

PARECER N.º 62/CITE/2004

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 67/2004

I – OBJECTO

1.1. A CITE recebeu da Gestora Operacional de Recursos Humanos do ...S.A., em 30 de Novembro de 2004, pedido de emissão de parecer prévio à intenção de recusa do pedido de flexibilidade de horário, apresentado pela trabalhadora da Secção de Caixas, ..., a prestar trabalho numa unidade daquela empresa, ..., nos seguintes termos:

“(...) a ..., S.A. vem submeter a V. Exas. o processo de requerimento para flexibilidade de horário (...).

Junta-se, (...), cópia do requerimento apresentado e da carta de intenção de recusa.

Informa-se, (...), que a trabalhadora não apresentou qualquer apreciação escrita do fundamento da intenção de recusa.”

1.1.1. O conteúdo do requerimento de flexibilidade de horário apresentado pela trabalhadora, e datado de 8 de Novembro de 2004, é em síntese o seguinte:

“(...) uma vez que tenho uma filha menor com 3 anos, solicito a V. Exas. que me seja concedida a flexibilidade de horário de trabalho, nomeadamente propondo o horário com entrada das 9h às 18h, e de segunda a sexta, com folga ao fim de semana.

(...)

Declaro, sob compromisso de honra, que ..., faz parte do meu agregado familiar, e que o outro progenitor está inibido de exercer o poder paternal.”

1.1.2. Da intenção de recusa enviada à trabalhadora, e recebida por esta, em 23 de Novembro de 2004, constam sucintamente os seguintes argumentos:

“a) No requerimento apresentado não foi indicado o prazo pelo qual se pretende a concessão do horário flexível, ao contrário do que vem estipulado (...).

b) A sua pretensão é de fixação de um horário com horas fixas de início e termo e não a definição de horário flexível tal como se encontra previsto (...).

c) O regime de folgas nada tem a ver com a flexibilidade de horário, sendo certo que é precisamente ao fim de semana que a empresa tem mais necessidade da disponibilidade dos seus trabalhadores, por nesses dias ter um maior movimento de clientes;

d) O horário pretendido não satisfaz minimamente as necessidades de serviço resultantes do pico de vendas que normalmente ocorre entre as 18.00h e as 21.00h;

e) Dos restantes 29 trabalhadores da loja, 13 têm igualmente filhos com menos de 12 anos, pelo que seria absolutamente impossível a atribuição deste regime de horário a todos os interessados;

(...)

Em todo o caso, na eventualidade de o requerimento ser corrigido, informamos que, tendo em conta as necessidades de serviço, estamos dispostos a tentar elaborar um horário flexível com as seguintes regras:

1. A duração da jornada do trabalho é flexível, sendo a média de 8 horas por dia apurada em cada mês civil;

2. O início da prestação do trabalho será às 9:20h e o termo às 22:00h

3. Os períodos de presença obrigatórios serão das 12:00h às 13:30h e das 18:30h às 21:00h;

4. O intervalo para descanso será obrigatoriamente de duas horas, a realizar entre as 13:30h e as 18:30h;

5. A duração diária de trabalho não pode ser superior a 10 horas e não podem ser prestadas mais de 6 horas consecutivas de trabalho.”

1.2. Em 7 de Dezembro de 2004, a CITE solicitou à empresa, o comprovativo de envio e recepção da intenção de recusa do pedido de flexibilidade de horário, e a indicação da duração e organização do tempo de trabalho, aplicável à trabalhadora em causa.

1.2.1. Na sequência deste pedido, foi enviado o Aviso de Recepção assinado, com data de 23.11.04, e o mapa de horário de trabalho aplicável à trabalhadora ...

Desse mapa consta a indicação de um horário com início às 12.00h e término às 21.00h, de Segunda a Sábado, com um intervalo para refeição compreendido entre as 16.00h e as 17.00h. Igualmente decorre do mapa apresentado que os dias de descanso semanal não ocorrem sempre no mesmo intervalo de tempo, tendo sido verbalmente indicado pela empresa que a trabalhadora em causa detinha um horário fixo, com folgas rotativas.

Quanto ao horário de abertura ao público, a unidade desta empresa, funciona das 8.00h às 22.00h, de Segunda a Sábado, e das 8.30h às 21.00h, aos Domingos e Feriados.

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, 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 estabelecendo-se as regras respeitantes ao seu exercício.

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 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;

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

- 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 paternal.

