PARECER N.º 386/CITE/2017

Assunto: Parecer prévio à intenção de recusa do 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.

Processo n.º 1019/FH/2017

I – OBJETO

1.1. A CITE recebeu em 04/07/2017, do **...**, um pedido de emissão de parecer prévio à recusa do pedido de horário flexível apresentado pela trabalhadora **...,** enfermeira no Serviço de ....

1.2. A trabalhador solicita através de requerimento datado de 06/06/2017, a prática de horário flexível, de segunda a sexta-feira das 8h00 às 20h30, nos termos que se transcrevem:

"(...)
Enfermeira a exercer funções no serviço de ... do ..., venho por este meio solicitar a V. Exa. a prática de horário flexível, ao abrigo do artigo 56. ° do Código do Trabalho, de 12 de fevereiro de 2009, uma vez que tenho uma filha com 2 anos de idade com quem resido em comunhão de mesa e habitação, conforme comprovo em declaração anexa.
O horário que me proponho a realizar é de turnos de manhãs ou tardes compreendidas entre as 8 e as 20h dos dias úteis de Segunda a Sexta-feira, enquanto praticar o horário de amamentação que me foi concedido e com início dentro de 30 dias. Findo o horário de amamentação, pretendo realizar turnos entre as 8 e as 20.30h dos dias úteis de Segunda a Sexta-feira e até que a minha filha complete 12 anos de idade."

1.3. Em 23/06/2017, a entidade empregadora responde à trabalhadora, informando-a da *"deliberação do ..., de 21 de junho de 2017, cuja cópia se anexa*.

1.4. No processo remetido à CITE consta informação do Conselho de Administração, com os fundamentos da intenção de recusa e respetiva deliberação, que se transcreve:

"..., ..., notificado do pedido do requerimento apresentado pelo Sra. Enfermeira ..., datado de 06/06/2017, no qual solicita a autorização de prestação de trabalho em regime de horário flexível, vem informar da intenção de indeferimento, de acordo com o previsto no art.2 56 e 57 do Código do Trabalho, porquanto desempenha funções num serviço na qual as funções de enfermagem são desempenhadas em regime de trabalho por turnos, integrados numa escala rotativa e, portanto, incompatível com o regime de flexibilidade de horário, pelo que não pode ser aplicada a legislação invocada (horário flexível).

Na realidade há que atender ao seguinte:

(A existirem, devem ser indicados em primeiro lugar os requisitos formais que não foram observados nos termos do artigo 57.2, n.2 1, e que fundamentam a rejeição do pedido).

1. A atribuição do horário solicitado não é passível de ser efetuada sem colocar em causa a jornada de trabalho do (a) colega que (a) vem substituir;

2. Sendo que, a sua não substituição implicaria sobrecarregar os outros colegas do turno, aumentando-lhe a carga de trabalho (com bastante impacto no horário noturno e fins-de-semana), com as consequências de todos conhecidas relacionadas com o aumento de risco de eventos adversos, e consequentemente colocando em risco o doente, e em averiguação a responsabilidade dos profissionais;

3. Esta sobrecarga, ultrapassados os limites legais, provocará uma gestão perversa da prestação de trabalho dos profissionais e coloca o Hospital como agente potenciador de risco clínico acrescido, constituindo pressuposto de ilicitude e de eventual

responsabilidade civil hospitalar, com as inerentes consequências;

4. Na verdade, a necessidade de dar resposta às exigências do ... no que concerne ao tratamento dos doentes, estamos cada vez mais a sobrecarregar os profissionais, como se poderá verificar pela análise da cópia do horário de serviço que o requerente integra;

5. Com efeito, estando o (a) requerente exercer funções no Serviço de ..., propondo a realização de horário de segunda a sexta-feira entre as 8:00 e as 20:30 horas;

6. Devemos ter presente que este funciona 24 horas por dia, 365 dias por ano.

7. As unidades de internamento estão asseguradas com o número mínimo de enfermeiros, em termos de horas de cuidados de enfermagem, cerca de 115 horas por dia, sendo que 82,5 horas nos turnos da tarde e noite.

8. Ainda, como é do conhecimento geral a organização do tempo de trabalho da classe profissional como os enfermeiros exige o cumprimento rígido de horários, sobretudo nas áreas organizadas em regime rotativo - a grande maioria — considerando que cada grupo de enfermeiros, substitui o grupo antecedente e está previsto um período de 30 minutos de sobreposição entre turnos, especificamente para a transmissão das informações relevantes sobre os doentes internados ou em tratamento no serviço;

9. Ora, não é possível assegurar o serviço com horário solicitado, dado que a equipa de enfermagem daquele é constituída por 19 enfermeiros, cuja maioria se encontra em situação familiar idêntica à do (a) requerente, causando desta forma graves constrangimentos na gestão do serviço.

