código do Trabalho, para que todos produzam igualmente os seus efeitos, sem maior detrimento para qualquer das partes, impõe-se uma distribuição equitativa do dever de assegurar o funcionamento do serviço por todas/as aqueles/as trabalhadores/as em situação idêntica, harmonizando-se, dessa forma, o exercício de todos os direitos em conflito.

3.7. A propósito da colisão de direitos, referiu o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, proc. nº 593/11.7TBMNC-G1, de 03-03-2016, que tal situação se verifica “sempre que o exercício de um direito impossibilita, no todo ou em parte, o exercício de outro. Para que se verifique uma situação desta natureza é necessária a presença cumulativa de três pressupostos: a existência de uma pluralidade de direitos, a sua pertença a diferentes titulares e a impossibilidade de exercício simultâneo e integral desses direitos. Em suma: a colisão verifica-se sempre que dois ou mais direitos subjetivos assegurem, aos seus titulares, permissões incompatíveis entre si.”. E continua referindo que “De acordo com o comando normativo plasmado no art. 335º do Código Civil, há que distinguir entre os casos de colisão que envolvem direitos iguais ou da mesma espécie daqueles em que os direitos colidentes são desiguais ou de espécie diferente. No primeiro caso a resolução do conflito passa pela coordenação do exercício dos direitos, limitando-os na medida estritamente necessária, ou seja, através de um critério de conciliação, os titulares devem ceder na medida do necessário para que todos os direitos produzam igualmente o seu efeito, e não haja maiores desvantagens para uns do que para outros; já na segunda situação vigora a regra da prevalência, de harmonia com a qual o exercício do direito superior deve prevalecer sobre o exercício do direito inferior, por isso, só o direito superior pode ser exercido, ou só ele pode ser exercido integralmente, e o direito inferior não deve ser exercido, ou não deve ser exercido senão na medida em que tal exercício parcial já não colida com a produção do efeito próprio do direito superior.”

3.8. Foi de resto nesse sentido que decidiu o Tribunal da Relação do Porto, proc. nº 123/09.0TTVNG.P2, de 26.04.2010, onde se refere que “Foi perante essa situação, e por as duas trabalhadoras apresentarem necessidades idênticas decorrentes da sua condição de mães, que a requerida alterou o horário que havia acordado com a requerente e determinou que passassem a praticar o horário, tal como antes, em regime de rotatividade. Ora, salvo o devido respeito, importa não esquecer que as ditas regras concernentes ao horário de trabalho, não podem ser encaradas em termos absolutos, e que, mesmo nas hipóteses contempladas no art.º 45.º do Código do Trabalho, a sua concessão não é automática nem desligada da situação da empresa. Deste modo, perante uma situação de colisão de direitos, art.º 335.º do Código Civil, como ocorria, impunha-se a cedência dos respectivos titulares dos direitos na medida do necessário «para que todos produzam igualmente os seus efeitos, sem maior detrimento para qualquer das partes»”

2.7. Sendo o Parecer da CITE um acto administrativo, 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, sendo que 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 Código do Procedimento Administrativo.

III – APRECIÇÃO

3.1. Conforme já explanado, o sentido desfavorável do parecer ora em crise sustenta-se na lógica seguinte e que se passa a explicar de forma (espera-se) devidamente perceptível: não constitui uma exigência imperiosa do funcionamento da empresa o facto de existir, à data do pedido de horário flexível de uma trabalhadora com filhos menores de 12 anos, uma outra trabalhadora nas mesmas condições que pratica já um horário flexível em tudo semelhante ao solicitado, sendo apenas três as trabalhadoras afectas àquele estabelecimento. Tal entendimento sustenta-se na proibição de tratamento discriminatório em função da parentalidade, pois não é admissível que, perante a existência de duas trabalhadoras titulares do mesmo direito, apenas uma delas veja tal direito concretizado, ou porque o solicitou primeiro, ou porque a escolha incumbe à entidade empregadora, ou pela aplicação de qualquer outro critério. É igualmente nesse entendimento, de proibição de tratamento discriminatório, que não é admissível a estipulação de um número máximo de trabalhadores com filhos menores de 12 anos que podem usufruir, no âmbito de uma mesma empresa ou estabelecimento, da prática de um horário flexível.

3.2. Se assim é, e vertendo ao caso em apreço, a solução seria a seguinte: das três trabalhadoras afectas ao estabelecimento, duas iriam praticar o horário 08h – 18h00 de segunda a sexta-feira em dias úteis, ficando, invariavelmente, a faltar alguém, quer no turno da tarde, quer aos sábados, domingos e feriados, e sendo a única trabalhadora que não pratica um horário flexível a responsável por assegurar o serviço naquele turno e naqueles dias. Tal cenário, como facilmente se afere, é inexigível para a entidade empregadora a fim de manter o normal funcionamento do serviço.

3.3. Pois bem, considerando que o direito previsto no art.º 56º, do Código do Trabalho, não é absoluto, é para tais situações de conflito de direitos, conforme decorre do art.º 335º, do Código Civil, que se impõe que o dever de assegurar o funcionamento do serviço seja distribuído de forma equitativa por aquelas duas trabalhadoras que solicitaram a prática de um horário flexível.

3.4. Refere a Reclamante que esta Comissão não se pronunciou quanto ao facto de os horários praticados se encontrarem restringidos aos horários das instalações da ..., instalações onde aquela

desenvolve a sua actividade, conforme alegado no ponto i), B), da intenção de recusa comunicada à trabalhadora.

