

PARECER N.º 343/CITE/2018

Assunto: Parecer prévio à recusa de pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível de trabalhadora com responsabilidades familiares, nos termos do n.º 5 do artigo 57.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

Processo n.º 972/FH/2018

I – OBJETO

1.1. A CITE recebeu a 09.05.2018 da entidade empregadora "...", pedido de emissão de parecer prévio à recusa de prestação de trabalho em regime de horário flexível solicitado pela trabalhadora ..., Enfermeira, a exercer funções no Serviço de Ortopedia.

1.2. O pedido apresentado pela trabalhadora e rececionado pela entidade empregadora, em 09.04.2017, foi elaborado nos termos que a seguir se transcrevem:

"(...)venho por este meio solicitar nos termos e para os efeitos do artigo 56º do Código do Trabalho aprovado pela Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro, a flexibilidade do meu horário de trabalho.

Passo a explicar de seguida as razões que justificam este pedido:

Exerço a minha atividade no ... (...) há 10 anos (...)

O meu agregado familiar é composto pelo meu companheiro e a nossa filha menor, com 18 meses de idade. É importante referir que o meu companheiro também é Enfermeiro no ... (...) Assim trabalhamos ambos com um horário rotativo por turnos com 40 horas semanais.

A minha filha está numa ama das 7h00 às 17h, após este período actualmente não tenho qualquer apoio familiar para cuidar da minha filha,

Pelo referido acima e considerando que não tenho outros apoios de familiares para os cuidados à minha filha, tem sido muito difícil para mim conciliar a vida familiar com a

profissional, uma vez que o trabalho em regime de turnos de ambos os progenitores é incompatível com o cumprimento dos deveres parentais.

Como consequência dos factos acima referidos a continuidade do meu trabalho em regime de turnos põe em causa os cuidados à minha filha.

Perante o exposto venho então por este meio solicitar um horário de trabalho flexível, referente ao turno da manhã, compreendido entre as 08:00 e as 16:00, com descanso semanal ao fim-de-semana.

Segue também em anexo a este pedido uma declaração comprovativa que a minha filha vive comigo em comunhão de mesa e habitação.

(...)"

1.3. A 30.04.2018, a trabalhadora foi notificada via e-mail, da intenção de recusa da entidade empregadora, nos termos que a seguir se reproduzem:

"Em referência ao assunto em epigrafe, informa-se v. Exa. que por Despacho da Sra. Enfermeira Diretora deste ..., de 27 de abril de 2018, foi indeferido o horário flexível nos termos seguintes: "Face aos fundamentos apresentados indefere-se o horário solicitado. Salienta-se que o horário pretendido não se enquadra na definição de horário flexível mas sim de horário fixo.

No ... existem 556 horário fixos, quando no ... apenas são necessários 322, esta situação torna difícil assegurar nos serviços de internamento uma prestação de cuidados equitativa nas 24 h, uma vez que os restantes 234 enfermeiros asseguram os turnos da manhã 8h-16h de 2ª a 6ª feira e os restantes enfermeiros apenas fazem noites e tardes e asseguram os fins de semana.", cfr. cópia que se junta.

Assi, fica V. Exa. notificada para, querendo apresentar por escrito uma apreciação sobre a decisão do referido pedido."

O parecer do serviço que mereceu concordância do responsável do ... refere o seguinte:

"cumpre-me informar que proponho a recusa do horário pretendido, expondo as atuais condições do Serviço (...). A lotação do Serviço é de 45 camas de Internamento, sendo que a dotação atual da equipa de Enfermagem é de 26 elementos. Saliento ainda que a equipa de Enfermagem assegura a prestação de cuidados aos doentes internados, 24h/dia 365 dias/ano.

Para dar resposta às referidas situações a distribuição da equipa é de M-8, T-6 e N-4, manifestamente insuficiente ao determinado pelo Regulamento 533/2014 — Diário da República n.º233/2014, série II de 2014/12/02. Por este facto recorre-se a horas extraordinárias para colmatar esta carência e assiste-se ao acumular de horas nos horários mensais.

