

PARECER N.º 275/CITE/2017

Assunto: Parecer prévio à intenção de recusa de autorização de trabalho em regime de horário flexível a trabalhador com responsabilidades familiares, nos termos do n.º 5 do artigo 57.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12.02.
Processo n.º 696 - FH/2017

I – OBJETO

- 1.1. Em 02.05.2017, a CITE recebeu do ..., cópia de um pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pelo trabalhador ..., para efeitos da emissão de parecer, nos termos dos n.ºs 5 e 6 do artigo 57.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12.02.
- 1.2. No seu pedido de horário flexível, de 03.04.2017, dirigido à entidade empregadora, o trabalhador vem requer, nomeadamente, o seguinte:
 - 1.2.1. O requerente é *“enfermeiro no serviço de ..., nos termos do disposto no artigo 56.º do Código do Trabalho, e demais normas legais e regulamentares aplicáveis, vem solicitar, que lhe seja atribuído um regime de horário de trabalho flexível para prestar assistência inadiável e imprescindível a ambos os filhos, menores de doze anos,*

pelo período máximo previsto legalmente, e com o seguinte horário de trabalho:

- *turnos diurnos compreendidos entre as 08:00 e as 20:30h nos dias úteis;*
- *se imprescindível para o serviço, trabalho noturno nos dias úteis de segunda a quinta feira (de acordo com o que for acordado com a chefia do serviço);*
- *dispensa de trabalho ao fim de semana e aos feriados.*

1.2.2. *Esta tipologia permitirá a previsibilidade e disponibilidade necessárias, para assegurar a assistência aos meus filhos nos fins de semana, feriados e noites, considerando que:*

- *o outro progenitor desempenha funções como enfermeira na empresa ... e como..., realizando horário por turnos diurnos, noturnos e ao fim de semana e feriados;*
- *a sua residência situa-se na freguesia e concelho ..., sendo que por cada deslocação de ida e volta a esta instituição, em veículo particular, acresce cerca de 01:30h em viagens, percorrendo uma distância total de aproximadamente 90 Km;*
- *os transportes públicos disponíveis carecem de adequação aos horários de trabalho, pelo que o tempo despendido em deslocações fica consideravelmente aumentado, com especial relevância aos fim de semana e aos feriados.*

1.2.3. *Declara ainda que os menores vivem em comunhão de mesa e habitação com o requerente”.*

1.3. Em 20.04.2017, a entidade empregadora responde ao trabalhador, referindo, nomeadamente, o seguinte:

- 1.3.1. *“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 ao trabalhador interessado, a decisão de recusa, acompanhada dos fundamentos dessa intenção, devidamente objetivados.*
- 1.3.2. *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 pelo trabalhador, 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.*
- 1.3.3. *Esses dois fundamentos legais são: as exigências imperiosas do funcionamento do serviço (da empresa, na linguagem do Código do Trabalho) e a Impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável.*
- 1.3.4. *Vejam os quanto ao 1.º fundamento de exigências imperiosas do funcionamento do Serviço de Este fundamento analisa-se em vários segmentos, todos associados à natureza do Serviço de ..., o qual se caracteriza por ser um serviço que funciona 24 horas por dia e 365 dias por ano e ainda por prestar cuidados clínicos a doentes que se encontram nas situações adiante descritas.*
- 1.3.5. *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.*

- 1.3.6.** *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.*
- 1.3.7.** *E tal direito, que a todos assiste, incluindo aos requerentes dos
demais direitos, encontra assento constitucional, como se
estabelece no artigo 64º da Constituição da República Portuguesa e
na base XIV da Lei de Bases da Saúde.*
- 1.3.8.** *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:*
- 1.3.9.** *Basta sublinhar que no Serviço de ... aqui em causa, onde trabalha o
Senhor Enfº requerente, é preciso atentar nos dados seguintes:*
- *Os equipamentos utilizados pelos enfermeiros são dispositivos
de elevada complexidade, nomeadamente ... etc., pelo que
necessitam de formação e treino rigoroso para o seu
manuseio;*

- *E, por outro lado, quanto à situação da dificuldade de substituição dos profissionais:*
- *O número mínimo de enfermeiros por turno é 9 elementos no turno da manhã, 6 elementos no turno da tarde e 5 elementos no turno da noite. Recorda-se que o ... 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.*

1.3.10. *Ora, ao Senhor Enfº 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 interessados.*

1.3.11. *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 o Senhor Enf^o requerente, quanto ao horário flexível requerido.

