

PARECER N.º 84/CITE/2009

Assunto: Pedido de flexibilidade de horário apresentado pela trabalhadora ...

Entidade empregadora – ...

Processo n.º 482 – QX/2009

I – OBJECTO

- 1.1.** Em 1 de Abril de 2009, CITE recebeu da requerente trabalhadora ... uma exposição referente ao seu pedido de horário flexível, junto da sua entidade empregadora ..., nos seguintes termos, que aqui se recompilam:

Na sequência de contactos anteriormente havidos, venho pelo presente junto anexar carta nesta data remetida à minha entidade patronal – ...

- 1.2.** Da aludida carta, consta o seguinte:

Eu, ..., operadora de hipermercado, ao serviço de V. Ex.^{as} desde 07.07.2003, sou mãe solteira de um menor de 10 (dez) anos.

Sucedem, porém, que presentemente o meu filho depende exclusivamente do meu apoio e acompanhamento, não tendo qualquer possibilidade de ser efectuado por terceiros.

Assim sendo, nos termos do artigo 45.º da Lei n.º 99/03, conjugado com os artigos 79.º e 80.º, alínea a), venho pela presente solicitar a flexibilidade de horários de trabalho por um período de dois anos.

Nesta conformidade, solicito a elaboração e a fixação de horário de trabalho entre as 8.00 e as 17.00, de acordo com a organização de horário de trabalho que considerarem mais adequado, de modo a poder prestar acompanhamento e apoiar o meu filho, devido à minha situação de mãe solteira, ao horário escolar (cópia em anexo) e à sua total dependência maternal.

- 1.3.** Importa referir que já o CESP – Sindicato dos Trabalhadores do Comércio, Escritórios e Serviços de Portugal, em 24 de Novembro de 2008, veio junto da CITE participar que (...)
A empresa manteve uma posição intransigente de recusa, com graves prejuízos para a trabalhadora que tem perturbado de forma gradualmente evidente o equilíbrio e aproveitamento escolar do filho.

(...) Em face da posição do Grupo ..., inaceitável e não sustentada, que não o prestigia,

põe em causa direitos da maternidade e paternidade e torna inócua algumas das normas, designadamente a que concerne à adaptabilidade de horário de trabalho, solicitamos parecer, Urgente, de V. Ex.^{as}, sobre a matéria em causa (...).

1.4. Em 13 de Maio de 2009, a CITE contactou a entidade empregadora em referência solicitando a respectiva pronúncia sobre a presente matéria.

1.5. A entidade empregadora, na sua resposta, datada de 28 de Maio de 2009, vem alegar o seguinte:

(...) Informa-se que a empresa também recebeu a carta da ..., datada de 1 de Abril de 2009.

A empresa respondeu à trabalhadora ... por carta datada de 17 de Abril de 2009 recusando o pedido apresentado, conforme documento n.º 1 que se junta para prova e que aqui se dá por integralmente reproduzida para todos os efeitos legais.

Esta é em resumo a posição da empresa:

Em 17 de Junho de 2008, a trabalhadora apresentou um requerimento onde pretende que lhe seja atribuído horário em regime de flexibilidade e a elaboração e afixação de horário de trabalho entre as 8:00 horas e as 17:00 horas durante um período de 2 anos. O requerimento foi recusado em 7-07-08 por se entender que o pretendido pela trabalhadora era a prestação do trabalho em regime de horário fixo.

Em 25 de Novembro de 2008, a trabalhadora apresentou outro requerimento reiterando o já apresentado em 17-06-08.

O requerimento de 25-11-08 foi recusado em 03-12-08, também por se entender que o pretendido era a prestação do trabalho em regime de horário fixo.

Todos estes requerimentos foram submetidos a apreciação da CITE que não emitiu parecer por entender que não estavam reunidos os pressupostos legais, conforme carta de 14-01-2009, referência 00065, Processo 628/FH/2008.

Concluindo a CITE no processo 628/FH/2008 que o pedido não se enquadrava dentro do regime de prestação de trabalho a horário a tempo parcial ou com flexibilidade de horário, decidindo não emitir parecer prévio – cf. Processo CITE 628/FH/2008.

