

PARECER N.º 206/CITE/2016

Assunto: Parecer prévio à recusa de autorização de trabalho em regime de horário flexível de trabalhadora com responsabilidades familiares, ..., nos termos do n.º 5 do artigo 57.º do Código do Trabalho (CT), aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro
Processo n.º 667 – FH/2016

I – OBJETO

1.1. Em 31 de março de 2016, a CITE recebeu pelo Senhor Enfermeiro Diretor do ... carta registada com aviso de receção, emitido pelos Correios de Portugal, SA, (CTT), com o seguinte teor:

“(...) Assunto: Pedido de parecer relativo ao processo da Senhora Enfermeira, ..., a requerer flexibilidade de horário.

Na sequência do requerimento apresentado pela senhora Enfermeira ..., deste ..., a solicitar o regime de horário flexível, o Conselho de Administração deste ... deliberou, em 2016/03/24, remeter o processo à CITE.

Neste contexto, solicitamos a V. Exa, se digne emitir parecer quanto ao processo em apreço, de acordo com o estipulado no n.º 5 do art.º 57.º da Lei n.º 7/2009, de 12.02.

Mais informamos, que foi dado conhecimento à interessada.

Com os melhores cumprimentos.

P’ O Enfermeiro Diretor

(...)”.

1.2. Consta do processo o pedido da trabalhadora com registo de entrada na entidade empregadora em 16.03.2016, com o seguinte teor:

“(...) ..., enfermeira com o (...) a exercer funções no Serviço de Ortopedia A — R/CH do ..., tendo sido notificada da intenção de alteração do seu horário de trabalho, vem dizer o seguinte:

1. A signatária solicitou, em 26/04/2013, ao abrigo do disposto nos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, a flexibilidade de horário de forma a compatibilizar este com as respetivas responsabilidades familiares. (Doc.1)

2. No aludido requerimento a signatária alegou ser mãe de três menores de 12 anos e solicitou horário que se contivesse entre as 8/9 horas e as 16/17 horas, de segunda a sexta-feira e apenas nos dias úteis. E,

3. Por despacho de 13/05/2013, o seu requerimento de flexibilidade de horário foi deferido e, assim, passou a cumprir horário nos termos solicitados. (Doc.1)

4. Pela análise do mapa do horário para o mês de março (de 21 de março a 17 de abril), vê-se agora confrontada com a intenção de alteração do horário que vem praticando, de forma autorizada, alteração que, no imediato, lhe impõe a prestação de trabalho em fim de semana, de tarde e à noite.

5. E, nessa medida, a signatária não concorda nem aceita, já que se mantêm todas as razões que estiveram subjacentes ao requerimento de flexibilização do horário que então formulou e que, repete-se, foi autorizado. Acresce que não foi notificada de nenhuma decisão que lhe tenha alterado o horário de trabalho deferido.

6. Importa, assim, afirmar que a intenção agora verificada de submeter a signatária a horário distinto do anterior, e que não permite a compatibilização com as suas responsabilidades familiares, nos termos em que requereu e foi autorizado, constitui um incumprimento por parte do ... das formalidades impostas por lei e que consubstancia uma alteração unilateral e não autorizada do horário de trabalho.

7. Acresce, por último, que a intenção comunicada à signatária pela elaboração do horário de trabalho de março (de 21 de março a 17 de abril), é completamente omissa quanto aos fundamentos que suportam tal alteração.

Razões pelas quais, manifesta a sua oposição à intenção de alteração unilateral do horário de trabalho que lhe foi comunicada através do horário de trabalho de março (de 21 de março a 17 de abril), com as legais consequências, e requer a V.Ex.^a tomada de medidas adequadas de forma a impedir tal ilegalidade.

..., 16 de março de 2016.

A Signatária (...).”

1.3. Neste requerimento consta, de forma manuscrita, encaminhamento do pedido, de 18.03.2016, “(...) Ao CA para enviar à CITE atento o parecer inserto no verso (...)” tendo este documento o seguinte conteúdo:

“(...) Parecer do Enf.º Diretor relativo a pedidos de horário flexível / na realidade fixo.

O Serviço não tem condições para se manter assegurado nos termos do solicitado.

Por sua vez, o ... detém 632 Enfermeiros em regime de horário fixo e, em média, 300 horários de amamentação, totalizando 34,52% de horários deste tipo. Ora tal impede que se assegurem os turnos da tarde (16-24H) e da noite (0-8H).

