

PARECER N.º 647/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 2064 – FH/2016

I – OBJETO

1.1. A CITE recebeu em 30.11.2016, do ..., pedido de emissão de parecer prévio à recusa do pedido de horário flexível apresentado pela trabalhadora ..., enfermeira, a exercer funções no Serviço de Cirurgia Cardiorácica, conforme, sucintamente, se transcreve:

“Cumpre-me enviar a V. Exa o pedido de horário flexível da trabalhadora ..., com o n.º mec. ..., a exercer funções no Serviço de Cirurgia Cardiorácica, que mereceu parecer não favorável por parte desta Instituição. Em virtude de não ser intenção do ... prejudicar a trabalhadora em questão, solicitamos análise e informação relativamente a este processo.”

1.1.1 Em 14/11/2016, a trabalhadora solicitou a prestação de trabalho em regime de horário flexível, conforme se transcreve:

“..., enfermeira, com o número de inscrição na Ordem dos Enfermeiros ..., a prestar trabalho no ... do ... no serviço de Cirurgia Cardiorácica, com o número mecanográfico ..., vem expor e requerer o seguinte:

A signatária encontra-se vinculada desde 2011, por contrato individual de trabalho, ao ..., onde exerce as funções de enfermeira no Serviço de Cirurgia Cardiorácica, no ...

A signatária é mãe do menor ..., o qual nasceu em 14.11.2015, conforme é do

conhecimento desse ...

Nos termos do disposto no art. 56.º do Código do Trabalho, o trabalhador com filho menor de 12 anos que com ele viva em comunhão de mesa e habitação tem direito a trabalhar em regime de horário de trabalho flexível, podendo o direito ser exercido por qualquer dos progenitores ou por ambos.

Entende-se por horário flexível aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário. A signatária pretende exercer este direito que lhe é legalmente conferido. A signatária pretende que lhe seja fixado um horário de trabalho de segunda-feira a sexta-feira, com início às 8:00 horas e término às 16:00 horas, num total de 40 horas semanais.

Existindo a possibilidade, dá preferência a exercer a sua atividade laboral no Polo de Valongo, atento o facto de ser mais próximo da sua residência.

Mais declara que o seu filho menor, ..., vive consigo em comunhão de mesa e habitação.”

- 1.1.2** Em 28/11/2016 a entidade empregadora comunicou à trabalhadora a intenção de recusa, conforme se transcreve:

“De: (...)

Enviado: segunda-feira, 28 de novembro de 2016 10:02

Para: ‘... @...’

(...)

Assunto: Resposta a Pedido de Horário Flexível_...

Bom dia Sr.ª Enf.ª ...

Vimos por este meio levar ao conhecimento de V. Ex.^a que o pedido de horário flexível para a assistência a filho menor mereceu os seguintes despachos:

Sr.^a Enfermeira ...

“Como é do vosso conhecimento, neste serviço já existem 5 horários flexíveis atribuídos. Existem também 8 horários de amamentação (destes, 7, não asseguram o turno da noite) 2 enfermeiras a faltar por doença prolongada, 6 enfermeiras a faltar por Licença de parentalidade, 1 enfermeira que não faz turnos da noite por indicação da Saúde Ocupacional e ainda faltas esporádicas que surgem com bastante frequência neste serviço. Assim, considero que face a esta realidade não é possível, neste serviço, a atribuição do horário pedido pela enfermeira supracitada e garantir o cumprimento do contrato programa com o Conselho de Administração, que para a concretização do mesmo, é necessário o funcionamento do serviço, nas 24 horas sobre 365 dias no ano, isto é que sejam asseguradas as noites, as tardes, os sábados, domingos e feriados. Assim solicito a colaboração no sentido que este horário possa ser atribuído a nível institucional..”

Sr. Enfermeiro Supervisor ...

Informo que concordo com a informação dada pela Enf.^a Chefe do Serviço, pelo que não é possível atribuir horário flexível solicitado no Serviço de Cirurgia Torácica nem na UAG de Cirurgia.”

Mais se informa que, de acordo com o disposto no n.º 4 do artigo 57 da Lei n.º 7/2009, de 12 de agosto, pode V. apresentar, no prazo de cinco dias a partir da data de receção desta informação, um pedido de apreciação”.

