

PARECER N.º 15/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 77 – FH/2009

I – OBJECTO

- 1.1. Em 13 de Fevereiro de 2009, a CITE recebeu da ..., S.A., 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 especializada, a desempenhar funções na loja ..., em ...
- 1.2. A trabalhadora requereu flexibilidade de horário, por carta datada de 14 de Janeiro 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 dois filhos, *sendo um menor de 9 anos de idade* e por não ser possível *ao marido apoiar e acompanhar devidamente* a sua filha menor, uma vez que exerce actividade profissional na PSP encontrando-se sujeito a *horário imprevisível*.¹
- 1.2.1. Do requerimento consta que a trabalhadora solicita a *elaboração e afixação de horário de trabalho entre as 9h00 e as 17h30*, de modo a poder prestar apoio e acompanhamento à sua filha, que frequenta o 4.º ano de escolaridade, das 9h00 às 12h00 e das 13h30 às 17h30.
- 1.3. Por carta datada de 30 de Janeiro de 2009, a trabalhadora tomou conhecimento dos fundamentos da intenção de recusa da empresa, que invoca motivos formais e substanciais:

¹ Conforme declaração da entidade empregadora, junta ao processo.

1.3.1. Assim, no que tange aos motivos formais, a entidade empregadora refere que a trabalhadora *indica como horário pretendido o seguinte: de 2.ª a 6.ª feira, das 9h00 às 17h30. Ora, tendo em conta o regime de flexibilidade de horário previsto na lei, constatamos que o horário solicitado não preenche os requisitos exigidos uma vez que não é mais do que um horário fixo. Isto porque o que o legislador pretendeu ao prever o artigo 45.º do Código do Trabalho foi adaptar da melhor maneira o horário de um trabalhador às necessidades de acompanhamento de filhos menores de 12 anos. Assim, este horário deveria flexibilizar-se, para mais ou para menos, consoante as necessidades. A lei não prevê de modo algum um horário fixo para efeitos de regime flexibilidade, pois se assim fosse a redacção do artigo 45.º teria que ser francamente diferente.*

1.3.2. No que respeita aos motivos substanciais, a entidade empregadora refere que os fundamentos para a recusa se referem ao seguinte:

- a trabalhadora integra uma equipa que se encontra *organizada em horários rotativos*, dado que o horário prolongado de funcionamento da loja exige a presença de colaboradores durante todo o período;
- a concessão do regime de flexibilidade, *para além de prejudicar o funcionamento da loja, iria prejudicar directamente toda a equipa de trabalho e iria por em causa o clima social da loja;*
- *a loja tem ao seu serviço um número significativo de colaboradores nas mesmas circunstâncias da requerente;*
- *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.*

1.4. Por carta datada de 6 de Fevereiro de 2009, a trabalhadora apresentou resposta à exposição de motivos da empresa, invocando, sucintamente, o seguinte:

1.4.1. *Sou uma trabalhadora em part-time de 30 horas, e, neste sentido, o pedido de ajustarem o horário de trabalho entre as 9h00 e as 17h30 horas permite uma organização de horário de trabalho adaptável às necessidades da empresa e que não ponha em causa o apoio, acompanhamento e assistência ao meu filho menor, dada a profissão do meu marido (agente da PSP); há razoabilidade e proporcionalidade quer no pedido quer na sua aplicação, tendo em consideração a dimensão da empresa, o número de trabalhadores ao serviço, o número de trabalhadores que solicitaram o pedido ou exercem o direito de flexibilidade, e se tal pedido afectaria objectiva e irreparavelmente*

a actividade económica da empresa, o que não é o caso; a moldura de horário de trabalho é bastante alargada até tendo em consideração que ao longo dos anos trabalhei preponderantemente no período da manhã.

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.*²

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 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*

² Sublinhado nosso.

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, no quais 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*. 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 presente caso, a requerente solicita trabalhar de 2.^a a 6.^a feira num horário elaborado e afixado pela entidade empregadora, entre as 9h00 e as 17h30, pelo facto de ser mãe de duas crianças, uma das quais menor de 9 anos de idade, e pelo facto de o marido não poder acompanhar a filha com regularidade uma vez que exerce actividade profissional, encontrando-se sujeito a horário imprevisível³.

³ Conforme consta da declaração junta pela entidade empregadora.

- 2.6.** Por seu lado, a entidade empregadora pretende recusar o pedido da trabalhadora, fundamentando tal recusa em motivos formais e substanciais.
- 2.6.1.** No que se refere à questão formal, embora no pedido efectuado não conste indicação dos intervalos de descanso nem dos períodos de presença obrigatória, a verdade é que a trabalhadora solicita que o seu horário, que é praticado em *part-time*, seja ajustado entre as 9 horas e as 17 horas e 30 minutos, facultando assim à empresa a possibilidade de esta elaborar a flexibilidade adequada aos interesses do empregador e dos trabalhadores, neste caso da requerente, aliás conforme dispõe o n.º 5 do artigo 79.º do diploma que regulamenta o Código do Trabalho.
- 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, 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 todas as colaboradoras nessa circunstâncias, o que seria inconciliável com o funcionamento da loja.
- 2.6.2.1.** Refira-se, a este propósito, que a linguagem utilizada pela empresa contém indícios de discriminação em função do sexo uma vez que não são apenas as mulheres trabalhadoras com filhos menores de 12 anos que têm direito a regimes especiais de horário mas também os homens trabalhadores com responsabilidades familiares.
- 2.6.3.** De facto, no caso em análise, e embora a prestação de actividade seja efectuada em horário rotativo, a empresa não apresenta comprovativos de 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. 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.

III – CONCLUSÃO

- 3.1.** Face ao que antecede, a CITE emite parecer desfavorável à recusa do pedido formulado pela trabalhadora, na ..., S.A., ...

- 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 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 10 DE MARÇO DE 2009**