

RESPOSTA À RECLAMAÇÃO DO PARECER N.º 1104/CITE/2023

ASSUNTO: Resposta à Reclamação do Parecer n.º 1104/CITE/2023, referente ao Processo n.º 5376-FH/2023: Parecer prévio à recusa do pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível, nos termos do n.º 5 do artigo 57.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro. Processo de Reclamação n.º 6536-RP/2023

I – OBJETO

1.1. Em 20.12.2023, a CITE recebeu da entidade empregadora ..., a reclamação do Parecer n.º 1104/CITE/2023 de 22.11.2023, aprovado por maioria dos seus membros, com os votos contra da CAP – Confederação dos Agricultores de Portugal, CCP - Confederação do Comércio e Serviços de Portugal e CTP – Confederação do Turismo de Portugal, nos termos que a seguir se transcrevem:

“(…)

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

..., entidade empregadora de ..., vem, na sequência da notificação do parecer acima identificado e ao abrigo do disposto no artigo 184.º do código do

procedimento administrativo, apresentar a sua reclamação, o que faz nos termos e com os seguintes fundamentos:

- 1. A reclamante dirigiu um pedido de parecer prévio à recusa de pedido de prestação de trabalho em regime de horário flexível solicitado pela trabalhadora ..., a ora reclamada.*
- 2. A referida trabalhadora havia solicitado prestação de trabalho em regime de horário flexível nos seguintes moldes:*
 - a. a elaboração de um horário flexível entre as 8 horas e as 18 e 30 horas, de segunda a sexta-feira, com dispensa de trabalho aos sábados, domingos e dias feriados;*
 - b. Fundamentou o pedido no facto de ter uma filha com 6 anos de idade, que vive consigo em comunhão de mesa e habitação e solicitou que o horário perdure até menor atingir os 12 anos de idade.*
- 3. Para instruir o seu pedido, a trabalhadora juntou, além do mais, uma declaração emitida pela entidade patronal do marido, onde se fez constar que aquele “colaborador se encontra a exercer a sua atividade profissional deslocado da sua residência fiscal, praticando um horário de trabalho de segunda a sexta-feira, das 8:00 às 12:00 e das 13:00 às 17:00, no entanto poderá prolongar o seu horário de trabalho para além do indicado, laborando também aos fins de semana.” – **negrito e sublinhado** nosso.*
- 4. A ora reclamante, notificou a trabalhadora da intenção de recusa devidamente fundamentada, tendo salientado, em suma, que se dedica a atividade contínua de prestação de cuidados a pessoas dependentes, sobretudo a idosos,*

que precisam de todo o tipo de cuidados, incluindo de saúde, a todo o momento, o que exige uma distribuição dos trabalhadores por diferentes funções e por diferentes turnos,

5. Que com a categoria profissional da requerente, existem 14 trabalhadores, cujos turnos são rotativos, e que existem mais trabalhadores com filhos menores de 12 anos de idade, existindo outros trabalhadores que fizeram este pedido recentemente, sacrificando se os demais trabalhadores com os horários sobrantes.

6. Mais salientou, que o horário solicitado pela trabalhadora, com exclusão do trabalho para além das 19:00 horas e aos fins de semana e feriados, colocará em causa o normal desempenho da atividade deste estabelecimento de cuidados continuados, bem-estar social e saúde e, conseqüentemente, o desempenho da atividade económica desta estrutura.

7. A reclamada, após apurado enquadramento jurídico concluiu que “apesar de apresentar razões que podem indiciar a existência de exigências imperiosas do seu funcionamento não logrou demonstrar que face ao número total de trabalhadores que exercem as mesmas funções da requerente e ao número de trabalhadores necessários por dia, não é possível elaborar o horário solicitado pela requerente.” E,

8. Ora, no que respeita a este segmento do parecer realça-se que não se verifica a impossibilidade de construir os horários porque conforme amplamente se argumentou, os trabalhadores que não beneficiam de horário flexível são sobrecarregados com os turnos sobrantes.

9. Relembra-se que sendo esta uma unidade de cuidados continuados, a mesma não pode funcionar sem serem asseguradas as necessidades contínuas dos utentes.

10. De modo que, a solução tem passado por sobrecarregar esses trabalhadores com o segundo e terceiro dos três turnos diários, fins de semana e feriados.