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

1.3.13. *Vejamos agora o 2.º fundamento relativo a exigências imperiosas do funcionamento do Serviço de ..., no que concerne à gestão de recursos humanos e à virtualidade de substituição do Senhor Enf^o requerente.*

1.3.14. *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.*

1.3.15. *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).*

1.3.16. *Refira-se como 1.ª 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.*

- 1.3.17.** *A natureza intrínseca do Serviço de ..., a sua sofisticação de cuidados e a sua componente organizativa, altamente diferenciada; a gravidade e a premência associada à prestação de cuidados aos doentes aí internados, que constitui o objeto da prestação de trabalho do enfermeiro; 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);*
- 1.3.18.** *A especialidade e diferenciação profissionais dos enfermeiros, como a requerente, em que o atingimento de ‘performances’ de desempenho adequadas às exigências do Serviço de ... implica vários anos de exercício; as exigências de tempo mínimo de «integração» de um profissional enfermeiro, que é de 4 semanas, para a área de internamento;*
- 1.3.19.** *Assim, quanto à pretensão do Requerente, 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.*
- 1.3.20.** *O Sr. Enf^o encontra-se num serviço por escalas/turnos (Serviço de ...) e solicita um horário fixo de manhã e/ou tardes, entre as 08h00 e as 20h30, de segunda a sexta-feira, com exclusão do trabalho noturno e de fim de semana (disponível para efetuar algum trabalho noturno nos dias úteis de segunda a quinta feira), 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 colocado e para o qual tem competência.

- 1.3.21.** *O Sr. Enf.º refere que o outro progenitor desempenha funções como enfermeira e realizando horários por turnos. Não apresenta qualquer documento que evidencie esse facto, além de que num dos locais de trabalho que refere, o estabelecimento de saúde, está encerrado à noite e aos fins de semana. Sublinha-se a não evidência do exercício de funções em horário por turnos do outro progenitor.*
- 1.3.22.** *Quando é atribuído um horário flexível 1 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.*
- 1.3.23.** *Esta sobrecarga, ultrapassados os limites legais, provocará uma gestão perversa da prestação de trabalho dos profissionais e coloca o ... como agente potenciador de risco clínico acrescido, que sempre constituirá pressuposto de ilicitude de eventual responsabilidade civil hospitalar, com as inerentes consequências.*
- 1.3.24.** *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.

1.3.25. *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 onze (ii) colegas na equipa de trinta e três, com filhos menores de doze anos,

Há ainda:

- Um(a) enfermeiro(a) de baixa por Licença de Maternidade.

- Duas enfermeiras de baixa por gravidez de risco e posterior licença de maternidade

- Uma enfermeira ausente ao serviço, por licença de longa duração

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.

1.3.26. *Há já impossibilidade 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.*

1.3.27. 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 decompressão 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?

1.3.28. 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.

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

- Três (3) 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;

- Quatro (4) enfermeiras com horário flexível, diurno, de segunda a sexta, autorizado pela CITE;

- Duas (2) enfermeiras com horário de amamentação, impossibilitadas de efetuarem horário noturno;

- Duas (2) enfermeiras com isenção de trabalho noturno por inerência do exercício das suas funções (Enfermeira Chefe e Enfermeira Especialista em Enfermagem de Reabilitação) por terem mais que 50 anos de idade;

- Uma (1) enfermeira ausente ao serviço por licença 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.

1.3.29. *A caracterização da equipa evidencia que já existe uma limitação para a elaboração da escala de trabalho para mais de 66% dos enfermeiros e que, 34% da equipa já está isenta de noites.*

1.3.30. *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.*

1.3.31. *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 ... a prosseguir (a assistência aos doentes - verdadeira razão de ser da existência de um ...), 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 ..., devem ceder.*

