

PARECER N.º338/CITE/2018

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 934 / FH / 2018

I – OBJETO

1.1 A CITE recebeu em 07.05.2018, da ..., pedido de emissão de parecer prévio à recusa do pedido de horário flexível apresentado pela trabalhadora ..., enfermeira, a exercer funções no Serviço de Medicina ... conforme, sucintamente, se transcreve:

" (...) Assunto: Análise do requerimento apresentado pelo(a) trabalhador(a) (...) no dia 16 de abril de 2018

Em cumprimento do disposto no n.º 5 do art.º 57.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, vimos por este meio remeter ao cuidado e consideração de V. Exa. o processo de atribuição de "horário flexível" do(a) nosso(a) colaborador(a) em assunto, para os devidos efeitos, nomeadamente a emissão do correspondente parecer. (...)".

1.2 Em 16.04.2018 o trabalhador solicitou a prestação de trabalho em regime de horário flexível, conforme se transcreve:

" (...) a exercer funções de Enfermeira Generalista no Serviço de Medicina ..., (...), venho por este meio requerer autorização para trabalhar em regime de horário flexível, baseando-se nos termos do artigo 56.º do Código do Trabalho — Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares em que "O trabalhador com filho menor de 12 anos (...) que com ele viva em comunhão de mesa e habitação tem direito a trabalhar em de horário de trabalho flexível(...)."

O horário pretendido é não realizar turnos da noite (das 20h às 8h30). O motivo deste pedido, prende-se com o facto de ter dois filhos menores (8 meses e 3 anos) a cargo, a frequentar a pré-escola e infantário e o meu cônjuge trabalhar por turnos e não haver compatibilidade de horário, e não ter ninguém disponível para ficar com as crianças.

Conforme é do conhecimento dos Serviços a requerente esteve de licença parental até dia 31 de Março de 2018, atualmente encontra-se de férias até dia 1 de Maio de 2018 e deve reiniciar funções no dia 2 de Maio de 2018, em horário de amamentação, por tempo ainda indeterminado, sendo de salientar que a criança completa um ano de vida a 4 de Agosto de 2018.

Em anexo envio declaração em como o meu cônjuge pratica um horário por turnos. (...)"

1.3 Em 24.04.2018 a entidade empregadora comunicou ao trabalhador a intenção de recusa, conforme se transcreve:

" (...) Abaixo se remete, para conhecimento, o despacho que recaiu sobre o seu pedido de flexibilidade de horário.

"No Serviço de Medicina ..., local onde a Enf.^a (...) exerce as suas funções, são prestados cuidados 24 horas /dia de segunda a domingo, incluindo fins-de-semana e feriados.

Informo sobre a existência de 21 enfermeiros efetivos neste serviço, dos quais 5 com ausência de trabalho noturno, a saber:

- 1 Enfermeira de referência*
- 1 Enfermeira que termina contrato no final de abril*
- 4 Enfermeiras com ausência de trabalho noturno, com horário de amamentação/aleitamento*

Salienta-se ainda, a ausência por parto de mais 2 enfermeiras aguardar autorização para substituição por parte do Ministério da Saúde.

Este serviço cumpre o horário estipulado pela Instituição para os serviços de Internamento, realizando escalas de turnos de - 6,5h nas manhãs (8h-14,30h), nas tardes (14h-20,30h) e de 12,5h nos turnos da noite (20h-8,30h). Atendendo à complexidade dos cuidados / Circular Normativa n.º1 de 12/1/2006 (formula calculo pessoal),o número de enfermeiros necessários por turno, para manter a atividade assistencial 24h/dia e garantir cuidados seguros, é de 6 enfermeiros/manhã, 4 enfermeiros /tarde e 3 enfermeiros/turno da noite. Por conseguinte, o serviço necessita de no mínimo 18 enfermeiros em roulement, quando tem apenas 15 enfermeiros, situação insustentável a partir de maio com início de férias, sendo necessário tomar outras medidas adicionais para garantir a segurança das doentes e a prestação de cuidados em tempo útil, inviabilizando a redução de tempos de trabalho em qualquer dos turnos, como solicita a enfermeira (...) neste serviço.

