

PARECER N.º 59/CITE/2006

Assunto: Parecer prévio nos termos do n.º 2 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho –
Flexibilidade de horário
Processo n.º 63 – FH/2006

I – OBJECTO

1.1. A CITE recebeu da empresa ..., S.A., em 3 de Agosto de 2006, pedido de emissão de parecer prévio à intenção de recusa do pedido de flexibilidade de horário, apresentado pela trabalhadora com a categoria de Operadora de Hipermercado, a prestar serviço no estabelecimento de ..., ...

1.1.1. A advogada da trabalhadora, em carta datada de 9 de Junho de 2006, vem referir que a sua cliente tem enviado várias cartas e documentos solicitando a atribuição de um horário fixo das 8h00 às 17h00, de segunda a sexta-feira, não tendo obtido, por parte da empresa, qualquer resposta.

Alega que há 18 anos a trabalhadora trabalha nesta empresa e é mãe de uma menina, actualmente com 3 anos de idade, que necessita de acompanhamento, o que, dado a mãe trabalhar aos fins-de-semana e o pai trabalhar numa empresa de transportes, com horário móvel e folgas rotativas, torna impossível conciliar a vida familiar e os dois horários de trabalho móveis, não havendo mais ninguém com quem deixar a sua filha.

Pede o reconhecimento do seu direito aos fins-de-semana.

1.1.1.1. Encontra-se junto a este processo uma carta datada de 5 de Abril de 2006, e assinada pela trabalhadora, em que esta solicita uma flexibilidade de horário, a ser gozado a partir de 10 de Maio de 2006, nos seguintes termos:

- Já tinha escrito à entidade empregadora a solicitar a flexibilidade de horário, em 9 de Dezembro de 2004, e não obteve resposta à mesma;
- Tem uma filha de 3 anos que necessita dos cuidados da mãe;
- A filha frequenta a escola com horário de funcionamento entre as 7h00 a as 19h00 de segunda a sexta-feira, encerrando aos sábados, domingos e feriados;
- O marido trabalha numa empresa de transportes, com função de motorista e com horário móvel e folgas rotativas, não beneficiando de flexibilidade de horário ou trabalho a tempo parcial;

- A trabalhadora trabalha no *horário de abertura – 1*, das 8h00 às 17h00, desde Fevereiro de 2002;
- A escola encerra aos fins-de-semana e feriados e há meses em que o marido não folga um único fim-de-semana, e outros em que tem duas folgas, não havendo quem tome conta da filha;
- Vive em instabilidade porque não sabe quando tem folga ou quando tem de trabalhar ao fim-de-semana.

1.1.1.2. Em 3 de Julho de 2006, a empresa dirige um fax à advogada da trabalhadora solicitando informação do período pelo qual a sua cliente pretende prestar trabalho em regime de folgas fixas ao fim-de-semana.

1.1.1.3. Por fax, de 5 de Julho de 2006, a advogada da trabalhadora responde indicando um período de 2 anos.

1.1.2. Da intenção de recusa, com data de 21 de Julho de 2006, e entregue à trabalhadora em 22 de Julho, consta sucintamente o seguinte:

- A trabalhadora é funcionária da empresa desde 16 de Maio de 1988, tem a categoria de operadora de hipermercado e presta funções no estabelecimento de ...;
- A relação de trabalho é regulada pelo Contrato Colectivo de Trabalho (CCT) celebrado entre a APED e a FEPCES, publicado no BTE, 1.^a série, n.º 13, de 8 de Abril de 2005;
- No estabelecimento onde a trabalhadora desenvolve a sua actividade, são praticados horários diversificados e com dias de descanso semanal rotativos;
- Os horários são organizados de forma a preverem a prestação de trabalho durante os 7 dias da semana, sendo esse o número de dias em que o estabelecimento está aberto ao público;
- O descanso semanal é organizado de forma a que coincida pelo menos a 15 domingos por ano, dos quais 5 combinam, preferencialmente, com descanso ao sábado;
- A trabalhadora sempre praticou o horário de trabalho com dias de descanso semanal rotativo, como acontece com a totalidade dos trabalhadores da empresa em situação idêntica à sua;
- No estabelecimento de ..., são praticados horários diversificados com períodos de 8 horas diárias, vigorando as escalas por um período mínimo de um mês;
- Neste regime de horários diversificados com 8 horas de trabalho diário existem em regra três horários: o da abertura, das 8h00 às 17h00, com intervalo de uma hora para refeição, o intermédio das 11h00 às 20h00, com intervalo de uma hora para refeição e

