

PARECER N.º 71/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, 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 374 – FH/2009

I – OBJECTO

- 1.1. A CITE recebeu, em 18.05.2009, da mandatária da empresa ..., L.^{da}, pedido de emissão de parecer prévio à intenção de recusa do pedido de flexibilidade de horário, apresentado pela trabalhadora ..., operadora especializada, a exercer funções no estabelecimento sito no...
- 1.2. Do requerimento da trabalhadora, datado de 14/04/2009, e recebido pela empresa em 17.04.2009, consta sucintamente que:
 - A trabalhadora é mãe de uma menor com 17 meses;
 - Trabalha na empresa desde 1.09.1999;
 - O marido exerce funções de vigilante de transporte de valores e está sujeito a horários que não lhe permitem acompanhar a filha menor;
 - Em face do horário praticado pelo Centro de Educação Infantil que a filha frequenta, torna-se necessário requerer uma flexibilidade de horário;
 - A flexibilidade de horário requerida terá a duração de dois anos, e corresponderá a um horário elaborado entre as 10.30h e as 17.00h, de segunda a sexta-feira, de modo a poder acompanhar a filha menor;
 - A mudança constante de loja, após o parto, tem obrigado a trabalhadora a transferir a filha de infantário, o que implica custos adicionais e prejuízos para o desenvolvimento da criança.
- 1.3. Da intenção de recusa comunicada à trabalhadora em 30.04.2009, constam, sucintamente, os seguintes argumentos:
 - A trabalhadora exercia funções na loja que a entidade empregadora explora no ..., em ..., em regime de turnos rotativos das 10.00h às 17.00h e das 17.00h às 20.00h;

- O requerimento de flexibilidade de horário apresentado pela trabalhadora não contém todos os requisitos legais, nomeadamente declaração em como a menor faz parte do seu agregado familiar;
- A trabalhadora, por motivo de transferência, presta funções na loja do empregador no ..., em regime de horário por turnos rotativos das 10.00h às 17.00h e das 13.00h às 20.00h;
- O requerido pela trabalhadora implica a redução do horário de trabalho em 30 minutos, elaborado entre as 10.30h e as 17.00h, de segunda a sexta-feira, não trabalhando entre as 17.30h e as 20.00h, e folgando, sempre, aos fins-de-semana;
- Tal facto prejudica o funcionamento da loja, uma vez que:
 - a) A loja funciona todos os dias das 10.00h às 20.00h;
 - b) A loja funciona com uma equipa de 8 a 10 funcionárias sujeitas a turnos rotativos;
 - c) Entre as 17.30h e as 20.00h existe uma maior afluência de público à loja, havendo aumento de vendas e potenciais vendas, fazendo falta uma equipa completa que garanta uma assistência aos clientes;
 - d) A flexibilidade requerida implicaria a contratação e formação de mais um trabalhador, o que não é viável atendendo ao momento de crise, em que a facturação da loja baixou consideravelmente;
 - e) Mais uma trabalhadora da mesma loja solicitou flexibilidade de horário semelhante;
 - f) O gozo de folgas fixas prejudica o período de maior afluência de clientes e transtorna o cumprimento da lei sobre o número de folgas anuais, que têm de corresponder a um Domingo, pelo que a consequência teria de ser o desfalque da equipa ou o incumprimento da lei para os restantes trabalhadores;
 - g) A entidade empregadora não dispõe de outro posto de trabalho em que seja possível a flexibilidade pretendida.

1.4. Em 15.05.2009, a entidade empregadora envia nova carta à trabalhadora, na sequência da devolução da intenção de recusa que enviara e que não fora reclamada na estação dos CTT juntando, novamente, toda a documentação.

1.5. Em 21.05.2009, a mandatária da entidade empregadora envia o comprovativo da recepção, pela trabalhadora, da segunda via da intenção de recusa, que ocorreu em 19.05.2009, informando que a trabalhadora não havia respondido até àquela data, muito embora ainda o pudesse vir a fazer.

