

PARECER N.º 535/CITE/2016

Assunto: Parecer prévio à recusa do pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível, 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 1735 – FH/2016

I – OBJETO

1.1. A CITE recebeu em 18.10.2016, do ..., pedido de emissão de parecer prévio à recusa do pedido de horário flexível apresentado pela trabalhadora ..., enfermeira, a exercer funções no Serviço de Nefrologia, conforme, sucintamente, se transcreve:

*“Assunto: Exposição da trabalhadora ..., Enfermeira no Serviço de Nefrologia — Horário flexível de trabalhadora com responsabilidades familiares
Ao abrigo da norma do art.º 57.º do Código do Trabalho, pela presente se remete o processo relativo ao pedido de horário flexível da Sra. Enf.ª ..., que inclui o pedido inicial, a intenção de recusa do ... e comunicação à própria, bem como a apreciação da trabalhadora.”*

1.1.1 Em 16.09.2016 a trabalhadora solicitou a prestação de trabalho em regime de horário flexível, conforme se transcreve:

“..., (...) com a categoria profissional de Enfermeira, n.º mecanográfico ..., a exercer funções no Serviço de Nefrologia, vem muito respeitosamente requerer a V. Ex.ª, nos termos e para os efeitos previstos nos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho, a atribuição do Regime de Horário de Trabalho Flexível, em qualquer

serviço do ..., com turnos diurnos, apenas de segunda a sexta-feira, exceto feriados, entre as 08:00H e as 18:00H, a partir de 1 de novembro de 2016 e até 25 de agosto de 2027, com os seguintes fundamentos:

A requerente tem um filho menor (13 meses), com quem vive em comunhão de mesa e habitação, conforme certidão da Junta de Freguesia de ... que junta. A requerente reside a 20 quilómetros de distância do seu local de trabalho.

O Art.º 56.º, n.º 1, do Código do Trabalho, aplicável por remissão da Lei do Contrato de Trabalho em funções públicas, confere ao trabalhador com filho menor de 12 anos Que com ele viva em comunhão de mesa e habitação, o direito a trabalhar em regime de horário de trabalho flexível, nos termos previstos nessa disposição legal.

Por sua vez, a Constituição da República Portuguesa, no seu Art.º 59.º, n.º 1 — b), dispõe 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.

E o Art.º 212.º, n.º 2 — b), do Código do Trabalho prescreve que, na elaboração do horário de trabalho, o empregador deve facilitar ao trabalhador a conciliação da atividade profissional com a vida familiar, estabelecendo o Art.º 221.º, n.º 2, do mesmo Código, que os turnos devem, na medida do possível, ser organizados de acordo com os interesses e as preferências manifestados pelos trabalhadores. Com os fundamentos referidos, a requerente solicita a compreensão de V. Ex^ª. designadamente, através do deferimento do presente pedido para atribuição da modalidade de horário flexível, termos em que, e no mais de direito, vem requerer que o mesmo seja autorizado.

Junta: um atestado.

Aguarda deferimento

A requerente,”

1.1.2 Em 06.10.2016 a entidade empregadora comunicou à trabalhadora a intenção de recusa, conforme se transcreve:

“(...) Enviado: quinta-feira, 6 de outubro de 2016 15:35

Para: ... @...; ... @...

Assunto: Pedido de horário flexível

Anexos: 6953 - Decisão de Recusa.pdf

Boa tarde Sra. Enfª ...,

Na sequência do pedido de horário flexível, com o registo ..., anexa-se a decisão de recusa acompanhada dos fundamentos dessa intenção, devidamente objetivados.”

“Exma. Senhora

Enfª ...

Exposição da trabalhadora ..., Enfermeira no Serviço Nefrologia - Horário Flexível de trabalhadora com responsabilidades familiares

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

Pedido: a trabalhadora, Enfª do Serviço de Nefrologia, do ... vem requerer «horário flexível e/ou transferência de serviços» nos apontados termos legais.

Para tanto invoca, nos termos legais, ser mãe de ... de treze meses de idade. Contudo, não menciona a disponibilidade do cônjuge, para colaboração na assistência familiar.

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

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.

O ... pretende assim, sensibilizar, opondo à trabalhadora requerente, os factos objetivos que entende consubstanciarem qualquer daqueles dois fundamentos, tanto a existência de exigências imperiosas de funcionamento do Serviço de Nefrologia, do ..., como a impossibilidade de substituir a trabalhadora, no contexto de suprir ou colmatar a afetação parcial do horário que resultaria da concessão do horário flexível (nas horas que deixaria, “a descoberto” com o horário que pretende, um horário, de segunda feira a domingo entre as 08h00 e as 20h30).

I

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

Este fundamento analisa-se em vários segmentos, todos associados à natureza do Serviço de Nefrologia 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 a doentes que se encontram nas situações adiante descritas.

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 - inconsiderando o lugar próprio a reconhecer ao lado da assistência em saúde, de proteção da saúde, a que se dirige o trabalho prestado pela requerente.

Está em causa o direito à saúde - em momentos da mais intensa necessidade de prestação de cuidados em doentes em situação crítica, em que a vulnerabilidade dos doentes e o risco de vida é muito relevante e não apenas o direito dos enfermeiros entre si.

E tal direito, que a todos assiste, incluindo aos requerentes dos demais direitos, encontra assento constitucional, como se estabelece no artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa e na Base XIV da Lei de Bases da Saúde.

Tem-se abordado a questão quanto à colisão de direitos entre os profissionais de enfermagem, de todos (as) efetivos (as) e potenciais requerentes de horário flexível.

Mas não se tem abordado e atribuído o devido relevo à questão quanto à COLISÃO entre o direito à flexibilidade de horário por parte do(a)s enfermeiro(a)s requerentes (do 'bloco operatório', dos 'cuidados intensivos', 'urgência' e de outros Serviços de internamento onde a situação dos doentes é mais delicada) e o direito à saúde dos doentes:

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

- Os equipamentos utilizados pelos enfermeiros são dispositivos de elevada complexidade, nomeadamente desfibriladores, monitores hemodinâmicos e neurológicos, BIPAP's etc., pelo que necessitam de formação e treino rigoroso para o seu manuseio;
- De forma ainda mais acentuada, os equipamentos utilizados na realização de hemodiálise; Diálise Peritoneal, Hemodiafiltração contínua e Afereses, são de altíssima complexidade e exigem formação de longa duração (superior a três meses) e de manutenção contínua ao longo do tempo;

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

- O número mínimo de enfermeiros por turno é 12 elementos no turno da manhã, 10 elementos no turno da tarde e 6 elementos no turno da noite. Recorda-se que o Hospital labora 24 horas por dia, 365 dias por ano. (variável em função das atividades em funcionamento)
- Para a área do internamento, os períodos de integração requerem, em média, 4 semanas sujeitos a avaliação (conforme protocolo de integração no serviço). Este é o tempo estimado para que os enfermeiros (licenciados em Enfermagem) estejam aptos a ficarem responsáveis pelos doentes.
- Para áreas específicas de prestação de cuidados no serviço — técnicas de substituição renal (Hemodiálise, Diálise Peritoneal e Técnicas contínuas de

Hemodiafiltração, Plasmaferese), são necessários cerca de três meses de estágio de integração.

Ora, à Senhora Enf^a 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 Enf^a requerente, quanto ao horário flexível requerido.

