

PARECER N.º 398/CITE/2020

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 3437-FH/2020

I – OBJETO

1.1. A CITE recebeu a 29.07.2020 da entidade empregadora ..., pedido de emissão de parecer prévio à recusa de prestação de trabalho em regime de horário flexível solicitado pela trabalhadora ..., a desempenhar funções no serviço ...

1.2. O pedido apresentado pela trabalhadora em 26.06.2020, refere o que a seguir se transcreve:

“Eu, ... a exercer funções no serviço de ... desde outubro de 2014, com o número mecanográfico (...), venho por este meio solicitar a esta instituição o usufruto de horário flexível.

Tal solicitação, assenta com base nos seguintes critérios, a saber:

- Tenho uma filha menor de 12 anos, nascida a 25 de novembro de 2019.*
- Conforme se encontra plasmado na declaração número (...) da ... (que se anexa) o meu marido é ... e pelo exercício das suas funções decorre que o mesmo não possui um horário padronizado.*

Além das suas funções como ... (...), o mesmo acumula ainda funções de (...), exercendo igualmente serviços como (...), normalmente no período 17H00-00H00 ou 18H00-01H00. Conforme consta da mesma declaração, o meu marido executa ainda serviços de ... com duração de 24 horas, de semana e fim de semana, com início às 09H00 de um dia e término às 09H00 do dia seguinte.

Por fim, o meu marido integra a escala de serviços ... do (...).

- Não possuo qualquer familiar que possa auxiliar os cuidados da minha filha, ou nas deslocações para a creche no caso de eu e o meu marido estarmos ausentes em trabalho.

Assim sendo, de acordo com o previsto pela Lei 7/2009, de 12 de fevereiro (Código do Trabalho), solicito que me possa ser atribuído um horário de segunda a sexta-feira, contemplando manhãs e tardes (...)."

1.3. Em 16.07.2020 a trabalhadora foi notificada da intenção de recusa da entidade empregadora, conforme se transcreve:

"Assunto: Pedido de horário flexível

I. Relatório

No passado dia 23 de outubro de 2019, o (...), (doravante apenas ...) recebeu uma comunicação de V/ Excelência (doravante, referida como trabalhadora ou requerente) com o assunto "Pedido de fixação de horário flexível, nos termos do disposto nos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho".

Concretamente, a trabalhadora pretende prestar trabalho apenas de segunda a sexta, exceto sábados e domingos entre as 08.00 horas e as 14h30 ou das 14h às 20.30h. De acordo com os horários de trabalho do ... as jornadas de trabalho são das 8h às 14.30h (turno da manhã) ou das 14h às 20.30h (turno da tarde) e das 20h às 08.30h (turno da noite), de segunda a domingo.

Neste momento existem já 7 ... (constantes da lista em tabela abaixo) que tem horário flexível autorizado e completam a totalidade dos turnos de segunda a sexta-feira.

Cumpre, nos termos do disposto no artigo 57.º, n.º 3, do Código do Trabalho, responder ao pedido da requerente.

II. Fundamentação

Perante o pedido e fundamento exposto, que mereceram a nossa melhor atenção, o (...) não tem, infelizmente, outra opção senão a de recusar o pedido da trabalhadora, com os seguintes fundamentos:

A) O horário de trabalho pedido pela trabalhadora não é um horário flexível;

B) Por razões imperiosas ligadas ao funcionamento do serviço ...

Vejamos, mais em detalhe, cada um dos fundamentos:

A) O horário de trabalho pedido pela trabalhadora não é um horário flexível

Na carta dirigida ao (...), a trabalhadora solicita um horário de trabalho, apenas de segunda a sexta, entre as 08.00 horas e as 14h30, ou das 14h às 20.30h.

Sucede que, o pedido formulado pela trabalhadora não é, verdadeiramente, um pedido de horário flexível, consubstanciando, antes, uma alteração pura e simples ao seu horário de trabalho.

Com efeito,

Importa ter presente que, de acordo com o n.º 2, do artigo 56.º, do Código do Trabalho, “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”.

No n.º 3 da mesma disposição legal lê-se que o horário flexível a elaborar pelo empregador deve, mais concretamente:

- 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.*

Da articulação destas normas resulta, claramente, que cabe ao empregador, mesmo no que respeita ao horário flexível, estabelecer os limites dentro do qual o mesmo

poderá ser exercido, cabendo, depois, ao trabalhador, dentro desses limites, gerir o seu tempo da maneira que lhe aprouver.

O que equivale a dizer que o horário flexível permite à trabalhadora escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário.

Portanto, o empregador fixa as balizas da hora de entrada e de saída, ficando o trabalhador competente de determinar, em concreto, a sua hora de entrada e de saída, dentro daquelas plataformas horárias.

Por outras palavras, “se o trabalhador pretender exercer esse direito, é ainda ao empregador que cabe fixar o horário de trabalho”¹.

O que a ... está a requerer é, pura e simples, a alteração de horário de trabalho, o que significa que a situação aqui em causa cai fora do âmbito de aplicação da norma do artigo 56.º do Código do Trabalho.

Ou seja, a trabalhadora teria, necessariamente, a sua escolha limitada ao período normal de trabalho diário que acordou aquando da sua contratação ao serviço do (...), aí se incluindo, naturalmente, os dias de descanso e a modalidade de organização do tempo de trabalho a que se vinculou.

Não ignorando a trabalhadora, como não pode ignorar, que aquela condição foi essencial para a sua contratação, em termos tais que o (...) não teria celebrado o contrato se não pudesse contar com o exercício pela trabalhadora do horário que lhe viesse a determinar.

Ou seja, o que se verifica neste caso, é que a trabalhadora pretende ser ela mesma a estabelecer os dias da semana em que quer trabalhar e que turnos/ horários quer fazer.

Concretamente, a trabalhadora pretende pura e simplesmente deixar de realizar todos os turnos da noite e não trabalhar sábados, domingos e feriados.

¹ Direito do Trabalho, Parte II – situações laborais individuais, 3.ª edição

Importa lembrar que a faculdade de alteração do horário de trabalho é um poder que, no Direito do Trabalho português, cabe exclusivamente ao empregador, e não ao trabalhador.

