

PARECER N.º 345/CITE/2016

Assunto: Parecer prévio à recusa de pedido 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, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro

Processo n.º 1081 – FH/2016

I – OBJETO

1.1. A CITE recebeu a 28.06.2016 da entidade empregadora ..., pedido de emissão de parecer prévio à recusa de prestação de trabalho em regime de horário flexível solicitado pela trabalhadora ..., a exercer funções no Serviço de ...

1.2. O pedido apresentado pela trabalhadora foi rececionado pela entidade empregadora a 24.05.2016, nos termos que a seguir se transcrevem:

“..., (...), a exercer funções no serviço de ..., venho por este meio, solicitar que me seja concedido horário flexível.

Tenho uma filha que nasceu no dia 16/04/2016, o meu marido é ... e infelizmente não temos apoio familiar contínuo, uma vez que o meus pais residem em ... e os meus sogros residem em ...

Assim, e uma vez que os turnos de tarde e noite e os turnos de fim de semana não são compatíveis com os horários praticados pelas creches, jardins de infância e escolas, que tanto eu como o meu marido trabalhamos por turnos rotativos e não temos apoio familiar, peço que me seja concedido horário flexível, compreendido entre as 9h e as 18h, de segunda-feira a sexta-feira.

Peço que me seja concedido este horário a partir de outubro de 2016. Data em que cessa a minha licença de maternidade e que seja concedido pelo período legal para o efeito, 12 anos, comprometendo-me a prescindir deste horário se a minha situação familiar se alterar.”

- 1.3. A 13.06.2016 a trabalhadora foi notificada da intenção de recusa da entidade empregadora, via mensagem de correio eletrónico, de acordo com o que a seguir se transcreve:

“Exma. Senhora

...

(...)

Em cumprimento do n.ºs 3 e 4 do artigo 57º, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, comunica-se à trabalhadora interessada, Sr.ª ..., a decisão de recusa, acompanhada dos fundamentos dessa intenção, devidamente objetivados.

Pedido: a trabalhadora, ... do Serviço de ... vem requerer «horário flexível» nos apontados termos legais.

Para tanto invoca que, encontrando-se em regime de horário por turnos (manhãs, tardes e noites, de segunda a domingo) e estando o outro progenitor a exercer a sua atividade profissional, de enfermagem, noutra instituição privada também em regime de horário por turnos, existe incompatibilidades de horários para o acompanhamento do seu filho menor, uma vez que não existem na rede pública infantários que funcionem durante o período noturno.

Fundamentos da intenção de recusa de atribuição de horário flexível no contexto do Serviço de

A Lei do trabalho enuncia dois fundamentos possíveis, ao abrigo dos quais a entidade empregadora pode, em «diálogo» com o(a) trabalhador(a) Requerente, consubstanciar a sua intenção de recusa, a qual, a não ser atendida pela trabalhadora, defere o poder de decidir para a CITE (Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego) a qual estabelece administrativamente a decisão a tomar, apenas sindicável pelos Tribunais.

Esses dois fundamentos legais são: 1º Exigências imperiosas do funcionamento do serviço (da empresa, na linguagem do Código do Trabalho); 2º Impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável.

I

Vejamos quanto ao 1º fundamento de exigências imperiosas do funcionamento do Serviço de ...

Este fundamento analisa-se em vários segmentos, todos associados à natureza do Serviço de ... o qual se caracteriza por ser um Serviço que funciona 24 horas por dia e 365 dias por ano e ainda por prestar cuidados clínicos e cirúrgicos, polivalentes a doentes que se encontram nas situações urgente e no apoio dos emergentes.

Assim, apresenta-se como fundamento ainda o seguinte: não pode dar-se à partida prevalência à concessão do horário flexível da requerente - em proteção do direito da parentalidade - inconsiderado o lugar próprio a reconhecer ao lado da assistência em saúde, de proteção da saúde, a que se dirige o trabalho prestado pela requerente.

Basta sublinhar que no Serviço de ... aqui em causa, onde trabalha a Senhora ... requerente, é preciso atentar nos dados seguintes:

Em média, o n.º de doentes assistidos por mês é de aproximadamente 10000.

As patologias assistidas são todas as que correspondem aos doentes de uma ...