- 1.6.** Em 25.05.2009, a trabalhadora requerente envia à CITE o processo de pedido de flexibilidade de horário, contendo a sua apreciação à intenção de recusa, duas cartas referentes à transferência de loja, de 19.03.2009 e 3.04.2009, e uma carta sobre pedido de mudança de horário, de 7.10.2008.
- 1.7.** Em 26.05.2009, a mandatária da entidade empregadora remete à CITE a apreciação da trabalhadora à intenção de recusa, enviada por esta em 22.05.2009, sucintamente nos seguintes termos:
- Não existe uma afluência significativa de clientes, estando a trabalhadora indevidamente a desempenhar tarefas que não correspondem à sua categoria profissional;
 - O pedido não põe em causa o clima social da empresa e a loja tem a mesma actividade da anterior, onde estava colocada;
 - A trabalhadora solicitou plataforma móvel e não fixa de horário de trabalho, pretendendo trabalhar de Segunda a Domingo, com folgas rotativas;
 - Todo o processo, incluindo o da transferência do local de trabalho visa condicionar os direitos da trabalhadora.
- 1.8.** Do processo remetido à CITE pela mandatária da entidade empregadora fazem parte uma declaração da Creche Infântário ..., e comprovativos de envio e recepção de documentos.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 2.1.** A Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, dispõe, no n.º 1 do artigo 7.º, sobre aplicação da lei no tempo 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.*

Também, de acordo com o n.º 2 do artigo 14.º do referido diploma os artigos 34.º a 62.º do Código do Trabalho, entram em vigor na data de início da vigência da legislação que regule o regime de protecção social da parentalidade, ou seja 1 de Maio de 2009.

Neste sentido, tratando-se de um pedido de flexibilidade de horário requerido em 17.04.2009, ao caso em análise 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.

2.2. O artigo 68.º da Constituição da República Portuguesa estabelece que:

1. Os pais e as mães têm direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país.

2. A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes.

Também o disposto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 59.º da lei fundamental portuguesa estabelece como garantia de realização profissional das mães e pais trabalhadores que: *Todos os trabalhadores, (...) têm direito (...) à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar.*

2.3. Para concretização dos princípios constitucionais enunciados, e sob a epígrafe *Tempo de trabalho*, previa o artigo 45.º do Código do Trabalho o direito do trabalhador, com um ou mais filhos menores de doze anos, a trabalhar a tempo parcial ou com flexibilidade de horário.

O direito enunciado encontrava-se regulamentado, para os trabalhadores com contrato individual de trabalho¹, nos artigos 78.º a 82.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, aí se estabelecendo as regras respeitantes ao seu exercício.

2.3.1. Para tal, consagrava o n.º 1 do artigo 80.º da referida lei regulamentar que o trabalhador deveria observar os seguintes requisitos, quando formulasse o pedido de flexibilidade de horário:

- Solicitar ao empregador a flexibilidade de horário por escrito e com uma antecedência de trinta dias em relação à data em que pretendesse iniciar o exercício deste direito;
- Indicar o prazo previsto em que pretendesse gozar de um regime de trabalho especial, com um limite de dois ou três anos, consoante se tratasse de menos de três filhos ou de três filhos ou mais;
- Declarar que o outro progenitor tinha actividade profissional ou que estava impedido ou inibido totalmente de exercer o poder paternal.

¹ Vide artigos 1.º, 110.º e seguintes da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.

2.3.2. Uma vez requerida esta pretensão, o empregador apenas poderia recusar o pedido com fundamento em exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou serviço, ou à impossibilidade de substituir o trabalhador se este fosse indispensável, dispondo, para o efeito, do prazo de vinte dias, a partir da recepção do pedido do trabalhador, para o informar por escrito sobre os fundamentos da intenção de recusa. Se não observasse o prazo indicado, considerava-se aceite o pedido formulado, nos termos da alínea *a*) do n.º 9 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.

Além do dever de fundamentação da recusa, e sempre que esta ocorresse, seria obrigatório o pedido de parecer prévio à CITE, nos cinco dias subsequentes ao fim do prazo estabelecido para apreciação pelo trabalhador, implicando a sua falta a aceitação do pedido deste, nos precisos termos em que o formulou.²

Ainda assim, mesmo em presença do pedido de emissão de parecer prévio no prazo indicado na lei, caso a intenção de recusa da entidade empregadora não merecesse parecer favorável desta Comissão, tais efeitos só poderiam ser alcançados através de decisão judicial que reconhecesse a existência de motivo justificativo.³

2.4. Entende-se por 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, a possibilidade que o trabalhador tem de poder 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.

