

PARECER N.º 64/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 341 – FH/2009

I – OBJECTO

- 1.1.** A CITE recebeu da Companhia ..., S.A., em 7.05.2009, pedido de emissão de parecer prévio à intenção de recusa do pedido de flexibilidade de horário, apresentado pela trabalhadora ..., com categoria profissional de operadora de hipermercado, a exercer funções no estabelecimento ...
- 1.2.** Do requerimento da trabalhadora, datado de 3 /04/2009, consta sucintamente que:
- É mãe de duas crianças menores de 12 anos;
 - As crianças frequentam uma Instituição/Jardim de Infância cujo horário é das 7.00h às 19.00h, de Segunda a Sexta-feira;
 - O pai dos menores tem actividade profissional com estatuto permanente e obrigatório e está obrigado ao regime de prevenção 24 horas por dia;
 - Até Agosto de 2008, os horários eram organizados de maneira a que as trabalhadoras a tempo completo, ou seja, que praticassem um horário de 40 horas semanais, como é o caso da trabalhadora, prestassem trabalho nocturno apenas uma vez por semana;
 - Esta organização foi alterada em Setembro de 2008;
 - Até 31 de Dezembro de 2008, trabalhadora laborou em regime de jornada contínua;
 - Este regime vai sofrer alterações, a partir de Janeiro de 2009, para o modelo de jornada descontínua, o que implica automaticamente um alargamento de uma hora no horário de trabalho;
 - Em face das alterações efectuadas na organização de horários da loja, a trabalhadora tem necessidade em apresentar o presente requerimento, tanto mais que, tendo em conta o tempo despendido no trajecto entre o local de trabalho (...) e a Instituição frequentada pelos filhos menores (...), não é possível à trabalhadora terminar o período de trabalho de Segunda a Sexta-feira após as 18.00h;

- Aos Sábados, a Instituição está fechada e a trabalhadora não tem com quem deixar os filhos até às 12.00h, só podendo, por isso, trabalhar depois dessa hora;
- Solicita, pelo prazo de 24 meses, o seguinte horário:
 - A) Início do período diário de trabalho entre as 9.00h e as 13.00h, e término entre as 17.00h e as 21.00h, com um período de presença obrigatória das 13.00h às 17.00h;
 - B) Início do período diário de trabalho entre as 13.00h e as 15.00h, e término entre as 19.00h e as 23.00h, com um período de presença obrigatória das 15.00h às 19.00h;
- De Segunda a Sexta-feira não poderá sair depois das 18.00h, e as pausas para refeição, que deverão ter duração igual a uma hora, deverão ser indicadas pela empresa nos termos da lei, ou seja, entre as três e as cinco horas de trabalho;
- Relativamente às folgas, solicita o sistema de rotação equiparado ao sistema das seis semanas, uma vez que, actualmente, as folgas não obedecem a qualquer tipo de esquema de aplicação.

1.3. Da intenção de recusa comunicada à trabalhadora em 09.12.2008, constam, sucintamente, os seguintes argumentos:

- O requerimento da trabalhadora não tem por objecto a prestação do trabalho em regime de horário flexível mas a prestação de trabalho em regime de horário fixo, não tendo apresentado declaração em como o menor vive consigo em comunhão de mesa e habitação;
- A trabalhadora é funcionária da empresa desde 01.03.2004, tem a categoria profissional de operadora de hipermercado e exerce funções no hipermercado ...;
- Nesta loja são praticados horários diversificados, com períodos de trabalho de 8 horas diárias, em regime de horário contínuo com uma hora de intervalo para refeição e com dias de descanso semanal rotativos, de acordo com o Contrato Colectivo de Trabalho;
- Os horários são organizados de forma a preverem a prestação de trabalho durante os sete dias da semana, uma vez que o estabelecimento está aberto ao público durante os sete dias da semana, de acordo com o Contrato Colectivo de Trabalho;
- O descanso semanal é organizado para que coincida com quinze domingos por ano, dos quais cinco desses domingos combinam, preferencialmente, com descanso ao sábado, de acordo com o Contrato Colectivo de Trabalho;
- No regime de horários diversificados com 8 horas de trabalho diário existem em regra três horários:
 - 1 – Abertura: início entre as 8.45h e as 9.30h, e saída entre as 16.45h e as 17.00h,

com intervalo de 1 hora para refeição;

