

PARECER N.º 44/CITE/2009

Assunto: Parecer prévio nos termos do n.º 1 do artigo 45.º do Código do Trabalho e dos artigos 79.º e 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, de acordo com o previsto no n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, que aprova a revisão do Código do Trabalho
Processo n.º 112 – FH/2009

I – OBJECTO

1.1. Em 20 de Março de 2009, a CITE recebeu da ..., S.A, um pedido de parecer prévio à intenção de recusa do pedido de flexibilidade de horário, nos termos do n.º 1 do artigo 45.º do Código do Trabalho e dos artigos 79.º e 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, relativo à pretensão apresentada pela trabalhadora ... na loja ... sita em ...

1.2. Ora, a trabalhadora requereu, por carta datada de 17 de Fevereiro de 2009, o seguinte, que aqui se transcreve:

(...) – Sou uma trabalhadora em part-time de 30 horas e, neste sentido, o pedido de ajustarem o horário de trabalho entre as 9:00 horas e as 21:00 horas, de segunda a quinta-feira, e às sextas e sábados entre as 9.00 e as 23:00 horas, permite uma organização de horário de trabalho adaptável às necessidades da empresa e que não ponha em causa o apoio, acompanhamento e assistência à minha filha, dada a profissão do meu marido (segurança externa a trabalhar por turnos);

– Solicitei a flexibilidade de horário de trabalho pelo período legalmente previsto e dentro de determinados limites e condições;

– A flexibilidade visa o superior interesse e os direitos fundamentais da criança;

– Cumpro os requisitos e procedimentos legais, nomeadamente fundamentando e documentando os factos que motivaram o pedido (apoio e acompanhamento a uma filha menor);

– Há razoabilidade e proporcionalidade quer no pedido, quer na sua aplicação, tendo em consideração a moldura de horário de trabalho apresentada, ser uma trabalhadora a tempo parcial, a dimensão da empresa, o número de trabalhadores ao serviço, e a especificidade do meu pedido;

- Não põe em causa o clima social da loja e o pedido não colide com a prática anterior e mantém harmonia entre os interesses pessoais e familiares e os interesses da empresa;*
- Nem todos os pais que têm filhos menores têm direito ou reúnem os requisitos para requererem a flexibilidade de horário, portanto, tal alegação não tem correspondência com os factos e a proporção entre o número de trabalhadores da empresa e aqueles que exercem o direito à flexibilidade de horário, pelo motivo em causa.*
- Não há, objectivamente, em face da actividade económica desenvolvida, dos horários praticados, do número de trabalhadores ao serviço, qualquer impedimento para aplicarem a flexibilidade de horário de trabalho.*
- A posição da CITE, que não foi sujeita a qualquer parecer, não tem qualquer relação com o meu caso concreto e não corresponde minimamente aos factos.*
- Indiquei só plataformas móveis adaptáveis, de acordo com a decisão da empresa, de horários de trabalho;*
- Nunca solicitei qualquer horário fixo e entreguei todos os elementos pedidos;*
- Reafirmo que solicitei a organização do horário de trabalho dentro de determinados limites e pelo período consagrado no Código do Trabalho (...).*

- 1.3.** Na verdade, confirma-se que em 9 de Janeiro de 2009 a ..., S.A., já havia solicitado à CITE a emissão de parecer prévio à intenção de recusa do pedido de flexibilidade de horário, apresentado pela referida trabalhadora.
- 1.4.** Em sequência, através do Ofício n.º 244/CITE/09, de 9 de Fevereiro de 2009, foi a trabalhadora, ora requerente, notificada de que o pedido não reunia os requisitos da prestação de trabalho a tempo parcial ou com flexibilidade de horário, previstos nos artigos 78.º a 81.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.
- 1.5.** Todavia, e no que diz respeito ao pedido agora em análise, da intenção de recusa comunicada pelo Director da empresa ..., S.A., através do Ofício ..., à interessada, em 9 de Março de 2009 e recebida nesse mesmo dia, conforme mostra o processo (documento 2) consta que (...) *não estão reunidas as condições para que a empresa possa aceder ao seu pedido concedendo-lhe a flexibilidade requerida.*
Aliás, o seu requerimento não configura, tal como já lhe foi referido, um verdadeiro requerimento de flexibilidade já que a proposta de horário que apresenta não é mais do que um horário fixo.
Aliás, tal facto foi confirmado pela própria CITE que entendeu não emitir parecer pelo facto de V. Ex.ª não concretizar a flexibilidade pretendida.