Face aos atuais constrangimentos na contratação/substituição de recursos humanos de Enfermagem, e às exigências imperiosas do Serviço de Ortopedia é indispensável que a Sra Enfermeira em causa mantenha o regime de horário por turnos. A aplicação do horário pretendido põe em causa o funcionamento do serviço nos períodos da T e N nos dias úteis e M, T e N, nos dias não úteis, que deixam de ficar adequadamente assegurados face à necessidade de cuidados aos doentes aí internados, com graves repercussões na segurança dos mesmos.

Permite assim inferir que o interesse da própria colide com os direitos dos doentes de igual tratamento/cuidado nas 24 horas diárias e com os direitos de igualdade e equidade dos pares, na medida em que acarreta uma sobrecarga de T e N nos dias úteis e M, T e N nos dias não úteis, e ausência de fins-de-semana durante as quatro semanas.

Importa ainda referir que, em minha opinião, ao mencionar que pretende trabalhar no período das 08h00 às 16h00 apenas nos dias úteis, o seu pedido não se enquadra no regime dos artigos 56.º e 57.º do CT, antes se trata de um pedido de alteração de horário de trabalho. O regime de horário flexível, de acordo com o art.º 56.º do CT, traduz-se na escolha por parte do trabalhador de um horário maleável, dentro de certos limites fixados pelo período normal de trabalho diário, que na situação em causa é de 7 dias por semana e 24 h por dia. Aquilo que a Sra Enfermeira vem requerer é antes um horário rígido, com horas de início e termo previamente definidas. Assim, considero o pedido inepto, pois compete ao empregador a fixação do horário de trabalho (art.º 212.º1 CT) e não o contrário.

A situação desta colaboradora é idêntica à de muitas outras, umas já com o dito "horário flexível", e outras em vias de o solicitar, e que tem como consequência um excesso de população laboral nos turnos da manhã, e um déficite imenso nos outros turnos, com repercussões graves na segurança dos cuidados prestados aos utentes que nos procuram, internados ou em Urgência.

Dado que o marido da requerente é Enfermeiro nesta Instituição sempre que possível iremos tentar conciliar os horários praticados por ambos.

(...)"

1.4- Do processo remetido à CITE consta apreciação à intenção de recusa, apresentada pela trabalhadora em 04.05.2018, nos termos a seguir transcritos:

(...)solicitar a REAPRECIÇÃO DO PEDIDO DE HORÁRIO FLEXÍVEL efectuado em 9 de Abril de 2018 e indeferido a 30 de Abril de 2018, nos termos e com os fundamentos seguintes:

1º

A Requerente é mãe da menor (...),perfazendo agora a idade de 19 meses.

2º

No dia 9 de Abril a Requerente apresentou a V. Exas autorização para que lhe fosse concedido um horário em regime flexível nos termos previstos no artigo 56º nº 1 do Código de Trabalho.

3º

A menor integra o agregado familiar da trabalhadora, vivendo em comunhão de mesa e habitação, conforme declaração que se anexa a este requerimento.

4º

O pai da menor também exerce funções como Enfermeiro (...) do ..., em regime de trabalho por turnos com horário de 40 horas semanais.

5º

Conforme previsto no nº1 do artigo 56º do Código de Trabalho, o regime de horário flexível é um direito de ambos os progenitores.

6º

De forma a não prejudicar a entidade empregadora, apenas a Requerente está a pedir a V. Exas a alteração para este regime de horário, embora este seja um direito concedido pela lei portuguesa a ambos os progenitores.

(...)

8º

A requerente, ao abrigo do artigo acima citado, vem indicar um horário que respeita as exigências legais, compreendido entre as 8 horas e as 16 horas nos dias úteis.

9º

Enquadra-se também num dos turnos disponíveis diariamente, permitindo o cumprimento do número total de horas semanais previsto no meu contrato de trabalho (40 horas semanais);

(...)

13º

Desde o nascimento a Requerente e o pai da menor têm tentado conciliar os horários de forma a assegurar os cuidados à menor, e por outro, aumentar o tempo de permanência conjunta do agregado familiar.