Destaco a situação de extrema carência dos serviços da instituição (devido à inexistência de autorizações para substituição por parte do ...), e objetivamente deste serviço que deveria ter 26 efetivos e tem apenas 21 enfermeiros, situação que já justificaria o parecer desfavorável ao solicitado.

O prolongamento de turno da manhã (...) horário praticado (...) deve-se às suas competências como enfermeira de referência. Para além da supervisão e prestação de cuidados tem ainda outras funções específicas que geralmente são realizadas no período em que existe sobreposição com as enfermeiras do turno da tarde (...).

A elaboração de horário ficaria comprometido, logo envio á Sra. Enfermeira Diretora com parecer para indeferir, já que não é possível garantir o horário que a Sra. Enf.^a (...) pretende. A Enf.^a (...) irá gozar de horário de amamentação a partir de Maio, ainda que para tal tenha que ser mobilizada de serviço."

P' Enf.^a Supervisora do Conselho Gestão Departamento da Medicina

Mais se informa que é intenção desta Instituição indeferir o presente requerimento, conforme despacho da Sra. Enfermeira Diretora ... de 20 de abril de 2018 (...).".

1.4. Em 27.04.2018, o trabalhador apresentou a sua apreciação, conforme se transcreve:

"(...) a exercer funções de Enfermeira Generalista no Serviço de Medicina ..., (...), venho por este meio comunicar que tomei conhecimento do indeferimento do pedido de horário flexível, por mim solicitado.

Baseando-me nos termos do artigo 56.º do Código do Trabalho — Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares em que "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 (...).".

Conforme é do conhecimento dos Serviços, eu, (...) estive de licença parental até dia 31 de Março de 2018, atualmente encontro-me de férias até dia 1 de Maio de 2018 e reinício funções no dia 2 de Maio de 2018, em horário de amamentação, por tempo ainda indeterminado, referindo que a criança completa um ano de vida a 4 de Agosto de 2018, pelo que não irei realizar turnos da noite (das 20h00m às 8h30m), durante o período em que me encontrar em horário de amamentação.

Sendo de salientar que quando terminar o horário de amamentação ser-me-á inconcebível realizar turnos da noite (das 20h00m às 8h30m), pois tenho dois filhos menores (8 meses e 3 anos) a cargo, que comigo vivem em comunhão de mesa e habitação e o meu cônjuge pratica um horário por turnos (06h00m-14h00m; 14h00m-22h00m; 22h00m-06h00m), não existindo compatibilidade de horário, e não tenho qualquer tipo de apoio no período noturno, que me permita realizar os turnos da noite.

Tenho toda a disponibilidade para ser mobilizada de serviço, inclusive já foi entregue o meu pedido de transferência de serviço. (...)"

1.5 Constatam do processo remetido à CITE os seguintes documentos: declaração da entidade empregadora do progenitor dos menores e horários praticados no serviço da trabalhadora.

1.6 Cabe à CITE, nos termos do Decreto-Lei n.º 76/2012 de 26 de março, artigo 3.º:
“(…) c) Emitir parecer prévio no caso de intenção de recusa, pela entidade empregadora, de autorização para trabalho a tempo parcial ou com flexibilidade de horário a trabalhadores com filhos menores de 12 anos (…)”.

II. – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. A Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional determina que devem os Estados-Membros criar medidas “(...)que permitam, tanto aos homens como às mulheres, conciliar mais facilmente a vida familiar e a vida profissional”.

2.2. A igualdade entre homens e mulheres é um princípio fundamental da União Europeia. Em conformidade com o parágrafo segundo do n.º 3 do artigo 3.º do Tratado da União Europeia (TUE), a promoção da igualdade entre os homens e as mulheres é um dos objetivos da União Europeia.

2.3. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) dispõe no seu artigo 8.º que a União, na realização de todas as suas ações, tem por objetivo eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres, mais dispendo alínea i) do n.º 1 do artigo 153.º que “A fim de realizar os objetivos enunciados no artigo 151.º, a União apoiará e completará a ação dos Estados-Membros nos seguintes domínios: (...) (i) Igualdade entre homens e mulheres quanto às oportunidades no mercado de trabalho e ao tratamento no trabalho”.