3.5. Vejamos o alegado pela entidade empregadora neste ponto:

“i. os horários praticados na loja da ..., encontram-se restringidos aos horários da ..., pois é no estabelecimento/instalações desta empresa que se encontra alocada a loja da ... onde a trabalhadora presta trabalho;

ii. a impossibilidade de atribuir um horário flexível à trabalhadora, devido ao horário de funcionamento da loja da ... conter um horário muito específico, distribuído por apenas três trabalhadoras (e quando uma já beneficia de um horário fixo), nomeadamente pela ..., pela ... e pela ..., esta que veio temporariamente substituir a trabalhadora ... que se encontra de baixa médica, por parentalidade, sendo este número de trabalhadores, o contingente de trabalhadores necessário para satisfazer as necessidades do serviço da ..., na referida loja.

Vejamos:

l) Os horários praticados na loja da ..., encontram-se restringidos aos horários da ..., pois é no estabelecimento/instalações desta empresa que se encontra alocada a loja da ... onde a trabalhadora presta trabalho. A flexibilidade de horário, tal como a lei a define, não é, neste momento, compatível com as exigências ligadas ao funcionamento daquela loja da ..., onde a trabalhadora presta trabalho, nem a ... o poderá alterar ao seu belo prazer, ainda para mais quando a sua loja se encontra alocada a uma grande superfície denominada por ... , (de ora em diante ...), encontrando-se completamente adstrita aos seus horários de funcionamento, ou seja, caso haja qualquer alteração ao mesmo, a ... terá igualmente de proceder em conformidade à alteração dos seus horários. O mesmo acontece com os feriados, existindo certos feriados que o ... decide proceder à abertura do estabelecimento, ao contrário de outros feriados, mediante decisão do responsável.

Assim, a ... explorando a sua secção de ..., dentro daquele estabelecimento, encontra-se veemente obrigada a igualar os seus horários de trabalho aos da ..., sob pena de se tornar desnecessária a manutenção daquela loja e de tais postos (3) de trabalho, o que, por si só, como se compreende, já é uma necessidade imperiosa.

Por via disso, a loja da ... tem o seu horário de funcionamento, que é próprio, mas limitado ao horário de funcionamento do estabelecimento da ..., e por consequência disso, o horário de abertura da sua loja nunca seja antes das 08h00 e o seu termo nunca antes nem depois das 20h00, de segunda-feira a sábado.

II) A impossibilidade de atribuir um horário flexível à trabalhadora, devido ao horário de funcionamento da loja da ... conter um horário muito específico, distribuído por apenas três trabalhadoras (e quando uma já beneficia de um horário fixo), nomeadamente pela ..., pela ... e pela ..., esta que veio temporariamente substituir a trabalhadora ... que se encontra de baixa médica, por parentalidade, sendo este número de trabalhadores, o contingente de trabalhadores necessário para satisfazer as necessidades do serviço da ..., na referida loja.

Em relação a este ponto, certo é que tudo já foi dito anteriormente, de forma fundamentada e clara, o que damos aqui novamente e integralmente por reproduzido para os devidos efeitos.

E deixa-se, também, novamente referido, que no horário de funcionamento da loja da ... laboram duas trabalhadoras em simultâneo, i.e., ao mesmo tempo!

E a loja abre às 08h00 e só encerra às 20h00 em todo os dias de laboração, i.e., de segunda a sábado.

O funcionamento da loja está dependente diariamente de duas trabalhadoras em simultâneo, sendo certo que nos horários diários implementados trabalham três trabalhadoras diariamente, uma das quais rende a outra trabalhadora ao serviço, conforme melhor se vai perceber pelo exemplo que infra se aduzirá.

Note-se que no domínio subjetivo dos profissionais operando em sectores de trabalho onde o fator articulação e adaptação com os demais se mostra decisivo e essencial, é à partida de inviabilizar qualquer pedido de flexibilidade, o qual só em condições excecionais estará em condições de poder ser deferido, o que não é o caso.”

3.6. Ora, a Reclamante, na presente reclamação, e salvo o devido respeito, parece confundir a falta de pronúncia desta Comissão, pronúncia essa que se encontra limitada às suas competências, com a sua própria incompreensão relativa ao entendimento quanto à distribuição equitativa do dever de assegurar o funcionamento do serviço pelas duas trabalhadoras que solicitaram o horário flexível nos mesmos termos, ainda que perante um parecer desfavorável.

Aliás, esclareça-se de forma inequívoca, que não compete à CITE, enquanto entidade pública dotada das competências previstas no DL n.º 76/2012, de 26 de Março, nem a elaboração dos horários de trabalho, nem a criação de normas ou instruções segundo as quais tais horários devam ser elaborados, sob pena de ingerência no poder de direcção do empregador, a quem compete única e exclusivamente tal prerrogativa no âmbito do seu poder de direcção, nos termos dos art.ºs 97º e 212º, n.º1, do Código do Trabalho.

3.7. Esclareça-se deste modo que compete, apenas e só, à entidade empregadora a concretização de sistemas de rotatividade, em consonância com o entendimento vertido no parecer em crise, por forma a distribuir equitativamente o dever de assegurar o funcionamento do serviço por aquelas duas trabalhadoras que solicitaram a prática de um horário flexível nos mesmos termos, dever esse que tem em conta, naturalmente, quer o cumprimento das obrigações legais por parte da entidade empregadora em matéria de elaboração dos horários de trabalho de todos os trabalhadores, quer a inexigibilidade de contratação de mais trabalhadores ou de prestação de trabalho suplementar.

IV – DECISÃO

4.1. Face ao que antecede, a CITE delibera:

- a)** Considerar improcedentes os fundamentos constantes do conteúdo da reclamação do Parecer n.º 481/CITE/2023;
- b)** Comunicar à entidade empregadora e à trabalhadora o teor da presente decisão.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS DA CITE EM 30 DE AGOSTO DE 2023, COM O VOTO CONTRA DO REPRESENTANTE DA CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL (CCP), E CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS (CTP).