11. A final, foi emitido parecer desfavorável a intenção de recusa da entidade empregadora,

12. Salientando-se que 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.”

13. Não deixando de se realçar o supra exposto, há que suscitar um aspecto determinante, que salvo melhor opinião, o CITE não atentou devidamente e que deverá conduzir necessariamente à retificação do parecer emitido.

Vejamos,

14. A trabalhadora fundou o seu pedido em responsabilidades familiares, porém, não logrou demonstrar que o marido não pode prestar cuidados à filha de ambos.

15. Com efeito, o facto de a declaração da entidade patronal do marido constar que aquele trabalha fora da residência fiscal, tal não significa que o mesmo está profissionalmente impedido de prestar cuidados à filha menor durante a semana.

16. Com efeito, não se sabe se a casa de morada de família corresponde à residência fiscal do marido da trabalhadora, assim como não se sabe a distância entre essa ou essas moradas e o local de trabalho deste!

17. Acresce que, o prolongamento do horário de trabalho durante a semana para lá das 17horas é uma circunstância que poderá ocorrer, ou não - cfr declaração.

18. Assim, se o local de trabalho for próximo da residência fiscal não se verifica qualquer impedimento ou a alegada necessidade da trabalhadora.

19. *O mesmo se diga em relação aos fins de semana e feriados, ou seja, o marido da trabalhadora poderá ter de trabalhar aos fins de semana e feriados, ou seja, é uma eventualidade e não uma necessidade premente e continua como sucede no caso do serviço prestado pela trabalhadora.*

20. *A verdade dos factos é que resulta da declaração que o marido da trabalhadora não trabalha por turnos, nem tem horários rotativos que inclua fins de semana e feriados.*

21. *De modo que, mesmo que se admita que durante a semana a trabalhadora careça de horário fixo em razão da ausência do marido que trabalha em local mais distante, o mesmo não sucede aos fins de semana e feriados.*

22. *Da declaração da entidade patronal junta pela trabalhadora resulta apenas uma mera hipótese de o marido trabalhar aos fins de semana e feriados.*

23. *De modo que, salvo melhor opinião não poderia o CITE ter emitido pelo menos parecer completamente desfavorável à recusa da entidade empregadora.*

24. *Com efeito, poder-se-á aceitar que a trabalhadora preste serviço no horário solicitado durante os dias da semana, mas não se poderá aceitar que resulta demonstrada a mesma necessidade para os fins de semana e feriados.*

25. *O marido da trabalhadora não trabalha por turnos, nem aos fins de semana e feriados.*

26. *De modo que, inexistente impedimento para a trabalhadora prestar serviço de segunda a domingo, embora durante os dias da semana careça de um horário fixo.*

27. *É de elementar justiça que o horário da trabalhadora seja ajustado às necessidades desta, mas também que vá de encontro aos interesses dos demais trabalhadores e da entidade patronal.*

28. *Face ao exposto, deve o parecer emitido pelo CITE ser retificado tendo em conta os elementos probatórios que instruíram o pedido, mormente a declaração da entidade patronal do marido da trabalhadora a que se aludiu supra emitindo novo parecer, consentâneo com a factualidade demonstrada.*

TERMOS EM QUE SE REQUER O DEFERIMENTO DA PRESENTE RECLAMAÇÃO, COM AS LEGAIS CONSEQUENCIAS.

(...)"

II - ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. Conforme decorre, atualmente, do artigo 20.º da Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5.07.2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional, os Estados Membros designam um ou mais órgãos para a promoção, a análise, o acompanhamento e o apoio da igualdade de tratamento entre todas as pessoas, sem qualquer discriminação em razão do sexo.

2.2. A CITE é, desde 1979, a entidade que tem por missão prosseguir a igualdade e a não discriminação entre homens e mulheres no trabalho, no emprego e na formação profissional e colaborar na aplicação de disposições legais e convencionais nesta matéria, bem como as relativas à proteção da parentalidade

e à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, no setor privado, no setor público e no setor cooperativo.

2.3. Esta Comissão, sua composição e respetivas competências encontram-se previstas na alínea d) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março, cabendo-lhe apreciar os requisitos processuais, bem como o motivo justificativo da intenção de recusa, pelo empregador, de autorização para trabalho com flexibilidade de horário a trabalhadores/as com filhos menores de 12 anos, a que se referem os artigos 56.º e 57.º do CT, constantes do Parecer n.º 78/CITE/2019, que aqui se dão por integralmente reproduzidos.