14º

No entanto, esta conciliação tem-se verificado difícil ou até mesmo impossível. A título exemplificativo, no último mês de Abril (como em outros meses) não foi concedido nenhum dia inteiro de descanso em comunhão a três, (conforme documentos que se juntam em anexo).

15º

A conciliação de horários que tem sido possível, com esforço, tem acarretado como consequência a necessidade de troca da criança entre os pais, frequentemente em período nocturno, sendo retirada a menor do conforto do lar, e do seu descanso, (uma vez que muitas vezes acaba por acordar), provocando assim instabilidade de rotinas de vida diária da menor, e consequentemente do seu bem estar físico e emocional.

16º

Não existe qualquer rede de suporte familiar, nem institucional que assegure a guarda e os cuidados básicos da menor fora do horário da ama (das 7 às 17 horas).

17º

Com muito espanto, no dia 30 de Abril de 2018 a Requerente foi notificada do despacho de indeferimento por parte de V. Exas, sendo invocados vários motivos.

18º

Foi referida a carência de pessoal no serviço de (...) que impossibilita a alteração do horário para outro que não seja em regime de turnos.

19º

Este argumento não pode valer por diversos motivos...

20º

Em primeiro lugar, a Requerente sempre se mostrou, e mostra ainda, disponível para a sua transferência, para outro serviço onde esta alteração não provoque transtorno.

21º

Aliás existe um pedido de transferência de serviço pendente há vários meses, bem como o pedido de agendamento de três reuniões com a Exma. Sra Enfermeira Supervisora (...).

22º

A entidade empregadora não pode utilizar a existência de constrangimentos na contratação de recursos humanos, pois esta situação não pode ser resolvida através do sacrifício de direitos fundamentais dos trabalhadores., mas apenas pela gestão do departamento de recursos humanos.

23°

No despacho de indeferimento, V. Exas assumem também que existem várias trabalhadoras em circunstâncias idênticas à da Requerente, às quais foi concedido o horário flexível.

24°

A Constituição da República Portuguesa prevê um princípio de igualdade entre os cidadãos, nomeadamente (...)

25°

O próprio Código de Trabalho prevê, no artigo 25°, uma proibição de discriminação dos trabalhadores, constituindo contra-ordenação muito grave a violação do disposto neste artigo.

26°

Ora, no despacho de indeferimento é a própria entidade empregadora quem assume existirem colegas em situação IDÉNTICA, às quais foi concedido o horário flexível, pelo que não se compreende a desigualdade de tratamento que a Requerente, trabalhadora está a ser submetida, em manifesto incumprimento de deveres constitucionais estabelecidos.

27°

A Requerente, e a sua filha menor, não podem ser prejudicadas pelas falhas de contratação e do departamento de recursos humanos.

28°

*Este indeferimento não apresenta nenhuma solução que possa acautelar os direitos da trabalhadora e da sua filha menor, e não invoca qualquer fundamento de “exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável”, até porque a trabalhadora se prontificou a ser transferida para outro serviço.
(...)”*

- 1.5-** A entidade empregadora remeteu o processo para emissão de parecer, instruído com declaração da requerente de que a menor vive consigo em comunhão de mesa e habitação; cópia das escalas da requerente e do progenitor da menor relativo ao mês de Abril e cópia do horário do serviço referente aos meses de Março a Maio de 2018.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 2.1** No plano do Direito Comunitário, a promoção da igualdade entre os homens e as mulheres é um dos objetivos da União Europeia e constitui princípio fundamental da construção europeia, consignado no parágrafo segundo do n.º 3 do artigo 3.º do Tratado da União Europeia (TUE).
- 2.2** 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”.
- 2.3** 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.
- 2.4** 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).