No ... existem 105 diferentes contextos da prática, sendo que, na quase totalidade, são necessários 3 Enfermeiros para assegurar o turno da tarde, resultando em 315/dia, o que, multiplicando por 6 diferentes turnos de roulement, implica 1890 Enf., a isto acrescem serviços onde são necessários muitos mais enfermeiros para realizar esse turno, de que se destacam apenas os 7 maiores: SUA 22, SUB 14, BO A 16, BO B 7, SMI A 10, SMI B 4, UCPA 5, o que implica mais 78, multiplicados por 6 turnos de roulement implica mais 468, resultando num total mínimo necessário de 2358 Enfermeiros necessários para assegurar turnos.

Como o ... tem 2640 Enfermeiros, subtraindo os que fazem horário fixo (que não é flexível) restam 1712, em vez dos 2358 necessários. Donde tudo isto está ser acomodado com enorme sobrecarga dos restantes enfermeiros e sem condições para mais acomodações do tipo.

Enquanto tal foi possível, o ... autorizou todos os pedidos, sucede que, a sua acumulação tem obrigado o CA à autorização nos termos do parecer da CITE sobre pedidos de horário flexível, que se reproduz:

“Recomendar ao ... que na medida das suas possibilidades, proporcione as condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, consagrada na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa e, em caso de conflito de direitos de idêntico valor, que permita a referida conciliação, distribua, equitativamente, pelos trabalhadores e pelas trabalhadoras com necessidades semelhantes, o dever de garantirem o funcionamento do serviço a que estão afetos”.

Ora considerando que os novos pedidos não podem ver os seus direitos coartados pelos anteriores, a distribuição do dever de assegurar o serviço tem de ser equitativa, abrangendo todos, mesmo os anteriormente autorizados. (...)

1.3.1. Consta ainda do processo cópia do pedido de flexibilidade de horário efetuado em 2013 pela trabalhadora, e, ao tempo autorizado.

1.3.2. A entidade empregadora veio juntar ao processo comprovativo da notificação efetuada à trabalhadora - cópia da carta enviada a esta –com data de 30.03.2016, a solicitação da CITE, que diz o seguinte:

“(...) Exma. Senhora

Enf.ª ...

Rua (...)

Data 2016/03/30

Informamos que nesta data o processo relativo ao seu pedido foi remetido à CITE, com pedido de parecer.

Com os melhores cumprimentos.

P´O Enfermeiro Diretor (...)”.

1.4. Cabe à CITE nos termos do Decreto-Lei n.º 76/2012 de 26 de março, que aprova a sua lei orgânica, conforme disposto no artigo 3.º, sob a epígrafe: “Atribuições próprias e de assessoria”:

“(...) c) Emitir parecer prévio no caso de intenção de recusa, pela entidade empregadora, de autorização para trabalho a tempo parcial ou com flexibilidade de horário a trabalhadores com filhos menores de 12 anos (...)”.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. A Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional determina que devem “(...) Os Estados-Membros (...) em colaboração com os parceiros sociais, lutar contra o problema das persistentes diferenças salariais em razão do género (...) através de medidas, como disposições flexíveis em matéria de tempo de trabalho, que permitam, tanto aos homens como às mulheres, conciliar mais facilmente a vida familiar e a vida profissional.

2.1.1. A Diretiva 2010/18/UE do Conselho, de 8 de março de 2010, que aplica o acordo-quadro revisto sobre licença parental, e revoga a Diretiva 96/34/CE, dá orientações, como no número 8, aos Estados Membros na adoção de medidas “(...) no sentido de melhorar a conciliação da vida profissional, privada e familiar dos trabalhadores com filhos e a igualdade entre homens e mulheres quanto às oportunidades no mercado de trabalho e ao tratamento no trabalho em toda a União (...)

2.2. Neste contexto, Portugal consagra, desde logo, estas orientações, na Constituição da República Portuguesa (CRP) com os Princípios fundamentais do Estado como é o caso do artigo 9.º sob a epígrafe *“Tarefas fundamentais do Estado”*:

“(...) b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático;

(...) d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;

(...) h) Promover a igualdade entre homens e mulheres (...).”

2.2.1. Seguidamente, na Parte I da CRP Direitos e deveres fundamentais, Título I Princípios gerais, o artigo 13.º sob a epígrafe *“Princípio da igualdade”* estabelece que:

“(...)1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual. (...).”

2.2.2. No âmbito da atividade laboral, no Título III Direitos e deveres económicos, sociais e culturais, Capítulo I Direitos e deveres económicos, o artigo 59.º da CRP sob a epígrafe *“Direitos dos trabalhadores”* recomenda:

“(...) 1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:

a) (...);

b) A organização do trabalho em condições socialmente dignificantes,

de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar;

c) (...)"

2.2.3. E prossegue, no Capítulo II Direitos e deveres sociais, o artigo 67.º sob a epígrafe “*Família*”:

“(...) 1- A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros (...)” e, o artigo 68.º sob a epígrafe “Paternidade e maternidade”

“(...) 1- Os pais e as mães têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país.(...)”.