O trabalhador que pretenda alterar unilateralmente o seu horário de trabalho, como é precisamente aqui o caso, coloca pura e simplesmente em causa os mais elementares princípios do Direito dos Contratos: o princípio de que os contratos devem ser cumpridos tal como foram acordados ou, nos casos em que tal é permitido por lei, nos termos definidos unilateralmente por uma das partes (no caso do horário de trabalho, o empregador).

E, repita-se novamente, mesmo nos casos em que o trabalhador tem o direito a uma flexibilização do horário de trabalho, o que sucede é que, como as palavras o sugerem, trata-se de uma flexibilização do horário de trabalho tal como definido pelo empregador.

Na verdade, caso assim não se entendesse, sempre estaria em causa, como se disse, o cumprimento pontual das obrigações contratadas e o poder de direção, organização e gestão da atividade económica do (...). Cf. Art.º 212.º do CT.

Direitos estes — do livre exercício da iniciativa económica privada e liberdade de organização empresarial — também constitucionalmente protegidos (cf. art.º 61.º e 80.º, n.º 1, alínea c), da Constituição da República Portuguesa).

Sendo certo que o (...) não pode ficar subordinado, apenas, aos interesses particulares dos trabalhadores, por muito relevantes e respeitosa que sejam, já que sempre se devem ponderar os interesses da própria organização económica, onde aqueles estão inseridos.

Diga-se, inclusivamente, que os nossos tribunais já foram chamados a avaliar pedidos de horário flexível em termos muito semelhantes ao pedido da requerente e, também, em contexto ... E, nesses casos, os nossos tribunais julgaram improcedente a pretensão dos trabalhadores.

Veja-se, a título de exemplo, a decisão do Tribunal Central Administrativo Norte, onde estava em causa uma ... (...), que havia pedido um horário de trabalho aparentemente “flexível” das 8h às 16h: o Tribunal decidiu justamente que “a Recorrente [trabalhadora] pretende, unilateralmente e sem qualquer maleabilidade, determinar os limites dentro do qual pretende exercer o seu direito de parentalidade²”.

O caso da requerente é em tudo semelhante a este: estando vinculada a um regime de trabalho por turnos, que inclui a prestação de trabalho ao fins-de-semana e feriados, pretende agora trabalhar apenas de segunda a sexta-feira, fixando para o efeito, de antemão, o horário que pretende.

Configurando o pedido da trabalhadora uma alteração do seu horário de trabalho, nos termos em que se obrigou, tal modificação só pode suceder havendo o acordo do (...).

Sucede que, no caso, considerando as particulares exigências e a natureza da atividade levada a cabo, este entendeu não ser possível, como infra melhor se explanará.

Repare-se que a possibilidade de modificação dos contratos por uma “alteração superveniente das circunstâncias” (a maternidade da trabalhadora) confronta dialeticamente dois princípios: o da autonomia privada, que impõe o cumprimento pontual do contrato que mais não é que a execução do programa negocial, e o princípio da boa-fé, que visa assegurar o equilíbrio das prestações de modo a que, a uma das partes, não seja imposta uma desvantagem desproporcionada que favoreça a contraparte.

O que sucederia, inequivocamente, no caso, acaso o (...) viesse a aceder ao pedido de alteração de horário solicitado pela trabalhadora.

Sendo assim, é nosso entendimento que a Sr.^a, não requer um horário flexível,

Assim,

² Ac. De 03/11/2017 do TCAN (Maria Fernanda Antunes Aparício Duarte Brandão), proc. nr. 00377/17.9BECBR

Por não configurar um pedido de horário flexível, o ... recusa, desde já, o pedido formulado pela trabalhadora.

B) As razões imperiosas ligadas ao funcionamento do ...

Sem prejuízo das razões acima apontadas, que servem de fundamento para, por si só, recusar liminarmente o pedido de horário flexível formulado pela trabalhadora, ao (...) sempre assistiria recusar o pedido da trabalhadora com fundamento em razões imperiosas ligadas ao funcionamento do seu serviço.

Com efeito, ao empregador assiste a faculdade de “recusar o pedido com o fundamento em exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa” (artigo 57º, n.º 2, do Código do Trabalho).

Estas necessidades imperiosas estão ligadas, fundamentalmente, a dois planos, correspondentes a outras tantas especificidades atendíveis:

i) As especificidades do serviço ...

ii) As especificidades do serviço ...

iii) As necessidades imperiosas de um serviço ...

A flexibilidade de horário, tal como a lei a define, não é, em princípio, compatível com as exigências ligadas ao funcionamento da generalidade dos serviços ..., nem com a atual estrutura de organização e afetação de recursos, caracterizados, enquanto tal, por trabalho em equipa, com dotações de certo número de profissionais (... , ..., ... e ...) por serviço e, concretamente na área de ..., dotações de ... por número de ..., em razão da natureza do ..., como sucede, por exemplo, nos ..., nos ..., na ... e em todos os serviços de ...

com alta diferenciação.

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

Na verdade, a previsão normativa de concessão do regime de horário flexível, quanto a profissionais de áreas sensíveis ou de elevada complexidade e de efetivação colegial, articulada, como sucede com os profissionais ..., ... e outras, intervindo em trabalho de equipa, não consagra um verdadeiro direito subjetivo a trabalhar em horário flexível, entendido como aquele em que “o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário” (artigo 56.º, n.º 2, do Código do Trabalho), mas apenas uma expectativa que deve avaliar-se em cada situação, impondo-se a fundamentação respetiva.

Neste domínio, há que equacionar os interesses em presença, a saber, o instrumental da trabalhadora em vista da proteção da parentalidade e o do serviço, em concreto do ... como entidade assistencial, dirigido à proteção e promoção da ...

E, de entre as muitas questões que se levantam, releva uma, segundo a qual não é viável conceder a plenitude dos direitos a todos quantos o requeiram, antes deve partir-se do facto das exigências de interesse público a prosseguir (a assistência ... — verdadeira razão de ser da existência de ...), para depois e, assente neste postulado, analisar, a montante, que direitos poderão ser viáveis de 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 prevalecentes sobre o interesse público, devem ceder. Mais em profundidade, a compreensão das normas jurídicas deve levar em consideração a realidade a que se se aplicam. Com efeito, a regulamentação laboral nesta matéria, como noutras, não está devidamente pensada para uma realidade sensível como aquela que está aqui em causa.