- 2.5** 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”.
- 2.6** O Pilar Europeu dos Direitos Sociais, proclamado pelos líderes da União Europeia no dia 17 de novembro de 2017, em Gotemburgo, é constituído por três capítulos: I – Igualdade de oportunidades e de acesso ao mercado de trabalho; II – Condições justas no mercado de trabalho e III – Proteção social e inclusão, e integra 20 princípios fundamentais a prosseguir pela Europa, nomeadamente o da conciliação da atividade profissional com a vida familiar e privada.
- 2.7** No plano do Direito nacional, estes direitos encontram consagração na Constituição da República Portuguesa (CRP), que estabelece no artigo 68º sob a epígrafe “Maternidade e Paternidade” o seguinte:
- “ 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.”*

E no artigo 59.º, sob a epígrafe “Direitos do Trabalhadores” como garantia de realização profissional das mães e pais trabalhadores é estabelecido 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.”*

- 2.8** Para concretização dos princípios e direitos sociais europeus e constitucionais enunciados, foi 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 Código do Trabalho (CT) que preconiza o dever de a entidade empregadora proporcionar aos/às trabalhadores/as as condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal (cfr. n.º 3 do artigo 127.º do CT), sendo igualmente definido como 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.
- 2.9** O artigo 56º do Código do Trabalho, sob a epígrafe “horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares”, prevê o direito de trabalhador/a, com filho/a menor de doze anos ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica, a trabalhar em regime de horário flexível, entendendo-se que este horário é aquele em que o/a trabalhador/a pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário.
- 2.9.1** Para que o/a trabalhador/a possa exercer este direito, estabelece o n.º1 do artigo 57.º do CT que “o trabalhador que pretenda trabalhar a tempo parcial ou em regime de horário flexível deve solicitá-lo ao empregador, por escrito, com a antecedência de 30 dias, com os seguintes elementos:
- a) Indicação do prazo previsto, dentro do limite aplicável;
 - b) Declaração da qual conste: que o menor vive com ele em comunhão de mesa e habitação” .

- 2.9.2** Uma vez requerida esta pretensão, o empregador apenas tem a possibilidade de recusar o pedido com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa ou na impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a se este/a for indispensável dispondo, para o efeito, do prazo de vinte dias, contados a partir da receção do pedido do/a trabalhador/a, para lhe comunicar por escrito a sua decisão. Se o empregador não observar o prazo indicado para comunicar a intenção de recusa, considera-se aceite o pedido do/a trabalhador/a, nos termos da alínea a) do n.º 8 do artigo 57.º do Código do Trabalho.
- 2.9.3.** Em caso de recusa, é obrigatório o pedido de parecer prévio à CITE, nos cinco dias subsequentes ao fim do prazo estabelecido para apreciação pelo/a trabalhador/a implicando a sua falta, de igual modo, a aceitação do pedido, nos termos da alínea c) do n.º 8 do artigo 57.º do Código do Trabalho.
- 2.9.4.** 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
- 2.10** Convém esclarecer o conceito de horário de trabalho flexível à luz do preceito constante no n.º 2 do artigo 56.º do CT, em que se entende “por horário flexível aquele em que o trabalhador pode escolher dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho”.
- 2.10.1** 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

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

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”.

2.10.2. Neste regime de trabalho, o/a trabalhador/a poderá efetuar até seis horas consecutivas de trabalho e até dez horas de trabalho em cada dia e deve cumprir o correspondente período normal de trabalho semanal, em média de cada período de quatro semanas.

2.11. Pretendeu, então, o legislador instituir o direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar conferindo ao/à trabalhador/a com filhos/as menores de 12 anos a possibilidade de solicitar ao seu empregador a prestação de trabalho em regime de horário flexível. Esta possibilidade traduz-se na escolha, pelo/a trabalhador/a, e dentro de certos limites, das horas para início e termo do período normal de trabalho diário, competindo ao empregador elaborar esse horário flexível observando, para tal, as regras indicadas no n.º 3 do artigo 56.º do CT. Tal implica, necessariamente, que o empregador estabeleça, dentro da amplitude determinada pelo/a trabalhador/a requerente, períodos para início e termo do trabalho diário, cada um com duração não inferior a um terço do período normal de trabalho diário, podendo esta duração ser reduzida na medida do necessário para que o horário se contenha dentro do período de funcionamento do estabelecimento/serviço.

