

PARECER N.º 32/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 108 – FH/2009

I – OBJECTO

- 1.1. Em 16.03.2009, a CITE recebeu da ..., S.A., um pedido de parecer prévio à intenção de recusa do pedido de flexibilidade de horário apresentado pela trabalhadora ...
- 1.2. Em 11.02.2009, a trabalhadora solicitou *que lhe fossem atribuídos horários deixando ao critério das necessidades da loja, respeitando a rotatividade aplicável das 30 horas semanais com a meia hora de almoço incluído, como habitualmente, e que vai desde a entrada às 8 horas até às 18 horas, hora de saída que possibilita a deslocação até às instalações do ATL onde se encontra o seu filho.*
 - 1.2.1. *Quanto ao período de abrangência desta petição, não tendo a trabalhadora outra alternativa porque o seu marido trabalha fora da área metropolitana do Porto em regime definitivo, solicita que lhe seja concedida a flexibilidade durante a período previsto legalmente, ou seja, por um período de 2 anos, pese embora decorrido este tempo, o menor ainda não seja titular de uma capacidade de auto-suficiência.*
- 1.3. Em 02.03.2009, a entidade empregadora respondeu que a trabalhadora *pretende um horário das 8h às 18h de modo a poder deslocar-se às instalações do ATL que frequenta o seu filho menor. Contudo constatamos que o que a trabalhadora pretende que lhe seja concedido é um horário fixo e não um horário flexível, nos termos da lei.*
 - 1.3.1. *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 de flexibilidade, pois se assim não fosse a redacção do artigo 45.º do Código de Trabalho (actual artigo 57.º por força da última revisão do Código do Trabalho) teria que ser francamente diferente.

1.3.2. A empresa tem intenção de recusar o pedido de flexibilidade de horário requerido pela trabalhadora, com os fundamentos seguintes:

1.3.2.1. *O horário requerido não se enquadra no regime de flexibilidade legalmente previsto.*

1.3.2.2. *O regime de rotatividade de horários é essencial para o funcionamento da loja.*

1.3.2.3. *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.*

1.3.2.4. *Além do mais, iria pôr em causa o clima social da loja.*

1.3.2.5. *A loja tem ao seu serviço um número significativo de colaboradoras nas mesmas circunstâncias da requerente.*

1.3.2.6. *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.*

1.4. A trabalhadora requerente apresentou a apreciação escrita do fundamento da intenção de recusa ao seu pedido de flexibilidade de horário, afirmando que solicitou *uma flexibilização de horário, dentro do período compreendido entre as 8 e as 18 horas, e não como a empresa afirma de um horário fixo das 8 às 18 horas.*

1.4.1. *Esta interpretação para além de desvirtuar o sentido pretendido demonstra que a realidade dos horários que a loja tem vindo a praticar não foi levada em consideração, pois existem horários cujo início de actividade se verifica às 8h, às 8.45 h, 9h, 10h, 11h, 11.30h, às 12 horas entre outros, em que a sua finalização pode ocorrer às 12.30h, 13h, 13.30h, 14 h, 14,30h. 15h, 16h. 17h, 17,30h, 18h, 18,30h, entre outros.*

1.4.2. *Estes diferentes horários rotativos e de carga horária diária diferenciada é dada a conhecer aos funcionários, pela sua hierarquia com uma antecedência de 30 dias da*

sua entrada em vigor. A necessidade de flexibilização de horários não se prende com as entradas diferenciadas, nem com as cargas horárias diárias (também diferenciadas), nem com as saídas diferenciadas, apenas se prende com a necessidade de não fazer horários que ultrapassem as 18 horas, para que possa exercer a responsabilidade de mãe.

1.4.3. *No tocante à posição assumida pela empresa, de que esta petição a ser deferida acarretaria prejuízos directos da equipa, pondo em causa o princípio da igualdade, a trabalhadora manifesta também aqui a sua discordância, pois a sua petição vem ao encontro de horários que vinha praticando até Dezembro de 2008, alterando-se apenas a situação da hora de saída, que começou a colidir com as suas necessidades de cumprimento das obrigações atrás referidas, desde Janeiro de 2009.*

1.4.4. *Reportando-se ainda ao Princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa para além de ter uma vasta abrangência, visa sobretudo o respeito que as Instituições e Órgãos de Soberania devem atentar na defesa dos cidadãos.*

1.4.5. No caso concreto, a requerente não vê que o legislador, ao consagrar um Direito ao trabalhador como o do plasmado no artigo 45.º do Código do Trabalho, esteja a violar princípios fundamentais consagrados na Lei Fundamental do Estado, a Constituição da República Portuguesa, nem que a sua petição venha a suscitar problemas inerentes ao princípio evocado, tanto mais que o quadro de pessoal, que é de mais ao menos 185 a 200 funcionárias, apenas 7 a 10 funcionárias do quadro estão no momento a solicitar este regime de excepção, que salienta, ser de âmbito temporário, o que representa 5 % do quadro total.

1.4.6. A trabalhadora conclui, reiterando o pedido anteriormente formulado.

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, 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.

2.1.1. 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.

2.2. 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 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.

2.3.1. 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 – alínea *b*) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa.

2.3.2. 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 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. 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).

2.4. 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.

2.4.1. 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*.

2.5. Na verdade, a entidade empregadora pretende recusar o pedido da trabalhadora, fundamentando tal recusa em motivos formais e substanciais.

2.6. 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 que vão *desde a entrada às 8 horas até às 18 horas*, hora de saída, deixando ao critério das necessidades da loja, a rotatividade aplicável das 30 horas semanais com a meia hora de almoço incluído, para poder deslocar-se até às instalações do ATL onde se encontra o seu filho, pois, o seu marido trabalha fora da área metropolitana do Porto em regime definitivo.

2.7. 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, que, na verdade, é quase sempre pedido pelo trabalhador, no interesse do empregador.

- 2.8.** 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 nessas circunstâncias, o que seria inconciliável com o funcionamento da loja.
- 2.8.1.** Refira-se a este propósito, 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, pelo que não se justificam os motivos apresentados pela entidade empregadora que se baseiem em situações hipotéticas e juízos de probabilidade, não se demonstrando inequivocamente quais as exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa.
- 2.8.2.** De facto, 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.
- 2.8.3.** 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 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 6 DE ABRIL DE 2009**