Há casos em que o legislador pondera a natureza delicada, hipersensível, do sector ... Pense-se, nomeadamente, na regulamentação da greve onde o Código do Trabalho atende às especificidades do sector ... (artigo 538º, n.º 2, alínea b)). Já noutras matérias, como é este o caso, o legislador laboral abstrai ou ignora as especificidades do sector da ... ou, pelo menos, não segue o exemplo citado acima. Isto não significa, porém, que o intérprete não possa fazer repercutir essas especificidades na ponderação dos valores em causa, e na determinação do peso dos conceitos. Concretamente, as especificidades do sector ... devem ser relevadas na hora de compreender e, sobretudo, sopesar, as “exigências imperiosas” a que se refere a lei como fundamento de recusa. Repare-se, aliás, no seguimento e reforçando aquilo que é dito, que o

legislador fala nas “exigências imperiosas da empresa” o que, mais uma vez, indicia que estes regimes jurídicos estão pensados para a lógica empresarial e para a relação conflitual típica entre trabalhador-empresa.

Dito ainda de outra forma, o regime das normas que estão em causa está pensado para a relação laboral típica e para o conflito típico, entre os interesses pessoais do trabalhador e os interesses empresariais (do empregador, bem entendido).

Ora, algo de qualitativamente diverso se passa no sector ... pois o interesse prosseguido pelo ... transcende — e muito! — o mero interesse subjetivo do empregador (o ...). Efetivamente, os interesses aqui em conflito já não são apenas os interesses pessoais da trabalhadora, naturalmente atendíveis, e o interesse subjetivo do empregador. Aqui, outros valores devem ser equacionados e, mais do que isso, devem falar mais alto. Concretamente, os interesses pessoais do trabalhador devem ser confrontados também com o interesse público do sector da ... e com o impacto que a concessão, ou não, do horário flexível tem no sistema de ... Portanto, já não está apenas em causa a lógica geométrica trabalhador-empregador, mas uma lógica que deve atender a outros interesses, superiores interesses. Esses interesses devem, naturalmente, ser tidos em consideração no momento de determinar as “exigências imperiosas da empresa”. Mais: as especificidades do sector da ..., mais concretamente, a natureza delicada e sensível deste sector de atividade, têm vindo cada vez mais a ser reconhecidas em detrimento dos interesses pessoais dos trabalhadores que, sendo merecedores de tutela, não devem prevalecer a todo o transe sobre um interesse público que é manifesto, como é o caso do sector da ... Pense-se na evolução recente da jurisprudência do CES — Conselho Económico e Social — que em matéria de definição dos serviços mínimos no sector da ..., tem vindo a alargar, através de uma jurisprudência consolidada, os níveis dos serviços mínimos, precisamente tendo em consideração a natureza sensível deste sector. Importa não perder de vista que não está em causa apenas um dano patrimonial na esfera do empregador, que este deve suportar em prol dos interesses pessoais do trabalhador. O que aqui está em causa é um dano na esfera pública, na esfera de todos e cada um dos cidadãos.

Este aspeto é tanto mais evidente quando é o próprio legislador que mostra essa sensibilidade, estando perfeitamente consciente de que a flexibilidade do tempo de trabalho pode trazer graves inconvenientes para a dinâmica de um serviço, como um

... Basta atentar no artigo 56.º, n.º 8, do Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, o qual se mantém em vigor³, que aprova o regime geral da carreira de ..., onde o legislador, no contexto dos regimes de trabalho e condições da sua prestação, muito avisadamente determina que “as ... que, comprovadamente, amamentem os filhos têm direito, durante um período de 12 meses a partir da data do parto, a requerer a isenção de horário de trabalho noturno, assim como durante os três últimos meses de gravidez, desde que daí não advenham graves prejuízos para o serviço”.

Por outras palavras, as trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes têm direito a um tratamento de favor em matéria de tempo de trabalho — designadamente, podendo requerer a isenção de trabalho noturno — salvo se esse pedido represente graves prejuízos para o serviço. Este facto não pode ser ignorado porque, repita-se, é o próprio legislador que concebe os interesses ... como superiores aos interesses dos trabalhadores.

Aliás, este regime traz uma mensagem particularmente significativa por parte do legislador, do qual devem ser retiradas consequências. Efetivamente, não pode ser ignorado que, nos casos acima descritos, o legislador recusa a proteção das trabalhadoras nos momentos derradeiros, e por isso mais sensíveis, da maternidade: nos 3 últimos meses da gravidez e durante os 12 meses subsequentes ao parto. Repita-se: as trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes na reta final da sua gravidez e após o parto, têm direito a um tratamento de favor em matéria de tempo de trabalho, salvo se esse pedido represente graves prejuízos para o serviço. Ora, se o legislador considera que interesses sérios do serviço ... podem prevalecer sobre o pedido de trabalhadoras que estão prestes ou já deram à luz — ciclo que representa o núcleo essencial do regime protetor da maternidade — então, por maioria de razão, os interesses sérios do serviço ... podem e devem prevalecer sobre os pedidos de horário flexível de trabalhadoras com “meras” responsabilidades familiares, isto é, com menores de 12 anos a seu cargo (utilizamos a expressão “meras”, não porque o (...) não reconheça a relevância subjetiva destas situações para os trabalhadores, mas pelo seu valor relativo, por comparação com as situações acima descritas). Portanto, perante toda a exposição do (...), que coloca em evidência os interesses manifestos do seu serviço ... — exigências imperiosas na sua verdadeira aceção!

³ Cfr. artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 248/2009, de 22 de setembro

Refira-se, aliás, que no caso acima citado, onde, lembre-se, estava em causa uma ... do ... (...), o Tribunal Central Administrativo Norte explicou muito claramente que “a figura do horário flexível tem em consideração os limites diários da jornada de trabalho, sendo que a Recorrente tem de acatar as imposições próprias de um serviço de ... e da sua organização e que venham a ser determinadas pelo seu ente patronal, a quem incumbe determinar o horário de trabalho, tendo em conta a necessária harmonização dos interesses das partes intervenientes, nos termos do artigo 56.º do Código do Trabalho”⁴.

i) As necessidades imperiosas do serviço ...