Por outro lado, tendo em conta diversos factores que foram ponderados e devidamente explanados na nossa anterior comunicação, informamos mais uma vez que a empresa não se encontra em condições de deferir o seu pedido.

Isto porque, tal como é do seu conhecimento a equipa que integra está organizada em horários rotativos. Tudo isto se deve ao prolongado horário de funcionamento da loja que exige a presença de colaboradores durante todo período de funcionamento da loja. Daí a necessidade de rotatividade nos horários ser condição imperativa para o funcionamento da loja. Na verdade, a concessão por parte da empresa, de autorização para cumprimento de horário em regime de flexibilidade nos moldes requeridos por V. Ex.^a, implicaria um prejuízo directo para toda a equipa de trabalho. Sendo certo que todos os trabalhadores estão numa posição de igualdade relativamente ao cumprimento de horários, a loja tenta organizar os horários de modo a que cada trabalhador possa estar com a família o maior tempo possível. No entanto, caso se concedesse a flexibilidade de horário à requerente, outro trabalhador teria que ficar prejudicado, sacrificando assim a sua vida pessoal para que outro(s) trabalhador(es) pudesse(m) beneficiar de um regime de flexibilidade. Esta situação não se afigura de modo algum compatível com o princípio da igualdade, pelo que, o regime em causa não deve ser concedido. Além do mais, o número de colaboradoras do sexo feminino e com filhos de idade inferior a 12 anos que prestam serviços à loja é bastante significativo. Se cada uma das trabalhadoras nestas circunstâncias solicitasse o cumprimento do seu horário de trabalho em regime de flexibilidade, o sistema de rotatividade de horários, que se afigura imprescindível para o funcionamento da loja, estaria seriamente comprometido. O que, conseqüentemente poria em causa a subsistência da loja já que esta não pode funcionar sem trabalhadores.

Pelos motivos supra explanados e contrariamente ao que V. Ex.^a afirma no requerimento apresentado, há, objectivamente, em face da actividade desenvolvida, dos horários praticados, do número de trabalhadores da loja e do número de trabalhadores com filhos de idade inferior a 12 anos, motivos imperiosos de funcionamento da empresa capazes de sustentar uma recusa de flexibilidade de horário.

Assim, face ao exposto, concluímos o seguinte:

- 1. O horário requerido não se afigura como um horário flexível nos termos previstos na lei;*
- 2. O regime de rotatividade de horários é essencial para o funcionamento da loja;*
- 3. A concessão à trabalhadora do referido regime de flexibilidade, para além de prejudicar o funcionamento da loja, iria prejudicar directamente toda a equipa de trabalho;*

4. *Além do mais, iria pôr em causa o clima social da loja;*
5. *A loja tem ao seu serviço um número significativo de colaboradoras nas mesmas circunstâncias da requerente;*
6. *A concessão de regime de flexibilidade a todas as colaboradoras nessas circunstâncias, atendendo a um princípio de igualdade entre todas as trabalhadoras, seria inconciliável com o funcionamento da loja.*

- 1.6.** Através de carta datada de 12 de Março de 2009, a trabalhadora requerente apresentou a apreciação escrita do fundamento da intenção de recusa ao seu pedido de flexibilidade de horário, invocando, sucintamente, que solicitou (...) *a flexibilidade de horário de trabalho pelo período legalmente previsto e dentro de determinados limites e condições.*
- *Não se trata de modo algum de qualquer pedido de horário fixo, mas da organização de horário de trabalho com determinados limites que correspondem a uma objectiva plataforma móvel de horário de trabalho;*
 - *Aliás, de modo algum se pode considerar o constante no item 1 do pedido contido na carta enviada em 17.02.09, o horário fixo. Outrossim, releve-se, ainda, que tenho um regime de part-time de 30 horas que permitirá uma elaboração e afixação de horários de trabalho alargados que não põe em causa os interesses da empresa nem os direitos de flexibilidade decorrentes da necessidade de apoio, acompanhamento e assistência a filha menor;*
 - *Reafirmo o teor da minha carta de 17.02.09 e todos os fundamentos nela constantes;*
 - *A comunicação de V. Ex.^{as} não responde nem tem correspondência com os factos e circunstâncias constantes na carta de 17.02.09.*
- 1.7.** Termina solicitando que *reconsiderem o pedido, sem prejuízo de um parecer objectivo sobre o assunto por parte da CITE – Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego.*

