

PARECER N.º 1/CRITE/2011

ASSUNTO: Parecer à recusa do empregador face ao pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível apresentado por 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, conjugado com o art.º 8.º do Decreto Legislativo Regional n.º 13/2005/M, de 3 de agosto, que no âmbito da adaptação do anterior Código do Trabalho (aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto e regulamentado pela Lei n.º 35/2004, de 29 de julho) à Região Autónoma da Madeira, estabelece que as competências cometidas na legislação à Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE) são atribuídas à Comissão Regional para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CRITE), norma que se mantém vigente ao abrigo do disposto no art. 11.º do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2009/M, de 4 de agosto, que procedeu à adaptação à RAM do Código do Trabalho vigente.

I. OBJETO

1.1 No dia 19 abril de 2011, a CRITE recebeu do Exmo. Senhor Presidente do Conselho de Administração do Serviço de ... o pedido de emissão de parecer prévio à recusa do pedido de organização do horário de trabalho em regime de flexibilidade, apresentado pela trabalhadora ..., titular da categoria de assistente operacional, a exercer funções no ..., pertencente ao agrupamento dos ... do Funchal.

1.2 O referido pedido de parecer veio instruído com a cópia do pedido formulado pela trabalhadora, com os fundamentos da intenção de o recusar e da subsequente apreciação da trabalhadora.

1.2.1. O requerimento da trabalhadora

a) Por requerimento datado de 4 de março de 2011 (Doc. a fls. 1), a trabalhadora pediu autorização para exercer as respetivas funções "(...) no horário das 9.00 horas às 16.00 horas, para levar e ir buscar os filhos à escola. "

b) No mesmo dia 4 de março de 2011 (Doc. a fls. 2), veio a Trabalhadora apresentar novo requerimento, requerendo desta vez autorização expressa para prestar trabalho em regime de horário flexível, nos termos dos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho, "(...) pelo prazo de dois anos, com entrada ao serviço às 9.00 horas e saída às 16.00 horas, perfazendo as 35 horas semanais e com intervalo para descanso de 30 minutos(...)".

c) Alegou, para o efeito, a necessidade " (...) de dar acompanhamento aos seus dois filhos menores de 3 e 8 anos de idade , que fazem parte do seu agregado familiar."

d) Baseou ainda o seu pedido "(...) no fato de a requerente, com o horário flexível solicitado, não ter de pagar valores extra para o filho mais velho permanecer na escola que frequenta, dos Salesianos, depois das 16.00 horas, (ainda assim, a requerente terá de pagar a hora de estudo, das 15.00 às 16.00 horas, uma vez que a hora de saída do mesmo é às 15.00 horas)."

1.2.2. Resposta do empregador contendo a fundamentação da intenção de recusa do pedido.

a) Verificados os elementos constantes do processo em causa, verifica-se que em data não apurada, no próprio requerimento da trabalhadora, foi exarada uma informação da Enfermeira

Chefe, que aqui se dá por integralmente reproduzida (fls. 1), no qual determina que a funcionária "(...) não é a única funcionária que se encontra nesta situação. O serviço funciona das 8h às 20h e eu necessito de garantir uma adequada gestão do pessoal de modo a cobrir o horário de abertura, pelo que os funcionários têm que alternadamente fazer manhãs (8h às 15h) e tardes (13h às 20h)."

b) Em 31 de março de 2011, por ofício subscrito pelo Senhor Presidente do Conselho de Administração do ..., que aqui se dá por integralmente reproduzido (fls. 3 e 4) foi comunicada à trabalhadora a intenção de indeferir o peticionado, concedendo à trabalhadora o prazo de cinco dias úteis, a contar da receção da referida comunicação,"(...)para refutar fundadamente esse motivo da recusa, para que este processo siga os seus ulteriores trâmites (...)."

c) Que a manifesta intenção de recusa se encontra consubstanciada na informação desfavorável emitida pela Sr.^a Enfermeira Chefe, conforme se constata do teor da mesma, e prende-se, em suma, com as razões inerentes ao funcionamento do serviço, acrescentando que não é possível autorizar tal requerimento, por razões imperiosas de funcionamento do serviço e ainda por impossibilidade de substituir a trabalhadora dado que a mesma é indispensável.