2 – Intermédio: início entre as 10.00h e as 12.00h, e saída entre as 18.30h e as 20.30h, com intervalo de 1 hora para refeição;

3 – Fecho: início entre as 15.00h e as 16.30h, e saída entre as 23.30h e as 24.00h, com intervalo de 1 hora para refeição;

- Desde a admissão da trabalhadora, em 01.03.2004, e até 30.10.2005, esta prestou o seu trabalho no regime de 30 horas semanais;
- Desde 1.11.2005, o horário passou a ser de 40 horas semanais, em regime de horários diversificados e rotativos com os colegas da secção;
- De 18.04.2006 a 14.09.2006, a trabalhadora gozou a licença por maternidade;
- Após o seu regresso praticou os horários de abertura, intermédio e fecho, com 30 minutos de intervalo para refeição;
- Em 9.10.2008, a trabalhadora apresentou pedido de horário de trabalho em regime de adaptabilidade, tendo esse pedido sido recusado pela empresa, com posterior informação da CITE esclarecendo tratar-se de um pedido de horário fixo;
- A trabalhadora apresenta novo pedido em 21.11.2008, que por ter sido recusado deu origem ao Parecer n.º 6/CITE/2009, favorável à intenção de recusa do empregador, por entender desvirtuar a organização do tempo de trabalho;
- O presente pedido é cópia do pedido apresentado em 21.11.2008;
- O horário, de facto pretendido pela trabalhadora, tem início às 9.00h e término às 18.00h, com 1 hora de intervalo para almoço, de Segunda a Sexta-feira, com folgas determinadas por um sistema de rotação de seis semanas;
- A trabalhadora pretende prestar trabalho de Segunda a Sexta-feira no horário de abertura, a fixar entre as 9.00h e as 18.00h, com intervalo de 1 hora, e aos Sábados e Domingos pretende o horário de abertura, intermédio ou de fecho, com início às 9.00h e término às 23.00h, com intervalo de 1 hora;
- O pedido apresentado não consubstancia um pedido de trabalho em regime de flexibilidade ou de tempo parcial, mas sim a alteração do horário de trabalho que passaria a ser necessariamente fixo de Segunda a Sexta-feira;
- Cabe à empresa a elaboração do horário de trabalho em regime de flexibilidade de horário, que pode ser diferente do horário de abertura de Segunda a Sexta-feira ou diferente do horário de abertura, intermédio ou fecho aos Sábados e Domingos;
- Tal horário fixo é incomportável para a empresa;
- O ... tem um período de abertura ao público entre as 9.00h e as 24.00h, de Segunda a Sábado, e entre as 9.00h e as 13.00h ao Domingo e dias feriados;
- É a partir das 16.00h que a generalidade dos clientes começa a afluir;

- A média de vendas desta loja, por dia, é de 30%, entre as 9.00h e as 17.00h e 70%, entre as 17.00h e as 24.00h;
- As vendas ao Sábado representam 40% do total da semana completa, e, aos Domingos, 20% do total das vendas da semana;
- Se todos os trabalhadores em situação idêntica à da trabalhadora pretendessem prestar o seu trabalho no horário de abertura de Segunda a Sexta-feira, o ... deixaria de ter os funcionários necessários para o atendimento de clientes no horário intermédio e de fecho;
- Contratar mais funcionários para o horário intermédio e de fecho implicaria consequências económicas totalmente inoportáveis.

