

PARECER N.º 70/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 375 – FH/2009

I – OBJECTO

- 1.1. Em 18 de Maio de 2009, a CITE recebeu da ..., L.^{da}, um pedido de parecer prévio quanto à recusa de prestação de trabalho em regime 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, requerida pela trabalhadora ..., com a categoria profissional de operadora de 1.^a, a desempenhar funções na loja que o empregador explora no ...
- 1.2. A trabalhadora requereu flexibilidade de horário, por carta datada de 14 de Abril de 2009, nos termos do n.º 1 do artigo 45.º do Código do Trabalho e do artigo 79.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, pelo período de 2 anos, pelo facto de ser mãe de uma filha menor de 21 meses que necessita do seu apoio, assistência e acompanhamento permanente dado que o seu companheiro está ausente no estrangeiro.
 - 1.2.1. Do requerimento consta que solicita a *elaboração e afixação de horário de trabalho entre as 10h00 e as 18h00, de acordo com a organização de trabalho que considerarem mais adequada.*
- 1.3. Por carta datada de 30 de Abril de 2009, a trabalhadora tomou conhecimento do fundamento da intenção de recusa da empresa, que invoca os seguintes motivos formais e substanciais:
 - 1.3.1. Assim, no que respeita aos motivos formais, a entidade empregadora refere que a trabalhadora *requer a flexibilidade de horário (...) num pedido que não contém todos os requisitos da alínea b) do n.º 1 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, nomeadamente que a menor faz parte do seu agregado familiar.*

1.3.2. No que respeita aos motivos substanciais, a entidade empregadora fundamenta a recusa, da seguinte forma:

- *V. Ex.^a vinha exercendo funções na loja que o empregador explora no centro comercial ..., em ..., prestando o seu trabalho em turnos rotativos das 10h às 17h e das 17h às 20h;*
- *Por transferência, V. Ex.^a passou a exercer funções na loja que o empregador explora no ..., prestando o seu trabalho em turnos rotativos das 10h às 17h das 13h às 20h;*
- *V. Ex.^a veio requerer que o seu horário de trabalho fosse elaborado entre as 10h e as 18h;*
- *Ora, tal prejudica o funcionamento da loja do empregador;*
- *Tal loja tem o seguinte horário de funcionamento, abre às 10h e fecha às 20h, estando aberta todos os dias;*
- *Todas as funcionárias da referida loja exercem funções num esquema de turnos rotativos;*
- *A loja funciona com uma equipa de 8 a 10 funcionárias;*
- *V. Ex.^a veio requerer, na prática, não trabalhar entre as 18h e as 20h;*
- *Tal período de tempo é o de maior afluência de público à loja, pois é altura em que as pessoas saem dos empregos, onde as vendas e potenciais vendas aumentam e quando mais falta faz uma equipa completa à loja;*
- *A concessão de tal horário a V. Ex.^a acarretaria a contratação de mais um trabalhador, de forma a não transtornar os horários das suas colegas;*
- *Em período de crise, em que a facturação da loja tem baixado consideravelmente, não se mostra viável a contratação e formação de mais uma funcionária, com os gastos que daí advêm para o empregador;*
- *Além disso, a presença de uma equipa desfalcada no período de maior afluência, e com a concorrência aguerrida em tempos de crise, prejudicaria, necessariamente, as vendas do empregador, por não permitir uma assistência conveniente aos clientes;*
- *Acresce que mais uma funcionária desta loja, (...), veio requerer a flexibilidade de horário, para um período de tempo semelhante;*
- *Para o empregador é extremamente gravoso, neste tempo de crise, conceder autorização a estes pedidos, que desfalcam a equipa de atendimento ao público, na altura do pico de afluência de clientes à loja;*

- *Sendo certo que a contratação de mais pessoal para a loja em questão a tornaria economicamente inviável;*
- *O empregador não tem, neste momento, um posto de trabalho para oferecer à trabalhadora onde seja possível fazer o horário requerido;*
- *Assim sendo, o empregador manifesta a intenção de recusar o pedido de flexibilidade nos termos requeridos pela trabalhadora.*

1.4. Em 26 de Maio de 2009, a mandatária da entidade empregadora remeteu *e-mail* à CITE, comunicando o seguinte:

Vem informar a CITE que a trabalhadora exerceu direito de resposta.

Contudo, tendo a trabalhadora sido notificada da intenção de recusa no dia 6 de Maio de 2009, deveria ter exercido direito de resposta até 11 do mesmo mês. A resposta foi apenas remetida ao empregador no dia 22 de Maio de 2009, conforme cópia do envelope que se junta (...).

Consequentemente, tal resposta é extemporânea, motivo pelo qual o empregador não a junta ao processo.

1.5. Em 25 de Maio de 2009, a Comissão recebeu carta da trabalhadora, contendo, em anexo, para além de cópia do processo remetido pela entidade empregadora à CITE, cópia da apreciação à exposição de motivos elaborada pelo empregador. Todavia, a referida documentação não é considerada para efeitos de análise do processo em apreço, atendendo à extemporaneidade da resposta da trabalhadora, aliás conforme alegado pela empresa e referido no ponto supra.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. A Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, dispõe, no seu artigo 1.º, o seguinte, que se transcreve: *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 legal, sobre aplicação da lei no tempo, dispõe que: *Sem prejuízo do previsto 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

Assim sendo, é de concluir que ao caso *sub judice* 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, pelo que, ao longo do presente parecer, referir-nos-emos a estes dois diplomas.

