

PARECER N.º 82/CITE/2009

Assunto: Parecer prévio nos termos do n.º 2 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho
Processo n.º 415 – FH/2009

I – OBJECTO

1.1. Em 29 de Maio de 2009, a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE) recebeu do ..., S.A., um pedido de parecer prévio quanto à intenção de recusa do pedido de flexibilidade de horário de trabalho, apresentado pela trabalhadora ...

1.2. Na carta remetida à CITE, e na qual é solicitado o pedido de parecer prévio, a entidade patronal refere que a trabalhadora não apresentou resposta à intenção de recusa.

Da mencionada carta consta ainda que a trabalhadora pretende praticar um horário fixo à 2.ª, 4.ª, 5.ª e sábado, entre as 8h30 e as 18h00, e à 3.ª e 6.ª, entre as 8h30 e as 16h00, com folgas fixas aos domingos e feriados.

Da dita carta consta, ainda, que a intenção de recusa apresentada pela empresa se deve ao seguinte:

- A trabalhadora pretender um horário fixo e não um horário flexível;
- O regime da rotatividade de horário ser essencial para o funcionamento da loja;
- A concessão do horário flexível prejudicar o funcionamento da loja e, directamente, toda a equipa de trabalho e colocar em causa o clima social da loja;
- Na secção Caixas trabalharem 171 colaboradores/as em regime de *part-time* e 5 desses trabalhadores se encontrarem a gozar dispensa para aleitação;
- Na secção Caixas trabalharem 200 colaboradores/as e 58 deles terem filhos/as de idade inferior a 12 anos, que se requeressem este regime especial de trabalho e lhes fosse concedido, tal iria colocar em causa o horário de funcionamento da loja.

1.3. Do pedido apresentado pela trabalhadora, em 27 de Abril de 2009, consta, em síntese, o seguinte:

- A interessada é mãe de uma criança menor de idade, que faz parte do seu agregado familiar e que necessita de acompanhamento e assistência diária, por motivos de saúde, uma vez que o pai se encontra a trabalhar e a residir em Lisboa;

- A trabalhadora solicita a elaboração de horário flexível, embora dentro dos seguintes limites: 2.^a, 4.^a, 5.^a e sábado, das 8h30 às 18h00, e à 3.^a e 6.^a, das 8h30 às 16h00, mas com folgas fixas aos domingos e feriados, conforme tem sido prática habitual.

1.4. Da intenção de recusa comunicada pela empresa à interessada, em 18 de Maio de 2009, consta que:

- Por carta datada de 29 de Abril de 2009, a trabalhadora requereu trabalhar em regime de flexibilidade de horário de trabalho, de modo a prestar acompanhamento ao seu filho menor, tendo para tal efeito junto declaração comprovativa da actividade profissional exercida pelo outro progenitor, declaração médica e relatório médico, que atestam a situação da criança;
- No requerimento apresentado, a trabalhadora solicita a elaboração de horário flexível, de acordo com os seguintes limites: 2.^a, 4.^a, 5.^a e sábado, das 8h30 às 18h00, e à 3.^a e 6.^a das 8h30 às 16h00.
- O pedido da trabalhadora não preenche os requisitos exigidos para a flexibilidade de horário;
- A trabalhadora está integrada na secção Caixas, à qual se encontram afectos 200 colaboradores, sendo que 29 trabalham em *full-time*, 171 em *part-time*, 12 beneficiam do estatuto de trabalhador-estudante e 5 beneficiam de dispensa para aleitação;
- Na secção Caixas existem 8 colaboradores que praticam horário flexível e 58 colaboradores que se encontram em condições de requerer regime de flexibilidade de horário de trabalho, tendo em conta que possuem filhos menores de 12 anos de idade;
- A loja tem um horário de funcionamento de segunda a sexta, das 9h00 às 24h00, aos sábados das 8h00 às 24h00 e aos domingos, das 9h00 às 13h00, sendo necessário manter os colaboradores desde as 8h00 às 00h45, o que só é possível através do regime de rotatividade de horários;
- A maior afluência de clientes à loja ocorre depois das 18h00, o que coincide com a hora limite de saída pretendida pelos colaboradores que beneficiam de condicionalismos de horário;
- Na secção Caixas existem 5 trabalhadores a gozar dispensas para a aleitação, 8 a trabalhar em regime de flexibilidade de horário e vários trabalhadores em regime de *part-time*, pelo que, a serem concedidos regimes de trabalho especial a mais trabalhadores/as, a referida secção teria que encerrar às 18h00, por falta de

colaboradores para assegurarem o seu funcionamento, e tal acarretaria um enorme prejuízo à loja;