d) O Senhor Presidente do Conselho de Administração do ..., sustenta a sua posição, alegando (cfr. Fls. 5) o seguinte:

- "(...) no módulo de Santa Maria existem 11 assistentes operacionais , sendo que nenhum deles usufrui deste regime, apesar de terem também filhos menores.”;

- "(...) Já é manifestamente insuficiente conseguir-se uma boa gestão do pessoal, neste módulo, com 11 assistentes operacionais , que têm de ser divididos pelos dois turnos de funcionamento (das 8h às 15h; e das 15h às 20h), onde é necessário garantir as folgas semanais; gerir as férias do pessoal; gerir as situações de ausências por doença; entre outros tipos de faltas.”;

- O horário flexível solicitado com período de início às 9.00h e saída às 16h00, com descanso de 30 minutos é na realidade"(...) um regime disfarçado de jornada contínua(...)" não cumprindo com o horário semanal estipulado das 35 horas semanais;

- Por outro lado o serviço onde a trabalhadora requerente "(...) exerce funções tem necessidade de mais pessoal para que consiga um correcto funcionamento ao utente e, conseqüentemente, continuidade do serviço dentro dos ditames legais. Porém com as restrições orçamentais e as regras de contenção da admissão de pessoal, não é possível proceder-se a novas contratações."

e) No seu ofício o senhor Presidente do Conselho de Administração do ..., conclui que "(...) porque a equipa que está consegue sustentar o funcionamento do serviço, porque consegue cumprir com os turnos fixados, a atribuição do horário flexível que V. Ex.^a requer poria em causa o correcto funcionamento do serviço, atendendo a que propõe um horário flexível sem cumprimento das 35 horas semanais; atendendo a que os motivos apresentados (não ter de pagar valores extra para o filho mais velho permanecer na Escola de Artes e Ofícios dos Salesianos" – que, diga-se, é privada) não estão visados pelo legislador, quando criou esta norma de acompanhamento dos filhos menores. Além do mais, iria ter como consequências prejudicar as suas colegas de equipa e prejudicar o funcionamento do serviço em causa. Por outro lado, diga-se também que o presente requerimento deve ser recusado com base na impossibilidade de V.^a Ex.cia ser substituída, por ser indispensável para um bom, correcto e necessário funcionamento do Módulo de Santa Maria Maior e São Gonçalo do "

1.2.3. Apreciação escrita apresentada pela trabalhadora sobre o fundamento da intenção de recusa ao seu pedido de flexibilidade de horário, referindo, nomeadamente o seguinte:

Tendo sido notificada para se pronunciar sobre o projeto de indeferimento do seu pedido para lhe ser fixado horário de trabalho flexível, veio a trabalhadora alegar o seguinte:

a) - “ Que o art. 572.º do Código do Trabalho refere que a resposta ao pedido apresentado pelo trabalhador, deve ser dada no prazo de 20 dias e, caso assim não se verifique, é considerado deferido o pedido.”, o que de acordo com a trabalhadora se verificou na situação em apreço, dado que primeiro pedido data de 3 de janeiro de 2011 e o segundo de 4 de março de 2011, tendo os dois obtido respostas posteriores à data limite. “

b) Além disso considera não se verificar exigências imperiosas do serviço para não autorizar o requerimento, pois não se verifica uma situação excecional que impeça que uma pessoa possa beneficiar de flexibilidade de horário para o acompanhamento de filhos menores.

c) Acrescenta que o serviço fica assegurado, mesmo com o horário apresentado pela requerente, até porque, conforme é referido pelo empregador, existem 11 assistentes operacionais e nenhum deles se encontra sob o regime da flexibilidade de horário, o que só vem facilitar o deferimento do seu pedido.

1.2.4. Resposta do empregador à apreciação escrita apresentada pela trabalhadora sobre o fundamento da intenção de recusa ao seu pedido de flexibilidade de horário.