2.3. Estes princípios, direitos fundamentais e constitucionais, são assegurados no Código do Trabalho (CT) aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, na Subsecção III Igualdade e não discriminação, Divisão I Disposições gerais sobre igualdade e não discriminação, no artigo 25.º sob a epígrafe “*Proibição de discriminação*” :

“(...) 1 – O empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta, em razão nomeadamente dos fatores referidos no n.º 1 do artigo anterior (...)”. (Direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho) (...).

2.3.1. O CT dedica uma Subsecção, IV, à Parentalidade (artigos 33 a 65.º), começando no artigo 33.º sob a epígrafe “*Parentalidade*”, integrada na Divisão III Igualdade e não discriminação em função do sexo, da Subsecção III Igualdade e não discriminação da Secção II Sujeitos do Capítulo I Disposições gerais, do Título II Contrato de trabalho:

“(...) 1 – A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes.

2 – Os trabalhadores têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação ao exercício da parentalidade.(...)”

2.3.2. No que respeita ao funcionamento das empresas, o CT, no artigo 56.º sob a epígrafe “Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares”, *disciplina:*

(...) n.º 1 - “O trabalhador com filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, filho com deficiência ou doença crónica que com ele viva em comunhão de mesa e habitação tem direito a trabalhar em regime de horário de trabalho flexível, podendo o direito ser exercido por qualquer dos progenitores ou por ambos”.

n.º 2 – “Entende-se por horário flexível aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário”.

n.º 3 - “O horário flexível, a elaborar pelo empregador, 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”.

n.º 4 – “O trabalhador que trabalhe em regime de horário flexível pode efetuar 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”.

2.3.3. Quanto ao procedimento a seguir, o artigo 57.º do CT sob a epígrafe “Autorização de trabalho a tempo parcial ou em regime de horário flexível”

dispõe:

“(...) n.º 1 - O trabalhador que pretenda trabalhar (...) em regime de horário de trabalho flexível deve solicitá-lo ao empregador, por escrito, com a antecedência de 30 dias, com os seguintes elementos:

a) Indicação do prazo previsto, dentro do limite aplicável;

b) Declaração da qual conste:

i - que o menor vive com ele em comunhão de mesa e habitação.

ii (...)

iii (...)

2 - O empregador apenas pode recusar o pedido com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável.

3 - No prazo de 20 dias contados a partir da receção do pedido, o empregador comunica ao trabalhador, por escrito, a sua decisão.

4 - No caso de pretender recusar o pedido, na comunicação o empregador indica o fundamento da intenção de recusa, podendo o trabalhador apresentar, por escrito, uma apreciação no prazo de cinco dias a partir da receção.

5 - Nos cinco dias subsequentes ao fim do prazo para apreciação pelo trabalhador, o empregador envia o processo para apreciação pela entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, com cópia do pedido, do fundamento da intenção de o recusar e da apreciação do trabalhador.

6 - A entidade referida no número anterior, no prazo de 30 dias, notifica o empregador e o trabalhador do seu parecer, o qual se considera favorável à intenção do empregador se não for emitido naquele prazo.

7 - Se o parecer referido no número anterior for desfavorável, o empregador só pode recusar o pedido após decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo.

8 - 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 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 6 ou, consoante o caso, ao fim do prazo estabelecido nesse número;

c) Se não submeter o processo à apreciação da entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres dentro do prazo previsto no n.º 5.

9 - Ao pedido de prorrogação é aplicável o disposto para o pedido inicial.

10 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos n.ºs 2, 3, 5 ou 7. (...)."

2.3.4. Dispõe, sobre a matéria, o CT, Secção VII Direitos, deveres e garantias das partes, Subsecção I Disposições gerais, no n.º 3 do artigo 127.º, sob a epígrafe "*Deveres do empregador*" que:

"(...) O empregador deve proporcionar ao trabalhador condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal".

2.3.5. E impõe, quanto à organização do trabalho, Subsecção III Horário de trabalho, na alínea b) n.º 2 do artigo 212.º sob a epígrafe "*Elaboração do horário de trabalho*" que a entidade empregadora deve:

"(...) a) (...);

b) Facilitar ao trabalhador a conciliação da atividade profissional com a vida familiar. (...)."

2.4. Porque a entidade empregadora dá a entender que existem outros pedidos de flexibilidade já autorizados, importará referir que de acordo com o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26.04.2010, Processo n.º 123/09.0TTVNG.P2, em www.dgsi.pt, o qual clarificou o seguinte: "*Ora, salvo o devido respeito, importa não esquecer que as ditas regras concernentes ao horário de trabalho, não podem ser encaradas em*

termos absolutos, e que, mesmo nas hipóteses contempladas no art.º 45.º (atual artigo 56.º) do Código do Trabalho, a sua concessão não é automática nem desligada da situação da empresa. Deste modo, perante uma situação de colisão de direitos, art.º 335.º do Código Civil, como necessário «para que todos produzam igualmente os seus efeitos, sem maior detrimento para qualquer das partes», justificando-se, assim, a alteração do horário efetuada com o retorno à rotação de horário”.