10. Instada a chefia do serviço, a mesma informou que não é possível atender ao pedido com os seguintes fundamentos:

a. Organização do trabalho no sistema de roulement;

b. Escalas com turnos das 08:00h-14:30h, das 14:00h-20:30 e das 20:00-08:30.

11. Ainda, no serviço:

- 3 enfermeiras estão a gozar de dispensa para amamentação;

- no mês de maio de 2017, foi necessário o recurso a 81 horas extraordinárias;

- enfermeiros do serviço dispõem de um crédito de 192 horas, em saldo horário acumulado a 31 de maio de 2017.

12. Por outro lado, em todas as áreas está contemplado o apoio de enfermeiros, com exceção do Ambulatório (consulta externa), dos hospitais de dia e algumas áreas de diagnóstico e terapêutica que funcionam até às 20 horas;

13. Porém, estas últimas áreas encontram-se já dotadas de um número de enfermeiros adequado, estando afetos enfermeiros que apresentam necessidades de ajustamento do horário ou do tipo de trabalho, maioritariamente por incapacidades que impedem o desempenho de funções em áreas de internamento e outros com regime de trabalho em horário flexível;

14. Assim, a atribuição do horário pretendido iria colocar a descoberto vários períodos em cada turno.

15. Pelo que, é de todo impossível ao requerente conceder a flexibilidade de horário pretendida.

16. A este título refira-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26.04.2010, Processo n.2 123/09.OTTVNG.P2, em www.dgsi.pt, o qual clarificou o seguinte:

"Ora, salvo o devido respeito, importa não esquecer que as ditas regras concernentes ao horário de trabalho, não podem ser encaradas em termos absolutos, e que, mesmo nas hipóteses contempladas no art.º 45.º do Código do Trabalho, a sua concessão não é automática nem desligada da situação da empresa. Deste modo, perante uma situação de colisão de direitos, art.º 335 do Código Civil, como necessário «para que todos produzam igualmente os seus efeitos, sem maior detrimento para qualquer das partes», justificando-se, assim, a alteração do horário efetuada com o retorno à rotação de horário."*

** Atual 57.º*

Assim, o Conselho de Administração Delibera indeferir o pedido."

. (SN)

1.5. Porém, a requerente apresentou a sua apreciação relativa aos fundamentos da intenção de recusa, reiterando o seu pedido de horário flexível, alegando

"*esta carta não incluiu uma resposta propriamente dita ao meu pedido, uma vez que nela não constou o anexo que mencionam como sendo a deliberação do conselho de administração na folha de rosto, ou seja, a única página que me foi enviada".* É de referir ainda que a trabalhadora *"solicito a apreciação do meu pedido, ou seja, a prática de turnos de segunda a sexta-feira em dias úteis, compreendidos entre as 8h e as 20.30h."* (SN)

1.6. Significa que a trabalhadora não teve conhecimento dos fundamentos para a intenção de recusa, tal como transcritos no ponto 1.4

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1 A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela resolução n.º 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979, e com entrada em vigor na ordem internacional a 3 de setembro de 1981, em conformidade com o artigo 27.º, n.º 1, assinada por Portugal a 24 de abril de 1980 e aprovada para ratificação pela Lei n.º 23/80, de 26 de julho, publicada no Diário da República I Série A, n.º 171/80 e em vigor na ordem jurídica portuguesa desde 3 de setembro de 1981, determina no seu artigo 11.º que:

"Os Estados Partes comprometem-se a tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres no domínio do emprego com o fim de assegurar, com base na igualdade dos homens e das mulheres, os mesmos direitos, em particular: (...)

Instituir a concessão do direito a um período de dispensa do trabalho por ocasião da maternidade pago ou conferindo direito a prestações sociais

comparáveis, com a garantia da manutenção do emprego anterior, dos direitos de antiguidade e das vantagens sociais (...)."

2.2 A Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5.07.2006 alude à construção jurisprudencial do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional. De acordo com os considerandos 23 e 24 da referida Diretiva é expressamente referido que: *Ressalta claramente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que qualquer tratamento desfavorável de uma mulher relacionado com a gravidez ou a maternidade constitui uma discriminação sexual direta em razão do sexo. (...) O Tribunal de Justiça tem repetidamente reconhecido a legitimidade, em termos do princípio da igualdade de tratamento, de proteger a condição biológica da mulher na gravidez e na maternidade e de adotar medidas de proteção da maternidade como meio de atingir uma igualdade concreta.*

2.3 O artigo 68.º da Constituição da República Portuguesa estabelece que:
"1. Os pais e as mães têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país.
2. A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes."