1.4. Da apreciação escrita do fundamento da intenção de recusa apresentada pela trabalhadora, e datada de 24.04.2009, consta sucintamente que:

- Na secção onde trabalha, não é aplicada uma escala rotativa de descanso semanal, sendo a sua marcação de acordo com os interesses da secção ou da empresa;
- Desde o nascimento do primeiro filho que apenas praticou o horário de fecho uma vez por semana;
- Tal facto nunca prejudicou a sua vida familiar;
- A partir de Setembro de 2008, a empresa decidiu organizar horários, com horários de fecho durante uma semana seguida, situação que se alterou em Janeiro de 2009, voltando ao horário de fecho, apenas uma vez por semana;
- A trabalhadora não pode entrar antes das 12.00h aos Sábados, por não ter com quem deixar o filho, mas a partir dessa hora está disponível para qualquer horário;
- A trabalhadora apenas pretende que às folgas seja aplicado um qualquer tipo de rotação, previsível e não aleatório, podendo ser, ou não, a rotação em seis semanas;
- A trabalhadora não solicita um horário fixo;
- A instituição frequentada pelos filhos encerra às 19.00h e fica a 20 Km de distância do local onde trabalha, numa hora de bastante tráfego rodoviário;
- A loja de ... tem cerca de 600 a 700 trabalhadores, tendo sido apenas a trabalhadora a solicitar flexibilidade de horário, pelo que o pedido é razoável e não põe em causa, de forma objectiva e irreparável, a actividade económica da empresa;
- A trabalhadora não vislumbra qualquer objectividade ou impedimento concreto para a recusa da flexibilidade de horário;
- Na secção onde trabalha visa-se pressionar e prejudicar as trabalhadoras que pretendem usufruir dos direitos fundamentais da protecção à criança, situação incompreensível quando se trata de uma empresa com certificação em

responsabilidade social.

- 1.5.** São juntos ao processo, para além dos documentos anteriormente indicados, os seguintes elementos:
- Declaração do Comando Distrital da PSP de ..., de 2.10.2008;
 - Declaração do Centro de Assistência Paroquial de ...;
 - Dois Boletins de Nascimento;
 - Horário de trabalho da trabalhadora de Janeiro e Fevereiro;
 - Comprovativos de 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 3.04.2009, 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*, prevê 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 encontra-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, consagra o n.º 1 do artigo 80.º da referida lei regulamentar que o trabalhador deve observar os seguintes requisitos, quando formula 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 pretende iniciar o exercício deste direito;
- Indicar o prazo previsto em que pretende gozar de um regime de trabalho especial, com um limite de dois ou três anos, consoante se trate de menos de três filhos ou se trate de três filhos ou mais;
- Declarar que o menor faz parte do seu agregado familiar, que o outro progenitor tem actividade profissional ou que está impedido ou inibido totalmente de exercer o poder paternal.

2.3.2. Uma vez requerida esta pretensão, o empregador apenas poderá recusar o pedido com fundamento em exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou serviço, ou à impossibilidade de substituir o trabalhador se este for 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 observar o prazo indicado, considera-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 ocorra, é ainda 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

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

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 mereça parecer favorável desta Comissão, tais efeitos só poderão ser alcançados através de decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo.³

2.4. Considera-se, assim, que a empresa ao abrigo da legislação mencionada enviou à CITE o presente processo, cujo conteúdo determina as seguintes considerações:

2.4.1. A trabalhadora solicitou, em 3.04.2009, a flexibilidade de horário ao abrigo dos normativos sobre regimes de trabalho especiais, por ser mãe de duas crianças com idade inferior a 12 anos, cumprindo a antecedência de 30 dias.

Em 21.04.2009, a empresa informa a trabalhadora dos fundamentos da intenção de recusa.

Esta intenção é entregue em 23.04.2009, dispondo a trabalhadora de 5 dias, a partir desta data, para apresentar uma apreciação escrita do fundamento da intenção de recusa, podendo fazê-lo até 28.04.2009.

Findo o prazo para resposta da trabalhadora, a empresa dispõe de 5 dias para submeter o processo à apreciação da CITE (n.º 6 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho), facto que ocorreu no presente processo, em 05.05.2009.

