

PARECER N.º 81/CITE/2008

Assunto: Parecer prévio nos termos do n.º 2 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho
Processo n.º 311 – FH/2008

I – OBJECTO

1.1. Em 2 de Julho de 2008, a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE) recebeu do Departamento de Desenvolvimento Organizacional e Estratégico do ... um pedido de parecer prévio quanto à intenção de recusa do pedido de flexibilidade de horário de trabalho, apresentado pela trabalhadora ..., com a categoria profissional de Técnica Superior de ... no Centro de ...

O pedido de parecer foi antecedido da questão de que, existindo no ... um Regulamento interno que define os Horários de Trabalho, não se impõe o cumprimento do disposto no Código do Trabalho e na respectiva regulamentação e consequentemente, em caso de intenção de recusa do pedido, não se encontra o ... no dever de submeter o processo à apreciação da CITE.

Ainda assim, e caso não venham a proceder as razões invocadas, o ... entende que o pedido apresentado pela trabalhadora deverá ser analisado com base nos seguintes motivos:

O direito à flexibilidade de horário de trabalho não obriga o ... a deferir, a todo o tempo, as pretensões relativas ao horário de trabalho dos trabalhadores com filhas a cargo de idade inferior a 12 anos, mas sim a fixar horários com a necessária flexibilidade e ajustados, na medida do possível, ao acompanhamento dos mesmos, sem prejuízo do cumprimento da duração semanal do trabalho e com observância dos princípios previstos na lei geral, pelo que o presente pedido deve ser analisado à luz dos Regulamentos dos Horários de Trabalho em vigor no ...

De acordo com o disposto no n.º 5 do artigo 79.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, *o regime de trabalho com flexibilidade de horário (...) deve ser elaborado pelo empregador,* o que acontece no ..., nos termos dos artigos 13.º a 21.º do Regulamento dos Horários de Trabalho em vigor, pelo que, quando um trabalhador efectua um pedido de flexibilidade de horário de trabalho, são-lhe aplicáveis as normas constantes dos artigos 13.º e 16.º do citado Regulamento, e subsidiariamente, as normas previstas no

Código do trabalho, nomeadamente matérias não especificamente reguladas neste Regulamento;

Foi comunicado à trabalhadora, através de ofício registado com aviso de recepção, em 18 de Junho de 2008, a intenção de recusa de acordo com a alínea *a*) do n.º 9 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, tendo a trabalhadora apresentado a sua apreciação escrita dentro do prazo previsto no n.º 5 do artigo 80.º da mencionada lei;

(...) é público e notório que as unidades orgânicas locais do ..., vocacionadas para o atendimento ao público de forma contínua, como neste caso em concreto o Centro de ... de ..., devem assegurar as suas responsabilidades, em nome do interesse público, e no âmbito dos horários legalmente previstos, designadamente das 9h às 17h30, sob pena de não se conseguirem garantir os requisitos mínimos de funcionamento, exigíveis para cumprimento das suas atribuições, designadamente no domínio do emprego e formação profissional;

(...) o aumento potenciado da população desempregada e a proibição legal de admissões de pessoal na Administração Pública, tendo como consequência a total impossibilidade de se proceder à substituição dos seus trabalhadores, torna imperioso a continuidade da prestação de trabalho da requerente, no mesmo regime de horário de trabalho em que vem desempenhando as suas funções e que corresponde ao horário do respectivo Centro de ...;

A continuar esta situação, teremos, a curto prazo, uma inevitável ruptura do funcionamento dos Centros de ...;

(...) alerta-se esse organismo, para o facto de, na eventualidade do presente pedido ser autorizado, correr-se o risco do horário de atendimento ao público ter de ser drasticamente reduzido, sob pena de não haver recepção e atendimento aos inúmeros utentes que todos os dias, recorrem ao Centro de ... de ... ;

A atribuição de horário flexível, nos termos peticionados, colocaria em causa o funcionamento do Centro de ... e, conseqüentemente, a prestação do serviço público aos seus utentes.

(...) por via da regra, existe inconveniente para o serviço na prática de horário flexível, previsto no Código do Trabalho, face à rigidez do horário de atendimento e ao volume que este representa na actividade dos Centros;

A intenção de recusa encontra-se consubstanciada no parecer emitido pela Senhora Delegada Regional de ..., que considera haver inconveniente para o Centro de ... na prática de horário flexível e no parecer emitido pela Senhora Directora do Centro de ... de ..., que reforça a importância do cumprimento do horário de atendimento ao público, e das escalas semanais para que o mesmo seja devidamente assegurado.