O ... é um ..., que tem por objetivo principal a prestação de cuidados de ... à população, um serviço público de interesse geral e, mais do que isso, verdadeiramente essencial.

A trabalhadora exerce funções no Serviço de ..., que interna utentes que necessitam de cuidados de ... de elevada complexidade e diferenciação, com lotação aumentada em função do plano de Contingência.

Os doentes internados estão em estado de saúde muito instável e de apreensão, sendo necessário que os ... que lhes prestam cuidados sejam ... peritos na área, o que exige anos de preparação (há estudos a indicar como 5 anos, para que se possa considera um ... perito na área), nomeadamente especialistas na área de ...

E os números não permitem perceber outro dado da maior relevância: a gravidade dos doentes que são remetidos para o ..., é maior do que para outros ...

Como qualquer serviço ..., funciona 24 horas por dia, durante 365 dias por ano, para prestar cuidados assistenciais especializados e diferenciados e, assim, garantir o direito à saúde dos cidadãos, como se estabelece no artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa e na Base XIV da Lei de Bases da Saúde.

Como em qualquer serviço hospitalar, a elaboração do horário de trabalho para um qualquer ... que trabalhe num serviço cujo funcionamento seja 24 horas por dia, 365

⁴ AC. De 03/11/2017 do TCAN (Maria Fernanda Antunes Aparício Duarte Brandão), proc. nr. 00377/17.9BECBR

dias por ano, deve ter turnos rotativos, ou seja: ter manhãs (M), tardes (T), noites (N) a serem distribuídas de segunda-feira a domingo.

Os turnos, que são manhãs (M), tardes (T) e noites (N), devem ter o número de profissionais suficientes para a atividade planeada para esse serviço.

No serviço da requerente, os turnos estão organizados da seguinte forma:

Manhã — 8h às 14h30;

Tarde — 14h às 20h30;

Noite — 20h às 8h30.

A distribuição dos ... pelos turnos acima referidos é desigual, dado que a afluência de doentes, mecânica e dinâmica dos turnos é diferente, como facilmente se compreende.

De facto, do ponto de vista da organização dos turnos, os trabalhadores são assim distribuídos:

Internamento

Para um número de doentes internados entre 40 camas no serviço de ... e ainda mais 6 camas de ...

Manhã — 7 ...;

Tarde — 6 ...;

Noite — 5 ...;

Salvo este caso excecionalíssimo — por exemplo a ocorrência de greve — o número de trabalhadores necessário para a satisfação das necessidades deve ser aquele que está, neste momento, alocado a cada um dos turnos.

A título de exemplo deixa-se em anexo o horário previsto para o mês de julho de 2020, no serviço da requerente.

Isto significa, na prática, que, na organização destes turnos e na distribuição dos trabalhadores pelos turnos, o (...) tem à sua disposição um certo contingente de

trabalhadores que, em princípio, pode fazer todos os turnos. Perante esta situação não é possível assegurar turnos no período da noite assim como fins-de-semana e feriados (manhã e tarde), existindo uma sobrecarga do horário para os outros profissionais.

Aliás, prevê-se expressamente nos contratos de trabalho dos ... — **o que acontece, também, no contrato de trabalho da requerente** — que os trabalhadores dão o seu acordo para a prestação de trabalho em regime de turnos incluindo trabalho noturno.

E, portanto, se existe uma expectativa dos trabalhadores na realização dos seus planos de vida — maternidade e paternidade — também não é menos verdade que, do lado do (...), também existe a expectativa de ver respeitada a organização do seu serviço ... e os contratos de trabalho firmados!

Todos os profissionais sabem, aquando do início da sua relação com as entidades ..., que, ao contrário da relação de emprego nas ..., a prestação de trabalho aos sábados, domingos, feriados e às noites, constitui uma natureza intrínseca da atividade hospitalar que a todos se impõe, com as consequências de esta oneração ser repartida com equidade entre todos.

Estamos numa área de confluência de interesses onde é de esperar de todos um esforço, com o apoio das famílias, para que prevaleça o interesse público assistencial, afinal a razão de ser da atividade hospitalar: os doentes.

Como se não bastasse, o crescente número de horários flexíveis atribuídos e de trabalhadores com restrições ao seu horário, torna a gestão e a organização dos turnos cada vez mais uma tarefa difícil de compatibilizar com os interesses sociofamiliares dos trabalhadores.

O (...) também enfrenta constrangimentos derivados da existência mais de **150 trabalhadores que prestam trabalho em regime de flexibilidade horária**, dos quais **Z trabalhadores prestam trabalho no serviço da requerente**, a saber:

TRABALHADOR	REGIME DE FLEXIBILIDADE	OBSERVAÇÕES
...	Horário diurno (manhãs ou tardes)	

...	<i>Manhãs – 8h às 14h30 (dias úteis).</i>	<i>Não trabalha aos fins de semana</i>
...	<i>Horário diurno (manhãs ou tardes em dias úteis e feriados)</i>	<i>Não trabalha aos fins de semana</i>
...	<i>Manhãs – 8h às 14h30 (dias úteis).</i>	<i>Não trabalha aos fins de semana</i>
...	<i>Manhãs – 8h às 14h30 (dias úteis).</i>	<i>Não trabalha aos fins de semana</i>
...	<i>Manhãs – 8h às 14h30 (dias úteis).</i>	<i>Autorização em processo de tramitação</i>
...	<i>Horário diurno (manhãs ou tardes)</i>	<i>Horário de amamentação</i>

Embora o ... reconheça que os interesses da trabalhadora-requerente são relevantes, esta é uma matéria que não pode ser tratada “de ânimo leve”, ignorando que, em contraponto, estão interesses da mesma ou até maior relevância.

O ... tem consciência de que quando atribui um horário flexível/dispensa ou isenção do trabalho noturno e/ou de fins-de-semana, a qualquer profissional ou existem baixas clínicas, sobrecarregam-se outros profissionais da equipa, pondo em causa a justiça distributiva do trabalho em horas incómodas.