- 1.3.32. *Como é possível um enfrentamento responsável e gestor adequado da situação mesmo estando o direito previsto nas normas dos arts 55.º a 57.º 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 CHP, seria inexoravelmente gerador de ruturas na Instituição como já está a acontecer.*
- 1.3.33. *Situações de rutura que o ... tem o dever legal, de gestão e de mandato de impedir que se verifique.*
- 1.3.34. *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 ou 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.*
- 1.3.35. *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”.*
- 1.4. Em 24.04.2017, o requerente apresentou a sua apreciação relativa aos fundamentos da intenção de recusa do seu pedido de horário flexível, reiterando o seu pedido e refutando os argumentos da entidade empregadora.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 2.1. O artigo 56.º, n.º 1 do Código do Trabalho (CT) estabelece que *“o trabalhador com filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, filho com deficiência ou doença crónica que com ele viva em comunhão de mesa e habitação tem direito a trabalhar em regime de horário de trabalho flexível, podendo o direito ser exercido por qualquer dos progenitores ou por ambos”*.
- 2.1.1. Com a referida norma, pretendeu o legislador assegurar o exercício de um direito que tem tutela constitucional - o direito à conciliação da actividade profissional com a vida familiar (alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da C.R.P.).
- 2.1.2. Para que o trabalhador possa exercer este direito, estabelece o n.º 1 do artigo 57º do CT que, *“o trabalhador que pretenda trabalhar a tempo parcial ou em regime de horário de trabalho flexível deve solicitá-lo ao empregador, por escrito, com a antecedência de 30 dias, com os seguintes elementos:*
- a) Indicação do prazo previsto, dentro do limite aplicável;*
 - b) Declaração da qual conste: que o menor vive com ele em comunhão de mesa e habitação”*.
- 2.1.3. Admite, no entanto, que tal direito possa ser recusado pelo empregador com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável, (artigo 57.º n.º 2 do CT).

2.2. Em primeiro lugar, convém esclarecer o conceito de horário de trabalho flexível, à luz do preceito constante do n.º 2 do artigo 56.º do CT, em que se entende *“por horário flexível aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário”*.

2.2.1. Nos termos do n.º 3 do citado artigo 56.º do mesmo diploma legal:

“O horário flexível, a elaborar pelo empregador, deve:

- a) Conter um ou dois períodos de presença obrigatória, com duração igual a metade do período normal de trabalho diário;*
- b) Indicar os períodos para início e termo do trabalho normal diário, cada um com duração não inferior a um terço do período normal de trabalho diário, podendo esta duração ser reduzida na medida do necessário para que o horário se contenha dentro do período de funcionamento do estabelecimento;*
- c) Estabelecer um período para intervalo de descanso não superior a duas horas”*.

2.2.2. O n.º 4 do citado artigo 56.º estabelece que *“o trabalhador que trabalhe em regime de horário flexível pode efectuar até seis horas consecutivas de trabalho e até dez horas de trabalho em cada dia e deve cumprir o correspondente período normal de trabalho semanal, em média de cada período de quatro semanas”*.

2.3. Em primeiro lugar recorde-se que na Constituição da República Portuguesa (CRP) 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”, bem como o direito à proteção da saúde constante do artigo 64.º da CRP estão inseridos na Parte I da mesma Constituição dedicada aos Direitos e Deveres Fundamentais.

- 2.4. Na verdade, a entidade empregadora, apesar de apresentar razões que possam indiciar a existência de exigências imperiosas do seu funcionamento, não demonstra objetiva e inequivocamente que o horário requerido pelo trabalhador, ponha em causa esse funcionamento, uma vez que o ... não concretiza 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 por aquele trabalhador que se disponibilizou a fazer trabalho noturnos de 2ª a 5ª feira.
- 2.5. É de salientar que o trabalhador em causa não pode ser discriminado, em razão de idade e/ou de oportunidade, face aos/às outros/as trabalhadores/as que estão a usufruir de horário flexível, pelo que deverão todos/as gozar, em igualdade de circunstâncias, o mais tempo possível o horário requerido.

III – CONCLUSÃO

- 3.1. Face ao exposto, a CITE emite parecer desfavorável à intenção de recusa do ..., relativamente ao pedido de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pelo trabalhador com responsabilidades familiares
- 3.2. O empregador deve proporcionar ao trabalhador condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, e, na elaboração dos horários de trabalho, deve facilitar ao trabalhador essa mesma conciliação, nos termos, respetivamente, do n.º 3 do artigo 127º, da alínea b) do n.º 2 do artigo 212º e n.º 2 do artigo 221.º todos do Código do Trabalho, aplicáveis, também, aos/às trabalhadores/as em funções públicas, por força do artigo 4º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, e, em conformidade, com o correspondente princípio, consagrado na alínea b) do n.º 1 do artigo 59º da Constituição da República Portuguesa.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 31 DE MAIO DE 2017, COM OS VOTOS CONTRA DA CAP – CONFEDERAÇÃO DOS AGRICULTORES DE PORTUGAL, DA CCP – CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL, DA CIP – CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL E DA CTP – CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS, CONFORME CONSTA DA RESPECTIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À REFERIDA ATA.