2.4.1. A CITE tem uma composição tripartida e equilátera, constituída por representantes do Estado, representantes das associações sindicais e representantes das associações patronais.

2.4.1. A CITE “ é composta por um representante do ministério com atribuições na área do emprego, que preside; um representante do ministério com atribuições na área da igualdade; um representante do ministério com atribuições na área da Administração Pública; um representante do ministério com atribuições na área da solidariedade e segurança social; dois representantes de cada uma das associações sindicais com assento na Comissão Permanente de Concertação Social e um representante de cada uma das associações patronais com assento na Comissão Permanente de Concertação Social” – n.º 1 do artigo 6.º do citado Decreto-Lei n.º 76/2012.

2.4.2. Os pareceres, prévios ou outros, emitidos pela CITE, são sempre votados em reunião plenária pela maioria legal dos seus membros, nos termos previstos nos artigos 14.º a 28.º do Código do Procedimento Administrativo, revestindo sempre a forma de deliberação colegial, que expressa uma vontade conjunta – artigo 10.º do mesmo Decreto-Lei n.º 76/2012.

2.4.3. De referir também que as deliberações da CITE constituem pareceres obrigatórios votados por um órgão colegial que detém competência exclusiva, como acontece no caso agora objeto de reclamação, para a emissão de “parecer prévio no caso de intenção de recusa, pela entidade empregadora, de autorização para trabalho a tempo parcial ou com flexibilidade de horário a trabalhadores/as com filhos menores de 12 anos” – alínea d) do artigo 3.º do mencionado Decreto-Lei n.º 76/2012, e n.º 5 a 8 do artigo 57.º do Código do Trabalho (CT).

2.5. Em caso de intenção de recusa do pedido de horário flexível formulado pelo/a trabalhador/a, se for considerado que a entidade empregadora não demonstrou suficientemente as exigências imperiosas do

funcionamento da empresa, conforme determina o n.º 2 do mencionado artigo 57.º, a CITE emite parecer desfavorável, o que aconteceu no processo *sub judice*, objeto da presente reclamação.

2.6. Não obstante o n.º 7 do aludido artigo 57.º do CT prever expressamente o reconhecimento judicial da existência de motivos justificativos, tem sido aceite pela CITE reclamação das suas deliberações, ao abrigo do disposto nos artigos 184.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 4/2015 de 7 de janeiro, que aprovou o Código do Procedimento Administrativo (CPA) permitindo que as partes apresentem reclamação das suas deliberações, com base em qualquer incorreção, irregularidade, ilegalidade ou inconveniência do ato administrativo, que, por hipótese, possa ter ocorrido no exercício das competências que lhe estão atribuídas.

2.7. Com a presente reclamação, pretende a entidade empregadora que a CITE proceda à revogação do Parecer n.º 1104/CITE/2023, e a sua substituição por outro que se pronuncie em sentido favorável à recusa do pedido de horário flexível à trabalhadora.

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

“(…)

2.34. *Ora, analisado o circunstancialismo factual descrito pela entidade empregadora na intenção de recusa, somos de concluir que a entidade empregadora apesar de apresentar razões que podem indiciar a existência de exigências imperiosas do seu funcionamento, não logrou demonstrar que face ao número total de trabalhadores/as que exercem as mesmas funções da requerente e ao número de trabalhadores/as necessários/as necessários por dia, não é possível elaborar o horário solicitado pela requerente.*

2.35. *Ou seja, a entidade empregadora deveria ter indicado todos os turnos existentes no serviço onde a requerente exerce funções, quantos trabalhadores/as são necessários/as para cada um desses turnos e quais os períodos que ficam a descoberto com a implementação do horário solicitado pela requerente.*

2.36. *Na verdade, os factos relevantes serão as exigências imperiosas do funcionamento da entidade, e no que as estas respeitam, a intenção de recusa assenta essencialmente na existência de outros/as trabalhadores/as que fizeram pedidos de horários semelhantes. Porém, é precisamente por esse motivo que este pedido não pode ser recusado, porquanto isso poderia criar um tratamento diferenciado entre trabalhadores/as com os mesmos direitos legais à conciliação da atividade profissional com a vida familiar, traduzida no direito a exercer a atividade profissional em regime de horário flexível, sem que para tal fosse invocado “requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, em virtude da natureza da atividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional”(n.º 2 do artigo 25.º do Código do Trabalho).*