A segunda comunicação do empregador incide essencialmente sobre a questão do prazo alegando em suma que a resposta foi notificada dentro do prazo legal considerando que a respectiva contagem obedece às regras previstas no Código do Procedimento Administrativo (art.72.º), dado que a é uma pessoa coletiva de direito público, e considerado que o indeferimento em apreço é um ato administrativo, pelo que a contagem se inicia a partir do dia seguinte ao da receção do requerimento, suspendendo-se nos sábados, domingos e feriados e demonstra que a notificação foi feita no último dia do prazo, dia 1 de Abril, pelo que não foi extemporânea e remete para a restante argumentação alegada na primeira comunicação de indeferimento do pedido dirigido à trabalhadora.

II. ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. Em primeiro lugar, convém esclarecer que, nos termos do artigo 22.º da Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, que aprova o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, a entrada em vigor do diploma que regula a matéria da proteção da maternidade e da paternidade, revogando as disposições dos artigos 33.º a 52.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto, e dos artigos 66.º a 113.º da respetiva regulamentação, aprovada pela Lei n.º 35/2004, de 29 de julho, determina a cessação da vigência dos artigos 24.º a 43.º do Regime e 40.º a 86.º do Regulamento, aplicando-se de imediato aos trabalhadores que exerçam funções públicas, nas modalidades de contrato de trabalho em funções públicas e de nomeação, com as necessárias adaptações, o disposto naqueles diplomas sobre a mesma matéria.

2.1.1. Assim, os artigos 33.º a 65.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, aplicam-se, também, com as necessárias adaptações, aos trabalhadores que

exercçam funções públicas, a partir de 1 de maio de 2009, nos termos do artigo 14.º n.º 2 da referida Lei, conjugado com o artigo 88.º do Decreto-Lei n.º 91/2009, de 9 de abril.

2.2. Com efeito, o artigo 56.º, n.º 1 do atual Código do Trabalho (CT) estabelece que o trabalhador com filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, filho com deficiência ou doença crónica que com ele viva em comunhão de mesa e habitação tem direito a trabalhar em regime de horário de trabalho flexível, podendo o direito ser exercido por qualquer dos progenitores ou por ambos.

2.2.1. Com a referida norma, pretendeu o legislador assegurar o exercício de um direito que tem tutela constitucional – o direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar (alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da C.R.P.).

2.2.2. Para que o trabalhador possa exercer este direito, estabelece o n.º 1 do artigo 57.º do CT que, o trabalhador que pretenda trabalhar a tempo parcial ou em regime de horário de trabalho flexível deve solicitá-lo ao empregador, por escrito, com a antecedência de 30 dias, com os seguintes elementos:

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

b) Declaração da qual conste que o menor vive com ele em comunhão de mesa e habitação.

2.2.3. Admite, no entanto, que tal direito possa ser recusado pelo empregador com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável, (artigo 57.º n.º 2 do CT).

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

2.3.1. Nos termos do n.º 3 do citado artigo 56.º do mesmo diploma legal: O horário flexível, a elaborar pelo empregador, deve:

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

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

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

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

2.4. Na verdade, o empregador pretende recusar o pedido da trabalhadora, fundamentando tal recusa em razões inerentes ao funcionamento do serviço onde a trabalhadora se insere, nomeadamente devido às limitações inerentes à gestão dos recursos humanos existentes para assegurar o correto e necessário funcionamento do Módulo de Santa Maria Maior e São Gonçalo

do ..., durante o seu período de abertura que inclui dois turnos, e à impossibilidade de a substituir, sendo ela indispensável.