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. A mandatária da empresa, ao abrigo da legislação mencionada enviou à CITE o presente processo, cujo conteúdo determina as seguintes considerações:

² Vide n.ºs 6 e 9 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.

³ Vide n.º 3 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.

2.5.1. A entidade empregadora recebeu o pedido de flexibilidade de horário da trabalhadora, em 17.04.2009, e colocou à disposição desta, em 30.04.2009, o fundamento da intenção de recusa do seu pedido, cumprindo, assim, o estipulado no n.º 4 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.

Não obstante, e em momento em que lhe é notificado que a destinatária não recebeu o fundamento da intenção de recusa do seu pedido, a entidade empregadora notifica, novamente, a trabalhadora permitindo que esta se pronuncia sobre o motivo da recusa, o que se verificou ter acontecido, em 25.05.2009.

2.5.2. No conteúdo dessa recusa a entidade empregadora alega que o pedido da trabalhadora não contém todos os requisitos legais, nomeadamente, a declaração em como a menor faz parte do seu agregado familiar.

Não exigindo a lei, para a flexibilidade de horário, esta declaração é, no entanto, evidente no pedido formulado que tal se verifica.

2.5.3. De acordo com a informação da empresa, a trabalhadora presta o seu trabalho em regime de turnos rotativos em dois horários: das 10.00h às 17.00h e das 13.00h às 20.00h, de Segunda a Domingo.

O horário de funcionamento da loja ocorre entre as 10.00h e as 20.00h, todos os dias da semana.

A trabalhadora solicita uma flexibilidade de horário entre as 10.30h e as 17.00h, de Segunda a Sexta-feira, e esclarece, posteriormente, em sede de apreciação escrita do fundamento da intenção de recusa, que a flexibilidade pretendida é para ser exercida de Segunda a Domingo, com folgas rotativas.

Nestes termos, decorre da análise da posição das partes que a empresa labora em regime de dois turnos de 7 horas cada um, entre as 10.00h e as 20.00h de cada dia, sete dias por semana, e que a trabalhadora pretende uma flexibilidade de horário entre as 10.30h e as 17.00h.

2.5.4. De facto, a trabalhadora ao indicar que pretende uma flexibilidade de horário elaborada entre as 10.30h e as 17.00h, escolhe para início e termos do seu trabalho diário um período inferior ao horário fixo que pratica no primeiro turno.

Tal redução não é explicada pela trabalhadora e afigura-se não ser susceptível de permitir à entidade empregadora a determinação de uma flexibilidade de horário, tal como esta se encontra prevista na lei.

Acresce a esta impossibilidade, a dificuldade em compreender a justificação da necessidade, alegada pela trabalhadora, no ajustamento do horário de trabalho com o horário escolar da sua filha menor uma vez que, funcionando a creche entre as 9.00h e as 18.00h, a trabalhadora pretende, ainda assim, iniciar o seu trabalho às 10.30h, ou seja 30 minutos mais tarde que o início do horário actual.

- 2.5.5.** Afigura-se, nestes termos, que o pedido formulado pela trabalhadora não consubstancia um pedido de flexibilidade de horário, e nesse sentido procedem os motivos invocados pela entidade empregadora quando alega que o horário requerido desvirtua, necessariamente, a organização do tempo de trabalho definida como sendo a que se ajusta às necessidades do funcionamento da loja.

III – CONCLUSÃO

- 3.1.** Em face do exposto, a CITE delibera emitir parecer prévio favorável à intenção de recusa da prestação de trabalho em regime de flexibilidade de horário, nos termos requeridos pela trabalhadora ..., uma vez que, tal pedido não se afigura como sendo um pedido enquadrável no conceito de flexibilidade de horário, sem prejuízo da trabalhadora poder vir a formular novo pedido que reúna todos os requisitos exigíveis.

**APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA
CITE DE 15 DE JUNHO DE 2009**