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 2.1.** A Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro dispõe, no seu artigo 1.º, o seguinte: *É aprovado o Código do Trabalho, que se publica em anexo à presente lei e dela faz parte integrante.* Contudo, o n.º 1 do artigo 7.º do referido diploma, sobre a aplicação da lei no tempo, dispõe que: *Sem prejuízo do disposto no presente artigo e nos seguintes, ficam sujeitos ao regime do Código do Trabalho aprovado pela presente lei os contratos de trabalho e*

*instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho celebrados ou adoptados antes da entrada em vigor da referida lei, salvo quanto a condições de validade e a efeitos de factos ou situações totalmente passados anteriormente àquele momento.*¹

- 2.2.** Por outro lado, é estipulado que, nos termos do n.º 2 do artigo 14.º do mesmo diploma, *Os artigos 34.º a 62.º entram em vigor na data de início de vigência da legislação que regule o regime de protecção social da parentalidade.*
- 2.3.** Assim sendo, conclui-se que ao caso *sub judice* se aplica ainda o Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, bem como a respectiva regulamentação, aprovada pela Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, pelo que, ao longo do presente parecer, referir-nos-emos a estes dois diplomas.
- 2.4.** O n.º 1 do artigo 45.º do Código do Trabalho consagra o direito de os trabalhadores com um ou mais filhos menores de 12 anos trabalharem a tempo parcial ou com flexibilidade de horário.
- 2.5.** Para os trabalhadores não abrangidos pelo regime de trabalho especial para a Administração Pública, as condições de atribuição do direito a trabalhar com flexibilidade de horário encontram-se estabelecidas nos artigos 79.º e 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, que regulamenta o Código do Trabalho.
- 2.5.1.** Com as referidas normas, pretendeu o legislador assegurar o exercício de um direito que tem tutela constitucional – o direito à conciliação da actividade profissional com a vida familiar [álnea *b*] do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa].
- 2.5.2.** Para que o trabalhador possa exercer este direito, estabelece o n.º 1 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, que *o trabalhador que pretenda trabalhar a tempo parcial ou com flexibilidade de horário deve solicitá-lo ao empregador, por escrito, com a antecedência de 30 dias, com os seguintes elementos:*
- a) Indicação do prazo previsto, até ao máximo de dois anos, ou de três anos no caso de três filhos ou mais;*
- b) Declaração de que o menor faz parte do seu agregado familiar, que o outro progenitor não se encontra ao mesmo tempo em situação de trabalho a tempo parcial, que não está esgotado o período máximo de duração deste regime de trabalho ou, no*

¹ Sublinhado nosso.

caso de flexibilidade de horário, que o outro progenitor tem actividade profissional ou está impedido ou inibido totalmente de exercer o poder paternal.

- 2.5.3.** Admite, no entanto, que tal direito possa ser negado com fundamento em exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou à impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável (n.º 2 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho).
- 2.5.4.** Em primeiro lugar, convém esclarecer o conceito de flexibilidade de horário à luz dos preceitos constantes dos n.ºs 2 e 3 do artigo 79.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, em que se entende *por flexibilidade de horário aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário*. E esses limites dizem respeito àquilo que a flexibilidade de horário deve conter:
- a) Um ou dois períodos de presença obrigatória, com duração igual a metade do período normal de trabalho diário;
 - b) A indicação dos períodos para início e termo do trabalho normal diário, cada um com uma 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) Um período para intervalo de descanso não superior a duas horas.
- 2.5.5.** É de salientar que, nos termos do n.º 5 do citado artigo 79.º do mesmo diploma legal, *o regime de trabalho com flexibilidade de horário referido nos números anteriores deve ser elaborado pelo empregador*.
- 2.6.** Na verdade, a entidade empregadora pretende recusar o pedido da trabalhadora, fundamentando tal recusa em motivos formais e substanciais.
- 2.7.** No que se refere à questão formal, segundo a qual a entidade empregadora considera que a trabalhadora pretende que lhe seja concedido um horário fixo e não um horário flexível, convém salientar que a trabalhadora solicitou que lhe fossem atribuídos horários de trabalho *entre as 9:00 horas e as 21:00 horas, de segunda a quinta feira, e às sextas feiras e sábados entre as 9:00 e as 23:00 horas, permite uma organização de horário de trabalho adaptável às necessidades da empresa e que não ponha em causa o apoio, acompanhamento e assistência à minha filha, dada a profissão do meu marido (segurança externa a trabalhar por turnos)*.