- 2.5.** Convirá ainda sublinhar-se, como a CITE tem entendido, que o facto de poderem existir determinados horários específicos, como horários flexíveis, já deferidos, não significa que outros requeridos, por razões semelhantes, tenham que ser indeferidos, pois que, não podendo todos os horários de trabalho concentrar-se em determinado ou determinados períodos do dia, terão, então, que ser rotativos para que todos/as os/as trabalhadores/as possam usufruir, o mais tempo possível, desses horários.
- 2.6.** Além disso, acresce que a entidade empregadora, tendo em conta que se trata de um novo pedido de horário flexível da trabalhadora, aquela não deu oportunidade a esta de apresentar apreciação à intenção de recusa nem de se pronunciar sobre a alteração do horário, tendo remetido o processo à CITE no mesmo dia em que comunicou à trabalhadora a sua intenção de recusa, isto é, no dia 30.03.2016, contrariando, neste último caso, contrariando o n.º 4 do artigo 217.º do Código do Trabalho que dispõe: “(...) não pode ser unilateralmente alterado o horário individualmente acordado (...)” podendo dar origem à prática de contraordenação nos termos do referido preceito legal se se tratar de contrato individual de trabalho, ou, se se tratar de contrato de trabalho em funções públicas por remissão das alíneas d) e g) do n.º 1 do artigo 4.º e do artigo 101.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.

- 2.7.** Na sequência de todo o exposto, compulsadas as normas legais sobre a matéria com o pedido sub judice, de salientar em primeiro lugar que toda esta legislação estabelece princípios fundamentais, direitos e deveres das entidades empregadoras e das trabalhadoras e dos trabalhadores, plasmados nas Diretivas Europeias transpostas por Portugal, consagrados na CRP e CT, que se devem concretizar na adoção de horários de trabalho destinados a facilitar a conciliação dos e das trabalhadoras com responsabilidades familiares pelas entidades empregadoras, de acordo com o disposto nos artigos 56.º e 57.º do CT, devendo o empregador cumprir os prazos previstos naqueles normativos recusar o pedido com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável, o que quer dizer que as entidades empregadoras, devem demonstrar um cuidado acrescido nestes casos, concretizando objetiva e coerentemente, na prática, em que se traduzem tais exigências imperiosas.
- 2.8.** Nestas circunstâncias, apesar de a entidade empregadora apresentar algumas razões que poderiam indiciar a existência de exigências imperiosas do seu funcionamento ou mencionar um tratamento eventualmente igualitário entre os/as trabalhadores/as nas mesmas circunstâncias, tendo em conta o teor do pedido da trabalhadora, ponto 1.2 do presente parecer, a intenção de recusa da entidade empregadora, ponto 1.3, bem como o referido no ponto 2.4, verifica-se que esta não conseguiu demonstrar suficiente, objetiva e inequivocamente que o horário requerido pela trabalhadora põe em causa esse funcionamento, tendo, nomeadamente, invocado apenas na generalidade número de trabalhadores/as, sem concretizar convenientemente os períodos de tempo que, no seu entender, deixariam de ficar convenientemente assegurados, face aos meios humanos necessários e disponíveis.

III – CONCLUSÃO

3.1. Na sequência do exposto, a CITE delibera:

3.1.1. Emitir parecer desfavorável à intenção de recusa formulada pelo ... relativamente ao pedido de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pela trabalhadora com responsabilidades familiares, ..., detentora da categoria profissional de enfermeira, a exercer funções no Serviço de Ortopedia A.

3.1.2. A entidade empregadora deve proporcionar à trabalhadora condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, e, na elaboração dos horários de trabalho, deve facilitar à trabalhadora essa mesma conciliação, nos termos, respetivamente, do n.º 3 do artigo 127.º, da alínea b) do n.º 2 do artigo 212.º e do n.º 2 do artigo 221.º, todos do Código do Trabalho, em conformidade com o correspondente princípio, consagrado na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa.

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 27.04.2016, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À MESMA ATA, TENDO A CONFEDERAÇÃO GERAL DOS TRABALHADORES PORTUGUESES (CGTP) APRESENTADO A SEGUINTE DECLARAÇÃO:

“Aprova-se o parecer do processo n.º 667/FH/2016, no entanto, discorda-se do conteúdo dos pontos 2.4. e 2.5 do aludido parecer por se considerar que os mesmos podem gerar confusão nos destinatários”.