o de fecho das 14h00 às 23h00, com intervalo de uma hora para refeição;

- A trabalhadora presta o seu trabalho em horário diversificado com 8 horas diárias. Em Novembro de 2002, nasceu a sua filha e, nessa sequência, desde fim de Fevereiro de 2002, a trabalhadora tem praticado o horário de abertura, que lhe foi atribuído em virtude da sua gravidez e conseqüente dispensa do trabalho nocturno;
- Em 5 de Julho de 2006, a trabalhadora através da sua representante completou a instrução de um requerimento onde pretende que lhe seja atribuído um horário fixo das 8h00 às 17h00, com folgas aos sábados e domingos, durante um período de 2 anos;
- A trabalhadora não pretende prestar trabalho em horário flexível, pois não indicou, designadamente, um ou dois períodos de presença obrigatória, com duração total igual a metade do período normal de trabalho diário e os 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;
- O pedido da trabalhadora constitui, não uma alteração do tempo de trabalho mas antes uma alteração do horário de trabalho actualmente praticado, que passaria a ser um horário fixo com dias de descanso semanal fixos;
- Não obstante a irregularidade do requerimento, a empresa decide responder neste processo;
- O horário de abertura foi atribuído à trabalhadora para assegurar os direitos inerentes à maternidade e no período em que esteve grávida, puérpera e lactante, tendo-se mantido este porque as necessidades de trabalho do estabelecimento de ... assim o justificam;
- O horário requerido, ainda que não se enquadre na previsão legal, seria incomportável para a empresa;
- O estabelecimento tem um período de abertura ao público entre as 9h00 e as 23h00, e aos domingos e feriados entre as 9h00 e as 13h00;
- É a partir das 15h00, aproximadamente, que a generalidade dos clientes começa a afluir;
- Das 9h00 às 15h00, a média diária das vendas naquele estabelecimento é de 45%, e das 15h00 às 23h00 é de 55%;
- Aos sábados e domingos, verifica-se o maior fluxo de clientes e o registo de mais vendas, com 22% do total das vendas semanais ao sábado e 8% ao domingo, neste último caso, apenas com 5 horas de abertura ao público;
- Se todos os trabalhadores em situação idêntica à da trabalhadora pretendessem prestar trabalho no horário de abertura, o estabelecimento deixaria de ter trabalhadores para o atendimento durante o horário intermédio e o de fecho, e aos sábados e domingos;

- Seria necessário contratar mais pessoal para esses horários, o que implica consequências económicas inoportáveis;

1.1.3. Datada de 26 de Julho de 2006, é apresentada pela advogada da trabalhadora, e em nome desta, a apreciação escrita à exposição dos motivos, cujo conteúdo é sucintamente o seguinte:

- Na empresa existem várias tarefas às quais corresponde o horário diário fixo, e com descanso ao fim de semana, como é o caso dos trabalhadores das portarias;
- A trabalhadora não se importa de ser colocada noutra função, desde que tenha o horário pretendido e possa folgar ao fim de semana;
- Independentemente do número de trabalhadores em abstracto que possam preencher as condições do direito à flexibilidade de horário, cada caso tem de ser ponderado e analisado individualmente e não num contexto global;
- As exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa não ficaram demonstradas.

1.2. Para além das peças processuais acima referidas, são juntos ao processo os seguintes documentos:

- Declaração do Externato ...;
- Declaração da empresa ... Transportes.