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

II

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

1. Horário de funcionamento do ... e 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:

1º a natureza intrínseca do Serviço de Nefrologia, a sua sofisticação de cuidados e a sua componente organizativa, altamente diferenciada;

2º a gravidade e a premência associada à prestação de cuidados aos doentes aí internados, que constitui o objeto da prestação de trabalho do enfermeiro;

3º 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);

4º a especialidade e diferenciação profissionais dos enfermeiros, como a requerente, em que o atingimento de 'performances' de desempenho adequadas às exigências do Serviço de Nefrologia implica, como se evidencia no nº 1, vários anos de exercício;

5º as exigências de tempo mínimo de «integração» de um profissional enfermeiro, que é de 4 semanas, para a área de internamento e de cerca de três meses para as áreas das técnicas de substituição renal.

Assim, quanto à pretensão da Requerente Senhora Enf.ª ..., temos que o deferimento do seu pedido implicaria a preterição da observância dos deveres de boa gestão de recursos humanos, e a preterição dos interesses (de saúde) dos doentes e da atividade assistencial de que adiante falaremos, pelas ilegalidades

que implicaria, à custa da organização dos horários dos seus colegas enfermeiros do Serviço.

Entendemos, com base nas normas aplicáveis, que a atribuição de um concreto horário flexível a um trabalhador só pode ter lugar com a prévia ponderação do interesse público prosseguido, o qual deve prevalecer, incluindo a assistência em saúde, em face do serviço de ação médica em concreto e, a real necessidade da requerente, isso mesmo impõe a prevalência do interesse público assistencial, de saúde dos doentes, sobre o interesse privado.

3. Quanto ao caso em concreto

A Sr^a Enf.^a ..., encontra-se num serviço por escalas/turnos (Serviço de Nefrologia) e solicita um horário fixo entre as 8 horas e as 18h00, de segunda a sexta-feira (com exclusão do trabalho noturno e de fim de semana e feriados), o que, à partida, não é compatível com a jornada de trabalho em vigor no ..., sem colocar gravemente em causa a organização geral do horário e particularmente da prestação de cuidados do serviço onde está colocada e para o qual tem competência.

O CONFRONTO RELATIVO

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

Quando é atribuído um horário flexível / dispensa ou isenção do trabalho noturno a qualquer profissional ou existem baixas clínicas, sobrecarregam-se outros profissionais da equipa com esse trabalho noturno, pondo em causa a justiça distributiva do trabalho em horas incómodas e entrando no domínio da ilicitude.

Esta sobrecarga, ultrapassados os limites legais, provocará uma gestão perversa da prestação de trabalho dos profissionais e coloca o Hospital como agente potenciador de risco clínico acrescido, que sempre constituirá pressuposto de ilicitude de eventual responsabilidade civil hospitalar, com as inerentes consequências.

Estas condições são contrárias às próprias recomendações dos sindicatos representativos da classe que referem: “a elaboração de horários do grupo profissional de enfermagem deve de conciliar os interesses da Instituição, as

necessidades do Serviço e de todos profissionais da equipa e tem como objetivos:

- Distribuir os enfermeiros de forma equitativa, em número e competências desenvolvidas, pelos vários turnos;
- Respeitar os direitos dos enfermeiros enquanto pessoas e profissionais;
- Promover a cultura Organizacional com base no desenvolvimento profissional.

Definindo que, o trabalho por turnos, é de qualquer modo de organização de trabalho em equipa, em que os enfermeiros ocupam sucessivamente os mesmos postos de trabalho num determinado ritmo, incluindo o ritmo rotativo, que pode ser de tipo contínuo ou descontínuo, o que implica que os enfermeiros podem executar o trabalho a horas diferentes no decurso de um dado período de dias ou de semanas podendo compreender, dois ou três períodos de trabalho distintos praticados em jornada contínua e a metodologia a usar deve obedecer aos seguintes condicionalismos:

- Cabe ao Enfermeiro Chefe do Serviço estabelecer as respetivas escalas de acordo com as normas estabelecidas na legislação específica aplicável aos enfermeiros;
- Os horários por turnos são rotativos, devendo verificar-se uma variação regular para todos os enfermeiros;
- Os horários de trabalho devem ter como base ou matriz preferencial a seguinte sequência de turnos: Manhã, Manhã, Tarde, Tarde, Noite e Folga;
- Através da articulação entre os respetivos Enfermeiros Chefes, a elaboração dos horários deve ainda ter em consideração a existência de enfermeiros que integram o mesmo agregado familiar, o que, no caso concreto facilita a guarda da criança, de forma partilhada pelos dois cônjuges que podem articular-se para o efeito.

Assume-se o direito que a lei permite de a requerente alegar, para solicitar o horário flexível, o “acompanhamento de filho menor”, mas invoca-se o facto, de que:

- No Serviço onde a requerente trabalha existem treze (13) colegas na equipa de quarenta e três (43), com filhos menores de doze anos.

Há ainda:

- Duas (2) enfermeiras de baixa prolongada por doença

- Duas (2) enfermeiras de baixa por Licença de Maternidade
- Duas (2) enfermeiras de baixa por gravidez de risco e posterior licença de maternidade
- O serviço de Nefrologia tem quatro (4) enfermeiros com 50 anos;

Assim:

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), conforme recomendações dos sindicatos representativos da classe, entre os elementos que compõem a equipa de Cuidados Gerais de uma forma igualitária;

b) Ao ser autorizado pela CITE este horário flexível, abrirá o precedente que, a ser solicitado também pelos outros enfermeiros na mesma situação de direito, coloca em causa o Serviço Público, 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 ENTENDIMENTO DA COMPRESSÃO RELATIVA DOS DIREITOS

Tem-se entendido que não haveria razão para desatender um pedido como o presente sob o fundamento / pretexto de existirem outros trabalhadores na mesma situação da Requerente posto que, na colisão relativa de interesses e direitos seria fácil comprimir o direito de cada um até ao limite do direito do outro e, desse modo se viabilizariam as pretensões no limite do possível.

E, para isso tem-se invocado a decisão constante de um Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26 de abril de 2010, onde tal entendimento foi acolhido, em situação diferente da aqui em análise, apresentada pela Senhora Enf^a requerente, do Serviço de Nefrologia do ...

Porém, a doutrina daquele Acórdão, que analisa, e bem, uma situação de colisão de direitos entre trabalhadores, trata-se de uma gestão de horários (das 8h às 20 horas) em lojas comerciais — onde não se colocam as exigências de interesse público nem o valor máximo dos direitos dos doentes na particular vulnerabilidade, num hospital não se pode encerrar o serviço às 18 horas, há uma continuidade de cuidados/tratamentos que é necessário assegurar a estes doentes nas restantes doze horas da noite e, que necessitam de uma equipa capaz e disponível. Para

conseguir esses profissionais é necessário poder dividir as horas incómodas do seu horário de trabalho pelo máximo de elementos da equipa.

A PARTILHA DE RESPONSABILIDADES

A responsabilidade pela gestão de recursos humanos, sendo atribuição inalienável da Direção do ..., neste caso da Direção de Enfermagem e do Enfermeiro-Diretor, não pode ser indiferente nem deixar de constituir também, uma responsabilidade dos trabalhadores requerentes.

A realidade deste serviço, pode ser extrapolada para todos os outros serviços do ..., por ser uma equipa jovem.

O AGRAVAMENTO DAS INJUSTIÇAS RELATIVAS E A ILEGALIDADE DOS HORÁRIOS DOS DEMAIS.

Mas o que é certo é que estas decisões começam a colocar em causa o normal funcionamento do (s) Serviço(s) do ...