2.37. *Neste sentido, a CITE tem defendido que: “Em rigor, não é possível considerar a existência de um numerus clausus para o exercício de direitos relacionados com a parentalidade. Tal era admitir que tais direitos dependessem de uma ordem temporal, ou seja, os/as trabalhadores/as pais e mães mais recentes viriam os seus direitos limitados*

se no universo da sua entidade empregadora já se tivessem esgotado as vagas pré-definidas para o exercício de direitos. Afigura-se, assim, que as entidades empregadoras no âmbito do seu poder de direção devem elaborar os horários de trabalho das suas equipas de acordo com as necessidades do serviço e no respeito dos direitos de todos os seus trabalhadores.”

2.38. *Não obstante o acima referido, no caso de se verificar uma colisão de direitos e concretamente, do direito da Requerente com os direitos de outros/as trabalhadores/as, ou decorrentes do gozo de outros direitos iguais ou da mesma espécie, máxime relacionados com a parentalidade, deve atender-se ao disposto no artigo 335.º do Código Civil, de forma a que todos os direitos produzam igualmente efeitos, sem maior detrimento para qualquer das partes, impondo-se assim, uma distribuição equitativa do dever de assegurar o funcionamento do serviço para todos/as aqueles/as trabalhadores/as em situação idêntica.*

2.39. *Com efeito, se não for possível que todos os horários flexíveis se concentrem em determinados dias ou períodos do dia, terão, então, inclusive, os/as horários dos/as trabalhadores/as que usufruem de horário flexível que ser rotativos, de forma a que que todos/as os/as trabalhadores/as possam usufruir, o mais tempo possível desses horários, sem pôr igualmente em causa o direito.*

2.40. *Na verdade, nos termos do citado n.º 2 do artigo 57.º do Código do Trabalho, “o empregador apenas pode recusar o pedido com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável”, destacando-se no que concerne às exigências imperiosas o cumprimento das normas legais e contratuais relativas aos horários de todos/as os/as trabalhadores/as da empresa/entidade.*

2.41. *Ou seja, a entidade empregadora deverá ter presente que, tendo em consideração as normas legais e contratuais relativas aos horários de todos/as os/as trabalhadores/as do seu serviço, a trabalhadora requerente e todos/as os/as outros/as nas mesmas circunstâncias, deverão poder gozar, o máximo possível, o horário que solicitou, dentro dos períodos de funcionamento do serviço onde trabalha.*

2.42. *Contudo, na elaboração das escalas de serviço, caso os direitos dos/as trabalhadores/as que usufruem horários relacionados com a conciliação da atividade profissional com a vida familiar, colidam com os períodos de descanso dos demais trabalhadores/as, deverão proceder a uma distribuição equitativa por aqueles do dever de assegurar o funcionamento do serviço.*

2.43. *Ainda assim, e não obstante o acima referido, a entidade empregadora, apesar de apresentar razões que podem indiciar a existência de exigências imperiosas do seu funcionamento, não demonstra objetiva e inequivocamente que o horário requerido pela trabalhadora, ponha em causa esse funcionamento, uma vez que não foram concretizados os períodos de tempo que, no seu entender, deixariam de ficar convenientemente assegurados, face aos meios humanos necessários e disponíveis e à aplicação do horário pretendido por aquela trabalhadora, no seu local de trabalho.*

(...)”

Analisemos,

2.9. Na reclamação apresentada a entidade empregadora vem fundamentar a alteração do parecer ora reclamado, num esclarecimento, maioritariamente sobre o outro progenitor, esmiuçando e tecendo comentários acerca da vida profissional deste e dos seus horários, bem como fazendo referência a aspetos da vida pessoal da trabalhadora e do outro progenitor no que respeita à casa de morada de família. Por outro lado, a entidade empregadora entende que o pedido da requerente tem de ser recusado porquanto existem outras trabalhadoras com filhos menores de 12 anos que também fizeram pedido de flexibilidade de horário, sacrificando os demais trabalhadores/as.

2.10. Recorde-se que o regime de horário flexível prossegue o Princípio Constitucional da Conciliação da atividade Profissional com a vida familiar e que, naturalmente se sobrepõe, dentro de certos limites, à forma de organização dos tempos de trabalho instituída na entidade empregadora, desde que isso não conflitue com exigências imperiosas do funcionamento do serviço ou implique a impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a se ele/a for indispensável.