E, por outro lado, quanto à situação da dificuldade de substituição dos profissionais:

O número mínimo de enfermeiros por turno, na maioria dos turnos é 17 elementos.

Recorda-se que o ... labora 24 horas por dia, 365 dias por ano;

O período de integração requer, em média, 1 mês sujeito a avaliação (conforme protocolo de integração no serviço). Este é o tempo estimado para que os ... já licenciados em ... estejam aptos a ficarem responsáveis pelos doentes. Porém, necessitam de cinco anos de trabalho para que se possam considerar especializados nesta área.

Ora, à Senhora ... requerente, como profissional que é, de um grupo profissional dotado de uma ética e uma deontologia próprias, plasmadas em lei, não lhe é evidentemente indiferente, pelo contrário, tem uma intensa consciência destes factos, de os doentes serem o móbil e o centro da atividade dos enfermeiros, verdadeiro centro em torno do qual gravitam, acessória e secundariamente todos os demais interesses e direitos.

Assim, o primeiro e matricial fundamento é aquele segundo o qual estão em causa valores mais relevantes — como é o direito constitucional à saúde — o que não pode deixar de influenciar, decisivamente, a ponderação quanto às exigências de funcionamento, no segmento da legalidade de organização de horários e de gestão de recursos humanos e ainda de possibilidade ou impossibilidade de substituir, na função em concreto a que se acha adstrita a Senhora ... requerente, quanto ao horário flexível requerido.

Em síntese, neste particular, o direito à saúde dos doentes, no estado em que se encontram no Serviço de ... deve prevalecer e, em consequência, ser desatendida a pretensão de um horário flexível.

II

Vejam agora o 2º fundamento relativo a exigências imperiosas do funcionamento do Serviço de ... no que concerne à gestão de recursos humanos e à virtualidade de substituição da Senhora ... requerente.

1. Horário de funcionamento do ... e à atividade assistencial

O horário de funcionamento do ... está organizado de acordo com a atividade assistencial ao doente e divide-se em duas grandes áreas: o Ambulatório e o Internamento.

No primeiro o horário de funcionamento é das 7 às 20 horas e no segundo 24 horas por dia. As jornadas de trabalho na Instituição estão organizadas de acordo com as leis laborais que regem a profissão, instituídas há mais de trinta anos, negociadas com os enfermeiros e comportam:

- No Ambulatório dois turnos (Manhã 7- 14h30m e Tarde 14h- 20 horas);*
- No Internamento três turnos (manhã 8h-14h30m; tarde 14h-20h30m e Noite 20h-8h30m). Refira-se como 1ª nota importante, pela articulação que implica, que, num serviço por escalas/turnos, a saída de um profissional do turno só acontece após ter sido substituído pelo seu colega do turno seguinte.*

2 - Da especificidade no Serviço:

Neste contexto, não podem deixar de relevar os aspetos seguintes:

- 1. A natureza intrínseca do Serviço (neste caso, o de Serviço de ...), a sua sofisticação de cuidados e a sua componente organizativa;*

2. *A gravidade e a premência associada da prestação de cuidados aos doentes ai assistidos, que constitui o objeto da prestação de trabalho do enfermeiro;*
3. *A necessária articulação entre profissionais de saúde e entre enfermeiros, no esquema organizativo de horários (o encurtamento ou a «liberdade») de um entrar e sair segundo as suas opções inviabiliza o cumprimento dos horários dos que o precedem e lhe sucedem na organização das escalas);*
4. *A especialidade e diferenciação profissionais dos enfermeiros, como a requerente, em que o atingimento de ‘performances’ de desempenho adequadas às exigências do Serviço de ... implica, como se evidencia no ponto 1, vários anos de exercício;*
5. *As exigências de tempo mínimo de «integração» de um profissional enfermeiro, que é de aproximadamente 1 (um) mês em Serviço de ...*

3. Quanto ao caso em concreto

A Srª ... encontra-se num serviço por escalas/turnos e solicita um horário fixo entre as 9 horas e as 18 horas com isenção de horário noturno trabalho e de fim de semana, o que, à partida, não é compatível com a jornada de trabalho em vigor no ...