E se essa dispensa abranger a dispensa de trabalho noturno, como é o que pretende a requerente, o trabalho e ainda o trabalho aos sábados, domingos e feriados, é exponencial a gravidade da situação.

Essa sobrecarga 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 e de eventual responsabilidade civil hospitalar, com as inerentes consequências.

Estas condições são contrárias às próprias recomendações dos sindicatos representativos da classe, que referem que a elaboração de horários do grupo profissional ... deve conciliar os interesses da Instituição, as necessidades do Serviço e de todos profissionais da equipa e tem como objetivos:

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

Aliás, são mais do que conhecidas as reivindicações da classe dos ..., que ultimamente já não se limitam a fóruns internos: têm sido trazidas a público tendo ganho uma dimensão mediática porventura sem paralelo em qualquer outra classe profissional, falando-se, com alguma razão, em síndrome de burnout e em “exaustão emocional”.

Ora, se o (...) emitir um parecer favorável á requerente, vem colocar mais um peso em cima dos ombros dos restantes ..., e, portanto, em prejuízo de toda a classe dos ...

O que, sublinhe-se sucederá se o (...) atribuir o horário flexível à trabalhadora.

De facto,

Atualmente, os turnos das manhãs são preenchidos e consumidos pelos trabalhadores que gozam de horário flexível.

O que significa que os turnos de Noites, fins-de-semana e feriados são realizados pelos restantes trabalhadores (com total impedimento de realizar turnos da manhã de 2.^a a 6.^a feira), colidindo com um outro direito, ao contacto direto com o seu superior hierárquico para a determinação da avaliação de desempenho e progressão na carreira. Repita-se, os turnos da manhã estão, digamos, “reservados” ou “alocados” praticamente em exclusivo para os trabalhadores que gozam de horário flexível.

Essa é uma situação insustentável para os demais trabalhadores porque também eles, à semelhança da requerente, têm direito à conciliação da vida pessoal com a vida profissional (cf. art.º 59.º, n.º 1, alínea c), da Constituição da República Portuguesa).

A verdade é que atribuir horário flexível à requerente atirará os horários noturnos e de fim-de-semana para os ombros dos demais trabalhadores, beneficiando os trabalhadores que gozam de horário flexível em completo detrimento dos restantes trabalhadores.

Estas situações / decisões deterioraram seriamente as relações entre a equipa e colocam em causa os objetivos do serviço, criando mau ambiente entre colegas, agravado pela perversão de justiça que projeta na organização dos horários. Há dificuldade em assegurar os turnos de horas incómodas, os ... da equipa que podem trabalhar em horário noturno passaram, de quatro noites por mês a fazer sete, oito, 10 noites por mês (nalguns casos).

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

E o risco clínico para os doentes de haver ... com prestação de trabalho em noites sucessivas? 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 ...: onde estão os seus direitos?

O artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa, onde se prevê que “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” não pode ser só para os pedidos de horário flexível, tem de se aplicar a todos os trabalhadores!

E, ao contrário do que aparenta, o que está em causa não é apenas uma colisão entre dois interesses constitucionalmente protegidos da mesma natureza: o direito à conciliação da vida familiar com a vida pessoal. Os trabalhadores que ficam onerados com os turnos noturnos e outras horas incómodas sofrerão prejuízos na sua própria saúde física, mental e emocional.

Está amplamente estudado e demonstrado que a prestação de trabalho em turnos noturnos é fonte de distúrbios devastadores dos biorritmos e dos ciclos circadianos⁵.

Pensamos que ninguém está em condições de discutir que o direito à saúde tem uma dignidade constitucional superior ao direito à conciliação da vida pessoal com a vida profissional.

⁵ Remete-se, para melhores explicações, para o estudo de Isabel Maria Alves Rodrigues da Costa, Trabalho por turnos, saúde e capacidade para o trabalho dos enfermeiros, Coimbra, 2009

Assumindo que os trabalhadores com necessidades que justificam uma flexibilidade no seu horário de trabalho — como a trabalhadora aqui em causa — ficariam alocados aos turnos das manhãs de segunda a sexta-feira, conforme é sua pretensão, assegurando só as necessidades para esses turnos nos dias úteis, é evidente que os turnos das tardes e noites, fins-de-semana e feriados ficariam em exclusivo para os demais trabalhadores, o que é insustentável.

Contudo, o (...), zeloso e atento aos interesses dos seus trabalhadores, que muito estima, tentando conciliar as suas necessidades com as necessidades do serviço, analisando que foram os seus recursos pelos responsáveis hierárquicos do serviço, dá conhecimento de que propõe organizar o horário da requerente da seguinte forma:

- 1- As manhãs das 8:00h às 14:30h em dias úteis;**
- 2- Duas tardes das 14:00h às 20:30h em dias úteis;**
- 3- Uma noite das 20:00h às 8:30h por semana;**
- 4- Exercício de funções em 50% dos fim-de-semana e feriados, de acordo com as necessidades do serviço e da requerente**

Este horário irá permitir assegurar o funcionamento do serviço aos fins-de-semana e feriados bem como permitirá uma distribuição equitativa para todos os horários.

I. Decisão

*Sendo assim, perante o exposto, porque não se trata de um pedido para praticar um horário flexível e porque, ainda que o fosse, o mesmo coloca em causa o interesse público e o direito dos outros colegas, e ainda o direito dos doentes, **não é possível autorizar o horário flexível pretendido pela ... (...).***

Aguardamos que a trabalhadora reconheça o esforço de reorganização dos horários pelo (...) para conciliar os seus interesses com a dinâmica hospitalar, nomeadamente, com os horários de trabalho das trabalhadoras com necessidades familiares especiais, atribuindo dentro do equitativo, as jornadas de trabalho essencialmente nas manhãs ou tardes de dias de semana (2.^a a 6.^a feira).

Mais informamos que, nos termos do n.º 4, do artigo 57.º, do Código do Trabalho, a trabalhadora dispõe de 5 (cinco) dias para, querendo, responder a esta intenção de recusa.