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 ..., S.A., enviou à CITE o presente processo, cujo conteúdo determina as seguintes considerações:

2.3.1. Respeitados os prazos indicados nos n.ºs 4, 5 e 6 do referido artigo 80.º da lei regulamentar, cabe analisar os conteúdos do pedido formulado pela trabalhadora, e da intenção de recusa emitida pela empresa, atendendo a que, segundo informação desta, a trabalhadora não apresentou apreciação escrita do fundamento da intenção de recusa.

2.3.1.1. Quanto ao pedido formulado pela trabalhadora, e atendendo à especificação do seu horário de trabalho, conforme o ponto 1.2.1. deste parecer, esta requer a atribuição de um horário com início às 9.00h e término às 18.00h, de Segunda a Sexta, com folga ao fim de semana.

2.3.1.2. Quanto à intenção de recusa apresentada pela entidade empregadora, alega esta que :

- 1- A trabalhadora não indicou o prazo pelo qual pretendia usufruir do direito requerido;
- 2- A pretensão da trabalhadora baseia-se na atribuição de um horário fixo e não na atribuição de um horário flexível;
- 3- O regime de folgas nada tem a ver com a flexibilidade de horário;

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

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

4 - É precisamente ao fim de semana que a empresa tem mais necessidade da disponibilidade dos seus trabalhadores, por nesses dias ter um maior movimento de clientes;

5 - O horário pretendido não satisfaz minimamente as necessidades de serviço resultantes do pico de vendas que normalmente ocorre entre as 18.00h e as 21.00h;

6 - Dos restantes 29 trabalhadores da loja, 13 têm igualmente filhos com menos de 12 anos, pelo que seria absolutamente impossível a atribuição deste regime de horário a todos os interessados.

2.3.2. Em face do referido, tornam-se necessários os seguintes esclarecimentos:

A anterior regulamentação sobre esta matéria distinguia claramente três situações, o trabalho a tempo parcial, a jornada contínua, e o horário flexível.⁴

Com a entrada em vigor do diploma que regulamenta o Código do Trabalho, desapareceu da letra da lei a distinção destas modalidades de horário de trabalho, tendo o legislador optado claramente por uma formulação mais abrangente das diversas modalidades de horário de trabalho, suprimindo a expressão “jornada contínua” e “horário flexível”, adoptando em vez destas uma terminologia generalista “flexibilidade de horário”, aliás um conceito inovador.

De facto, o n.º 2 do artigo 79.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, indica o que se entende por flexibilidade de horário, e fá-lo, não só através de uma definição, mas também através de uma enumeração das condições concretizadoras da flexibilidade pretendida.

A interpretação da expressão adoptada que implique apenas a previsão de um horário flexível, na acepção clássica do termo, demonstra uma limitação à nova expressão introduzida pelo legislador, o que levanta alguma perplexidade, pois a ser esse o entendimento pretendido, não se entende a alteração da terminologia utilizada, bastando então, e apenas, ter-se mantido a designação de horário flexível.

2.3.3. Não obstante o referido, e neste caso em concreto, atendendo ao Contrato Colectivo de Trabalho, entre a APED e a FEPCES, indicado pela empresa, prevê o n.º 9 da Cláusula 11.ª, a possibilidade de realização do trabalho em regime contínuo. E no n.º 10, da mesma Cláusula, prevê-se a possibilidade de acordo da alteração do horário de trabalho que implique mudança do regime de descanso semanal.

Pode assim concluir-se que, nos termos do Contrato Colectivo de Trabalho aplicável à trabalhadora, é lícito solicitar a atribuição de um horário fixo, eventualmente nesta modalidade, assim como a alteração do regime de descanso semanal.

⁴ Vide, artigos 16.º a 18.º do Decreto-Lei n.º 230/2000, de 23 de Setembro.

2.3.4. Outra questão é a de determinar o âmbito dos artigos 79.º e 80.º da lei regulamentar.

A duração e organização do tempo de trabalho, a que corresponde a Secção III do Código do Trabalho, englobam várias figuras de onde se destacam as noções e princípios gerais (Subsecção I), e neste ponto a definição de tempo de trabalho (artigo 155.º), o horário de trabalho (Subsecção III), trabalho a tempo parcial (Subsecção IV), e o descanso semanal (Subsecção VIII).

A flexibilidade de horário prevista no artigo 45.º do CT e no artigo 79.º da lei regulamentar, circunscreve-se, atendendo à terminologia adoptada nestes artigos, ao tempo de trabalho e, dentro deste, ao horário de trabalho.