- O regime de rotatividade de horários é essencial ao funcionamento e para um atendimento eficiente dos clientes;
- Os horários de trabalho são organizados de forma a permitir aos trabalhadores estarem com a família o máximo tempo possível, pelo que a ser deferida a pretensão da trabalhadora ficaria outro/a trabalhador/a prejudicado, uma vez que teria que cumprir horário nocturno, o que não se afigura justo.

1.5. A trabalhadora não apresentou apreciação escrita do fundamento da intenção de recusa.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 2.1. Uma vez que o pedido de flexibilidade de horário foi apresentado em 27 de Abril de 2009, ao caso em apreço aplica-se 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, de acordo com o n.º 1 do artigo 7.º e n.º 2 do artigo 14.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, que aprovou a revisão do Código do Trabalho.
- 2.2. O direito à conciliação da actividade familiar e profissional, bem como o reconhecimento pela Sociedade e pelo Estado do valor social eminente da maternidade e da paternidade merecem protecção constitucional, de acordo com a alínea *b*) do n.º 1 do artigo 59.º e os n.ºs 1 e 2 do artigo 68.º.
- 2.3. Como corolário dos princípios constitucionais referidos, referia o n.º 1 do artigo 45.º do Código do Trabalho que *o trabalhador com um ou mais filhos menores de 12 anos têm direito a trabalhar a tempo parcial ou com flexibilidade de horário.*
- 2.4. No que diz respeito aos/às trabalhadores/as abrangidos/as pelo contrato individual de trabalho, as condições de atribuição do mencionado direito a que se referia o n.º 1 do artigo 45.º do Código do Trabalho são as que constavam dos artigos 78.º a 81.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.
- 2.5. No que respeita a matéria sobre protecção da maternidade e da conciliação entre a vida profissional e a vida privada dos trabalhadores, o nosso ordenamento jurídico possibilita aos pais e às mães trabalhadoras que ajustem os tempos de trabalho às necessidades dos

filhos, por acordo entre o trabalhador e o empregador. Trata-se de um sistema igualitário, uma vez que as referidas medidas tanto podem ser gozadas pelas mães como pelos pais trabalhadores, embora encontre constrangimentos financeiros e funcionais (*in Estudos de Direito do Trabalho, Igualdade e Conciliação da Vida Profissional e Familiar* – Prof.^a Maria do Rosário Ramalho, volume I das Edições Almedina).

2.6. Cumpridos os formalismos constantes das alíneas *a)* a *c)* do n.º 1 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, o exercício de tal direito só poderia ser recusado com fundamento em exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou à impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável, conforme n.º 2 do mencionado artigo 80.º.

2.7. Para que o/a trabalhador/a possa exercer o referido direito, estabelecia o n.º 1 do artigo 80.º da citada lei, que o/a trabalhador/a que pretenda trabalhar em regime de flexibilidade de horário deve solicitá-lo ao empregador, por escrito, com a antecedência de 30 dias, e indicar os seguintes elementos:

- Indicação do prazo previsto, até ao máximo de dois anos, ou de três anos no caso de três filhos ou mais;
- 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 caso de flexibilidade de horário, que o outro progenitor tem actividade profissional ou está impedido ou inibido totalmente de exercer o poder paternal.

2.8. Por outro lado, à luz do preceituado no n.º 3 do artigo 79.º da referida Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, entende-se por flexibilidade de horário 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.