Com os melhores cumprimentos

1.4. Do processo não consta que a trabalhadora tenha apresentado apreciação à intenção de recusa.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. Cabe à CITE, nos termos do Decreto-Lei n.º 76/2012 de 26 de março, artigo 3.º:

“(…) d) 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 (...)”.

2.2. 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”.

2.3. 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.

2.4. 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 dispondo 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”.

2.5. 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.

2.6. A Diretiva 2019/1158/EU do Conselho, de 20 de junho, que revogou a Diretiva 2010/18/EU do Conselho, de 8 de março de 2010, com efeitos a partir de 11 de julho de 2019, aplica o Acordo-Quadro revisto sobre licença parental, reforçando que as “políticas de conciliação entre a vida profissional e a vida familiar deverão contribuir para a concretização da igualdade entre homens e mulheres, promover a participação das mulheres no mercado de trabalho, a partilha equitativa das responsabilidades de prestação de cuidados entre homens e mulheres e reduzir as disparidades de rendimentos e de remunerações entre homens e mulheres” (Considerando 6), que “a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar permanece um desafio considerável para muitos progenitores e trabalhadores que têm responsabilidades de prestação de cuidados, em especial devido ao aumento da prevalência de horários de trabalho alargados e à alteração dos horários de trabalho, o que tem um impacto negativo no emprego das mulheres” (Considerando 10).

2.7. 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”.

2.8. 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.

2.9. Na esfera do Direito Nacional, no artigo 13.º, da Constituição da República Portuguesa (CRP), vem consagrado o princípio fundamental da igualdade, princípio estruturante do Estado de Direito democrático, impetrando o tratamento igual do que é igual e o tratamento diferenciado do que é diferente, concretizando-se em dois vetores, designadamente, a proibição do arbítrio legislativo e a proibição da discriminação.

2.10. O n.º 1 do artigo 68.º, da Constituição da República Portuguesa (CRP), estabelece que *“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.”*, e o n.º 2, do mesmo dispositivo legal, dispõe que *“A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes.”*.

2.11. 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; (…)”.

2.12. Na subsecção IV, do capítulo I, do título II, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, é tratada a matéria dedicada à parentalidade, e sob a epígrafe “horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares”, prevê o artigo 56.º daquele diploma legal, que o trabalhador, com filho menor de 12 (doze) anos ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica, que com ele

viva em comunhão de mesa e habitação, tem direito a trabalhar em regime de horário flexível, entendendo-se que este horário é aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário.

2.13. O trabalhador/a que pretenda exercer o direito estabelecido no citado artigo 56.º, designadamente trabalhar em regime de horário flexível, deverá solicitá-lo ao empregador, por escrito, com a antecedência de 30 dias, indicando qual o horário pretendido, bem como indicar o prazo previsto, dentro do limite aplicável, e declarar que o menor vive com ele/a em comunhão de mesa e habitação – cfr. artigo 57.º, do Código do Trabalho (CT).

2.14. Uma vez solicitada autorização de trabalho em regime de horário flexível, a entidade empregadora apenas poderá recusar o pedido com fundamento em uma de duas situações, quando alegue e demonstre, de forma objetiva e concreta, a existência de exigências imperiosas do funcionamento da empresa que obstem à recusa, ou a impossibilidade de substituir o/a trabalhador/a se este/a for indispensável, nos termos do disposto no n.º 2, do mencionado artigo 57.º.

2.15. Dispõe o n.º 3 daquele preceito legal, que o empregador tem de comunicar a sua decisão, por escrito, ao/à trabalhador/a, no prazo de 20 (vinte) dias, contados a partir da receção do pedido. No caso de não observância pelo empregador do prazo indicado, 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.

2.16. Quando o empregador pretenda recusar o pedido, é obrigatório o envio do processo à CITE, para emissão de parecer prévio, nos 5 (cinco) dias subsequentes ao fim do prazo estabelecido para apreciação pelo/a trabalhador/a da intenção de recusa, implicando a sua falta a aceitação do pedido, nos termos da alínea c) do n.º 8 do artigo 57.º, do Código do Trabalho.

2.17. Nos termos do n.º. 3 do mesmo artigo, caso o parecer desta Comissão seja desfavorável, a entidade empregadora só poderá recusar o pedido do trabalhador/a

após decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo.

2.18. Regressando ao conceito de horário flexível, previsto no artigo 56.º, n.º 2 do Código do Trabalho, já citado, note-se que o n.º 3 do mesmo artigo esclarece que “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”.

2.19. Neste regime de trabalho, o/a trabalhador/a poderá efetuar até 6 (seis) horas consecutivas de trabalho e até 10 (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.

2.20. A intenção do legislador que subjaz à elaboração da norma, prende-se com a necessidade de harmonizar o direito do trabalhador/a à conciliação da atividade profissional com a vida familiar, conferindo-lhe a possibilidade de solicitar ao seu empregador a prestação de trabalho em regime de horário flexível, sempre que tenha filhos/as menores de 12 (doze) anos ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica. Tal direito é materializável mediante a escolha, pelo/a trabalhador/a, e dentro de certos limites, das horas para início e termo do período normal de trabalho diário, cabendo ao empregador elaborar esse horário flexível, observando, para tal, as regras enunciadas no n.º 3 daquele artigo 56.º. Assim, incumbe ao empregador estipular, dentro da amplitude de horário escolhida 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.

2.21. Tem sido entendimento maioritário desta Comissão considerar enquadrável no artigo 56.º do Código do Trabalho, a indicação, pelo/a requerente, de um horário flexível a ser fixado dentro de uma amplitude temporal diária e semanal indicada como a mais favorável à conciliação da atividade profissional com a vida familiar, por tal circunstância não desvirtuar a natureza do horário flexível se essa indicação respeitar o seu período normal de trabalho diário⁶. Importa, ainda, que a amplitude indicada pela trabalhadora seja enquadrável na amplitude dos turnos que lhe podem ser atribuídos.⁷

2.22. A orientação que tem vindo a ser seguida por esta Comissão, é no sentido de a indicação pelos/as trabalhadores/as da amplitude horária diária em que pretendem exercer a sua atividade profissional, por forma a compatibilizá-la com a gestão das suas responsabilidades familiares, não consubstanciar um pedido de horário rígido ou uma limitação ao poder de direção do empregador, a quem compete determinar o horário, nos termos previstos no artigo 212.º do Código do Trabalho, observado o dever de facilitar a conciliação da atividade profissional com a vida familiar, tal como expressamente referido na alínea b) do n.º 2, do referido preceito legal.