2.4. A Carta Social Europeia Revista, ratificada por Portugal em 21 de setembro de 2001, reconhece como objetivo de política a prosseguir por todos os meios úteis, nos planos nacional e internacional, a realização de condições próprias a assegurar o exercício efetivo de direitos e princípios como o que estabelece que todas as pessoas com responsabilidades familiares que ocupem ou desejem ocupar um emprego têm direito de

o fazer sem ser submetidas a discriminações e, tanto quanto possível, sem que haja conflito entre o seu emprego e as suas responsabilidades familiares.

2.5. 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).

2.6. A Recomendação (UE) 2017/761 da Comissão, de 26 de abril de 2017 sobre o Pilar Europeu dos Direitos Sociais adotou, no seu ponto 9 (capítulo II), sob a epígrafe “Equilíbrio entre a vida profissional e a vida privada” recomendar que “Os trabalhadores com filhos e familiares dependentes têm o direito de beneficiar de licenças adequadas, de regimes de trabalho flexíveis e de aceder a serviços de acolhimento. As mulheres e os homens têm igualdade de acesso a licenças especiais para cumprirem as suas responsabilidades familiares e devem ser incentivados a utilizá-las de forma equilibrada”.

2.7. No âmbito da atividade laboral, o artigo 59.º da CRP estabelece:

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

b) A organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar; (…)”.

2.8. No que respeita ao regime de horário flexível, o CT consigna no seu artigo 56.º:

“(…)1-”O trabalhador com filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, filho com deficiência ou doença crónica que com ele viva em comunhão de mesa e

habitação tem direito a trabalhar em regime de horário de trabalho flexível, podendo o direito ser exercido por qualquer dos progenitores ou por ambos”.

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

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

a) Conter um ou dois períodos de presença obrigatória, com duração igual a metade do período normal de trabalho diário;

b) Indicar os períodos para início e termo do trabalho normal diário, cada um com duração não inferior a um terço do período normal de trabalho diário, podendo esta duração ser reduzida na medida do necessário para que o horário se contenha dentro do período de funcionamento do estabelecimento;

c) Estabelecer um período para intervalo de descanso não superior a duas horas”.

4 - O trabalhador que trabalhe em regime de horário flexível pode efetuar até seis horas consecutivas de trabalho e até dez horas de trabalho em cada dia e deve cumprir o correspondente período normal de trabalho semanal, em média de cada período de quatro semanas”.

2.9. O procedimento a realizar para o regime de horário flexível está plasmado no artigo 57.º do CT, que dispõe:

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

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

b) Declaração da qual conste:

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

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

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

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

5 - Nos cinco dias subsequentes ao fim do prazo para apreciação pelo trabalhador, o empregador envia o processo para apreciação pela entidade competente na área da

igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, com cópia do pedido, do fundamento da intenção de o recusar e da apreciação do trabalhador.

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

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

8 – Considera-se que o empregador aceita o pedido do trabalhador nos seus precisos termos:

a) Se não comunicar a intenção de recusa no prazo de 20 dias após a receção do pedido;

b) Se, tendo comunicado a intenção de recusar o pedido, não informar o trabalhador da decisão sobre o mesmo nos cinco dias subsequentes à notificação referida no n.º 6 ou, consoante o caso, ao fim do prazo estabelecido nesse número;

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

2.10. Refere ainda sobre esta matéria, o CT, no n.º 3 do artigo 127.º, que: “ (...) O empregador deve proporcionar ao trabalhador condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal”.

2.11. E estabelece, quanto à organização do trabalho, na alínea b) n.º 2 do artigo 212.º que a entidade empregadora deve: (...) Facilitar ao trabalhador a conciliação da atividade profissional com a vida familiar. (...)”.

2.12. De acordo com o referido no artigo 56º, o horário flexível consiste no 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 término 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.

2.13. De acordo com o disposto nos artigos 56.º e 57.º do CT, deve o empregador apenas 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. Assim, as entidades empregadoras devem demonstrar um cuidado acrescido nestes casos, materializando objetiva e coerentemente, em que se traduzem tais exigências imperiosas.

2.14. No caso em análise, o trabalhador solicitou à entidade empregadora um horário de trabalho flexível que compreende: " (...) *não realizar turnos da noite (das 20h às 8h30) (...)*".