Estas situações / decisões começam a deteriorar as relações entre a equipa e a colocar em causa os objetivos do Serviço, criando mau ambiente entre colegas, agravado pela perversão de justiça que projeta na organização dos horários.

Há já dificuldade em assegurar os turnos de horas incómodas, os enfermeiros da equipa que podem trabalhar em horário noturno passaram, de seis noites por mês a fazer oito e nove noites.

O problema de gestão que se coloca a uma Direção de Enfermagem responsável é o seguinte:

Não têm todos os enfermeiros da equipa o direito a privar a sua vida com a da família?

E o risco clínico para os doentes de haver enfermeiros com prestação de trabalho em noites sucessivas sem observância de tempos de não trabalho, para ligação à vida familiar e para descompressão do trabalho?

E as situações de mal-estar geradas pela situação de injustiça relativa que penaliza aqueles que têm de ser obrigados a esforços adicionais?

Pergunta-se quanto a esses enfermeiros: onde estão os seus direitos?

Hoje, o que aqui está em causa não é só o direito de atribuir um horário flexível mas também o de ponderar o direito dos outros trabalhadores do serviço. Como já referimos, não estamos a falar de um serviço cujo horário de funcionamento se verifica entre as 8 e as 16 ou mesmo até as 20 horas como foi o caso em que se baseia o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de abril de 2010. Neste tipo de jornada de trabalho, não traz grandes inconveniente pois, elaborar o horário para x, ou para y, apenas implica saber quem prolonga o horário uma ou duas horas no fim do dia de trabalho. No caso dos hospitais a funcionar continuamente é sobrecarregar os outros colegas com os turnos das noites, fins de semana e feriados, é colocar uma parte dos trabalhadores a realizar a sua jornada de trabalho em horas que alteram o ritmo circadiano e que têm consequências nefastas na saúde, comprovados por estudos.

Onde está “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? Como diz o Artigo 59º, da CRP? Este artigo não pode ser só para os pedidos de horário flexível tem que se aplicar para todos os trabalhadores! Se não for assim, a partilha e a distribuição das horas incómodas por toda uma equipa não existe.

E no caso dos que têm limitação por motivo de doença? Que direito deve prevalecer: o da anuência do horário flexível ou o dos que têm limitações por motivo de doença? O que o chefe deve salvaguardar na elaboração dos horários? A que questões éticas e laborais ele deve responder em 1º lugar? E se também todos os outros exigirem aquilo que as Leis Laborais recomendam na íntegra?

Estamos todos de acordo no postulado de que nunca poderemos fechar o Serviço às 19 horas.

Então se não podemos encerrar o serviço as 19 horas vamos contratar efetivos quando deles não necessitamos em termos de horas disponíveis, aumentado os custos da administração pública quando nos está a ser solicitado / imposto o contrário?

Ou não oferecemos estes cuidados aos nossos concidadãos, quando temos a obrigação legal e a missão de o fazer?

Importa considerar que o cumprimento da legalidade, numa projeção estável (sem contar, portanto, com situações pontuais e específicas) apresenta limites imperativos: de carga horária diária, de carga horária em contínuo, de imposição de descansos, de recuperação da capacidade de regeneração para enfrentamento de novas prestações de trabalho.

E, com enorme impacto, a gestão equilibrada de tempos de trabalho é muito importante para obviar à colocação dos enfermeiros sobrecarregados com excessivas cargas horárias à acentuação do risco de erro profissional em enfermagem.

Na gestão das cargas horárias e conformação dos horários, essencialmente distribuição pelas horas noturnas deve ponderar-se que qualquer «libertação» de um trabalhador desse segmento do horário tem um efeito direto e imediato de oneração, de sobrecarga sobre os demais.

Tem o limite da legalidade, que não pode ser ultrapassado, sob pena de ficarem em risco os profissionais e os dirigentes que lhes determinam os horários ilegais, mas igualmente o limite da justiça relativa da repartição equitativa entre todos os elementos da equipa das horas mais desgastantes e afetadoras da relação trabalhador/ família.

Ora, quanto aos demais trabalhadores enfermeiros e enfermeiras, que também eles têm direito a uma vida familiar. Sabendo-se que:

- Que não tem havido autorização Superior de contratação de pessoal (relembre-se que um horário flexível tem que realizar as suas 40 horas semanais de trabalho sendo por isso equivalente a 1 ETC “Equivalente a Tempo Completo”).

Uma vez que já só temos 70% da equipa para assegurar o trabalho as noites, nos dias de feriados e fins de semana e, na colisão relativa de interesses e direitos de cada um dos enfermeiros da equipa, nas várias situações que a lei o permite, esse limite do possível já foi atribuído a esta equipa, autorizar/atribuir mais pedido vai colocar em causa o interesse público.

Sobre os seus direitos, argumentam os restantes enfermeiros da equipa e, que nos merece a maior atenção que também eles têm filhos que durante o dia estão nas aulas e, se eles têm que vir trabalhar mais noites na semana, também eles não podem conviver com os filhos.

Importa assinalar que na carreira de enfermagem a organização do horário só precisa de ter uma folga ao fim de semana e apenas uma vez por mês precisa de coincidir com o domingo; o próprio regime legal - que precede a constituição da relação de emprego (estas normas remontam a 1979, através do DL 62/79, de 6-3 e ainda ao DL 437/91, de 8-11), ora atribuir aos horários flexíveis, num horário diurno, de segunda a sexta-feira vai retirar esse direito aos outros colegas.

De onde decorre que todos os profissionais sabem aquando do início da sua relação com as entidades hospitalares que, ao contrário da relação de emprego nas Unidades de Saúde dos cuidados de saúde primários, a prestação de trabalho noturno constitui uma natureza intrínseca da atividade hospitalar que a todos se impõe, com as consequências de esta oneração ser repartida com equidade entre todos.

Estamos numa área de confluência de interesses onde é de esperar de todos um esforço, com o apoio das famílias, para que prevaleça o interesse público assistencial, afinal a razão de ser da atividade hospitalar - os doentes, que de seguida prevaleça o interesse dos valores mais relevantes da amamentação e da proteção dos profissionais mais velhos e dos enfermeiros com limitações por motivo de doenças.

A HIPÓTESE DA MOBILIDADE FUNCIONAL

Equacionou-se a possibilidade de mobilidade para outro serviço onde só se realiza trabalho diurno (8-18 horas), mas em todos esses Serviços o trabalho também está organizado em regime de escala, subsistindo por isso o mesmo tipo de dificuldades do Serviço onde atualmente a requerente se encontra integrada.

Mais se reflete que, sobre a possibilidade de mobilidade para estes Serviços de trabalho diurno não há nenhum posto de trabalho vago, correspondente a uma carência de recursos, estando todos os postos efetivos, da área de enfermagem,

da categoria a que a requerente pertence totalmente preenchidos não sendo, por isso, nem legal, nem lógico mobilizar qualquer profissional, afetando um terceiro, para criar um lugar para a requerente.

É do conhecimento de todos os profissionais de Enfermagem que os Hospitais integrados no Serviço Nacional de Saúde funcionam, como acima se afirmou, nas 24 horas dos 365 dias do ano pelo que, aquando da sua admissão, tacitamente estão a aceitar este horário de funcionamento.