2.23. O horário flexível surge como resposta à necessidade de pais trabalhadores e mães trabalhadoras prestarem apoio às suas crianças, acudindo às necessidades destas enquanto suas dependentes e, simultaneamente, continuarem a cumprir com as suas obrigações laborais, pelo que o direito plasmado no artigo 56.º do CT é resultado do reconhecimento pela lei laboral de valores humanos básicos relacionados com a parentalidade e que aqui encontram tutela especial.

2.24. Refira-se, ainda a propósito desta matéria, que é dever da entidade empregadora proporcionar a trabalhadores e trabalhadoras as condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal [a este propósito *vide* o n.º 3 do artigo 127.º, do Código do Trabalho (CT)], bem como é dever facilitar

⁶ Decorre do artigo 198.º do Código do Trabalho que **período normal de trabalho** significa o tempo de trabalho que o/a trabalhador/a se obriga a prestar, medido em número de horas por dia e por semana.

⁷ Ver a este respeito o Parecer n.º 128/CITE/2010, disponível em www.cite.gov.pt

ao/à trabalhador/a a conciliação da atividade profissional com a vida familiar [alínea b) do n.º 2, do artigo 212.º do Código do Trabalho (CT)].

2.25. Concedido o horário flexível, poderá o/a trabalhador/a solicitar um enquadramento legal de horários especiais, designadamente através da possibilidade de solicitar horários que lhe permitam atender às suas responsabilidades familiares ou, então, exercer o seu direito a beneficiar de um horário de trabalho que lhe possibilite conciliar a sua atividade profissional com a vida familiar, e que corresponde a um dever do empregador concretizável através do desenvolvimento de métodos de organização dos tempos de trabalho que respeitem tais desígnios e que garantam o princípio da igualdade de trabalhadores/as, tratando situações iguais de forma igual e situações diferentes de forma diferenciada.

2.26. Da aplicação das normas legais citadas, resulta a obrigação de a entidade empregadora elaborar horários de trabalho destinados a facilitar a conciliação dos/as trabalhadores/as com responsabilidades familiares, de acordo com o disposto nos artigos 56.º e 57.º, do Código do Trabalho (CT), sendo legítimo ao empregador recusar o pedido com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa ou serviço, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável, o que equivale a afirmar que impende sobre a entidade empregadora um dever acrescido de demonstrar nestes casos, concretizando objetiva e coerentemente, na prática, em que se traduzem tais exigências imperiosas.

2.27. No seu pedido de trabalho em regime de horário flexível, a trabalhadora indica que pretende prestar a sua atividade profissional de segunda a sexta-feira no turno da manhã e tarde. Alega para o efeito, a necessidade de prestar assistência à sua filha menor de 12 anos, nascida em 25.11.2019.

2.28. Como fundamento para a recusa do horário solicitado, a entidade empregadora, começa por referir, em suma, que o pedido apresentado pela trabalhadora não é um horário flexível, mas antes uma pura e simples alteração do horário de trabalho nos termos previstos no artº 217º do CT, o que extravasa os limites do artigo 56º do CT, que

compreende por parte trabalhadora, a sua escolha limitada ao período normal de trabalho que acordou aquando da sua contratação ao serviço.

2.29. Quanto a este argumento, esclareça-se que tem sido entendimento maioritário desta Comissão, assistir legitimidade ao pedido do/a trabalhador/a que indica as horas de início e termo da jornada diária de trabalho, bem como, dos dias da semana que pretende usufruir do descanso semanal obrigatório e complementar.

2.30. Tal como doutrina no Parecer/343/CITE/2017⁸: *“(...) Considerar uma interpretação do artigo 56.º do Código do Trabalho que não permitisse tal alcance seria admitir a possibilidade de discriminar os/as trabalhadores/as cujo período normal de trabalho pode abranger todos os dias da semana, relativamente aos trabalhadores cuja prestação de trabalho é realizada em dias úteis de segunda a sexta-feira, ou ainda, discriminar os/as trabalhadores/as que embora possam prestar trabalho em todos os dias da semana não têm uma situação familiar ou económica, ou condição social que lhes permita ter outros recursos para conciliar a sua atividade profissional com a vida familiar e pessoal. Tal discriminação consubstanciada, designadamente, na atividade profissional ou na situação familiar, situação económica ou condição social, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 24.º do Código do Trabalho, encontra-se proibida nos termos do n.º 1 do artigo 25.º do Código do Trabalho (...)”.*

2.31. A este propósito, importa referenciar o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora⁹ onde se refere que: *“(...) Apesar do horário solicitado ter horas fixas de início e termo do período diário de trabalho e abranger os dias de folga, o mesmo não deixa de ser um horário de trabalho flexível de acordo com a definição legal, pois trata-se de um horário que visa adequar os tempos laborais às exigências familiares da trabalhadora, em função do seu filho menor de 5 anos. E esta é a essência da definição de horário flexível. (...)”.*

⁸ Disponível em www.cite.gov.pt

⁹ Acórdão de 11.07.2019 proferido no âmbito do Processo n.º 3824/18.9T8STB.E1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/31767ab3e6c84999802584730036bbc0?OpenDocument>

2.32. Neste sentido, assistindo legitimidade à trabalhadora em solicitar a prestação de trabalho em regime de horário flexível nos moldes em que o fez, à entidade empregadora cabia, nos termos do n.º 2 do artigo 57.º do Código do Trabalho, apresentar os motivos imperiosos de funcionamento da empresa ou a indisponibilidade de substituir a trabalhadora, que permitissem concluir pela impraticabilidade do horário solicitado.

2.33. E, relativamente à intenção de recusa, é de considerar-se que o fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa ou a impossibilidade de substituição da trabalhadora, se esta for indispensável, deve ser interpretado no sentido de exigir ao empregador 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/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 do serviço ou como existe impossibilidade de substituir a trabalhadora se esta for indispensável.