2.12. Esclareça-se que sendo concedido aos/às pais/mães trabalhadores com filhos/as menores de 12 anos ou, independentemente da idade, com doença crónica ou deficiência um enquadramento legal de horários especiais, designadamente, através da possibilidade de solicitar horários que lhes permitam atender às responsabilidades familiares, ou através do direito a beneficiar do dever que impende sobre o empregador de lhes facilitar a conciliação da atividade profissional com a vida familiar, as entidades empregadoras deverão desenvolver métodos de organização dos tempos de trabalho que respeitem tais desígnios e que garantam o princípio da igualdade dos/das trabalhadores/as, tratando situações iguais de forma igual e situações diferentes de forma diferente.

2.13. No contexto descrito a trabalhadora solicitou um horário de trabalho flexível, compreendido das 08:00h às 16:00h, de segunda a sexta, por ser mãe de uma criança de 18 meses, com a qual vive em comunhão de mesa e habitação. Fundamenta o seu pedido na necessidade de compatibilizar o seu horário de trabalho com o horário da prestação de serviços da ama que cuida da filha, das 07h00 às 17h00 e não possuir suporte familiar, bem como o facto do progenitor da menor ser também enfermeiro, o que não permite assegurar a devida assistência à filha e dificulta o tempo de permanência conjunta do agregado familiar.

2.14. Tendo em conta o pedido formulado pela trabalhadora, esclareça-se que tem esta Comissão entendido ser 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/ou 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 diário.²

2.15. E, o mesmo se afirme para os pedidos em que o/a trabalhador/a requer que a sua prestação de trabalho seja realizada, com dispensa do horário noturno. Também, aqui assiste legitimidade no pedido formulado, sendo o mesmo enquadrável no disposto do artigo 56.º do Código do Trabalho que consubstancia um mecanismo de conciliação da atividade profissional com a vida familiar e visa permitir aos/às trabalhadores/as o cumprimento das suas responsabilidades familiares.

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

- O horário pretendido não se enquadra na definição de horário flexível mas sim de horário fixo, com horas de início e termo previamente definidas, pelo

² Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 02.03.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 2608/16.3.T8MTS.P1, disponível em www.dgsi.pt, do qual se extrai quanto à noção de horário flexível o seguinte: "*Entende-se por flexibilidade de horário de acordo com o art. 56º, nº 2 do C.T., aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, a que se refere o nº 3 e 4 do mesmo preceito, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário. Assim, será um horário flexível para os efeitos em causa, todo aquele que possibilite a conciliação da vida profissional com a vida familiar de trabalhador com filhos menores de 12 anos, ainda que tal horário, uma vez definido, na sua execução seja fixo.*" (sublinhado nosso)

que se considera o pedido inepto, na medida em que compete ao empregador a fixação do horário de trabalho (art.º 212.º CT) e não o contrário.

- Face aos atuais constrangimentos na contratação/substituição de recursos humanos de Enfermagem, e às exigências imperiosas do Serviço de Ortopedia, a aplicação do horário pretendido põe em causa o funcionamento do serviço nos períodos da tarde e noite nos dias úteis e manhã, tarde e noite, nos dias não úteis, que deixam de ficar adequadamente assegurados face à necessidade de cuidados aos doentes aí internados, com graves repercussões na segurança dos mesmos. A lotação do Serviço é de 45 camas de Internamento, sendo que a dotação atual da equipa de Enfermagem é de 26 elementos, com uma distribuição de manhã-8, tarde-6 e noite-4, manifestamente insuficiente ao determinado pelo Regulamento 533/2014 — Diário da República n.º233/2014, série II de 2014/12/02.
- Por último, invocam o facto da situação da trabalhadora requerente ser idêntica à de muitas outras, umas já com o dito “horário flexível”, e outras em vias de o solicitar, o que tem como consequência um excesso de população laboral nos turnos da manhã, e um grande deficit nos outros turnos, com repercussões graves na segurança dos cuidados prestados aos utentes, internados ou em Urgência.