2.4.2. Por determinação da alínea *c*) do n.º 9 do supra referido artigo 80.º, considera-se que o empregador aceita o pedido do trabalhador, nos seus precisos termos, quando não envia o processo à CITE no prazo estabelecido no n.º 6 do preceito legal citado.

Tal situação é verificável no presente processo porquanto a empresa, que deveria ter enviado o parecer à CITE até ao dia 4.05.2009, inclusive, apenas o envia no dia 5.05.2009.

2.4.3. De facto, a trabalhadora requer uma flexibilidade de horário, enquadrável na previsão legal estabelecida no artigo 79.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, conforme já tinha sido definido no ponto 2.3.2. do Parecer n.º 6/CITE/2009, cuja actualidade, nesta questão, se mantém, verificada a similitude do horário requerido.

Resulta inequívoco que a trabalhadora é mãe de duas crianças com idade inferior a 12 anos e que, muito embora no requerimento inicial não seja referido expressamente que

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.

ambas fazem parte do seu agregado familiar, tal facto resulta implícito no requerimento apresentado e é esclarecido na apreciação à intenção de recusa. Tal facto resulta, também, aceite pela empresa, no ponto 34. da exposição de motivos, uma vez que não é invocada a ilegitimidade do pedido.

2.4.4. Neste sentido, tratando-se de um pedido que cumpre os requisitos legais, o mesmo deve ser aceite, nos seus precisos termos, por motivo do decurso do prazo previsto no n.º 6 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.

2.4.5. Não obstante o deferimento tácito ocorrido, é de referir que do presente requerimento apresentado pela trabalhadora e dos horários por si praticados, nos meses de Janeiro e Fevereiro, conclui-se que a trabalhadora, ainda que pratique as três modalidades de horário, no caso do horário de fecho, este, geralmente, só lhe está atribuído uma vez por semana, e nos restantes casos, o horário intermédio termina no máximo entre as 19.00h e as 20.00h.

Assim, face à demonstração realizada pela trabalhadora, os motivos invocados pela entidade empregadora não seriam suficientes para recusar o pedido por razões imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou relacionadas com a impossibilidade de substituir a trabalhadora, por esta ser indispensável, pois, na verdade, ainda que o horário de funcionamento da empresa implique a existência de horários rotativos, no caso em concreto, e porque a trabalhadora sempre poderia cumprir o horário de fecho aos Sábados, não resulta fundamentado o motivo que inviabilize, de Segunda a Sexta-feira a flexibilidade requerida, ou seja, a possibilidade de terminar o período normal de trabalho diário entre as 17.00h e as 21.00h, quando na prática a trabalhadora, que alega dificuldade em acabar o trabalho depois das 18.00h, em regra termina entre as 19.00h e as 20.00h.

Em conclusão, não resulta demonstrada pela entidade empregadora a impossibilidade na flexibilização do horário de trabalho da trabalhadora entre as 18.00h e as 20.00h, quando o mesmo pode, por determinação da própria empresa terminar entre as 18.30h e as 20.30h (ponto 7. da exposição de motivos).

Por último, refere-se que a trabalhadora sempre poderá praticar um horário fixo dentro da flexibilidade por si requerida, não implicando tal facto a desvirtuação do regime da flexibilidade de horário previsto na lei, devendo a empresa, nos termos previstos na alínea *b*) do n.º 2 do artigo 212.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, na elaboração do horário de trabalho facilitar ao trabalhador a conciliação da actividade profissional com a vida familiar, o que, no caso em análise,

implica também a criação de uma rotatividade das folgas realizada com a necessária estabilidade.

III – CONCLUSÃO

- 3.1.** Em face do exposto, a CITE delibera emitir parecer prévio desfavorável à intenção de recusa da prestação de trabalho em regime de flexibilidade de horário, nos termos requeridos pela trabalhadora ..., uma vez que, de acordo com a alínea *c*) do n.º 9 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, se considera que a ..., S.A., aceitou o pedido nos seus precisos termos.

**APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA
CITE DE 1 DE JUNHO DE 2009**