A atribuição do horário solicitado, não é possível ser efetuada sem colocar em causa a jornada de trabalho do colega que a vem substituir, colocando gravemente em causa a organização geral dos horários de trabalho de toda a equipa, no entanto o Serviço está na disposição de, face ao horário do progenitor, fazer as necessárias adaptações para compatibilizar a assistência à menor. Aliás, há já nesta instituição e neste serviço, situações semelhantes em que foi encontrada uma solução para o pretendido sem recurso a horário flexível.

O CONFRONTO RELATIVO

O caso concreto e o confronto com os horários e os direitos dos demais profissionais enfermeiros.

Assume-se o direito que a lei permite de a requerente alegar, para solicitar o horário flexível, o “apoio assistência e acompanhamento a filha menor”, mas invoca-se o facto, de que, no Serviço onde a requerente trabalha existem mais trinta (30) colegas, na equipa de noventa e oito (98), com filhos menores de doze anos, pelo que a autorização deste pedido:

- a) Coloca logo em causa a possibilidade de assegurar as necessidades da distribuição dos enfermeiros pelos diversos turnos (Manhãs, Tardes, Noites, fins de semana e feriados) entre os b) Abriria o precedente que, a ser solicitado também pelos outros enfermeiros na mesma situação de direito, coloca em causa o Serviço ..., o de assistência aos doentes que o Serviço/Instituição presta vinte e quatro horas por dia, trezentos e sessenta e cinco dias por ano, o que já está a acontecer;
- c) Não está excluída a possibilidade de compatibilização de horário com o outro progenitor.

4 - Caracterização da equipa de trabalho:

O Serviço a que a Sr.^a ... pertence é composto por uma equipa de noventa e oito (98) profissionais de enfermagem na área da prestação de cuidados, onde:

- 7 Enfermeiros em licença de Maternidade;
- 3 Enfermeiros com o estatuto de trabalhador estudante.
- 4 Enfermeiros com possível dispensa de trabalho noturno por terem atingido os 50 anos;
- 6 Enfermeiras com horário de amamentação;
- 1 Enfermeira com Atestado por gravidez!
- 1 Enfermeira com patologia incompatível com horário noturno;
- 1 Enfermeira com previsão de atestado prolongado;
- 3 Enfermeiras com Horário flexível.

Constatamos pois que, 27,6 % da equipa tem limitações na atribuição da escala de trabalho e que não tem havido autorização superior de contratação de pessoal.

A PROJEÇÃO FUTURA DO HORÁRIO FLEXÍVEL

Importa, porém notar o que a Senhora ... Requerente não equaciona a possibilidade de o horário flexível ser parcialmente utilizado pelo cônjuge, situação de maior equidade e de melhor salvaguarda do interesse público.

Porém, não é possível um enfrentamento responsável e gestor adequado da situação sem realçar que estando o direito previsto nas normas dos arts 55º a 57º do Código do Trabalho para durar até aos 12 anos de idade das crianças menores filhos dos requerentes deste tipo de horário, o seu deferimento imponderado seria inexoravelmente gerador de ruturas nas Unidades de Saúde.

Situações de rutura que o ... tem o dever legal, de gestão e de mandato de impedir que se consume.

Na verdade, pedidos como o presente exigem um enfrentamento justo mas firme, sob pena de, pela projeção que reporta para o futuro, afetar a atual Direção de ..., o atual ... e, como é fácil intuir-se, até os órgãos dirigentes futuros.

III

Outras situações “colisão” de direitos a ponderar

Sublinhe-se que o ... tem de dar prevalência legal:

1º Às situações das enfermeiras deste serviço que se encontram em situação de amamentação — com redução correspondente de horário e dispensa de trabalho noturno — bem como;

2º Às incapacidades resultantes de doença;

3º As situações em que os enfermeiros, por terem mais de 50 anos de idade, estão legalmente dispensados de cumprimento de horário noturno, não se lhes podendo impor horários contra os seus direitos subjetivos diretos e potestativos.

Todas estas situações não são casos que representem colisão de direitos com o direito a horário flexível como o aqui em análise, mas casos de prevalência legal de direitos sobre a atribuição ou não de horários flexíveis.

E tais situações são enfrentadas e geridas pelos dirigentes intermédios, ao lado de casos de ausência por licenças de maternidade, por gravidez de risco, por doença, que são imprevisíveis, e não podem obviamente deixar de ser atendidas, condicionando o nível de recursos humanos a gerir e a afetar às necessidades do serviço.