2.4.1. Em nosso entender, no caso em análise, a entidade empregadora não demonstra quais as exigências imperiosas de funcionamento que a impedem de autorizar o horário de trabalho flexível a uma trabalhadora com as responsabilidades familiares da requerente, pois não especifica ou concretiza os factos que possam sustentar os argumentos aduzidos, nomeadamente:

- não indica a existência de pedidos de flexibilidade de horário subscritos por outros trabalhadores que possam gerar problemas de equidade;

- não são indicados os horários de trabalho dos restantes 11 colaboradores no serviço em causa, com idênticas funções, ou a auscultação dos mesmos relativamente a eventuais acertos de horário de modo a atender ao pedido da trabalhadora, ou outros elementos referentes aos períodos de maior afluxo de utentes ao Serviço em causa, a fim de serem perceptíveis as razões que poriam em causa o seu funcionamento ou a indispensabilidade da trabalhadora, se o aludido horário de trabalho fosse deferido;

- Por outro lado, verifica-se que o empregador questiona o facto do horário solicitado não permitir o cumprimento da duração semanal de 35 horas, tratando-se antes de um regime disfarçado de jornada contínua, no entanto os dois turnos distintos que implementa – 8.00h /15.00h e 15.00h /20.00h- seguem o mesmo regime, dado que prevêm o cumprimento de 7 horas seguidas, que necessariamente deverá ser interrompido com um intervalo mínimo de descanso, que certamente não será inferior a 30 minutos;

- O empregador insiste nas limitações de recursos humanos, e que a trabalhadora é indispensável por forma a assegurar o bom funcionamento do serviço, atente-se, no entanto que a trabalhadora irá continuar a prestar a sua atividade, não descortinando, dos elementos que constam no processo qualquer informação que permita concluir que a presença da trabalhadora seria necessária em outros períodos que não os solicitados, com a necessária justificação e concretização;

- O empregador alega que o pedido da trabalhadora assenta em motivos não visados pelo legislador – o de não ter de pagar valores extra para o filho mais velho poder permanecer na escola, no entanto, a trabalhadora não baseia o seu pedido apenas nesse motivo, mas também na necessidade de dar acompanhamento aos seus dois filhos menores de 3 e 8 anos de idade, que fazem parte do seu agregado familiar, não fazendo a lei depender a validade do pedido da necessidade de outra fundamentação, bastando a circunstância dos filhos menores de 12 anos integrarem o respetivo agregado familiar, ou seja de viver em comunhão de mesa e habitação com a requerente.

2.4.2 Por outro lado, e no que respeita ao incidente alegado pela trabalhadora, de existência de deferimento tácito, consideramos assistir razão ao empregador e acompanhamos a respetiva argumentação alegada (fls 9) no sentido de afastar a aplicação do referido mecanismo legal, tendo em conta a aplicabilidade do Código do Procedimento Administrativo e as datas das respetivas notificações, confirmadas por ambas as partes.

III – CONCLUSÃO

3.1 Assim, por todo o exposto, consideramos que a situação em apreço não é passível de ser enquadrada como configurando uma situação excecional, na qual relevem as exigências imperiosas do funcionamento da empresa ou serviço, ou a impossibilidade de substituir a trabalhadora alegadamente indispensável, em que se justifique a recusa da entidade empregadora em autorizar o pedido de horário de trabalho flexível.

3.2 A CRITE emite parecer desfavorável à intenção de recusa do empregador, relativamente ao pedido de trabalho em regime de horário flexível, apresentado pela trabalhadora ..., em virtude de não terem sido concretizadas e objetivamente demonstradas as razões alegadas pela entidade empregadora, de modo a comprovar que o requerido horário flexível põe em causa o adequado funcionamento do serviço onde a trabalhadora se insere.

3.3 A CRITE recomenda à entidade empregadora que elabore, como deve, o regime de horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares, de acordo com o n.º 2 e 3 do artigo 56.º, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, bem como com os princípios decorrentes do n.º 3 do artigo 127.º e da alínea b) do n.º 2 do artigo 212.º, ambos do referido Código, aplicáveis por força do artigo 22.º in fine da Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, que aprova o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, de modo a permitir à sua trabalhadora a conciliação da atividade profissional com a vida familiar, direito consignado na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa.

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES, NA REUNIÃO EXTRAORDINÁRIA DA CRITE DE 1 DE JUNHO DE 2011.