A flexibilidade de horário deve incluir:

- um ou dois períodos de presença obrigatória, com duração igual a metade do período normal de trabalho diário;
- 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;
- um período para intervalo de descanso não superior a duas horas.

De salientar ainda que, nos termos do n.º 5 do citado artigo 79.º, o regime de trabalho em flexibilidade de horário deve ser elaborado pelo empregador.

2.9. De acordo com o disposto nos n.ºs 5, 6 e 7 e nas alíneas *a)* a *c)* do n.º 9 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, considera-se que o empregador aceita o pedido do/a trabalhador/a nos seus precisos termos:

a) se não comunicar a intenção de recusa no prazo de 20 dias após a recepção do pedido;

b) se, tendo comunicado a intenção de recusar o pedido, não informar o/a trabalhador/a da decisão que sobre o mesmo recaiu nos cinco dias subsequentes ao termo do prazo previsto para a CITE emitir parecer e notificar as partes (30 dias a contar da recepção do pedido de parecer);

c) se não submeter o processo à apreciação da CITE nos cinco dias subsequentes ao fim do prazo para apreciação do/a trabalhador/a (cinco dias após a data da recepção da apreciação escrita).

2.10. Assim sendo, cabe analisar se o conteúdo do pedido apresentado pela trabalhadora se enquadra nas normas descritas e se existe obrigação de a CITE emitir parecer ao abrigo do n.º 2 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.

2.11. No que respeita à parte formal, embora do pedido apresentado pela trabalhadora não conste indicação sobre o período de tempo que a trabalhadora pretende trabalhar em regime de flexibilidade, tal afigura-se-nos irrelevante, na medida em que esta questão não foi suscitada pela entidade empregadora.

2.12. Ainda no que respeita à parte formal, embora do pedido apresentado pela trabalhadora não conste indicação sobre os intervalos de descanso, nem dos períodos de presença obrigatória, tal também fica ultrapassado, na medida em que a trabalhadora solicita que o horário a praticar seja elaborado pela entidade empregadora, conforme estabelece o n.º 5 do artigo 79.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, mas de acordo com os limites por si indicados, ou seja, de forma a poder trabalhar à 2.ª, 4.ª, 5.ª e sábado, das 8h30 às 18h00, e à 3.ª e 6.ª, das 8h30 às 16h00.

2.13. Relativamente à questão substancial, salienta-se que, muito embora a entidade patronal justifique a recusa da pretensão da trabalhadora com base no facto ter necessidade de laborar em regime de rotatividade de horários, e caso autorizasse a trabalhadora a praticar horário flexível tal iria prejudicar o funcionamento da loja e toda a equipa de trabalho, com base no facto de outros trabalhadores da secção Caixas se encontrarem a

gozar outros direitos ou de eventualmente outros/as trabalhadores/as poderem vir também a requer trabalho em regime de flexibilidade de horário, e com base no facto de ser a partir das 18h00 que se verifica maior afluência de clientes à loja, não se afigura que tais alegações genéricas constituam razões imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou serviço/ou à impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a. Para que tais argumentos pudessem constituir razões imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou serviço/ou à impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a, a entidade empregadora deveria ter demonstrado qual o número diário de turnos, que são necessários para cobrir o horário de funcionamento da empresa, e qual o número de trabalhadores/as necessários/as em cada um dos turnos, de modo a poder considerar-se justificada a recusa, tanto mais que a trabalhadora se encontra no regime de folgas fixas ao domingo e aos feriados.

III – CONCLUSÃO

- 3.1.** Face ao que precede, a CITE emite parecer desfavorável à recusa apresentada pelo ..., S.A., relativamente ao pedido de flexibilidade de horário de trabalho formulado pela trabalhadora ..., devendo a entidade patronal elaborar, de acordo com a lei, um regime de horário flexível conforme o disposto no n.º 3 do artigo 56.º, conjugado com a alínea *b)* do n.º 2 do artigo 212.º do Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, de forma a permitir à citada trabalhadora a conciliação da actividade profissional com a vida familiar, conforme dispõe a 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 29 DE JUNHO DE 2009**