- 2.2. 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.
- 2.3. Para os trabalhadores abrangidos pelo regime do contrato individual de trabalho, 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.
 - 2.3.1. Através das referidas **das** normas, pretendeu o legislador assegurar o exercício do direito à conciliação da actividade profissional com a vida familiar, consagrado na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa.
 - 2.3.2. Para que o trabalhador possa exercer o referido direito, estabelece o n.º 1 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, que caso *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) (...), no caso de flexibilidade de horário, que o outro progenitor tem actividade profissional ou está impedido ou inibido totalmente de exercer o poder paternal.*
 - 2.3.3. O n.º 2 do mesmo artigo 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.
- 2.4. Convém, desta forma, esclarecer o conceito de flexibilidade de horário à luz dos preceitos legais constantes dos n.ºs 2 e 3 do artigo 79.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, nos quais se entende *por flexibilidade de horário aquele em que o trabalhador*

¹ Sublinhado nosso

pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário. Tais limites correspondem ao 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.*

2.4.1. De salientar que nos termos do n.º 5 do referido artigo 79.º, *o regime de trabalho com flexibilidade de horário deve ser elaborado pelo empregador.*

2.5. Ora, no caso em análise, a requerente solicita trabalhar num horário elaborado da forma que a entidade empregadora considerar mais adequada, entre as 10h e as 18h, de modo a prestar acompanhamento e apoio à sua filha menor, de 21 meses, pelo facto de o seu companheiro se encontrar ausente no estrangeiro.

2.6. Por seu lado, a entidade empregadora pretende recusar o pedido da trabalhadora, fundamentando a sua oposição em motivos formais e substanciais.

2.6.1. No que se refere à questão formal, alega a entidade empregadora não ter a trabalhadora cumprido os requisitos constantes da alínea b) do n.º 1 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, nomeadamente por não ter informado que a criança faz parte do seu agregado familiar. Ora, na realidade, o que tal preceito designa é que *no caso de flexibilidade de horário*, deve o trabalhador informar que *o outro progenitor tem actividade profissional ou está impedido ou inibido totalmente de exercer o poder paternal*. Na verdade, a trabalhadora ao informar que o seu companheiro se encontra ausente no estrangeiro, faz transparecer ser a própria a responsável pelo acompanhamento da sua filha, afigurando-se, conseqüentemente, ter sido cumprido o requisito constante do preceito legal referido.

2.6.2. 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, das 10h às 17h e das 13h às 20h, alegando que o horário de maior afluência de clientes à loja é o compreendido entre

as 18h e as 20h, exactamente o período durante o qual a trabalhadora não exerceria a sua actividade, caso lhe fosse autorizado o horário que consta do requerimento.

- 2.6.3.** No que respeita à eventual possibilidade de substituir a trabalhadora, caso lhe fosse autorizado o horário que solicitou, alega o empregador que, tendo a facturação da loja baixado consideravelmente, *não se mostra viável a contratação e formação de mais uma funcionária, com os gastos que daí advêm, (...), sendo certo que a contratação de mais pessoal para a loja em questão a tornaria economicamente inviável.*
- 2.6.4.** Por outro lado, refere ainda a entidade empregadora que *não tem, neste momento, um posto de trabalho para oferecer à trabalhadora onde seja possível fazer o horário requerido.*
- 2.7.** Ora, a entidade empregadora informa que a loja na qual a trabalhadora presta a sua actividade se encontra aberta ao público diariamente entre as 10h e as 20h; que tem ao seu serviço entre 8 a 10 trabalhadoras e que a actividade laboral das mesmas é prestada de forma rotativa em dois turnos, o primeiro das 10h às 17h e o segundo das 13h às 20h, ou seja, em dois períodos de sete horas cada, sendo o período de maior afluência o compreendido entre as 18h e as 20h. De facto, embora fique claro que cada turno tem a duração de sete horas, não chegou informação à CITE sobre a duração do período de descanso das trabalhadoras, o que seria importante face à solicitação da requerente que se concretiza no pedido de elaboração de um horário, de acordo com a organização de trabalho considerada mais adequada pela empresa num período de oito horas (entre as 10h e as 18h), horário que inclui períodos coincidentes de ambos os turnos e contém margem para flexibilidade.
- 2.8.** Face ao exposto, afigura-se que a entidade empregadora não demonstrou, de forma suficiente, a impossibilidade de conceder à trabalhadora um horário flexível, contido no período que decorre entre as 10h e as 18h, designadamente, e a título exemplificativo, não informou sobre o número de trabalhadoras de que dispõe face ao número de trabalhadoras que são necessárias em cada turno, uma vez que inclusivamente os horários se sobrepõem, nem qual o período de descanso habitualmente concedido.
- 2.9.** Assim, e não sendo clara a organização do tempo de trabalho existente na loja, face ao número de funcionárias existentes nos turnos, não é possível concluir que à entidade empregadora seja impossível conceder flexibilidade de horário à trabalhadora requerente.

III – CONCLUSÃO

- 3.1.** Face ao exposto, a CITE opõe-se à recusa da ..., L.^{da}, relativamente ao pedido da trabalhadora ..., devendo, a entidade empregadora elaborar, de acordo com a lei, um regime de horário flexível, conforme disposto no 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 à referida trabalhadora, a necessária 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 15 DE JUNHO DE 2009**