Do pedido de parecer prévio solicitado pelo ..., consta ainda que a trabalhadora, no seu pedido, não cumpriu o requisito constante da alínea *a*) do n.º 3 do artigo 79.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho;

Por último, do pedido de parecer consta ainda que, na eventualidade de vir a ser emitido parecer favorável por essa Comissão, deverá o solicitado horário ser elaborado de acordo com as conveniências do empregador, conforme estabelece o n.º 5 do artigo 79.º da mencionada lei.

1.1.1. Do pedido apresentado pela trabalhadora, datado de 26 de Maio de 2008, (entregue no Centro de ... de ... na mesma data), consta, em síntese, o seguinte:

- a interessada é mãe de uma menor de dois anos de idade, que faz parte do seu agregado familiar;
- a trabalhadora pretende trabalhar em regime de flexibilidade de horário de trabalho no termos previstos no artigo 16.º do regulamento dos horários de trabalho do ..., em virtude de necessitar de acompanhar a sua filha menor;
- a trabalhadora pretende praticar este regime de trabalho entre as 10h e as 16h30, com uma hora de intervalo para almoço, no período entre as 12h e as 14h;
- o outro progenitor da criança se encontra impedido de conciliar o seu horário de trabalho com o acompanhamento da filha, em virtude de ter actividade profissional,
- a trabalhadora respeitará a prática do horário determinado pela Orientação Técnica n.º 8/2003, que respeita à prática de escalas semanais rotativas.

1.1.2. A Directora do Centro de ... de ... é de parecer que o solicitado pela trabalhadora cumpre o artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, embora o horário previsto no artigo 16.º do Regulamento dos Horários de Trabalho do ... seja menos prejudicial para o serviço que o previsto no artigo 79.º da mesma lei, tendo em conta o cumprimento do Horário de Atendimento ao Público e as escalas semanais em vigor no Centro, de acordo com o documento que anexa.

1.1.3. A Sr.ª Delegada Regional é de parecer que, na linha das orientações veiculadas pelo CD, através da NS 53/CD/207, deveria ser remetida proposta de indeferimento ao DOE, relativamente ao pedido apresentado pela trabalhadora.

1.1.4. Da intenção de recusa comunicada pela Directora de Departamento de Desenvolvimento Organizacional e Estratégico à interessada, em 18 de Junho de 2008, e recebida pela mesma no dia 20 de Junho de 2008, consta que a *manifesta intenção de recusa, encontra-se consubstanciada quer no parecer emitido pela Senhora Delegada Regional*

de ... (que considerou o que se dá por reproduzido: *A signatária, na linha das orientações veiculadas pelo CD, através da NS 53/CD/2007, considera haver inconveniente para o serviço pelo que o parecer da DL é desfavorável à prática do horário flexível*), quer ainda com razões estritamente enunciadas na lei, nomeadamente por motivos imperiosos inerentes ao funcionamento do Centro de ... de ...

Mais consta do referido articulado que o atendimento é uma actividade fundamental para o desenvolvimento das atribuições dos Centros de ... e que qualquer trabalhador pode ser afecto ao desenvolvimento das funções de atendimento, sendo que o Centro de ... abre às 9h e encerra às 17h30.

Igualmente consta da intenção de recusa que o direito à prestação de trabalho com flexibilidade de horário de trabalho, não tem, no seu exercício, a característica da unilateralidade que o legislador atribui a outros, nomeadamente no que respeita à licença por maternidade e as dispensas para amamentação.

Por último, consta ainda da intenção de recusa que o pedido da trabalhadora não cumpre o requisito constante da alínea *a*) do n.º 3 do artigo 79.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.

1.1.5. A trabalhadora apresentou apreciação escrita do fundamento da intenção de recusa, e referiu que a prática do horário flexível não é incompatível com o constante da Orientação Técnica n.º 8/2003, uma vez que sempre cumpriu a referida Orientação Técnica e as escalas de serviço que lhe foram atribuídas (as quais implicam actualmente a realização de atendimento em 2 a 3 meios dias por semana), enquanto beneficiou de redução de horário para dispensa para amamentação.