E isto porque, o artigo 45.º do CT tem por epígrafe “Tempo de trabalho”, e o n.º 1 desse artigo, assim como o artigo 79.º da lei regulamentar, falam em flexibilidade de horário, ou seja flexibilidade de horário de trabalho.

Nestes termos, e atendendo à sistematização adoptada pelo Código do Trabalho e às terminologias adoptadas pelo legislador, há que considerar o direito consagrado no artigo 45.º do Código, referente às situações de trabalho a tempo parcial e flexibilidade do horário de trabalho, independentemente dos dias da semana em que se presta o serviço, tanto mais que, nos termos do n.º 4 do artigo 79.º da lei regulamentar, o trabalhador que trabalhe em regime de flexibilidade de horário pode efectuar até seis horas consecutivas de trabalho e até dez horas de trabalho em cada dia e deve cumprir o correspondente período normal de trabalho semanal, em média de cada período de quatro semanas.

2.3.5. Cabe, também, esclarecer a questão da não indicação do período pelo qual a trabalhadora, pretende gozar o direito a uma flexibilidade de horário.

Quanto a este assunto, e não sendo determinada pela lei qualquer presunção em como não se indicando prazo algum, este corresponderá ao limite indicado nesta, a trabalhadora deverá, querendo, formular novo pedido de onde constem todas as menções obrigatórias.

2.3.6. Por fim, esclarece-se que nada obsta a que a trabalhadora em sede de requerimento para o exercício do direito à prestação de trabalho com flexibilidade de horário, indique um horário com inícios e termos da prestação de trabalho idênticos em todos os dias da semana. Tal pretensão não é contrária à lei, pois esta nada refere quanto à impossibilidade de escolher sempre as mesmas horas de entrada e saída.

Caberá, pois, à entidade empregadora recusar a pretensão, se assim o entender necessário,

apenas com fundamentos em exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou serviço, ou à impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável.

2.3.7. Previamente esclarecidas as questões atrás enunciadas, cabe analisar dos fundamentos invocados na intenção de recusa do pedido formulado pela trabalhadora.

Atendendo a que aquela unidade da empresa tem um horário de abertura ao público que ocorre entre as 8.00h e as 22.00h, de Segunda a Sábado, e das 8.30h às 21.00h, Domingos e Feriados, a CITE considera que a entidade empregadora ao alegar que *é precisamente ao fim de semana que a empresa tem mais necessidade da disponibilidade dos seus trabalhadores, por nesses dias ter um maior movimento de clientes*, e que, *o horário pretendido não satisfaz minimamente as necessidades de serviço resultantes do pico de vendas que normalmente ocorre entre as 18.00h e as 21.00h*, justifica os motivos da intenção de recusa do pedido, com base em exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa.

Já quanto à fundamentação apresentada para justificar os motivos invocados, existem as alegações proferidas pela empresa e o mapa de horário de trabalho da trabalhadora com menção do horário de abertura ao público.

Atendendo a que a trabalhadora presta o seu trabalho no Departamento/Secção – Caixas, conforme o indicado no mapa de horário de trabalho, que o horário de abertura ao público é o compreendido entre as 8.00h e as 22.00h de Segunda a Sábado, e ao facto de se tratar de uma empresa cujo funcionamento é generalizadamente conhecido, poder-se-á qualificar os factos alegados como fundamentados, atendendo também, ao disposto no n.º 2 do artigo 87.º do Código do Procedimento Administrativo, sobre isenção de prova para factos notórios.

III – CONCLUSÕES

3.1. O requerimento apresentado pela trabalhadora não contém todos os elementos indicados no n.º 1 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.

3.2. Atendendo à sistematização adoptada e à terminologia definida pelo legislador, nos termos indicados nos pontos 2.3.2., 2.3.4. do presente parecer, considera-se que o direito a que se refere o artigo 45.º do Código do Trabalho, abrange as situações de trabalho a tempo parcial e flexibilidade de horário de trabalho, independentemente dos dias da semana em que se preste o serviço.

3.3. Pelas razões indicadas nos pontos antecedentes, e considerando o referido no ponto 2.3.7. deste

parecer, a CITE emite parecer prévio favorável à intenção de recusa apresentada pela empresa ..., S.A.

**APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE
DE 21 DE DEZEMBRO DE 2004**