Na carta datada de 1 de Abril de 2009, a trabalhadora voltou a apresentar mais um requerimento onde pede autorização para a prestação do trabalho em regime de horário flexível, apresentando como horário das 08.00 horas às 17.00 horas, de acordo com a organização do trabalho que considerem mais adequada.

Este pedido da trabalhadora de 1 de Abril de 2009, respondido pela empresa em 17 de Abril de 2009, é uma reedição, uma cópia tal e qual, dos já apresentados em 17-06-08 e em 25-11-08, que foram recusados e foram submetidos à apreciação da CITE, que

por sua vez recusou a emissão do parecer no referido processo 628/FH/2008.

Na carta de 1 de Abril de 2009, mais uma vez, a trabalhadora apresenta não um requerimento para a prestação do trabalho em regime de horário flexível, mas sim para a prestação do trabalho com horário fixo, a praticar entre as 08:00 horas e as 17.00 horas.

Pelo que, à semelhança do já decidido no âmbito do processo 628/FH/2008, a CITE não tem condições para emissão do parecer pois o pedido apresentado pela trabalhadora em 1-04-2009 não diz respeito a um pedido de flexibilidade de horário.

No ... de ..., os horários são organizados de forma a preverem a prestação de trabalho durante os 7 dias da semana, pois o estabelecimento está aberto ao público durante os 7 dias da semana, em conformidade, com a cláusula 10.^a n.º 1, alínea c) do CCT, outorgado entre a APED – Associação Portuguesa de Empresa de Distribuição e a FEPCES – Federação Portuguesa de Sindicatos do Comércio, Escritório e Serviços, publicado no Boletim do Trabalho e Emprego, 1.^a série, n.º 13, de 8 de Abril de 2005.

O descanso semanal é organizado para que coincida, pelo menos, a 15 domingos por ano, dos quais 5 desses domingos combinam, preferencialmente, com descanso ao sábado em conformidade com a cláusula 10.^a n.º 1, alínea c) do CCT aplicável ao sector.

No ... de ... são praticados horários diversificados com 8 horas de trabalho diário, e existem em regra três horários: o da abertura, das 7.00 horas às 16.00 horas ou das 8.00 horas às 17.00 horas, com intervalo de 1 hora para refeição, o intermédio das 11.00 horas às 20.00 horas com intervalo de 1 hora para refeição e o de fecho das 14.30 horas às 23.30 horas com intervalo de 1 hora para refeição.

O ... de ... tem o período de abertura ao público entre as 9.00 horas e as 23.00 horas de segunda-feira a quinta-feira, entre as 09.00 e as 24.00 horas à sexta-feira e ao sábado, e entre as 9.00 horas e as 13.00 horas ao domingo e dia de feriado.

É a partir das 15.00 horas, aproximadamente, que a generalidade dos clientes começa afluír.

Sendo que em média as vendas do ... de ..., das 9.00 horas às 15.00 horas representam 30% da venda do dia, e das 15.00 horas às 23.00 horas representam 70% da venda do dia.

Aos sábados e domingos é que quando se verifica o maior afluxo de clientes com registo de maiores vendas.

As vendas dos sábados representam 40% do total da semana completa, e aos domingos apenas com 5 horas de abertura ao público, 20% do total das vendas da semana completa.

Se todos os trabalhadores em situação idêntica à da trabalhadora pretendessem prestar

o seu trabalho no horário de abertura ou intermédio, gradualmente a Loja deixaria de ter funcionários necessários para o atendimento de clientes durante o horário de intermédio e o horário de fecho.

De tal forma que a empresa teria de contratar mais funcionários para o horário de fecho que é aquele onde se verifica o maior afluxo de clientes.

O que implicaria consequências económicas totalmente incomportáveis.