1.1.3. Em 29/11/2016, a trabalhadora apresentou a apreciação à intenção de recusa, conforme se transcreve:

“De: ... @...

Enviado: terça-feira, 29 de novembro de 2016 14:05

Para: (...)

Assunto: Re: Resposta a Pedido de Horário Flexível_...

Exmos. Srs.:

Apreciando o fundamento da vossa intenção de recusa, tenho a dizer o seguinte: Não obstante a informação da impossibilidade de atribuição de horário flexível no Serviço de Cirurgia torácica e na UAG de Cirurgia, o ... dispõe de vários outros serviços, nos quais a requerente pode ser integrada e onde é possível a atribuição de horário flexível. A requerente já manifestou a sua disponibilidade para integrar outro serviço, disponibilidade que mantém, de modo a poder beneficiar do horário flexível.

Os fundamentos de recusa, versando exclusivamente sobre a impossibilidade de horário flexível nos serviços de Serviço de Cirurgia Torácica e UAG de Cirurgia, não estão conformes ao disposto no n.º 2, do art. 57.º, do CT, pelo que a recusa é ilegal.

Desejo portanto uma apreciação do pedido.”

1.2. Consta do processo o seguinte documento que se transcreve:

“APOIO SUPORTE Serviço de Gestão de Recursos Humanos N.º...

HORÁRIO FLEXÍVEL DE TRABALHADORA COM RESPONSABILIDADES FAMILIARES _...

Unidade/Serviço Serviço de Gestão de Recursos Humanos (GRH)

Data do documento 15-11-2016

Remetente ...

Destinatário Conselho Diretivo da UAG de Cirurgia

Assunto Horário Flexível de Trabalhadora com Responsabilidades Familiares

..., Enfermeira, a exercer funções no Serviço de Cirurgia Cardiorácica, vem, mediante apresentação de requerimento que se anexa, solicitar autorização para efetuar trabalho em regime de horário flexível com base no previsto nos artigos 56.º e 57.º da Lei n.º 7/2009, para acompanhamento de filho nascido a 14/11/2015, pelo que informamos V. Exa. do seguinte:

O usufruto do horário flexível não pode ultrapassar os 12 anos de idade das crianças;

O horário de trabalho pretendido é:

Horário: 40h semanais “de segunda-feira a sexta-feira com início às 8:00 horas e término às 16:00 horas.”

O serviço deverá, se não concordar com o horário proposto pela trabalhadora, elaborar outro tipo de horário que corresponda às necessidades familiares da requerente e que se adequam às do serviço, considerando os seguintes pontos:

O horário deve conter um ou dois períodos de permanência obrigatória, com duração igual a metade do período normal de trabalho diário;

Na organização dos períodos de trabalho (distribuição dos horários com início e fim pelos dias da semana) não deve ser programado trabalho com duração inferior a um terço do período normal de trabalho diário, exceto se for necessário para que o horário coincida com o período de funcionamento do serviço;

Deve ser estabelecido um período para intervalo de descanso não superior a duas horas;

O (A) trabalhador(a) pode efetuar até seis horas consecutivas de trabalho e até dez horas de trabalho em cada dia, completando a carga horária semanal em média de cada período de quatro semanas.

A eventual intenção de recusa terá que ser baseada em fundamentos muito concretos acompanhados de meios de prova adequados, sob pena de a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego considerar a fundamentação vaga e eventualmente autorizar o horário conforme requerido.

Da decisão proferida deve ser dado conhecimento por escrito à trabalhadora, no prazo de 20 dias contados a partir da receção do pedido (14-11-2016), qual a decisão. Se este prazo não for cumprido o pedido é considerado tacitamente aceite conforme solicitado.

O presente pedido, se eventualmente for autorizado, terá efeitos apenas a partir de 13-12-2016, depois de decorrido o pré-aviso mínimo de 30 dias de acordo com o previsto no n.º 1 do art.º 57.º da Lei n.º 7/2009 de 12 de fevereiro.

Pelo exposto solicita-se informação relativamente ao pedido, até ao próximo dia 29/11/2016.