1.3. A empresa submete o presente processo à CITE, em 3 de Agosto de 2006.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. 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.*

2.2. Para concretização dos princípios constitucionais enunciados, e sob a epígrafe *Tempo de trabalho*, prevê o artigo 45.º do Código do Trabalho (CT) o direito de o 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.

2.2.1. Por determinação do artigo 79.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, entende-se 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.

Também, por determinação do mesmo normativo, a flexibilidade de horário deve:

- a) Conter um ou dois períodos de presença obrigatória, com duração igual a metade do período normal de trabalho diário;
- b) Indicar os períodos para início e termo do trabalho normal diário, cada um com 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) Estabelecer um período para intervalo de descanso não superior a duas horas.

O regime de trabalho com flexibilidade de horário, referido neste normativo, deve, por determinação do seu n.º 5, ser elaborado pelo empregador.

2.2.2. Para tal, estabelece o n.º 1 do artigo 80.º da referida lei regulamentar que o trabalhador deve observar os seguintes requisitos, quando formula o seu 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 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 está impedido ou inibido totalmente de exercer o poder

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

paternal.

2.2.3. 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.

Além do dever de fundamentação da recusa, e sempre que esta ocorra, é ainda obrigatório o pedido de parecer prévio à CITE, no prazo de cinco dias a seguir 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 mereça parecer favorável desta Comissão, tais efeitos só poderão ser alcançados através de decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo.³

2.3. Ao abrigo da legislação mencionada, a empresa enviou à CITE o presente processo, cujo conteúdo determina as seguintes considerações:

2.3.1. Consta do processo enviado a esta Comissão um pedido de flexibilidade de horário apresentado pela trabalhadora à empresa, com data de 5 de Abril de 2006.

Conforme é afirmado na carta da advogada da trabalhadora, datada de 9 de Junho de 2006, sobre a mesma questão, a trabalhadora tem enviado várias cartas e documentos a solicitar a atribuição de um horário fixo das 8h00 às 17h00, e de segunda a sexta-feira, não tendo obtido, por parte da empresa, qualquer resposta.

2.3.1.1. Nos termos do n.º 9 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, determina considerar-se que:

O empregador aceita o pedido do trabalhador 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 trabalhador da decisão sobre o mesmo nos cinco dias subsequentes à notificação referida no n.º 7 ou, consoante o caso, no fim do prazo estabelecido nesse número;

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.

c) Se não submeter o processo à apreciação da entidade que tenha competência na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres dentro do prazo previsto no n.º 6.

Em face do disposto neste normativo, torna-se necessário determinar, no caso em concreto, se ocorreu ou não o deferimento tácito do pedido da trabalhadora formulado no dia 5 de Abril.

Analisando o conteúdo deste pedido, constata-se que a trabalhadora não cumpriu os requisitos legais, designadamente quanto à indicação do prazo previsto em que pretende gozar de um regime de trabalho especial e, principalmente, quanto à substancia do próprio pedido, na medida em que solicita um horário não enquadrável no conceito legal de flexibilidade de horário.

Pelos motivos indicados não se poderá considerar tacitamente deferido o pedido da trabalhadora, porque não cumpre os requisitos legais obrigatórios. Nos termos do n.º 9 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, para se poder considerar um pedido tacitamente deferido é necessário que este seja um pedido de flexibilidade de horário, que cumpra o disposto nos artigos 79.º e 80.º da referida Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.

2.3.1.2. Não obstante não ter ocorrido o deferimento tácito, situação que a própria advogada da trabalhadora não invoca, é por esta corrigido o requerimento da trabalhadora, em 5 de Julho de 2006, no que se refere ao requisito legal de indicação do prazo durante o qual pretende gozar de um regime de trabalho especial.

2.3.1.3. A empresa, ainda que admitindo tratar-se de um pedido de alteração de horário e não de um pedido de flexibilidade de horário, decide responder ao requerimento apresentado sujeitando o caso à apreciação da CITE.