Mais referiu que não indicou um horário de trabalho nos termos da alínea *a*) do n.º 3 do artigo 79.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, devido ao facto de ter procurado utilizar o regime aplicável no ..., constante do artigo 16.º do Regulamento dos Horários de Trabalho, mas que não se opõe a que lhe seja atribuído um horário diferente do que vem indicado no referido Regulamento.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. No que respeita à questão prévia suscitada pelo ..., que se prende com o facto de aquele instituto público referir não se encontrar obrigado ao cumprimento do disposto no Código do Trabalho e na respectiva regulamentação, dado existir no ... um Regulamento interno que define os Horários de Trabalho (matéria esta que também foi suscitada através do ofício n.º 470/CD-.../2008, datado de 2 de Julho de 2008), afigura-

se-nos que não assiste razão ao ..., tendo em consideração as normas que seguidamente se invocam:

A Lei n.º 105/2007, de 3 de Abril, que procedeu à terceira alteração à Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, e aprovou a lei quadro dos institutos públicos, estabelece no seu n.º 1 do artigo 6.º que *os institutos públicos regem-se pelas normas constantes da presente lei e demais legislação aplicável às pessoas colectivas públicas, em geral, e aos institutos públicos, em especial, bem como pelos respectivos estatutos e regulamentos.*

O n.º 2 do mesmo preceito refere ainda que *são designadamente, aplicáveis aos institutos públicos, quaisquer que sejam as particularidades dos seus estatutos e do seu regime de gestão, mas com as ressalvas estabelecidas no seu título IV da presente lei:*

a) O Código do Procedimento Administrativo;

b) O regime jurídico da função pública ou o do contrato individual de trabalho, de acordo com o regime de pessoal aplicável; (...)

Ainda de acordo com o disposto no artigo 6.º da Lei preambular do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto (norma esta que se mantém em vigor até à data da entrada em vigor do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, de acordo com o n.º 7 do artigo 118.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro), *ao trabalhador de pessoa colectiva pública que não seja funcionário ou agente da Administração Pública aplica-se o disposto no Código do Trabalho, nos termos previstos em legislação especial, sem prejuízo dos princípios gerais em matéria de emprego público.* O que significa que são aplicáveis as normas constantes do Código do Trabalho, caso a legislação especial assim o refira.

Tratando-se de um/a trabalhador/a abrangido/a pelo regime jurídico do contrato de trabalho da administração pública, a legislação especial aplicável é a constante do Decreto-Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

O mencionado diploma refere no n.º 1 do artigo 1.º que *as pessoas colectivas públicas podem emitir regulamentos internos nos termos previstos no Código do Trabalho, com as especificidades constantes dos números seguintes.* O que significa que os regulamentos devem, em princípio, contemplar todas as matérias previstas no aludido Código. Caso assim não aconteça, terão que subsidiariamente ser aplicadas as normas previstas no Código do Trabalho e na sua regulamentação.

Face ao que precede, e tendo em conta que o horário de trabalho em regime de flexibilidade deve ser elaborado pelo empregador, e que no ... já existe um horário pré-definido, conforme consta do aludido Regulamento, esta Comissão têm vindo a aplicar as normas constantes do referido regulamento respeitantes a esta matéria, e a aplicar o Código do Trabalho e a sua regulamentação na matéria não constante do aludido regulamento.

De salientar ainda que, caso fosse aceite a argumentação do ..., de não serem aplicáveis aos/às seus/as trabalhadores/as os artigos 79.º e 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, estar-lhes-ia a ser vedada a possibilidade de trabalhar a tempo parcial, que é uma modalidade de horário de trabalho prevista no âmbito do regime da protecção da maternidade e da paternidade.

Dirimida a questão suscitada pelo ..., e verificada a competência da CITE relativamente a esta matéria, cabe analisar o pedido apresentado pela trabalhadora.

- 2.1.1.** 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.
- 2.1.2.** No que respeita à matéria sobre protecção da maternidade e da conciliação entre a vida profissional e a vida privada dos trabalhadores, o nosso ordenamento jurídico possibilita aos pais e às mães trabalhadoras que ajustem os tempos de trabalho às necessidades dos filhos, por acordo entre o trabalhador e o empregador. Trata-se de um sistema igualitário, uma vez que as referidas medidas tanto podem ser gozadas pelas mães como pelos pais trabalhadores, embora encontre constrangimentos financeiros e funcionais (*in Estudos de Direito do Trabalho, Igualdade e Conciliação da Vida Profissional e Familiar* – Prof.ª Maria do Rosário Ramalho, volume I das Edições Almedina).
- 2.1.3.** 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 tem direito a trabalhar a tempo parcial ou com flexibilidade de horário.*
- 2.1.4.** No que diz respeito aos/às trabalhadores/as não abrangidos/as pelo regime de trabalho especial da Administração Pública, 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, de 29 de Julho.
- 2.1.5.** Para que o/a trabalhador/a possa exercer o mencionado 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 a tempo parcial ou 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) Declaração de que o menor faz parte do seu agregado familiar, que o outro progenitor não se encontra ao mesmo tempo em situação de trabalho a tempo parcial, que não está esgotado o período máximo de duração deste regime ou, no caso de flexibilidade de horário, que o outro progenitor tem actividade profissional ou está impedido ou inibido totalmente de exercer o poder paternal.