*Cumprimentos,
Diretora Serviço”*

- 1.3.** Constam, igualmente, do processo remetido à CITE os seguintes documentos: Atestado da Freguesia de Campo e Sobrado; Declaração; Declaração da empresa “...”; Cópia de Assento de Nascimento e respetivo certificado; documento e horários de trabalho “...” referente ao mês de agosto 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 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

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

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 menor com 1 ano 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, " *de segunda-feira a sexta-feira, com início às 8:00 horas e termino às 16:00 horas, num total de 40 horas semanais.*”.

2.10. Como fundamento para a intenção de recusa relativa à prestação de trabalho em regime de horário flexível foi alegado pela entidade empregadora, o seguinte:

-*“Neste serviço já existem 5 horários flexíveis atribuídos.”;*

-*“Existem também 8 horários de amamentação (destes, 7, não asseguram o turno da noite;*

-*“2 enfermeiras a faltar por doença prolongada,”;*

-*“6 enfermeiras a faltar por Licença de parentalidade,”;*

-*“1 enfermeira que não faz turnos da noite por indicação da Saúde Ocupacional”;*

-*“e ainda faltas esporádicas que surgem com bastante frequência neste serviço.”;*

-*“Não é possível, neste serviço, a atribuição do horário pedido pela enfermeira supracitada e garantir o cumprimento do contrato programa com o Conselho de Administração, que para a concretização do mesmo, é necessário o funcionamento do serviço , nas 24 horas sobre 365 dias no ano, isto é que sejam asseguradas as noites, as tardes, os sábados, domingos e feriados.”.*

2.11. A trabalhadora apreciou os fundamentos da intenção de recusa reafirmando a sua disponibilidade para exercer funções noutra serviço com a finalidade de praticar um horário flexível.

- 2.12.** 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 consequente 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.
- 2.13.** 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 excecionar 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 legalmente lhes são impostos, como é o dever de cuidar dos/as filhos/as, não apresentam a disponibilidade conforme lhes é exigida pelo empregador.
- 2.14.** 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.

- 2.15.** Na verdade, o exercício de outros 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.
- 2.16.** Em face das condicionantes existentes no serviço, no qual exerce funções a trabalhadora requerente, elencadas pela entidade empregadora, designadamente, a existência de 5 horários flexíveis já atribuídos, cumpre referir que neste caso e no cumprimento do princípio de conciliação da atividade profissional com a vida familiar, não pode a trabalhadora requerente ficar discriminada face aos/às outros/as trabalhadores/as que já usufruem do horário flexível, pelo que deverão todos/as usufruir, o mais tempo possível, dos horários por si requeridos.
- 2.17.** Neste sentido não se retira dos argumentos apresentados pela entidade empregadora que o pedido da trabalhadora não seja exequível ou que exigências imperiosas do funcionamento do Serviço inviabilizem a sua concessão.
- 2.18.** De facto, a amplitude horária indicada pela trabalhadora enquadra-se no horário M6 Manhã (08:00-16:00) mencionado no mapa de horários de trabalho junto ao processo, não tendo sido alegadas ou demonstradas as razões legais, contratuais ou organizacionais do Serviço de Cirurgia Cardiotorácica que clarificassem quais os períodos de tempo que ficariam sem enfermeiro/a que assegurasse o serviço em questão.

- 2.19.** Sendo concedido 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.
- 2.20.** Tal não significa que em situações pontuais e fundamentadas em que o cumprimento de obrigações legais, contratuais ou organizacionais 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.
- 2.21.** De facto, para se recusar o exercício deste direito impõe-se a demonstração da impossibilidade de o conceder.

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 fundadamente 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.”²

2.22. Na falta de indicação em contrário, considera-se que o direito poderá ser exercido até aos doze anos de idade do filho, pelo que esclarece-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:

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 nem demonstrou as exigências imperiosas do funcionamento do Serviço de Cirurgia Cardiorácica.

3.2. Recomendar ao ... que elabore o horário flexível requerido, 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 de acordo com o n.º 3 do artigo 127.º e da alínea b) do n.º 2 do artigo 212.º, ambos do Código do Trabalho.

² Doutrina constante do Parecer n.º 109/CITE/2016.

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 21 DE DEZEMBRO DE 2016, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENCAS ANEXA À MESMA ATA.