2.17. A lei exige que, em caso de recusa a entidade empregadora fundamente a recusa do horário flexível requerido em razões imperiosas do funcionamento do serviço ou na impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a, e, portanto, a fixação do horário de trabalho de um/a trabalhador/a pela entidade patronal, conforme é sua competência nos termos do artigo 212.º do Código do Trabalho, deve ter em conta o funcionamento do serviço. Assim, não deve a entidade empregadora basear a recusa sem apresentar fundamento do que alega, ou seja, não demonstrando objetiva e inequivocamente que o horário requerido pela trabalhadora ponha em causa o funcionamento do serviço.

- 2.18.** No tocante ao primeiro ponto da intenção de recusa importa esclarecer que o direito consagrado no artigo 56º do CT, por visar a conciliação da vida profissional com a vida familiar e pessoal do trabalhador/a através do direito a trabalhar em regime de horário de trabalho flexível, possibilita ao/à trabalhador/a escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho, cabendo à entidade empregadora elaborar o horário flexível, em obediência aos requisitos contidos no nº 3 do referido artigo.
- 2.19.** Significa isto, que o/a trabalhador/a propõe o horário que lhe for mais conveniente de forma a realizar a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar e pessoal. A proposta de horário apresentada pode compreender um ou vários horários, abrangendo uma amplitude diária ou semanal mais ou menos alargada ou pode consistir na apresentação de um horário com períodos fixos e diversos, com variações diárias ou semanais, cabendo à entidade empregadora elaborar o horário flexível, no âmbito dos poderes de direção que possui, ainda que, no limite, a execução desse poder, implique apenas a ratificação do horário proposto pelo trabalhador. No tocante aos limites a que o/a trabalhador/a está sujeito/a na escolha do horário flexível, tem sido entendimento desta Comissão, que o horário de funcionamento do estabelecimento e os tempos de organização do trabalho já elaborados pela entidade empregadora, devem ser tidos em consideração, por serem susceptíveis de acarretar um prejuízo inoportável para a empresa, sem prejuízo de outros aspectos que possam afetar o normal funcionamento da empresa.
- 2.20.** Neste sentido e no que concerne à harmonização entre as normas, que resultam do disposto no nº 2 do artigo 56º e no nº 3 do artigo 56º conjugado com artigo 212º ambos do CT, mencione-se o já citado Acórdão nº 2608/16.3.T8MTS.P1, do Tribunal da Relação do Porto, que refere: “Aos direitos constitucionais de livre iniciativa económica e à liberdade de organização empresarial, são também oponíveis os direitos, também tutelados constitucionalmente, à conciliação entre a atividade profissional e familiar (art. 50º, nº 1, al. b)), o direito à família e proteção da vida familiar (art. 67º, nº 1) e, especificamente, o disposto no art. 68º, nºs 1 e 4, todos da CRP, dispondo este nº 4 que “a lei regula a atribuição às mães e aos pais de direitos de dispensa de trabalho por período adequado, de acordo com os

interesses da criança e as necessidades do agregado familiar”. Por sua vez, o CT deu concretização à tutela da parentalidade nos termos dos arts. 33º e segs, 127º, nº 3, e 212º, nº 2, realçando-se que, no que ao art. 56º se refere e, sendo a própria lei que, nessa medida e tendo ainda em conta que salvaguarda os poderes do empregador nos termos do nº 2 desse preceito, estabelece uma limitação aos seus poderes diretivos consagrados no art. 97º do CT.”

Como tal, o horário indicado pela trabalhadora no seu pedido de horário flexível, , deve ter-se por válido, reunindo os requisitos legais previstos no artigo 56º e 57º do CT.