Tudo isto se conjuga ainda com a necessidade de cumprir os limites legais de organização de horários, sendo que não se deve atribuir a cada profissional mais do 1/2 noites de trabalho por semana, dada a imposição legal, associada à harmonização do cumprimento dos horários com a vida familiar e social dos trabalhadores

Ora, todas estas situações que se verificam no Serviço em causa, são de molde a aconselhar e a justificar a não concessão de qualquer horário flexível.

Tudo para que a Senhora ... possa analisar, pedindo os esclarecimentos que entenda por convenientes.

Sendo assim, perante o exposto, porque coloca em causa o interesse público e o direito dos outros colegas, o direito dos doentes, e ainda porque não está excluída a possibilidade de articulação com o outro progenitor para o apoio á filha menor, não é possível autorizar o horário flexível pretendido pela Senhora ..., disponibilizando-se desde lá este ... a, com a requerente, encontrar outras soluções que deem uma resposta cabal à sua pretensão.

(...)”.

- 1.4.** Do processo remetido à CITE não consta qualquer apreciação à intenção de recusa.

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 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. A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes.”*
- 2.2.** 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 atividade profissional com a vida familiar.”*
- 2.3.** Assim, e para concretização dos princípios constitucionais enunciados e sob a epígrafe “horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares”, prevê o artigo 56.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, o direito do trabalhador, com filho menor de doze anos ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica, a trabalhar em regime de horário flexível,

entendendo-se que este horário é aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário.

2.3.1. Para que o/a trabalhador/a possa exercer este direito, estabelece o n.º1 do artigo 57.º do CT que “o trabalhador que pretenda trabalhar a tempo parcial ou em regime de horário 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: que o menor vive com ele em comunhão de mesa e habitação”.

2.3.2. Uma vez requerida esta pretensão, o empregador apenas tem a possibilidade de recusar o pedido com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa ou na impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a se este/a for indispensável dispondo, para o efeito, do prazo de vinte dias, contados a partir da receção do pedido do/a trabalhador/a, para lhe comunicar por escrito a sua decisão. Se o empregador não observar o prazo indicado para comunicar a intenção de recusa, considera-se aceite o pedido do/a trabalhador/a, nos termos da alínea a) do n.º 8 do artigo 57.º do Código do Trabalho.

2.3.3. Em caso de recusa, é obrigatório o pedido de parecer prévio à CITE, nos cinco dias subsequentes ao fim do prazo estabelecido para apreciação pelo/a trabalhador/a implicando a sua falta, de igual modo, a aceitação do pedido, nos termos da alínea c) do n.º 8 do artigo 57.º do Código do Trabalho.

2.3.4. 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.¹

¹ Vide artigo 57.º, n.º 7 do Código do Trabalho.

- 2.4.** Convém esclarecer o conceito de horário de trabalho flexível à luz do preceito constante no n.º 2 do artigo 56.º do CT, em que se entende “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”.
- 2.4.1.** Nos termos do n.º 3 do citado artigo 56.º do mesmo diploma legal: “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”.
- 2.4.2.** Neste regime de trabalho, o/a trabalhador/a poderá 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.
- 2.5.** Pretendeu, então, o legislador instituir o direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar conferindo ao/à trabalhador/a com filhos/as menores de 12 anos a possibilidade de solicitar ao seu empregador a prestação de trabalho em regime de horário flexível. Esta possibilidade traduz-se na escolha, pelo/a trabalhador/a, e dentro de certos limites, das horas para início e termo do período normal de trabalho diário, competindo ao empregador elaborar esse horário flexível observando, para tal, as regras indicadas no n.º 3 do artigo 56.º do CT. Tal implica, necessariamente, que o empregador estabeleça, dentro da amplitude determinada pelo/a trabalhador/a requerente, períodos para início e termo do trabalho 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/serviço.

- 2.6.** Esclareça-se que sendo concedido aos/às pais/mães trabalhadores com filhos/as menores de 12 anos ou, independentemente da idade, com doença crónica ou deficiência um enquadramento legal de horários especiais, designadamente, através da possibilidade de solicitar horários que lhes permitam atender às responsabilidades familiares, ou através do direito a beneficiar do dever que impende sobre o empregador de lhes facilitar a conciliação da atividade profissional com a vida familiar, as entidades empregadoras deverão desenvolver métodos de organização dos tempos de trabalho que respeitem tais desígnios e que garantam o princípio da igualdade dos trabalhadores, tratando situações iguais de forma igual e situações diferentes de forma diferente.
- 2.7.** No contexto descrito a trabalhadora solicitou um horário de trabalho flexível, compreendido entre as 09:00h e as 18:00h de segunda a sexta-feira.
- 2.8.** É pois de considerar que o fundamento em exigências imperiosas do funcionamento do serviço ou na impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a, se este/a for indispensável, deve ser interpretado no sentido de exigir ao empregador a clarificação e demonstração inequívocas de que a organização dos tempos de trabalho não permite a concessão do horário que facilite a conciliação da atividade profissional com a vida familiar do/a trabalhador/a com responsabilidades familiares, designadamente, tal como foi requerido; como tal organização dos tempos de trabalho não é passível de ser alterada por razões incontestáveis ligadas ao funcionamento da empresa ou como existe impossibilidade de substituir a trabalhadora se esta for indispensável.
- 2.9.** Assim sendo, os motivos alegados pela entidade empregadora, não constituem exigências imperiosas do seu funcionamento, pois a empresa não demonstrou objetiva e inequivocamente que o horário requerido pela trabalhadora ponha em causa esse funcionamento, uma vez que não concretiza os períodos de tempo que,

no seu entender, deixariam de ficar convenientemente assegurados, face aos meios humanos necessários e disponíveis à aplicação do horário pretendido por aquela trabalhadora.

- 2.10.** De facto, a entidade empregadora não esclareceu quais os turnos existentes no serviço de ... e qual ou quais os motivos legais ou contratuais que determinam a impossibilidade de rotatividade de turnos dos/as diversos/as trabalhadores/as, de maneira a demonstrar que a concessão do requerido implicaria períodos a descoberto, em que não existiria o número mínimo de trabalhadores/as que garantissem o funcionamento do serviço onde está afeta a trabalhadora requerente.
- 2.11.** Importa, ainda, esclarecer a entidade empregadora que, de acordo com o Parecer nº 70/CITE/2012: “No que diz respeito ao prazo, eventualmente, longo do pedido de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pela trabalhadora, se ocorrer alguma alteração anormal das circunstâncias atuais, que determinaram a possibilidade do gozo efetivo desse horário, a situação poderá ser reavaliada”.
- 2.12.** Por outro lado, a entidade patronal também adianta, enquanto fundamento à intenção de recusa, a existência de enfermeiros/as com dispensa de trabalho noturno por terem atingido os 50 anos de idade. Diga-se que esta situação não tem fundamento legal, tal como decorre do disposto no n.º 7 do artigo 56.º do Decreto-Lei nº 437/91, de 8/11, não sendo uma obrigação e apenas podendo ser executada desde que daí não advenham graves prejuízos para o serviço.
- 2.13.** Além do anteriormente exposto, o simples facto de existirem outros trabalhadores com filhos menores de 12 anos, não é justificativo para uma recusa por parte da entidade empregadora.
- 2.14.** Desta forma, saliente-se que o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores e das trabalhadoras com responsabilidades familiares não implica a desvalorização da atividade profissional que prestam nem a depreciação dos interesses dos

empregadores. Pelo contrário, o direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar, consignado na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa, é um direito especial que visa harmonizar ambas as conveniências, competindo à entidade empregadora organizar o tempo de trabalho de modo a dar cumprimento ao previsto na lei sobre a proteção ao exercício da parentalidade.

III – CONCLUSÃO

Face ao exposto:

- 3.1. A CITE emite parecer desfavorável à intenção de recusa da entidade empregadora ..., relativamente ao pedido de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pela trabalhadora com responsabilidades familiares ...
- 3.2. O empregador 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 n.º 2 do artigo 221.º todos do Código do Trabalho, aplicáveis, também, aos/às trabalhadores/as em funções públicas, por força do artigo 4.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, e, 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 MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 20 DE JULHO DE 2016, COM OS VOTOS CONTRA DA CAP-CONFEDERAÇÃO DOS AGRICULTORES DE PORTUGAL E DA CCP-CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL, CONFORME CONSTA DA RESPECTIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENCAS ANEXA À REFERIDA ATA.