2.34. Com efeito, a entidade empregadora vem invocar, em suma o seguinte:

- O setor da saúde tem especificidades próprias, mais concretamente, a natureza delicada e sensível deste sector de atividade, que têm vindo cada vez mais a ser reconhecidas em detrimento dos interesses pessoais dos trabalhadores que, sendo merecedores de tutela, não devem prevalecer a todo o transe sobre um interesse público que é manifesto, defendendo que a flexibilidade do tempo de trabalho pode trazer graves inconvenientes para a dinâmica de um serviço como um hospital, apoiando-se no disposto no artigo 56.º, n.º 8, do D.L. n.º 437/91, de 8 de Novembro, que se passa a transcrever : - "as enfermeiras que, comprovadamente, amamentem os filhos têm direito, durante um período de 12 meses a partir da data do parto, a requerer a isenção de horário por turnos e de trabalho noturno, assim como durante os três últimos meses de gravidez, desde que daí não advenham graves prejuízos para o serviço".

- No serviço da trabalhadora o trabalho está organizado em 3 turnos (manhã: 8h-14h30; tarde: 14h-20h30; e noite 20h-8h30;), a distribuição dos ... pelos referidos turnos é desigual, tendo por referência a afluência de doentes, sendo que para um número de doentes internados entre 40 camas no serviço de ... e 6 no serviço de ..., são necessários 7 ... no turno da manhã, 6 no turno da tarde e 5 no turno da noite;
- No ... existem mais de 150 trabalhadores/as que prestam a sua atividade em regime de flexibilidade horária, dos quais 7 trabalhadores/as prestam trabalho no serviço da requerente;
- Ao atribuir um horário flexível/ dispensa ou isenção de trabalho noturno e/ou fins-de-semana, a qualquer profissional ou existem baixas clínicas, sobrecarregam-se outros profissionais da equipa, colocando em causa a justiça distributiva do trabalho em horas incómodas, sobrecarga que provocará uma gestão perversa da prestação de trabalho dos/as profissionais e coloca o ... como agente potenciador de risco clínico acrescido, que sempre constituirá pressuposto de ilicitude e de eventual responsabilidade civil hospitalar, com as inerentes consequências.

2.35. Quanto ao alegado pelo empregador, nomeadamente as especificidades próprias do serviço hospitalar e ao diploma legal de novembro de 1991, o qual estabelece condições especiais para as ... grávidas ou que se encontrem a amamentar, cumpre referir que este decreto-lei veio aprovar o regime geral da carreira de ... e o artigo 56.º surge da necessidade sentida em colmatar a falta de proteção da lei laboral para estas situações, que pela sua natureza delicada e elevada importância, mereceram da parte do legislador, uma especial atenção aquando da regulamentação da carreira destes profissionais da saúde.

2.36. Não obstante, temos de ter presente que o regime de trabalho em horário flexível foi instituído pela Lei n.º 35/2004, de 29 de julho, que aprovou o Código do Trabalho (atual Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro) a qual regulamentou a Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto, concretamente os artigos 79.º e 80.º, constantes da secção III - “Regimes de trabalhos especiais”, do capítulo VI, intitulado “Proteção da maternidade e paternidade”.

2.37. Assim, falece o argumento da requerida porquanto o pedido é efetuado ao abrigo de legislação posterior que oferece um enquadramento atualista em matéria de

proteção da parentalidade, consubstanciado no estabelecimento normativo de condições mínimas de trabalho insuscetíveis de afastamento pelas partes, impondo uma limitação da autonomia privada individual na estipulação do conteúdo do contrato de trabalho, só podendo ser afastadas por instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho quando estes disponham em sentido mais favorável aos trabalhadores – vide art.º 3.º, do Código do Trabalho.

2.38. É de salientar que os normativos relativos à proteção na parentalidade são 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, sem qualquer exceção ou restrição relativa a um sector económico, atividade ou categoria.

2.39. Acresce que o Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de novembro, foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 248/2009, de 22 de Setembro, pela norma revogatória contida no art.º 28.º, com exceção do disposto nos artigos 43.º a 57.º, “os quais se mantêm em vigor, com as necessárias adaptações, na medida em que regulem situações não previstas no presente decreto-lei, e na medida em que não sejam contrárias ao regime por ele estabelecido, até ao início da vigência de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho.”

2.40. Quanto aos motivos imperiosos do funcionamento do serviço, em concreto, do serviço de ..., onde a trabalhadora exerce funções, constata-se que a entidade empregadora limitou-se a descrever a distribuição e a organização dos turnos pelos ..., concluindo que não é possível assegurar os turnos do período na noite assim como fins de semana e feriados, existindo uma sobrecarga do horário para os outros profissionais, sem cuidar de demonstrar com factos claros e objetivos que permitam concluir pela impossibilidade de os/as restantes trabalhadores/as do serviço assegurarem os referidos turnos, alegadamente a descoberto.

2.41. A verdade é que a entidade empregadora, apesar de alegar, não logrou demonstrar 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.

2.42. Quanto à existência de outros/as trabalhadores/as a usufruir de regime de horário flexível, cumpre esclarecer que a recusa de um pedido de horário flexível, baseado no facto de já existirem outros trabalhadores que beneficiam desse mesmo horário, 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).

2.43. Por este motivo, a CITE tem 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.”*

2.44. Por último, quanto à alegada sobrecarga para os/as demais trabalhadores/as, é de salientar-se que sem prejuízo do cumprimento das normas legais aplicáveis à elaboração dos horários de trabalho, a consagração constitucional e legal do direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e o correspondente dever de a entidade empregadora a promover, impõe que na elaboração dos horários de trabalho seja garantida, na medida do que for possível e sem afetar o regular funcionamento da

organização, uma discriminação positiva dos/as trabalhadores/as que o requeiram, em detrimento de um tratamento igualitário de todos/as os/as elementos da equipa de profissionais do serviço e da consideração de certas características de outros/as trabalhadores/as.

2.45. 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 proteção 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 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 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 EM 19 DE AGOSTO DE 2020, POR MAIORIA DOS MEMBROS DA CITE, COM OS VOTOS CONTRA DOS REPRESENTANTES DA CIP - CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL E CTP – CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS