

PARECER N.º 41/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 162 – FH/2009

I – OBJECTO

1.1. Em 31 de Março de 2009, a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE) recebeu da Direcção de Recursos Humanos ..., S.A., um pedido de parecer prévio quanto à intenção de recusa do pedido de flexibilidade de horário de trabalho, apresentado pela trabalhadora ..., com a categoria profissional de operadora de hipermercado, conforme consta do atestado passado pela Junta de Freguesia.

1.1.1. Na carta remetida à CITE, e na qual é solicitado o pedido de parecer prévio, a entidade patronal refere que o estabelecimento comercial ... funciona entre as 09h e as 23h, de segunda-feira a quinta-feira, e entre as 09h e as 24h, de sexta-feira a sábado, e aos domingos e feriados entre as 09h e as 13h.

Da mencionada carta consta ainda que a entidade patronal tem ao seu serviço na loja 285 colaboradores/as, sendo que 83 são mães trabalhadoras com filhos menores de idade e 75 dessas trabalhadoras terminam o seu horário de trabalho após as 20h, e só 8 delas praticam um horário fixo diurno.

Mais consta da referida carta que a trabalhadora solicitou a prática de um horário de trabalho entre as 07h e as 19h, de forma a poder dar apoio ao seu filho, tendo para tal efeito junto declaração em como o menor faz parte do seu agregado familiar e declaração da ama do menor, que comprova o horário em que esta fica com a criança à sua guarda.

Igualmente consta da mencionada carta que, caso fosse deferida a pretensão da trabalhadora, tal iria repercutir-se nos horários praticados pelos/as trabalhadores/as, uma vez que os mesmos praticam horários rotativos (duas semanas no horário da manhã e duas semanas no horário de fecho), de modo a não sobrecarregar apenas alguns/mas trabalhadores/as e a que todos/as conciliem a actividade familiar com a vida profissional.

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

- A interessada é mãe de uma criança menor de idade, que faz parte do seu agregado familiar;
- A trabalhadora encontra-se afecta à secção do *Take-Away*, e de acordo com autorização do chefe do sector praticou o turno da manhã e o turno intermédio, ao longo dos últimos dois anos, de modo a poder prestar assistência ao seu filho menor e enquanto não chegava a um entendimento com o outro progenitor da criança, que lhe permitisse conciliar a actividade familiar com a profissional.
- Embora a trabalhadora tenha acordado com o referido chefe terminar a sua jornada diária pelas 9h30, duas vezes por semana, não lhe é possível continuar a praticar o horário nocturno, pelo que solicita a prática do horário de abertura ou do horário intermédio por mais algum tempo, devendo os horários de trabalho lhe serem organizado entre as 7h e as 19h, de modo a poder acompanhar e a prestar assistência ao filho.

1.1.3. Da intenção de recusa comunicada pela empresa à interessada, em 20 de Março de 2009 (24 dias após a entrega do pedido), consta que:

- A trabalhadora, no pedido apresentado em 27 de Fevereiro de 2009, não indicou o período em que pretendia usufruir de flexibilidade de horário de trabalho, e que das 174 trabalhadoras ao serviço na loja, 83 são mães com filhos menores e 75 praticam turnos rotativos e terminam o seu horário de trabalho após as 20h, e só 8 tem um horário fixo diurno.
- A entidade patronal não tem possibilidade de deferir o pedido da trabalhadora, uma vez que a trabalhadora integra uma equipa que está organizada por turnos rotativos, e ao ser aberta uma excepção para a trabalhadora tal teria que ser reconhecido a outros/as colaboradores/as, o que tornaria difícil o funcionamento da loja.

Por outro lado, a trabalhadora encontra-se afecta ao sector do *Take-Away*, onde cada equipa integra uma cozinheira e três auxiliares, que praticam um horário de trabalho entre as 07h e as 15h, entre as 15h e as 2h ou entre as 11h e as 20h, e existem dois períodos fortes de atendimento em linha (entre as 11h30 e as 14h30 e as 18h30 e as 21h30), pelo que não é possível dispensar a trabalhadora.

1.1.4. A trabalhadora apresentou apreciação escrita do fundamento da intenção de recusa e solicita que lhe seja fixado um horário de trabalho que lhe permita às segundas-feiras e às terças-feiras terminar a sua jornada diária de trabalho até às 22h e nos restantes dias da semana até às 19h.

A trabalhadora salienta ainda que, devido ao facto de no sector do *Take-Away* serem praticados três horários de trabalho, a entidade patronal tem possibilidade de lhe atribuir o horário de abrir ou o intermédio, por forma a conciliar a actividade familiar com a profissional.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 2.1. 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.
- 2.1.1. Como corolário dos princípios constitucionais referidos, o n.º 1 do artigo 45.º do Código do Trabalho veio consagrar que *o trabalhador com um ou mais filhos menores de 12 anos tem direito a trabalhar a tempo parcial ou com flexibilidade de horário.*
- 2.1.2. 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 refere o n.º 1 do artigo 45.º do Código do Trabalho são as que constam dos artigos 78.º a 81.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.
- 2.1.3. 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).
- 2.1.4. Cumpridos os formalismos constantes das alíneas *a)* a *c)* do n.º 1 do artigo 80.º da citada lei, o exercício de tal direito só pode 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.

2.1.5. Para que o/a trabalhador/a 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 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.

2.1.6. Por outro lado, à luz do preceituado no n.º 3 do artigo 79.º da 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.

2.1.7. 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).

2.1.8. 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.

2.1.9. 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 não é relevante, na medida em que a trabalhadora solicita que o horário a praticar seja organizado diariamente entre as 7h e as 19h, de modo a permitir que a empresa tenha a possibilidade de elaborar a flexibilidade, tendo em conta os seus interesses e os interesses dos/as trabalhadores/as, conforme lhe compete, de acordo com o n.º 5 do artigo 79.º do diploma que regulamenta o Código do Trabalho.

2.1.10. Ainda quanto ao que é alegado pela entidade patronal, relativamente ao facto de a trabalhadora no pedido não ter indicado o prazo pelo qual pretendia usufruir de flexibilidade de horário de trabalho, cumpre referir que, tendo o empregador promovido o processo de intenção de recusa e solicitado a emissão de parecer prévio à CITE e não fundamentado (...) *que a inexistência de indicação do prazo é essencial para ajuizar a oportunidade do pedido, não deverá este facto implicar uma invalidade automática daquele, devendo-se, por motivos de economia processual¹, entender que se trata de um pedido realizado, no caso em análise, pelo período máximo de dois anos, conforme foi decidido no parecer n.º 125/CITE/2008, aprovado por unanimidade dos membros presentes na reunião da CITE do dia 10 de Dezembro de 2008.*

2.1.11. Ainda quanto aos aspectos formais, verifica-se que o pedido da trabalhadora foi apresentado em 23 de Fevereiro de 2009 e a intenção de recusa foi notificada à trabalhadora no dia 20 de Março de 2009, ou seja, 24 dias após a entrega do pedido.

Assim sendo, a entidade patronal ao ter notificado a trabalhadora da intenção de recusa após o decurso do prazo previsto na alínea *a*) do n.º 9 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho (20 dias), afigura-se-nos que aceitou o pedido do trabalhador nos seus precisos termos, conforme dispõe o n.º 9 do referido preceito, pelo que, desde já, deverá

¹ A lei não impede que o trabalhador volte a apresentar novo pedido para suprimento dos elementos em falta.

a trabalhadora praticar um horário de trabalho que se situe entre as 07h e as 19h, a fixar pelo empregador.

2.1.12. Relativamente à questão substancial, salienta-se ainda que, muito embora a entidade patronal justifique a recusa da pretensão da trabalhadora com base no facto de a trabalhadora integrar uma equipa que se encontra organizada em horários rotativos, e que a ser aberta uma excepção para a trabalhadora tal teria que ser reconhecido a outros/as colaboradores/as, e ainda com base no facto de a trabalhadora se encontrar afectada ao sector do *Take-Away*, onde cada equipa integra uma cozinheira e três auxiliares e existem dois períodos fortes de atendimento em linha (entre as 11h30 e as 14h30 e as 18h30 e as 21h30), não demonstra que a recusa se prenda com razões imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou serviço/ou à impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a, na medida em que não são indicadas as funções que a trabalhadora desempenha, de modo a poder considerar-se que a trabalhadora é indispensável ao funcionamento da loja.

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.

3.2. Tendo em conta as alterações ocorridas recentemente ao Código do trabalho no que respeita a matéria sobre regime de horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares, de acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 56.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, reforçado pela alínea *b*) do n.º 2 do artigo 212.º do mesmo diploma legal, recomenda-se ao ..., S.A., que elabore, como lhe compete, o regime de horário flexível de/a trabalhador/a com filho/s menor/es de 12 anos de idade, de modo a permitir aos/às trabalhadores/as ao seu serviço 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 20 DE ABRIL DE 2009**