A empresa informa ainda que:

Tem dialogado com a trabalhadora sobre os seus sucessivos requerimentos, bem como com os representantes sindicais, e tem pedido à trabalhadora que no mínimo assegure 1 dia por semana com horário de fecho, o que a trabalhadora sempre recusou;

A empresa mantém a sua disposição de assegurar à trabalhadora a organização de um horário flexível, desde que assim seja requerido, assegurando no mínimo 1 dia por semana o horário de fecho;

No ... de ... existem 106 colaboradores com filhos de idades inferior a 12 anos, dos quais 20 colaboradores são famílias monoparentais, e a todos os trabalhadores devem ser asseguradas as mesmas condições de trabalho;

O universo dos colaboradores da empresa têm 3982 filhos de idade inferior a 12 anos e destes 1231 são filhos de famílias monoparentais, e a todos os trabalhadores devem ser asseguradas as mesmas condições de trabalho.

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 a aplicação da lei no tempo 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.*¹

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

¹ Sublinhado nosso.

- 2.3.** Neste sentido, tratando-se de um pedido de flexibilidade de horário requerido em 1 de Abril de 2009, 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.
- 2.4.** 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.
- 2.5.** 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 têm direito a trabalhar a tempo parcial ou com flexibilidade de horário*, aplicando-se, tal norma legal, independentemente da idade, no caso de filho/a com deficiência.
- 2.6.** No que diz respeito às relações de trabalho no âmbito do sector privado, 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, aplicando-se aos trabalhadores abrangidos pelo regime de contrato de trabalho as condições de atribuição do direito a trabalhar com flexibilidade de horário que se encontram estabelecidas nos artigos 79.º e 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, pretendendo o legislador, através das referidas normas, que o exercício do direito à conciliação da actividade profissional com a vida familiar, consagrado na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa, fosse assegurado.
- 2.7.** Para o exercício de tal direito, estabelece o n.º 1 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, que o trabalhador que pretenda trabalhar (...) 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) (...) no caso de flexibilidade de horário, que o outro progenitor tem actividade profissional ou está impedido ou inibido totalmente de exercer o poder paternal.

- 2.8.** O n.º 2 do mesmo artigo admite, no entanto, que o referido direito possa ser negado com fundamento em exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou serviço, ou à impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável.
- 2.9.** Convém, pois, esclarecer o conceito de 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, nos quais 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.² 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.
- 2.10.** É 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.³
- 2.11.** De acordo com o previsto nos n.ºs 2 e 6 do aludido artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, o empregador deve solicitar à CITE o parecer prévio à recusa do pedido de flexibilidade de horário e de acordo com o n.º 9 do mesmo artigo, considera-se que o empregador aceita o pedido do trabalhador nos seus precisos termos: a) Se não comunicar a intenção de recusa no prazo de vinte 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; 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.
- 2.12.** É nos precisos termos da legislação referida que os trabalhadores requerem a passagem do horário para o regime de flexibilidade de horário, podendo a entidade empregadora, por se tratar de um pedido, eventualmente recusar licitamente o requerimento que lhe é dirigido.

² Sublinhado nosso.

³ Sublinhado nosso.

- 2.13. Todavia para que assim seja, a lei exige que a recusa se fundamente em exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou serviço, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável, carecendo sempre tal recusa de parecer prévio favorável da CITE (cfr. n.º 2 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho).
- 2.14. 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 (cfr. n.ºs 6 e 9 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho).
- 2.15. Todavia, no caso em concreto, é a própria entidade empregadora que acaba por admitir que **não submeteu o processo à apreciação da CITE** por considerar que (...) *Este pedido da trabalhadora de 1 de Abril de 2009, respondido pela empresa em 17 de Abril de 2009, é uma reedição, uma cópia tal e qual, dos já apresentados em 17-06-08 e em 25-11-08, que foram recusados e foram submetidos à apreciação da CITE, que por sua vez recusou a emissão do parecer no referido processo 628/FH/2008.*
Na carta de 1 de Abril de 2009, mais uma vez, a trabalhadora apresenta não um requerimento para a prestação do trabalho em regime de horário flexível, mas sim para a prestação do trabalho com horário fixo, a praticar entre as 08:00 horas e as 17.00 horas.
Pelo que, à semelhança do já decidido no âmbito do processo 628/FH/2008, a CITE não tem condições para emissão do parecer pois o pedido apresentado pela trabalhadora em 1-04-2009 não diz respeito a um pedido de flexibilidade de horário (...).
- 2.16. Salvo o devido respeito, não podemos concordar com esta posição uma vez que a entidade empregadora faz um errado e deficiente enquadramento da situação e das normas legais aplicáveis.
- 2.17. Na verdade, a entidade empregadora não tem o poder discricionário de decidir quando é que deve ou não submeter o processo à CITE, nem substituir-se a esta nas suas análises e interpretações, sendo que cada pedido deverá ser analisado autonomamente, independentemente do número de pedidos formulados pela requerente trabalhadora.