2.1.6. Cumpridos os formalismos constantes das alíneas *a)* a *c)* do n.º 1 do artigo 80.º da citada lei, o exercício de tal direito só pode ser recusado com fundamento em exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou à impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável, conforme n.º 2 do mencionado artigo 80.º.

2.1.7. À luz do preceituado no n.º 3 do artigo 79.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, entende-se por flexibilidade de horário aquele em que o/a trabalhador/a pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário.

A flexibilidade de horário deve incluir:

- um ou dois períodos de presença obrigatória, com duração igual a metade do período normal de trabalho diário;
- 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;
- um período para intervalo de descanso não superior a duas horas.

De salientar que o n.º 5 do citado artigo 79.º *dispõe que o regime de trabalho com flexibilidade de horário deve ser elaborado pelo empregador*, o que acontece no ..., nos termos dos artigos 13.º e seguintes do respectivo Regulamento dos Horários de Trabalho, pelo que, quando um/a trabalhador/a efectua um pedido de flexibilidade de horário de trabalho, são-lhe aplicáveis as normas constantes dos artigos 16.º e 17.º do Regulamento dos Horários de Trabalho em vigor no ... e, subsidiariamente, as normas previstas no Código do Trabalho, nomeadamente as constantes do n.º 3 do artigo 79.º, conforme já se referiu atrás.

2.1.8. De acordo com o disposto nos n.ºs 5, 6 e 7 e alíneas *a)* a *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/a trabalhador/a 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/a trabalhador/a da decisão que sobre o mesmo recaiu nos cinco dias subsequentes ao termo do prazo

previsto para a CITE emitir parecer e notificar as partes (30 dias a contar da recepção do pedido de parecer);

c) se não submeter o processo à apreciação da CITE nos cinco dias subsequentes ao fim do prazo para apreciação do/a trabalhador/a (cinco dias após a data da recepção da apreciação escrita).

2.1.9. Assim sendo, e no que respeita ao alegado incumprimento do requisito constante da alínea *a*) do n.º 3 do artigo 79.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, verifica-se que não assiste razão ao ..., na medida em que, de acordo com o n.º 5 do referido preceito, o regime de trabalho com flexibilidade de horário deve ser elaborado pelo empregador (o que se verifica naquele organismo público, nos termos dos artigos 13.º a 21.º do aludido Regulamento, aplicável por força do artigo 6.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto e do n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho), pelo que o horário requerido pela trabalhadora preenche todos os requisitos indicados nas normas do Regulamento dos Horários de Trabalho, visto a mesma ter indicado as normas previstas para o horário flexível no seu pedido, designadamente a norma constante do artigo 16.º do Regulamento.

2.1.10. Uma vez que a interessada cumpriu todos os requisitos formais impostos pelos preceitos citados, verifica-se que se deu o deferimento tácito do seu pedido de horário flexível, nos termos do n.º 9 do artigo 80.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, conjugado com os artigos 13.º e seguintes do Regulamento dos Horários de Trabalho naquele ..., na medida em que, entre a data da entrega do requerimento da trabalhadora no Centro de ... de ... (26/05/08) e a data em que o ... notificou a trabalhadora da intenção de recusa (18/06/08), ocorreu um prazo superior ao previsto na alínea *a*) do n.º 9 do artigo 80.º da referida lei, pelo que, *considera-se que o empregador aceita o pedido do trabalhador nos seus precisos termos se não comunicar a intenção de recusa no prazo de 20 dias após a recepção do pedido.*

III – CONCLUSÃO

3.1. Aos/às trabalhadores/as do ... abrangidos/as pelo regime do contrato individual de trabalho constante da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, é aplicável o regime de flexibilidade de horário de trabalho previsto no Código do Trabalho e na sua regulamentação.

- 3.2.** Face ao que antecede, a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego emite parecer desfavorável à recusa do ..., relativamente ao pedido de prestação de trabalho em regime de flexibilidade de horário solicitado pela trabalhadora ..., devido ao facto de ter decorrido o prazo de resposta ao pedido apresentado pela trabalhadora e ter ocorrido o deferimento tácito do mesmo.

**APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA
CITE DE 28 DE JULHO DE 2008**