2.4 O disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da lei fundamental portuguesa estabelece como garantia de realização profissional das mães e pais trabalhadores que *"Todos os trabalhadores, (...) têm direito (...) à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar."*

2.5 A Diretiva 2010/18/EU do Conselho, de 8 de março de 2010, que aplica o Acordo-Quadro revisto sobre licença parental, que revogou a Diretiva 96/34/CE, com efeitos a partir de 8 de março de 2012, retomou a necessidade de as *"politicas da família [deverem] contribuir para a concretização da igualdade entre homens e mulheres e ser encaradas no contexto da evolução demográfica, dos efeitos do envelhecimento da população, da aproximação entre gerações, da promoção da partilha das mulheres na vida ativa e da partilha das responsabilidades de cuidados entre homens e mulheres"* (Considerando 8), de *"tomar medidas mais eficazes para encorajar uma partilha mais igual das responsabilidades familiares entre homens e mulheres"* (Considerando 12), e de garantir que *"o acesso a disposições flexíveis de trabalho facilita aos progenitores a conjugação das responsabilidades profissionais e parentais e a sua reintegração no mercado de trabalho, especialmente quando regressam do período de licença parental."* (Considerando 21).

2.6 No âmbito da legislação nacional, tanto a Constituição da República Portuguesa (CRP), como o Código do Trabalho de 2009 (CT), preconizam o dever de o empregador proporcionar aos/às trabalhadores/as as condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, vd. alínea b) do artigo 59.º da CRP, e o n.º 3 do artigo 127.º do CT, sendo igualmente definido como um dever do empregador a elaboração de horários que facilitem essa conciliação, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 212.º do CT.

2.7 Assim, e para concretização dos princípios constitucionais enunciados e sob a epígrafe *"horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares"*, prevê o artigo 56.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, na redação conferida pela Lei n.º 120/2015, de 1 de setembro, o

direito do/a trabalhador/a, com filho/a menor de doze anos, a trabalhar em regime de horário flexível.

2.8 Entende-se por horário flexível, de acordo com o artigo 56.º do Código do Trabalho, o direito concedido aos/às trabalhadores/as com filhos/as menores de 12 anos, ou independentemente da idade, que sejam portadores/as de deficiência ou doença crónica, de poder escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário.

2.9 O horário flexível, que é elaborado pelo empregador, deve:

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

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

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

2.10 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 Para tal, o empregador quando elabora o horário flexível, atendendo à amplitude determinada pelo/a trabalhador/a requerente como sendo a mais adequada à conciliação da sua atividade profissional com a vida familiar, estabelece períodos para início e termo do trabalho diário, cada um com duração não inferior a um terço do período normal de trabalho diário.

2.12 Em rigor, a prestação de trabalho em regime de horário flexível visa permitir aos/às trabalhadores/as com responsabilidades familiares uma gestão mais ou menos ampla do tempo de trabalho. Nesse sentido, o período de presença obrigatória é de, apenas, metade do período normal de trabalho diário. O restante período normal de trabalho diário poderá ser gerido conforme as conveniências dos/as trabalhadores/as, inclusive ser compensado, nos termos previstos no n.º 4 do já referido artigo 56.º do Código do Trabalho.

III - ANÁLISE

3.1 No processo ora em apreciação, a trabalhadora requer autorização de trabalho em regime de horário flexível nos turnos da manhã ou tardes compreendidas entre as 8h00 e termo às 20h30, por não ter apoio familiar por perto e, ainda, o progenitor fazer viagens de negócios ficando vários dias fora.

3.2 Diga-se, a este respeito que no âmbito de um horário flexível o/a trabalhador/a poderá escolher horas fixas de início e termo do seu período normal de trabalho diário, que lhe permita conciliar mais corretamente a sua atividade profissional com a sua vida familiar, com o objetivo de poder cumprir os deveres que lhe incumbem como progenitor/a sem, no entanto, descurar os interesses do empregador e/ou os deveres laborais a que possa estar obrigado/a.

3.3 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.

3.4 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 (no caso em concreto 12h30) 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. Importa acrescentar que ao pretender efetuar um horário fixo, no âmbito do horário flexível, o/a trabalhador/a prescinde das plataformas móveis a que alude a alínea b) do n.º 3 do artigo 56.º do CT.