- 2.18.** Aliás, disso mesmo foi notificada a entidade, através do nosso Ofício 000065, de 14/01/09, relativo ao referido processo n.º 628/FH/2008, que se transcreve (...) *Face ao que antecede, e caso a trabalhadora eventualmente venha a apresentar um pedido de prestação de trabalho a tempo parcial ou com flexibilidade de horário, que reúna os requisitos previstos nos artigos 78.º a 81.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, conforme o caso, deverá essa empresa solicitar parecer prévio a esta Comissão, em caso de intenção de recusa.*
- 2.19.** Efectivamente, a entidade empregadora recusou o pedido da trabalhadora, fundamentando tal recusa em motivos formais e substanciais.
- 2.20.** No que se refere à questão formal, segundo a qual a entidade empregadora considera que a trabalhadora pretende que lhe seja concedido um horário fixo e não um horário flexível, convém salientar que a trabalhadora solicitou que lhe fossem atribuídos horários de trabalho *entre as 8:00 horas e as 17:00 horas, de acordo com a organização de horário de trabalho que considerarem mais adequado, de modo a poder prestar acompanhamento e apoiar o meu filho, devido à minha situação de mãe solteira, ao horário escolar e à sua total dependência maternal.*
- 2.21.** É de realçar ainda que, dentro das margens móveis de entrada e saída e dos períodos de presença obrigatória que constituem o horário flexível, é sempre possível cumprir um horário fixo, que, na verdade, é quase sempre pedido pelo trabalhador, no interesse do empregador.
- 2.22.** Assim, considerando que a requerente trabalhadora preencheu todos os requisitos formais a que aludem os normativos supracitados, ter-se-á dado deferimento tácito do seu pedido de horário flexível, nos termos da alínea c) do n.º 9 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004.
- 2.23.** Ora, a entidade empregadora não cumpriu com a formalidade essencial e obrigatória do dever de submeter o processo à apreciação da CITE, nos cinco dias subsequentes ao fim do prazo para apreciação pelo trabalhador, acompanhado de cópia do pedido, do fundamento da intenção de o recusar e da apreciação do trabalhador, pelo que, nos termos da citada alínea 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 trabalhador nos seus precisos termos se não submeter o processo à apreciação da CITE dentro do prazo previsto no n.º 6.

- 2.24.** Por último, cumpre referir que constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no n.º 2 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, de 2004, por força do artigo 475.º do mesmo diploma.

Por todo o exposto, e em

III – CONCLUSÃO

- 3.1.** Ao abrigo da competência estabelecida na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 496.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, a CITE é de parecer que o pedido de flexibilidade de horário, apresentado pela trabalhadora ..., se considera tacitamente deferido e por isso é aceite nos seus precisos termos, em virtude de a entidade empregadora ... não ter cumprido com a formalidade essencial e obrigatória do dever de submeter o processo à CITE, nos termos da alínea *c*) do n.º 9 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.
- 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 o n.º 3 do artigo 127.º e a alínea *b*) do n.º 2 do artigo 212.º, todos 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.
- 3.3.** A CITE delibera enviar cópia do presente parecer para a Autoridade para as Condições do Trabalho para os efeitos tidos por convenientes.

**APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA
CITE DE 29 DE JUNHO DE 2009**