

PARECER N.º 56/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 311 – FH/2009

I – OBJECTO

- 1.1. Em 27.04.2009, a CITE recebeu da ..., L.^{da}, pedido de parecer prévio à intenção de recusa do pedido de flexibilidade de horário apresentado pela trabalhadora ...
- 1.2. Em 02.04.2009, a trabalhadora solicitou *a flexibilidade de horário de saída às 17h30 anulando assim a saída às 19h30, como tem vindo a ser até à data. A carga horária diária manter-se-á nas 8 horas.*
 - 1.2.1. *O motivo do seu pedido vem em consequência da ausência do seu cônjuge por um período alongado para o estrangeiro, o que implica uma necessidade, da minha parte, de uma retaguarda familiar a três filhos menores, os quais têm um horário escolar incompatível com o meu horário de saída.*
 - 1.2.2. *A data prevista para início de flexibilidade de horário será a partir de 15 de Abril, inclusive.*
- 1.3. Em 13.04.2009, a entidade empregadora respondeu à trabalhadora que indefere a flexibilidade de horário pedida a 2 de Abril 2009, não autorizando nem consentindo a alteração pretendida, com base dos seguintes termos:
 - a) *O horário pretendido não corresponde às necessidades de serviço prestado pela funcionária para o qual foi admitida.*
 - b) *A Valência de Sala de Estudo tem o horário de atendimento prestado às crianças das 16h30 às 19h30, horário que se justifica pela saída diária de crianças das escolas do ensino básico e chegada ao ... após as 16h30.*

c) A funcionária ... é única para esta valência e foi especificamente contratada para este tipo de função.

d) A prestação realizada pela funcionária merece avaliação de desempenho positiva pelo que é nossa intenção manter este serviço a funcionar, mantendo o seu contrato de trabalho no horário estabelecido para este ano lectivo 2008/2009, que é 10h30 – 12h30 e 13h30 – 19h30 – horário de almoço pedido pela funcionária em Setembro 2008. O referido contrato de trabalho, data de 2 de Janeiro 2006, sendo assinado e aprovado pela própria já com os três filhos menores.

1.4. A trabalhadora requerente, através da sua advogada, apresentou a apreciação escrita do fundamento da intenção de recusa ao seu pedido de flexibilidade de horário, afirmando que *solicitou autorização para trabalhar em regime de flexibilidade de horário, mantendo-se a carga horária de 8 horas, com saída às 17,30 horas e não às 19,30 como até então. Este pedido surgiu em virtude desta ser mãe de três filhos menores de 12 anos e o seu marido e pai dos menores estar ausente dos pais, por motivos laborais, encontrando-se, assim, temporariamente impedido de exercer o poder paternal.*

1.4.1. Acrescenta ainda a trabalhadora que *a entidade patronal, aceitou e reconheceu o alegado pela trabalhadora no seu pedido, no entanto, "indeferiu a flexibilidade de horário".*

1.4.2. *A trabalhadora não pode aceitar o alegado pela entidade patronal na sua intenção de recusa, pois, não é verdade que a funcionária, tenha sido contratada para suprir a falta de pessoal em determinado horário, uma vez que, na altura em que foi contratada já existiam colegas com este mesmo horário que ainda hoje o mantêm.*

1.4.3. *A trabalhadora não se limita à valência da sala de estudo, prestando, também apoio no jardim de infância. Executando, ainda, outras funções, tais como limpeza, transporte de crianças, entre outras, para as quais sabe que não foi contratada, realizando-as, no entanto, por entender ser importante dar o seu apoio às colegas e entidade patronal, mantendo o bom ambiente no local de trabalho.*

1.4.4. *É falso que a trabalhadora seja a única com qualificação para a valência da sala de estudo, existindo, conforme já referido, outras colegas que podem prestar apoio nesta área. Aliás, até à data, a entidade patronal, não teve necessidade de contratar novo trabalhador para a substituir, nos seus períodos de férias e doença (dela ou filhos),*

recorrendo, às outras funcionárias. Como é falso que tenha sido contratado especificamente para este tipo de função.

- 1.4.5.** *A trabalhadora conclui que é seu entendimento que a entidade patronal não demonstra, nem prova, na intenção de recusa, que mais parece uma decisão definitiva, existirem fundamentos inerentes a exigências imperiosas ligadas ao funcionamento do serviço, ou à impossibilidade de substituir a trabalhadora, devendo o presente pedido de flexibilidade ser atendido pela entidade patronal por um período de um ano.*

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 (RCT).

- 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 [álínea *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 RCT 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 RCT, 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 nos motivos constantes da carta entregue à trabalhadora em 14.04.2009.
- 2.5.1.** Com efeito, a entidade empregadora alega, mas não demonstra que *o horário pretendido não corresponde às necessidades de serviço prestado pela funcionária para o qual foi admitida.*
- 2.5.2.** A entidade empregadora alega, também, e não demonstra que a trabalhadora é única para a valência de estudo e foi especificamente contratada para este tipo de função.
- 2.5.3.** De facto, no caso em análise, a entidade empregadora não demonstra quais as exigências imperiosas de funcionamento que a impedem de autorizar a flexibilidade de horário a uma trabalhadora com as responsabilidades familiares da requerente.
- 2.5.4.** 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 instituição, 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 instituição ..., L.^{da}, 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 instituição.
- 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 18 DE MAIO DE 2009**