2.11. Neste sentido, o regime de horário flexível permite aos/as trabalhadores/as solicitar uma amplitude horária, que na prática suspenda, temporariamente, alguns efeitos do contrato de trabalho, nomeadamente a prestação de trabalho em regime de turnos rotativos.

2.12. Com efeito, analisou bem a CITE o Parecer reclamado porquanto, diga-se novamente, a entidade empregadora, apesar de alegar, não apresentou razões legais e/ou contratuais que permitissem concluir pela inaplicabilidade do regime de horário flexível à trabalhadora, tal como solicitado.

2.13. Quanto à demonstração por parte da entidade empregadora, das efetivas exigências imperiosas do funcionamento da empresa, afere-se que existem mais trabalhadores a usufruir de horário flexível, não podendo, como é óbvio, o pedido desta trabalhadora ser recusado.

2.14. Tal como referido no Parecer reclamado, e constando agora do ponto 2.8. da presente reclamação, o pedido da trabalhadora não pode ser recusado porquanto já existem outros/as trabalhadores/as a usufruir do mesmo direito, porquanto caso acontecesse tal desiderato, violar-se-ia o Princípio da Igualdade. Ou seja, os argumentos da entidade empregadora são os que já haviam sido aduzidos em sede de intenção de recusa, e que foram devidamente esgrimidos no Parecer ora reclamado.

2.15. O que a entidade empregadora, aparentemente, ainda não compreendeu é que no caso de se verificar uma colisão de direitos entre o direito do/a trabalhador/a que usufrua horário flexível com os direitos de outros/as trabalhadores/as, ou decorrentes do gozo de outros direitos iguais ou da mesma

espécie, mormente relacionados com a parentalidade, deve atender-se ao disposto no artigo 335.º do Código Civil, de forma a que todos os direitos produzam igualmente efeitos, sem maior detrimento para qualquer das partes, impondo-se assim, uma distribuição equitativa do dever de assegurar o funcionamento do serviço para todos/as aqueles/as trabalhadores/as em situação idêntica.

2.16. Quanto ao argumento invocado pela entidade empregadora no que respeita ao horário de trabalho do outro progenitor, tal circunstância é irrelevante, uma vez que, nos termos das disposições legais em vigor – n.º 1 do artigo 56.º do CT, “*o trabalhador com filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, filho com deficiência ou doença crónica que com ele viva em comunhão de mesa e habitação tem direito a trabalhar em regime de horário de trabalho flexível, podendo o direito ser exercido por qualquer dos progenitores ou por ambos*” (sublinhado nosso), motivo pelo qual, não se compreende tal alegação da entidade empregadora.

2.17. Assim, e sendo o objeto da Reclamação a reapreciação dos factos pré-existentes, não resultando da exposição da Reclamante a invocação de factos novos que por serem novos, isto é, posteriores ao pedido e à comunicação da intenção de recusa e que a reclamante não podia conhecer aquando da comunicação da intenção da recusa, possibilitem a reapreciação do mérito da decisão, então, o meio processual próprio para impugnar o Parecer desta Comissão é o previsto no n.º 7 do art.º 57.º do Código do Trabalho, designadamente o recurso aos Tribunais para obtenção de decisão judicial que reconheça motivo justificativo da recusa.

2.18. Nestas circunstâncias, tendo os membros da CITE, ao tempo ponderado, toda a argumentação aduzida, e uma vez que na presente reclamação não são alegados factos novos, que ponham em causa a validade do Parecer n.º 1104/CITE/2023, não se procedendo à alteração do mesmo.

IV – DECISÃO

Face ao que antecede, a CITE delibera:

3.1. Indeferir a presente reclamação e manter o sentido do Parecer n.º 1104/CITE/2023.

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

3.3. Informar o empregador e a trabalhadora de que a CITE, no âmbito das suas competências e a pedido de ambas as partes, promove diligências de conciliação em caso de conflito individual em questões de conciliação da atividade profissional com a vida familiar e privada;

3.4. Recomendar à entidade empregadora que proporcione 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, aplicáveis em conformidade, com o correspondente princípio, consagrado na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS DA CITE EM 31 DE JANEIRO DE 2024, COM OS VOTOS CONTRA DOS REPRESENTANTES DA CONFEDERAÇÃO DOS AGRICULTORES DE PORTUGAL (CAP), CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL (CCP) CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL (CIP) E CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS (CTP)