- 2.8.** É de realçar ainda que, dentro das margens móveis de entrada e saída e dos períodos de presença obrigatória que constituem o horário flexível, é sempre possível cumprir um horário fixo.
- 2.9.** Importa referir que, *in casu*, a trabalhadora apresentou o requerimento e a empresa analisou a questão substancial, tendo sido cumpridos os prazos legalmente previstos.
- 2.10.** Relativamente à questão substancial, a entidade empregadora justifica a recusa apresentando motivos que se prendem com o facto de a trabalhadora integrar uma equipa que se encontra organizada em horários rotativos, e com o prejuízo que poderia advir para toda a equipa, caso fosse autorizada a flexibilidade, designadamente se para manter o clima social da loja e para atender ao princípio da igualdade, tivessem que ser autorizados pedidos semelhantes de todos os trabalhadores nessas circunstâncias, o que seria inconciliável com o funcionamento da loja.
- 2.11.** Isto, porém, não chega. As aludidas razões, por serem meras alegações genéricas ou de índole conclusiva, não permitem, no caso em apreço, avaliar objectivamente quantos trabalhadores se encontram na modalidade de horário flexível naquele estabelecimento.
- 2.12.** Com efeito, as exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou serviço, ou à impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável, que servem de fundamento à recusa do pedido de flexibilidade de horário, nos termos do n.º 2 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, devem ser concretizadas de modo a comprovar que a requerida flexibilidade de horário põe em causa o funcionamento da empresa.
- 2.13.** Todavia, caberia ao empregador elaborar o regime de trabalho com flexibilidade de horário, dentro dos limites da lei, por forma a facilitar à trabalhadora a conciliação da actividade profissional com a vida familiar.
- 2.14.** De facto, os motivos apresentados pela entidade empregadora baseiam-se em situações hipotéticas e juízos de probabilidade, não se demonstrando inequivocamente quais as exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa nem a impossibilidade de substituir a trabalhadora, no caso de esta ser indispensável naquele estabelecimento, uma vez que não é possível concluir, ao longo do processo, que a entidade empregadora não tenha possibilidade de conceder a flexibilidade de horário requerida.

- 2.15.** Ou seja, dito por outras palavras, no caso em análise, e embora a prestação de actividade seja efectuada em horário rotativo, a empresa não demonstra quais as exigências imperiosas de funcionamento que a impedem de autorizar a flexibilidade de horário aos trabalhadores com responsabilidades familiares, como é o caso da requerente, designadamente não informando qual o horário de funcionamento da loja, qual o regime de rotatividade e qual o número de trabalhadores necessários em cada turno, nem se existem e quantos são os trabalhadores a utilizar este regime de trabalho especial.
- 2.16.** Assim, cremos que a questão não pode ser resolvida com esta simplicidade, atentos os concretos valores em jogo.
- 2.17.** Ora, conforme referido, devendo o empregador elaborar um regime de flexibilidade de horário, ao abrigo do n.º 5 do artigo 79.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, que tenha em consideração quer os seus interesses, quer os interesses dos trabalhadores com responsabilidades familiares, não chegou ao conhecimento desta Comissão qual o regime de flexibilidade de horário praticado na empresa, nomeadamente na loja em que a requerente presta a sua actividade pelo que, nesta conformidade, o caso *sub judice* não é passível de ser enquadrado como configurando uma situação excepcional em que se justifique a recusa da entidade empregadora.

Por todo o exposto, e em

III – CONCLUSÃO

- 3.1.** Face ao exposto, a CITE emite parecer desfavorável à intenção de recusa da ..., S.A., relativamente ao pedido de prestação de trabalho em regime de flexibilidade de horário apresentado pela trabalhadora ..., em virtude de não terem sido concretizadas as razões alegadas pela empresa, de modo a comprovar que a requerida flexibilidade de horário põe em causa o funcionamento da loja.
- 3.2.** A CITE recomenda à entidade empregadora que elabore, como deve, o regime de horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares, de acordo com o n.º 3 do artigo 56.º, conjugado com a alínea *b*) do n.º 2 do artigo 212.º, ambos do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, de modo a permitir aos/às seus/as trabalhadores/as a conciliação da actividade profissional com a vida familiar, consignada na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa.

**APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA
CITE DE 20 DE ABRIL DE 2009**