- 2.21.** Quanto ao segundo ponto da intenção de recusa, a entidade empregadora invoca constrangimentos na contratação e/ou substituição de recursos humanos, em particular enfermeiros, bem como como razões imperiosas para o serviço de ortopedia, mas não demonstra de forma objetiva e inequívoca em que consistem esses constrangimentos, bem como não indica, em concreto, quais as razões imperiosas do funcionamento do serviço de ortopedia que impossibilitam a atribuição do horário requerido à trabalhadora, quais as razões que determinariam a impossibilidade de os/as restantes trabalhadores/as do serviço assegurarem os restantes turnos, das 16:00h às 08:00h.
- 2.22.** Senão vejamos: a entidade empregadora indica ainda o número de enfermeiros existentes no serviço e o número de equipas e respetiva distribuição pelos períodos de funcionamento do serviço: manhã, tarde e noite, mencionando que a sua dotação é manifestamente insuficiente ao determinado pelo Regulamento nº 533/2014, de 02 de Dezembro. Quanto a esta alegação é de registar que a entidade empregadora limita-se a invocar uma consequência sem a objetivar . O mesmo sucede quanto à regras das dotações, inexistindo qualquer referência concreta e materializável relativa ao serviço em causa.
- 2.23.** Por outro lado, a entidade empregadora não logrou demonstrar quais os turnos/horários existentes no serviço em causa, quantos/as trabalhadores/as são necessários/as no serviço nos vários turnos/horários e quantos são necessários por equipa, qual ou quais os motivos legais ou contratuais que determinam a

impossibilidade de rotatividade de turnos dos/as diversos/as trabalhadores/as, bem como os horários que, no seu entender, deixariam de ficar convenientemente assegurados, face aos meios humanos necessários e disponíveis para a aplicação do horário pretendido por esta trabalhadora requerente, apenas nos resta concluir pela não demonstração das exigências imperiosas do funcionamento do serviço.

2.24. Relativamente à mencionada exigência imperiosa alegada pela entidade empregadora, baseada no facto da situação da trabalhadora requerente ser idêntica à de muitas outras, umas já com o dito "horário flexível", e outras em vias de o solicitar, a ter acolhimento, iria criar um tratamento diferenciado entre trabalhadores/as com os mesmos direitos legais à conciliação da atividade profissional com a vida familiar, traduzida no direito a exercer a atividade profissional em regime de horário flexível, sem que para tal fosse invocado *"requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, em virtude da natureza da atividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional"*(n.º 2 do artigo 25.º do Código do Trabalho).

2.25. E, por tal razão, tem a CITE, em diversos pareceres, defendido 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."

2.26- Naturalmente que perante uma situação em que se verifica a existência de uma pluralidade de trabalhadores/as com filhos/as menores de 12 anos que solicitam a prestação de trabalho em regime de horário flexível, nos termos do artigo 56.º do

Código do Trabalho, para que todos produzam igualmente os seus efeitos, sem maior detrimento para qualquer das partes, impõe-se uma distribuição equitativa do dever de assegurar o funcionamento do serviço por todas/as aqueles/as trabalhadores/as em situação idêntica.

2.27- É competência da entidade empregadora gerir de forma equilibrada o horário de trabalho dos seus trabalhadores e das suas trabalhadoras, devendo garantir a plenitude do funcionamento do estabelecimento, organizando-o com equilíbrio e em face dos direitos de todos/as e de cada um/a deles/as, nos quais se inclui o direito à conciliação da vida profissional com a vida familiar, que é também de interesse público e resultado de previsão legal e constitucionalmente consagrada.

2.28. Por outro lado, temos a considerar que o direito estabelecido no artigo 56.º do Código do Trabalho apela a uma discriminação positiva dos/as trabalhadores/as com responsabilidades familiares, apenas afastada com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a se este/a for indispensável.

2.29. É ainda importante não esquecer que é da competência da entidade empregadora gerir de forma equilibrada o horário de trabalho dos/as seus/suas trabalhadores/as, 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, resultante de previsão legal e constitucional.

2.30. Saliente-se que o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores e das trabalhadoras com responsabilidades familiares não implica a desvalorização da atividade profissional que prestam nem a depreciação dos interesses dos empregadores. Pelo contrário, o direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar, consignado na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa, é um direito especial que visa harmonizar ambas as conveniências, competindo à entidade empregadora organizar o

tempo de trabalho de modo a dar cumprimento ao previsto na lei sobre a protecção ao exercício da parentalidade.

III – CONCLUSÃO

Face ao exposto:

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

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 30 DE MAIO DE 2018, COM O VOTO CONTRA DA CTP- CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À REFERIDA ATA.