2.15. A entidade empregadora refere quais os turnos rotativos existentes no serviço onde a trabalhadora exerce funções, referindo o seguinte: " (...) *Este serviço cumpre o horário estipulado pela Instituição para os serviços de Internamento, realizando escalas de turnos de - 6,5h nas manhãs (8h-14,30h), nas tardes (14h-20,30h) e de 12,5h nos turnos da noite (20h-8,30h). (...)* ". Tendo a entidade empregadora enviado os horários praticados no serviço da trabalhadora onde é possível verificar a existência de outros turnos, para além dos indicados na intenção de recusa, como sejam: 8h-15h, 8h-15.30h, 8h-16h, 8h-17h, 8h-17.30h, 8h-19h, 8h-21:30h, 8h-20.30h, 8h-21h, 12h-20.30h, 12:30h-20:30h, 13h-20h, 13h-20:30h, 14h-20.30h, 14h-21:30h.

2.16. A amplitude horária diária solicitada " (...) *não realizar turnos da noite (...)*" corresponderá ao total de horas para as quais a trabalhadora foi contratada, pois a mesma indica que apenas não pode laborar no turno da noite, permitindo que o pedido se enquadre nos horários de funcionamento do serviço, onde a requerente desempenha as suas funções, e a entidade empregadora dispõe de turnos onde é possível enquadrar o requerido.

2.17. No que se reporta à amamentação, dispõe o artigo 47.º do Código do Trabalho que a dispensa diária para a amamentação é gozada em dois períodos distintos com a duração máxima de uma hora cada. Importa ainda, aludir para o facto de a pretensão de trabalhar em regime de flexibilidade de horário não impedir o gozo da dispensa para

amamentação, sendo este um direito absoluto.

2.18. Neste contexto, tendo em conta os argumentos utilizados pela entidade empregadora, o teor do pedido e apreciação do trabalhador, afigura-se-nos que a entidade empregadora não apresenta razões suficientes que possam comprovar objetiva e concretamente a existência de exigências imperiosas do funcionamento do serviço, tal como determina o artigo 57.º do CT.

2.19. Na verdade, na intenção de recusa notificada ao trabalhador, a entidade empregadora não apresenta razões que consubstanciem exigências imperiosas do seu funcionamento, não demonstrando objetiva e inequivocamente que o horário requerido pelo trabalhador ponha em causa esse funcionamento. Com efeito, a entidade empregadora não concretiza quais os períodos de tempo que, no seu entender, deixariam de ficar convenientemente assegurados, face aos meios humanos necessários e disponíveis à aplicação do horário flexível pretendido por aquele trabalhador.

2.20. Na realidade, a entidade empregadora não indica quais os motivos legais ou contratuais que determinam a impossibilidade de rotatividade de turnos dos/as restantes trabalhadores/as, de maneira a demonstrar que a concessão do requerido implicaria períodos em que não existiria o número mínimo de trabalhadores/as que garantissem o funcionamento do serviço ao qual está afeto o trabalhador requerente.

2.21. É pois de considerar que o fundamento em exigências imperiosas do funcionamento do serviço ou na impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a, se este/a for indispensável, deve ser interpretado no sentido de exigir à entidade empregadora a clarificação e demonstração inequívocas de que a organização dos tempos de trabalho não permite a concessão do horário que facilite a conciliação da atividade profissional com a vida familiar do/a trabalhador com responsabilidades familiares, designadamente, tal como foi requerido; como tal organização dos tempos de trabalho só é possível de ser alterada por razões incontestáveis ligadas ao funcionamento da empresa ou serviço, ou quando existe impossibilidade de substituir o/a trabalhador se este/a for indispensável.

2.22. Importa salientar que uma vez que o direito a exercer a atividade profissional em regime de horário flexível pode ser gozado até aos 12 anos dos/as filhos/as, tem sido entendimento desta Comissão o seguinte, que consta 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:

3.1 A CITE emite parecer desfavorável à intenção de recusa da entidade empregadora ..., relativamente ao pedido de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pela trabalhadora com responsabilidades familiares ...

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

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 30 DE MAIO DE 2018, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENCAS ANEXA À MESMA ATA.