3.5 Em sede de intenção de recusa o ... refere que *"não é possível assegurar o serviço com horário solicitado, dado que a equipa de enfermagem daquele é constituída por 19 enfermeiros, cuja maioria se encontra em situação familiar idêntica a do (a) requerente, causando desta forma graves constrangimentos na gestão do serviço (...)".* A entidade empregadora, não esclareceu quantos/as trabalhadores/as são necessários em cada turno e qual ou quais os motivos legais ou contratuais que determinam a impossibilidade de rotatividade de turnos dos/as diversos/as trabalhadores/as, de maneira a demonstrar que a concessão do requerido implicaria períodos a descoberto em que não existiria o número mínimo de trabalhadores/as que garantissem o funcionamento do serviço onde está afeta a trabalhadora requerente.

3.6 Ainda a este respeito a entidade empregadora refere que *"3 enfermeiras estão a gozar de dispensa para amamentação"*. A trabalhadora requerente alega na sua apreciação que "*as noites ainda não são um problema porque estou abrangida por horário de amamentação*". Ora o horário requerido pela trabalhadora é o que tem praticado, pretendendo, agora, a exclusão dos fins de semana.

3.7 A este propósito[1] refira-se que, efetivamente, cabe à entidade empregadora elaborar o horário de trabalho, de acordo com as horas de início e termo do período normal de trabalho diário escolhidas pelo/a trabalhador/a requerente. Assim sendo, a CITE tem entendido que para os pedidos em que o/a trabalhador/a requer que a sua prestação de trabalho seja realizada de segunda a sexta-feira, também, aqui assiste legitimidade no pedido formulado, sendo o mesmo enquadrável no disposto no 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.

3.8 Na verdade, o horário flexível previsto no artigo 56.º do Código do Trabalho não é um horário flexível em sentido restrito ou literal mas sim um mecanismo de conciliação e de cumprimento de responsabilidades parentais e é com tal desiderato que deve ser interpretado e aplicado.

3.9 A trabalhadora menciona que pretende exercer o direito até que a sua filha perfaça os 12 anos de idade. A este respeito é de referir que tem esta Comissão entendido que*: "No que diz respeito ao prazo, eventualmente, longo do pedido de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pela trabalhadora, se ocorrer alguma alteração anormal das circunstâncias atuais, que determinaram a possibilidade do gozo efetivo desse horário, a situação poderá ser reavaliada." (Parecer n.º 70/CITE/2012)*[2].

3.10 Pelo exposto e verificados os motivos alegados pela entidade empregadora, transcritos no objeto do presente parecer, não resultam exigências imperiosas do seu funcionamento, visto que não é demonstrado objetiva e

[1] Veja-se o Professor António Monteiro Fernandes, Direito do Trabalho, Almedina, 12ª edição, pág. 336 que nos ensina que: *"o horário de trabalho compreende não só a indicação das horas de entrada e de saída do serviço, mas também a menção do dia de descanso semanal e dos intervalos de descanso".*
[2] Disponível para consulta em: www.cite.pt

inequivocamente que o horário requerido pela trabalhadora ponha em causa esse mesmo funcionamento.

3.11 Assim, considera-se que, em concreto, a recusa não está devidamente fundamentada em razões imperiosas do funcionamento do serviço, nos termos em que é exigido pelo n.º 2 do artigo 57.º do Código do Trabalho, porquanto , o ... não alega períodos de tempo que, no seu entender, poderiam deixar de ficar convenientemente assegurados, não refere, nem demonstra quais os meios humanos necessários e os disponíveis, de modo a concretizar o impedimento à aplicação do horário pretendido pela trabalhadora.

IV – CONCLUSÃO

Face ao exposto a CITE delibera:

a) Emitir parecer prévio desfavorável à recusa pela entidade **...,** no que respeita ao pedido de prestação de trabalho em regime de horário de trabalho flexível, apresentado pela enfermeira **....**

b) Sobre a matéria convém sublinhar que, para além do dever de as entidades empregadoras proporcionarem às trabalhadoras e aos trabalhadores com responsabilidades familiares condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 127.º e da alínea b) do n.º 2 do artigo 212.º do Código do Trabalho, promovendo assim o direito consagrado na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa, a CITE recomenda ao ..., que na elaboração dos horários de trabalho, seja facilitada essa mesma conciliação à trabalhadora bem como aos/às que estejam nas mesmas condições, em obediência aos princípios legais plasmados no

presente parecer.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 02 DE AGOSTO DE 2017, CONFORME CONSTA DA RESPETIVA ATA, NA QUAL SE VERIFICA A EXISTÊNCIA DE QUORUM, CONFORME LISTA DE PRESENÇAS ANEXA À MESMA ATA, COM OS VOTOS CONTRA DA CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL (CIP), DA CONFEDERAÇÃO DO TURISMO PORTUGUÊS (CTP), DA CONFEDERAÇÃO DO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE PORTUGAL (CCP) E DA CONFEDERAÇÃO DOS AGRICULTORES DE PORTUGAL (CAP).