Desde o ano passado que este ... tem vindo a alertar para a particularidade do que é o trabalho num hospital no sentido, de que, não sejam deferidos os pedidos de horários flexíveis solicitados. Para justificar esta particularidade ao longo da nossa fundamentação temos tentado fazer uma caracterização geral do trabalho no hospital, da especificidade no Serviço (competências e complexidade), bem como a caracterização da equipa de trabalho, assim, no caso concreto:

4- Considerações gerais:

A flexibilidade de horário, tal como a lei a define não é, em princípio, compatível com as exigências ligadas ao funcionamento da generalidade dos Serviços hospitalares, nem com a atual estrutura de organização e afetação de recursos, caracterizados, enquanto tal, por trabalho em equipa, com dotações de certo número de profissionais, médicos, enfermeiros, assistentes técnicos e operacionais por Serviço e, em concreto, na área de enfermagem, dotações de enfermeiros por número de doentes, em razão da natureza do doente e da patologia, como sucede, por exemplo, nos cuidados intensivos, nos blocos operatórios, na Urgência e em todos os serviços de internamento

Assim, no domínio subjetivo dos profissionais operando em setores de trabalho onde o fator articulação com os demais se mostra decisivo e essencial, é à partida de inviabilizar qualquer pedido de flexibilidade, o qual só em condições excecionais estará em condições de poder ser deferido.

Na verdade, a previsão normativa de concessão do regime de horário flexível, quanto a profissionais de áreas sensíveis ou de elevada complexidade e de efetivação colegial, articulada, como sucede com os profissionais médicos, enfermeiros e outras, intervindo, em trabalho de equipa, não consagra um

verdadeiro direito subjetivo a trabalhar em horário flexível, entendido como aquele em que «o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário» (art.º 56º/2 do CT) mas apenas uma expectativa que há de conferir-se em cada situação concreta, impondo-se a fundamentação respetiva.

Isso mesmo resulta da faculdade legal de a entidade empregadora «recusar o pedido com o fundamento em exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável» (art.º 57º n.º 2 do Código do Trabalho) o que nos remete para a situação concreta da trabalhadora se encontrar integrada na área profissional do Serviço de Medicina, onde objetivamente o trabalho é colegial, de equipa, com horários articulados e em contínuo, seguindo-se à prestação (turno ou escala) de um profissional a prestação de outro (turno ou escala seguinte).

Neste domínio há sempre que equacionar os interesses em presença, o instrumental da trabalhadora em vista da proteção da maternidade e o do serviço em concreto, do hospital como entidade assistencial, dirigido à proteção e promoção da saúde dos seus doentes.

5 - Caracterização da equipa de trabalho:

O Serviço a que a Sr.^a Enf.^a ... pertence é composto por uma equipa de quarenta e três (43) profissionais de enfermagem na área da prestação de cuidados, onde:

- Quatro (4) Enfermeiras em licença de maternidade e ou gravidez de risco, que com o seu regresso irão ter horário de amamentação com dispensa de horário noturno;
- Uma (1) enfermeira com horário flexível, diurno, de segunda a sexta, autorizado pela CITE;
- Duas (2) enfermeiras com horário de amamentação, impossibilitadas de efetuarem horário noturno;
- Quatro (4) enfermeiros com isenção de trabalho noturno, por terem mais que 50 anos de idade;
- Duas (2) enfermeiras ausentes ao serviço por baixa de longa duração, o que implica a sobrecarga de trabalho durante as noites e fins de semana;

E há o pedido de horário flexível em processo de apreciação por Vossa Excelência.

A caracterização da equipa evidencia que já existe uma limitação para a elaboração da escala de trabalho para mais de 70% dos enfermeiros e que, 30% da equipa já está isenta de noites.

Evidencia-se também que o ..., dentro das suas possibilidades, tem permitido e promovido a necessária conciliação entre a atividade profissional e a vida familiar dos seus trabalhadores.

E, de entre as muitas questões que se levantam, releva uma, segundo a qual não é viável conceder a plenitude dos direitos a todos quantos o requeiram, antes deve partir-se do facto das exigências de interesse público a prosseguir (a assistência aos doentes — verdadeira razão de ser da existência de um Hospital), para depois e, assente neste postulado, analisar, a montante, que direitos é viável conceder aos trabalhadores requerentes em matéria de proteção da qualidade do trabalho, de proteção da família e todos os direitos conexos, e em que medida tais interesses, relevantes mas não prevalecente sobre o interesse público, devem ceder.

A PROJEÇÃO FUTURA DO HORÁRIO FLEXÍVEL

Como é possível um enfrentamento responsável e gestionário adequado da situação mesmo 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, numa equipa jovem como é a do grupo profissional dos enfermeiros do ..., seria inexoravelmente gerador de ruturas na Instituição como já está a acontecer. Situações de rutura que o ... tem o dever legal, de gestão e de mandato de impedir que se verifique.

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 Enfermagem, o atual Conselho de Administração e, como é fácil intuir-se, até dos 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 não realização de trabalho noturno — bem como:

2º às incapacidades resultantes de doença;

3º às situações em que os enfermeiros por terem mais de 50 anos de idade, estão legalmente dispensadas de cumprimento de horário noturno, não 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 afetarás 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.

Já foi referido que na colisão relativa de interesses e direitos de cada um dos enfermeiros da equipa, nas várias situações que a lei o permite, esse limite do possível já foi atribuído a esta equipa, autorizar/atribuir mais este pedido de horário flexível vai colocar em causa o interesse público.

As situações descritas e a caracterização da equipa do Serviço, são de molde a aconselhar e a justificar a não concessão de qualquer horário flexível, além daqueles que já se acham a ser cumpridos.

Tudo para que a Senhora Enf^a possa analisar, pedindo os esclarecimentos que entenda por convenientes, a equação, em confronto, entre os direitos, de todos quantos estão afetos ao Serviço em conjunto, perante a natureza, a complexidade, a importância e a dimensão dos cuidados assistenciais prestados aos doentes e os direitos destes, o que constitui a primordial atribuição do ..., sobre a qual presta contas, à tutela e à comunidade social que serve.

O ... responderá a todo o tipo de pedidos de esclarecimento que a Senhora Enf^a entenda formular para que estas situações aqui apresentadas de 1º colisão entre o direito ao horário flexível e os direitos dos doentes, 2º a prevalência dos direitos à amamentação e à dispensa legal de horário noturno por atingimento do limite legal de idade; seja ponderada, analisada e, feita essa análise, decidida de acordo com a maior prudência atenta a diferença dos direitos em presença.

Não deixando de se sublinhar, clara e expressamente, que entendemos dever prevalecer, quanto àquela 1ª equação, o direito à saúde e o associado direito à vida.

E, quanto à segunda, a obrigação do ... de respeitar a legalidade de não atribuir horários ilegais nem gerar conflitualidade deixando de reconhecer direitos mais fortemente estabelecidos na lei, como o regime legal da amamentação

Sendo assim, perante o exposto, porque coloca em causa o interesse público e o direito dos outros colegas, e ainda o direito dos doentes, não é possível autorizar o horário flexível pretendido pela Senhora Enf^a ..., sem colocar em causa o tratamento dos doentes conforme pode ser visto na projeção de planeamento de horário de outubro (agravada se uma outra situação de absentismo aconteça).

Fica ainda notificada, com a presente comunicação, para responder, querendo, nos termos e para os efeitos da norma do nº 4 artº 57º do Código do Trabalho, à presente intenção de recusa.”

1.1.3. Em 11.10.2016, a trabalhadora apresentou a sua apreciação, conforme se transcreve:

“Resposta à intenção de recusa do pedido de horário flexível

..., enfermeira e exercer funções no Serviço de Nefrologia do ..., com o número mecanográfico ..., no uso do direito de resposta e apreciação da intenção de recusa do pedido de horário flexível, conforme e-mail recebido a 06.10.2016, contrapõe a argumentação apresentada, mantendo a pretensão de obtenção de horário flexível

Porquanto,

1. As circunstâncias especiais que resultam da conjugação da situação profissional e familiar da requerente constituem a motivação que a impelem a realizar o pedido previsto pelo art.º 56.º, n.º 1, do Código do Trabalho, aplicável por remissão da Lei do Contrato de Trabalho em funções públicas. Nomeadamente:

- a) A procura de maior disponibilidade para o acompanhamento do filho, menor de 12 anos, atualmente com 13 meses, com quem a requerente vive em comunhão de mesa e habitação;
- b) O horário de funcionamento da creche que a criança frequenta, que funcionando de segunda a sexta-feira, compromete a assistência à criança durante o fim de semana;
- c) O facto de residir a 20 km de distância do local de trabalho que, além de lhe tomar cerca de quarenta e cinco minutos por trajeto, priva a requerente de partilhar o jantar e hora de deitar o filho e este do convívio da mãe em tais momentos, designadamente aquando da realização dos turnos de “noite” cujo horário é das 20 h às 8:30h. Este facto implica também acréscimo de cansaço para a requerente, constituindo risco para a sua saúde e segurança.

Assim, os motivos que levaram a requerente a solicitar o horário flexível justificado pela idade do seu filho, radicam também no facto do horário por turnos rotativos diurnos, designadamente ao fim de semana, e noturnos da mãe, não ser compatível com o acompanhamento, estabilidade emocional e educação de uma criança.

2. A requerente esclarece desde já que não foi, nem nunca será, pretensão sua, para solucionar a sua vida familiar, criar situações de conflitualidade a este ..., aos seus doentes ou a qualquer colega de profissão, elementos que muito respeita e sempre honrou.

3. *A decisão do ... de recusa do pedido da requerente não é acompanhada de fundamentos dessa intenção, devidamente objetivados.*

Com efeito, em vez daqueles é apresentado um conjunto de considerações gerais, nomeadamente, em tese sobre princípios e em geral sobre transtornos e dificuldades gerados pela atribuição de horários flexíveis.

Transtornos e dificuldades que na situação são naturais e óbvios para qualquer empresa, já que normalmente todas possuem quadros de pessoal ajustado às suas necessidades normais e correntes. Donde, qualquer alteração de horário dos seus trabalhadores, seja qual for o motivo, não pode deixar de ter repercussão na sua organização e/ou nos tempos de trabalho dos demais trabalhadores.

Daí que a lei, na previsão do regime de horário de trabalho flexível, prescreva que “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” (cfr. Art.º 57.º, n.º 2, do Cód. do Trabalho). Se assim não fosse, o direito do trabalhador com filho menor de 12 anos que com ele viva em comunhão de mesa e habitação, a trabalhar em regime de horário de trabalho flexível, previsto pelo art.º 56.º, n.º 1, do Cód. do Trabalho, não teria qualquer conteúdo, sendo meramente semântico.

4. *De facto, e em rigor, na decisão de recusa não é invocado qualquer fundamento devidamente objetivado para a mesma. Não é referido que concreta consequência ou repercussão a aceitação do pedido da requerente tem para o serviço em que ela está inserida, nem demonstrado inequivocamente que o horário solicitado põe em causa o funcionamento do serviço, nem os períodos de tempo que, no entender do ... deixariam de ficar assegurados, em resultado da aplicação daquele.*

5. *Não pretende a requerente provocar desconforto na equipa e na gestão de horários, sendo que mantém a intenção de realizar horário flexível, que permita a continuidade de cuidados no seu serviço, cumprindo obviamente as 35 horas semanais que lhe estão destinadas, não se opondo à realização dos horários diurnos em vigor (DF — 8h às 18 h, M — 8h às 14:30h), mantendo a isenção de trabalho noturno de fim de semana e feriados.*

6. Quanto à caracterização da equipa apresentada na recusa ao pedido da requerente, importa mencionar que, embora ali se refira que há 2 enfermeiras com baixa por gravidez de risco, na verdade só há uma (cfr. horário de outubro anexo).
7. A requerente não pretende pôr em causa as situações, algumas das quais transitórias, que motivam a existência de horários específicos para alguns colegas do serviço. Pretende, apenas, apelar à compreensão de todos, para que também a especificidade da sua situação familiar seja encarada como merecedora de um horário distinto do que atualmente pratica.
8. Acrescenta que o facto de existirem determinados horários diurnos já deferidos, não significa que outros requeridos posteriormente por razões semelhantes tenham que ser indeferidos, uma vez 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 os trabalhadores possam usufruir, o mais tempo possível, desses horários.
9. Não questiona a requerente a legitimidade dos colegas para solicitar idêntico pedido. Uma vez que até à presente data se abstiveram de requerer esse direito, tal significará certamente, que a vida familiar de cada um deles tem sido compatível com o horário profissional.
10. Conclui a requerente que em mais de 19 anos de relação laboral com a instituição, dos quais 7 anos com o atual serviço, apenas interrompeu funções (atestado) por uma cirurgia ao nariz e uma gravidez de risco e subsequente licença de maternidade. Desde o regresso à atividade profissional cumpriu sempre com as suas obrigações, não tendo faltado para assistência a menor.

A própria designação de flexibilidade de horário é, por si só, reveladora da sua intenção em conciliar a família com a instituição, sem prejuízo da prossecução dos interesses desta em prestar cuidados de saúde aos utentes, assegurando, por outro lado, a melhor assistência possível também à sua família.

Mais considerando que

- a) A atribuição de horário flexível prevista no art.º 56.º, n.º 1, do Cód. do Trabalho, aplicável por remissão da Lei do Contrato de Trabalho em Funções Públicas,

constitui um direito potestativo do trabalhador, ou seja, o único pressuposto necessário para a atribuição do mesmo é a manifestação de vontade do trabalhador, pelo que não há qualquer fundamento legal para o indeferimento da pretensão da requerente;

- b) A não atribuição desse horário constitui uma contraordenação laboral grave, punível com coima, tal como expressamente previsto no art.º 56.º do Cód. do Trabalho;*
- c) A recusa da Instituição em reconhecer o supra mencionado direito causará graves prejuízos à requerente, cujo ressarcimento não deixará de ser exigido, em sede própria, caso se mantenha a proposta de indeferimento.*

Fica a aguardar o PARECER E DECISÃO da CITE (Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego).

Anexa: horário de outubro.

- 1.2.** Constan do processo remetido à CITE os seguintes documentos: Atestado da Junta de Freguesia de ...; Informação do S.G.R. Humanos, de 19/09/2016; cópia de legislação; mapa de horários de trabalho referente a Nefrologia ENF, outubro de 2016.

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.** A Diretiva 2010/18/EU do Conselho, de 8 de março de 2010, que aplica o Acordo-Quadro revisto sobre licença parental, que revogou a Diretiva 96/34/CE, com efeitos a partir de 8 de março de 2012, retomou a necessidade de as “*políticas da família [deverem] contribuir para a concretização da igualdade entre homens e mulheres e ser encaradas no contexto da evolução demográfica, dos efeitos do envelhecimento da população, da aproximação entre gerações, da promoção da partilha das mulheres na vida ativa e da partilha das responsabilidades de cuidados entre homens e mulheres*” (Considerando 8.), de “*tomar medidas mais eficazes para encorajar uma partilha mais igual das responsabilidades familiares entre homens e mulheres*” (Considerando 12), e de garantir que “*o acesso a disposições flexíveis de trabalho facilita aos progenitores a conjugação das responsabilidades profissionais e parentais e a sua reintegração no mercado de trabalho, especialmente quando regressam do período de licença parental.*” (Considerando 21).
- 2.4.** No âmbito da legislação nacional, tanto a Constituição da República Portuguesa (CRP), como o Código do Trabalho de 2009 (CT), preconizam o dever de o empregador proporcionar aos trabalhadores as condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, vd. alínea b) do artigo 59.º da CRP, e o n.º 3 do artigo 127.º do CT, sendo igualmente definido como um dever do empregador a elaboração de horários que facilitem essa conciliação, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 212.º do CT.
- 2.5.** 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, na redação conferida pela Lei n.º 120/2015, de 1 de setembro, o direito do/a

trabalhador/a, com filho/a menor de doze anos, a trabalhar em regime de horário flexível.

2.5.1. O/A trabalhador/a deve observar os seguintes requisitos, quando formula o pedido de horário flexível:

- Solicitar o horário ao empregador com a antecedência de 30 dias;
- Indicar o prazo previsto, dentro do limite aplicável;
- Apresentar declaração conforme o(s) menor(es) vive(m) com o/a trabalhador/a em comunhão de mesa e habitação.

2.5.2. Uma vez requerida esta pretensão, o empregador apenas pode 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 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.

2.5.3. 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.

2.5.4. 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

2.6. Entende-se por horário flexível, de acordo com o artigo 56.º do Código do Trabalho, o direito concedido aos/às trabalhadores/as com filhos/as menores de 12 anos, ou

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

independentemente da idade, que sejam portadores/as de deficiência ou doença crónica, de poder escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário.

O horário flexível, que é elaborado 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.

2.6.1. 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.

2.7. Para tal, o empregador quando elabora o horário flexível, atendendo à amplitude determinada pelo/a trabalhador/a requerente como sendo a mais adequada à conciliação da sua atividade profissional com a vida familiar, estabelece períodos para início e termo do trabalho diário, cada um com duração não inferior a um terço do período normal de trabalho diário.

2.8. Em rigor, a prestação de trabalho em regime de horário flexível visa permitir aos trabalhadores com responsabilidades familiares uma gestão mais ou menos ampla do tempo de trabalho. Nesse sentido, o período de presença obrigatória é de, apenas, metade do período normal de trabalho diário. O restante período normal de trabalho diário poderá ser gerido conforme as conveniências dos/as trabalhadores/as, inclusive ser compensado, nos termos previstos no n.º 4 do já referido artigo 56.º do Código do Trabalho.

- 2.9.** No contexto descrito, a trabalhadora requerente, mãe de filho menor com 13 meses de idade, que consigo vive em comunhão de mesa e habitação, pretende exercer a sua atividade profissional em regime de horário flexível, nos termos do artigo 56.º do Código do Trabalho, “*em qualquer serviço do ..., com turnos diurnos, apenas de segunda a sexta-feira, exceto feriados, entre as 08:00H e as 18:00H, a partir de 1 de novembro de 2016 e até 25 de agosto de 2027*”.
- 2.10.** Como fundamento para a intenção de recusa relativa à prestação de trabalho em regime de horário flexível foram alegados pela entidade empregadora, essencialmente, os seguintes factos:
- “*não pode dar-se à partida prevalência à concessão do horário flexível da requerente – em proteção do direito da parentalidade – inconsiderando o lugar próprio a reconhecer ao lado da assistência em saúde, de proteção da saúde, a que se dirige o trabalho prestado pela requerente.*”;
 - O serviço de Nefrologia funciona 24 horas por dia, e 365 dias por ano com turnos de manhã das 8.00h às 14.30h, da tarde das 14.00h às 20.30h e da noite das 20.00h às 8.30h;
 - Os períodos de integração no serviço requerem, em média, 4 semanas sujeitas a avaliação e para áreas específicas de cuidados são necessários cerca de 3 meses de estágio de integração;
 - O número mínimo de enfermeiros por turno é de 12 elementos no turno da manhã; 10 elementos no turno da tarde e 6 elementos no turno da noite;
 - A equipa é composta por 43 enfermeiros/as, dos/as quais 13 têm filhos menores de 12 anos; 4 enfermeiras encontram-se em licença de maternidade e ou gravidez de risco; 1 enfermeira com horário flexível; 2 enfermeiras com horário de amamentação; 2 enfermeiras de baixa prolongada por doença; 4 enfermeiros com 50 anos com isenção de trabalho noturno;
 - É recomendação dos sindicatos representativos da classe a distribuição equitativa de turnos pelos/as enfermeiros/as;
 - A organização do trabalho deve respeitar a atribuição preferencial aos/às

enfermeiros/as de dois turnos da manhã seguidos de dois turnos da tarde, um turno da noite e folga;

- Na carreira de enfermagem a organização do horário contempla uma folga ao fim de semana e apenas uma vez por mês precisa de coincidir com o domingo;
- Não deve ser atribuído a cada profissional mais do que 2 noites de trabalho por semana;
- A saída de um/a profissional do turno só acontece após ter sido substituído pelo/a seu/sua colega do turno seguinte;
- *“a necessária articulação entre profissionais de saúde e entre enfermeiros (...) 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)”*.

- 2.11.** A trabalhadora apreciou os fundamentos da intenção de recusa, não considerando que os fundamentos apresentados pelo empregador justifiquem a recusa apresentada.
- 2.12.** Atendendo aos motivos invocados pela entidade empregadora como determinantes da impossibilidade de conceder o horário flexível à trabalhadora com responsabilidades familiares reveste especial interesse esclarecer que, nos termos do n.º 1 do artigo 12.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), todos/as os/as cidadãos/cidadãs gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, designadamente, o direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar (alínea b) do n.º 1 do artigo 59º CRP). Por este motivo não existem trabalhadores/as excluídos/as deste princípio, independentemente da atividade que exerçam ou da profissão que tenham escolhido.
- 2.13.** No mesmo sentido, importa enfatizar que não existe colisão entre o direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar dos/as enfermeiros e o direito à saúde dos doentes. Tal, seria admitir que os/as trabalhadores/as desta

profissão gozassem de um estatuto jurídico-laboral inferior aos dos/das demais trabalhadores/as em virtude do serviço que prestam à população. Assim, e sem prejuízo das especificidades do regime laboral destes/as trabalhadores/as os restantes direitos laborais consagrados são-lhes aplicáveis na mesma medida em que o são a outros/as trabalhadores/as abrangidos.

2.14. Tal como referido no Parecer n.º 25/CITE/2014: “2.6. *Recorde-se que na Constituição da República Portuguesa o artigo 59.º sobre os direitos dos trabalhadores, em que se consagra o direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e o artigo 68.º sobre a paternidade e maternidade, que fundamenta o artigo 33.º do Código do Trabalho que dispõe que “a maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes”, e que “os trabalhadores têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação ao exercício da parentalidade”, estão inseridos na Parte I da mesma Constituição dedicada aos Direitos e Deveres Fundamentais.”*

2.6.1. Ora, isto significa que estes Direitos e Deveres Fundamentais têm que ser respeitados em primeiro lugar e os deveres e direitos dos/as trabalhadores/as da ... (...) têm que se conformar com aqueles e nunca sobrepor-se a eles.”

(...)

“3.3. O direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e o direito à proteção da paternidade e maternidade estão inseridos na Parte I da Constituição da República Portuguesa relativa aos Direitos e Deveres Fundamentais e, não podem ser postergados por outros direitos ou deveres profissionais, mas sim conformar-se com eles.”

2.15. Refira-se, ainda, na sequência do que antecede que: “*Em rigor, não é possível considerar a existência de um numerus clausus para o exercício de direitos relacionados com a parentalidade. Tal era admitir que tais direitos dependessem de uma ordem temporal, ou seja, os/as trabalhadores/as pais e mães mais recentes viriam os seus direitos limitados se no universo da sua entidade empregadora já se tivessem esgotado as vagas pré definidas para o exercício de direitos.*

Afigura-se, assim, que as entidades empregadoras no âmbito do seu poder de direção devem elaborar os horários de trabalho das suas equipas de acordo com as necessidades do serviço e no respeito dos direitos de todos os seus trabalhadores.”²

- 2.16.** De facto, a CITE tem alertado os empregadores no sentido de os esclarecer que subjacente às exigências sobre a fundamentação apresentada para a recusa, encontra-se a preocupação já enunciada na Convenção da OIT n.º 156 relativa à igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores de ambos os sexos: trabalhadores com responsabilidades familiares, aprovada para ratificação pelo Decreto do Governo n.º 66/84, de 11 de outubro, que alertou para os problemas dos trabalhadores com responsabilidades familiares como questões mais vastas relativas à família e à sociedade, e a conseqüente necessidade de instaurar a igualdade efetiva de oportunidades de tratamento entre trabalhadores de ambos os sexos com responsabilidades familiares e entre estes e outros trabalhadores.
- 2.17.** Ao analisar casuisticamente os fundamentos invocados para a recusa da prestação de trabalho em regime de horário flexível, a CITE aprecia se os motivos alegados pelo empregador são passíveis de excepcionar o dever de atribuir o direito constitucional e legal à conciliação da atividade profissional com a vida familiar de um/a trabalhador/a, sendo certo que, na sua missão e atribuições, esta Comissão prossegue a igualdade e não discriminação entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional e colabora na aplicação de disposições legais e convencionais relativas à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal devendo, por isso, sinalizar as situações que possam conduzir a uma segregação no mercado de trabalho, que se traduz no afastamento daqueles/as que, no cumprimento de outros deveres que constitucional e

² Doutrina ínsita no Parecer n.º 230/CITE/2014, disponível para consulta em www.cite.gov.pt.

legalmente lhes são impostos, como é o dever de cuidar dos/as filhos/as, não apresentam a disponibilidade conforme lhes é exigida pelo empregador.

- 2.18.** É pois de considerar que o fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa 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 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 o/a trabalhador/a se este/a for indispensável.
- 2.19.** Na verdade, o exercício de direitos pelos/as trabalhadores/as não é, por si só, fundamento em exigências imperiosas do funcionamento do serviço ou fundamento de impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a se este/a for indispensável. Torna-se necessário que esse exercício de direitos determine períodos de tempo de trabalho a descoberto sem a possibilidade de afetação de outros/as trabalhadores/as.
- 2.20.** Em face das condicionantes do serviço, no qual exerce funções a trabalhadora requerente, enumeradas pela entidade empregadora, releva a referência ao que se dispõe no artigo 56.º do Regime Legal da Carreira de Enfermagem:

“(…)

2- Os enfermeiros têm direito a um dia de descanso semanal, acrescido de um dia de descanso complementar, devendo, em cada período de quatro semanas, pelo menos um dos dias de descanso coincidir com o sábado ou o domingo.

3- A aferição da duração do trabalho normal deve reportar-se a um conjunto de quatro semanas.

(...)

9 – Os enfermeiros com idade superior a 50 anos poderão, se o requererem, ser dispensados do trabalho noturno e por turnos, desde que daí não advenham graves prejuízos para o serviço.

(...)”.

- 2.21.** Resulta do normativo supra referido que a dispensa de trabalho noturno para enfermeiros/as com idade superior a 50 anos não consubstancia um direito potestativo.
- 2.22.** Resulta dos dados disponibilizados pela entidade empregadora que na equipa de enfermagem do Serviço de Nefrologia, composta por 43 elementos, encontram-se ausentes do serviço 6 elementos.
- 2.23.** Na verdade, o exercício de direitos pelos/as trabalhadores/as que determinem a impossibilidade de assegurar o número mínimo de profissionais necessário ao regular funcionamento impõe à gestão da unidade produtiva a adoção de medidas adequadas. A falta dessas medidas, não poderá, no entanto, ser invocada como fundamento imperioso do funcionamento do serviço por comportar em si própria uma contradição.
- 2.24.** Já o regular funcionamento do serviço poderá determinar limitações à gestão dos tempos de trabalho. De facto, quando se refere que são necessários 28 enfermeiros/as por dia no Serviço de Nefrologia (Manhã - 12 enfermeiros/as; tarde - 10 enfermeiros/as e Noite - 6 enfermeiros/as) compreende-se que cada fim de semana exige a afetação de 56 enfermeiros/as. E, quando se afirma que cada enfermeiro/a não deverá realizar trabalho em mais do que 2 noites por semana compreende-se que são necessários/as, no mínimo, 42 enfermeiros/as por semana no turno da noite.

- 2.25.** Afigura-se, por isso, possível a existência de dificuldades de atribuição de uma folga num dos dias de fim de semana (sábado ou domingo) em cada período de quatro semanas ou a aplicação do limite indicativo de prestação de trabalho, no máximo, em duas noites por semana.
- 2.26.** No entanto, a entidade empregadora não referiu, na sua exposição, como tem organizado o funcionamento do serviço de modo a esclarecer que a atribuição do horário flexível, tal como foi requerido implicaria a impossibilidade de continuar a assegurar o seu regular funcionamento.
- 2.27.** Refira-se que o mapa de horários de trabalho referente ao mês de outubro de 2016, contempla a menção de horários enquadráveis na amplitude indicada pela trabalhadora requerente (8.00h/18.00H) para uma prestação de trabalho de 35 horas semanais, designadamente: 8.00h/16.30h; 8.00h/18.00h; 8.00h/14.30h; 8.00h/15.00h.
- 2.28.** A falta de demonstração prejudica a aferição dos necessários fundamentos em exigências imperiosas do funcionamento do Serviço de Nefrologia que determinam a recusa do pedido.
- 2.29.** Relativamente ao horário solicitado pela trabalhadora é, ainda, relevante a doutrina que a CITE tem divulgado no sentido de considerar enquadrável no artigo 56.º do Código do Trabalho a indicação, pelo/a requerente, de um horário flexível a ser fixado dentro de uma amplitude temporal diária e semanal indicada como a mais favorável à conciliação da atividade profissional com a vida familiar, por tal circunstância não desvirtuar a natureza do horário flexível se essa indicação respeitar o seu período normal de trabalho diário³. Importa, ainda, que a amplitude

³ Decorre do artigo 198.º do Código do Trabalho que período normal de trabalho significa o tempo de trabalho que o/a trabalhador/a se obriga a prestar, medido em número de horas por dia e por semana.

indicada pelo/a trabalhador/a seja enquadrável na amplitude dos turnos que lhe podem ser atribuídos.⁴

- 2.30.** Esclareça-se que no âmbito de um horário flexível o/a trabalhador/a poderá escolher horas fixas de início e termo do seu período normal de trabalho diário, que lhe permitam melhor conciliar a sua atividade profissional com a sua vida familiar, no intuito de não descurar os interesses do empregador e/ou os deveres laborais a que possa estar obrigado/a, com o objetivo de poder cumprir os deveres que lhe incumbem como progenitor/a.
- 2.31.** A CITE tem considerado, igualmente, que: *“2.16.(...) sem prejuízo do cumprimento das normas legais aplicáveis à elaboração dos horários de trabalho (...) a consagração constitucional e legal do direito à conciliação da atividade profissional com a vida pessoal e o correspondente dever do empregador de a promover, impõe que, na elaboração dos horários de trabalho, o empregador garanta, na medida do que for possível e sem afetar o regular funcionamento organizacional, uma discriminação positiva dos/as trabalhadores/as que o requeiram, em*

⁴ Ver a este respeito o Parecer n.º 128/CITE/2010: “2.7.2. Sempre que o período de funcionamento da empresa ultrapasse os limites máximos do período normal de trabalho devem ser organizados turnos de pessoal diferente (n.º 1 do artigo 221.º do Código do Trabalho).

Como refere Maria do Rosário Palma Ramalho, a organização do trabalho em regime de turnos implica, com frequência, que os trabalhadores estejam ao serviço em períodos que correspondem, para os trabalhadores comuns, a tempo de descanso diário ou semanal, o que poderia colocar a questão do cálculo da retribuição destes trabalhadores quando tal suceda.

Deve, no entanto, ficar claro que o trabalho destes trabalhadores durante os respetivos turnos se situa dentro do seu período normal de trabalho e do seu horário de trabalho, mesmo quando coincida com os tempos de descanso dos restantes trabalhadores. Assim, este trabalho é de qualificar como trabalho normal e não como trabalho suplementar, devendo ser retribuído como tal (neste sentido se pronunciou a jurisprudência (Ac. RC de 12/07/1990, CJ, 1990, IV, 104, e Ac. RLx. de 9/06/1993, CJ, 1993, III, 183) e a doutrina (...)). Já se os turnos determinarem a prestação do trabalho durante o período noturno, os trabalhadores têm direito ao acréscimo remuneratório correspondente a este tipo de trabalho. (...).

2.7.3. Neste sentido, e acolhendo o entendimento supra referido, se o trabalho prestado durante os respetivos turnos se situa no período normal de trabalho, e se os turnos podem ser fixados nos sete dias da semana, então a organização do tempo de trabalho pretendida pela trabalhadora com responsabilidades familiares deverá ser considerada na análise do pedido de prestação de trabalho em regime de horário flexível.

Tal não significa que o empregador tenha de atender ao pedido. Poderá não o fazer mas estará, sempre, obrigado à fundamentação legal exigível para a recusa.”

detrimento de um tratamento igualitário de todos/as os/as elementos da equipa de profissionais do serviço.”⁵.

- 2.32.** E, naturalmente, existindo outros/as trabalhadores/as que gozem direitos idênticos, deverá existir entre todos/as um tratamento igual, sob pena de discriminação nas condições de trabalho por motivo de situação familiar, proibido pelo artigo 24.º do Código do Trabalho.
- 2.33.** Neste sentido, deverão ser concedidos aos/às pais/mães trabalhadores/as com filhos/as ou menores de 12 anos a seu cargo 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/as trabalhadores/as, tratando situações iguais de forma igual e situações diferentes de forma diferente.
- 2.34.** Tal não significa que em situações pontuais e fundamentadas em exigências imperiosas do funcionamento do Serviço de Nefrologia ou no cumprimento de obrigações legais ou contratuais que originem períodos em que não exista o número mínimo de trabalhadores/as que garantam o funcionamento do serviço em causa poderá a entidade empregadora distribuir equitativamente pelos/as trabalhadores/as com direitos comparáveis o dever de garantir o funcionamento do serviço nos horários a descoberto.
- 2.35.** De facto, impõe-se a demonstração das exigências imperiosas do funcionamento do Serviço de Nefrologia, não bastando enumerar diversas preocupações, limitações de gestão ou especificidades de uma dada profissão.

⁵ Doutrina constante do Parecer n.º 108/CITE/2016.

Assim:

“(...) 2.17. Compete à entidade patronal gerir de forma equilibrada o horário de trabalho dos seus trabalhadores e das suas trabalhadoras, por forma a garantir a plenitude do funcionamento do serviço, organizando-o com ponderação dos direitos de todos/as e de cada um/a deles/as, onde se inclui o direito à conciliação da vida profissional com a vida familiar, que é, em si próprio, também de interesse público, além do mais, por resultar de previsão legal e constitucional.

2.18. Portanto, a entidade patronal deve ponderar todos os direitos e interesses em conflito, o que exige a apreciação, seriação e compatibilização baseada em razões legais ou fundamentamente ponderosas.

2.19. Por outro lado, deve demonstrar objetiva e inequivocamente que o horário requerido pela trabalhadora, põe em causa o funcionamento do serviço, concretizando os períodos de tempo que, no seu entender, deixariam de ficar convenientemente assegurados, face aos meios humanos necessários e disponíveis e à aplicação do horário pretendido pela trabalhadora.”⁶

2.36. Por último esclareça-se que tem sido entendimento desta Comissão o constante do Parecer n.º 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.”

III – CONCLUSÃO

Face ao exposto, a CITE delibera:

⁶ Doutrina constante do Parecer n.º 109/CITE/2016.

- 3.1.** Emitir parecer prévio desfavorável à recusa da prestação de trabalho em regime de horário flexível requerido pela trabalhadora ..., porquanto a entidade empregadora não concretizou e não demonstrou que na realidade atual do Serviço de Nefrologia, tal como a configurou na intenção de recusa, a atribuição do horário flexível requerido colocaria em causa o seu normal funcionamento.
- 3.2.** Recomendar ao ..., que elabore o horário flexível nos termos requeridos e conforme o previsto no artigo 56.º do Código do Trabalho, e promova o direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar dos/as seus/suas trabalhadores/as, consagrado na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa, e nos termos previstos no n.º 3 do artigo 127.º e da alínea b) do n.º 2 do artigo 212.º, ambos do Código do Trabalho.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 9 DE NOVEMBRO DE 2016, COM OS VOTOS CONTRA DA REPRESENTANTE DA CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL (CCP), DA REPRESENTANTE DA CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL (CIP), E DO REPRESENTANTE DA CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS (CTP), E COM A DECLARAÇÃO DE VOTO CONJUNTA APRESENTADA PELOS REPRESENTANTES DA CCP E DA CTP QUE SE TRANCREVE, CONFORME CONSTA DA RESPECTIVA ATA NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENCAS ANEXA À MESMA ATA.

“Declaração de Voto

A Confederação do Turismo Português vota desfavoravelmente, pois entende que a situação objeto de análise não se enquadra no conceito de horário flexível, que o legislador definiu no n.º 2 do artigo 56.º do Código do Trabalho.

De acordo com essa definição, o trabalhador poderá escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário.

No entanto, entende a CTP, que o trabalhador apenas poderá exercer esse direito dentro dos limites diários do seu período normal de trabalho diário já estabelecido, sob pena de não estarmos a aplicar o conceito de horário flexível, mas sim o conceito de alteração de horário de trabalho, previsto no artigo 217.º do Código do Trabalho.

Ou seja, o conceito de horário flexível não atribui ao trabalhador o direito de determinar os dias em que pretende trabalhar mas sim o de flexibilizar um horário já existente, cabendo ao empregador, em primeiro lugar, estabelecer os limites dentro do qual o mesmo poderá ser exercido — depois, o trabalhador, dentro desses limites poderá gerir o tempo da forma que lhe for mais conveniente.”