Considerando o início do pedido a 5 de Julho, verifica-se que a empresa não cumpre o estabelecido no n.º 6 do referido artigo 80.º da lei regulamentar.

Contudo, em 5 de Julho, não ocorreu a correcção substancial do pedido, mas tão somente a correcção formal, pelo que também não poderá considerar-se este tacitamente aceite, ainda que, por um dia, a empresa não cumpra o prazo estabelecido para submeter o processo à apreciação da CITE.

Cabe, por isso, analisar a intenção de recusa, emitida pela empresa, e respectiva apreciação escrita à exposição de motivos.

2.3.2. A empresa invoca que, no estabelecimento onde a trabalhadora desenvolve a sua actividade, são praticados horários diversificados e com dias de descanso semanal

rotativos.

A trabalhadora sempre praticou o horário de trabalho com dias de descanso semanal rotativo, como acontece com a totalidade dos trabalhadores da empresa em situação idêntica à sua.

O pedido da trabalhadora constitui, não uma alteração do tempo de trabalho, mas antes uma alteração do horário de trabalho actualmente praticado, que passaria a ser um horário fixo com dias de descanso semanal fixos.

Ainda que este não se enquadre na previsão legal, seria incomportável para a empresa, pois o estabelecimento tem um período de abertura ao público entre as 9h00 e as 23h00, e aos domingos e feriados entre as 9h00 e as 13h00, e é a partir das 15h00, aproximadamente, que a generalidade dos clientes começa a afluir. Aos sábados e domingos, verifica-se o maior fluxo de clientes e o registo de mais vendas, com 22% do total das vendas semanais ao sábado e 8% ao domingo, neste último caso, apenas com 5 horas de abertura ao público.

Conclui a empresa que, se todos os trabalhadores em situação idêntica à da trabalhadora pretendessem prestar trabalho no horário de abertura, o estabelecimento deixaria de ter trabalhadores para o atendimento durante o horário intermédio e o de fecho, e aos sábados e domingos, o que implicaria a necessidade de contratar mais pessoal para esses horários, acarretando tal facto consequências económicas incomportáveis.

2.3.3. A empresa tem um período de funcionamento, de segunda-feira a domingo.

Por determinação do artigo 189.º do Código do Trabalho, devem ser organizados turnos de pessoal diferente, sempre que o período de funcionamento ultrapasse os limites máximos dos períodos normais de trabalho⁴.

Conforme decorre da alínea *d*) da Cláusula 10.ª do CCT aplicável, o descanso coincidirá sempre com os dias de sábado e domingo para os trabalhadores adstritos aos serviços administrativos e outros que não tenham ligação directa com os serviços comerciais. Fora destes casos, os dias de descanso são rotativos.

A trabalhadora tem a categoria profissional de operadora de hipermercado, cuja descrição de funções vem prevista no Anexo I do CCT referido, encontrando-se aí mencionado que desempenha de forma polivalente todas as tarefas inerentes ao bom funcionamento do hipermercado, designadamente o atendimento e acompanhamento de clientes.

⁴ Vide artigo 158.º do Código do Trabalho sobre período normal de trabalho.

2.3.4. Solicitar horários fixos e períodos de descanso não rotativos, quando é condição essencial para o funcionamento do estabelecimento que os trabalhadores com a categoria de operadores de hipermercado tenham horários diversificados e descanso semanal rotativo, não é solicitação que se enquadre na noção de flexibilidade de horário. Não se pode, nestes termos, deixar de considerar suficientemente fundamentada pela empresa a existência de motivos relacionados com o seu funcionamento que justificam a recusa apresentada.

III – CONCLUSÃO

3.1. Pelas razões indicadas nos pontos antecedentes, a CITE emite parecer prévio favorável à intenção de recusa da prestação de trabalho em regime de flexibilidade de horário, nos termos requeridos pela trabalhadora ...

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 21 DE AGOSTO DE 2006, COM O VOTO CONTRA DA REPRESENTANTE DA CGTP – CONFEDERAÇÃO GERAL DOS TRABALHADORES PORTUGUESES