



Am

PARECER n.º CJ 46/2024

Sobre: Direito ao Cuidado

Solicitado por: Presidente do Conselho Jurisdiccional (Revisão)

I – Questões colocadas

Na hipótese de um enfermeiro não se apresentar ao Serviço, ficam os restantes elementos da equipe obrigados a seguir turno, garantido desta forma a substituição do elemento em falta?

A obrigatoriedade de seguir turno é independente do vínculo jurídico-laboral do enfermeiro? Ou afeta de forma diferente cada enfermeiro dependendo do vínculo que o liga à Instituição?

II – Enquadramento

Nos termos do n.º 1 do art.º 3.º do Estatuto da Ordem dos Enfermeiros¹, doravante designado por EOE “a Ordem tem como desígnio fundamental a defesa dos interesses gerais dos destinatários dos serviços de enfermagem e a representação e defesa dos interesses da profissão”.

A questão colocada remete para a análise deontológica do direito ao cuidado no âmbito do exercício profissional do Enfermeiro, nos termos do art.º 104 do EOE, em específico das alíneas d) e e), das quais resultam o dever de assegurar a continuidade dos cuidados e o dever de se manter no seu posto de trabalho até ser substituído, sempre que a sua ausência colocar em causa a continuidade dos cuidados a prestar.

O Conselho Jurisdiccional, enquanto supremo órgão jurisdiccional da Ordem (art.º 31.º/1, do EOE), é o órgão competente para a apreciação da interpretação que é devida na aplicação dos normativos estatutários e regulamentares que regem a atuação da Ordem através dos seus órgãos.

Nos termos estatutários, compete ao Conselho Jurisdiccional a elaboração de pareceres que lhe sejam solicitados pelo bastonário, sobre o exercício profissional e deontológico e promover a reflexão ético-deontológica, nos termos do art.º 32.º/ 1, alínea g) e h) do EOE

A questão suscitada, sobre a eventual obrigatoriedade de seguir turno, na sequência da falta imprevista de um elemento da equipe de enfermagem, que não se apresenta ao serviço na mudança de turno, coloca-nos, à partida, ante a problemática do **conflito de direitos**. No caso, que aqui interessa analisar, conflito entre o direito do doente a ser cuidado e o direito do enfermeiro ao repouso e a ser substituído no final da sua jornada de trabalho.

Entendeu-se que a análise da questão colocada, que se pretende seja o mais abrangente possível, não pode dispensar um enquadramento do vínculo jurídico-laboral, ainda que necessariamente abreviado, bem como uma breve incursão na questão da colisão de direitos, para além das questões éticas e deontológicas que se impõem e que são, em última instância, aquelas que aqui assumem maior relevo

III – Fundamentação/Apreciação

1. Perspetiva Jurídico - Laboral

Sendo a matéria versada uma questão relacionada com a continuidade de turnos, interessa, em concreto, averiguar se existem obrigações diferenciadas dos Enfermeiros atendendo à diferente natureza do vínculo jurídico-laboral com a entidade prestadora de Cuidados de Saúde.

¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 104/98 – Diário da República n.º 93/1998, Série I-A de 21-04-1998, na redação atual dada pela Lei n.º 8/2024 - Diário da República n.º 14/2024, Série I de 19-01-2024.



Am

Considerando o entorno legal aplicável à natureza jurídica dos diferentes vínculos dos profissionais de saúde, em particular do Enfermeiro, às entidades prestadoras de cuidados de saúde, é relevante distinguir os tipos de relação jurídica previstos na lei.

Com efeito podem ser estabelecidas diferentes modalidades de relação jurídica com os Enfermeiros, designadamente Contrato de Trabalho em Funções Públicas "CTFP", com possibilidade de serem, também, de nomeação ou comissão de serviços (cfr. artigo 6.º, n.º 1 e n.º 3 da Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho - Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas "LGTFP"), Contratos de Prestação de Serviços sob forma de tarefa ou avença (cfr. artigo 6.º, n.º 3, da LGTFP) ou ainda Contrato Individual de Trabalho "CIT" no Setor Empresarial do Estado na área da Saúde (cfr. artigo 98.º do Decreto-Lei n.º 52/2022, de 04 de Agosto, que define o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde).

Deste modo, urge ressaltar que para o adequado enquadramento legal das questões suscitadas é sempre necessário verificar a situação individual e concreta da entidade prestadora de cuidados de saúde e do tipo de relação jurídica estabelecida com o Enfermeiro através de uma análise específica dos instrumentos jurídicos aplicáveis (contrato de trabalho, contrato prestação de serviço de avença ou tarefa, ou outros).

Sem prejuízo do supra exposto é possível proceder a uma análise teleológica e sistemática do regime jurídico, procurando responder de forma geral e abstrata às questões suscitadas.

Essencialmente o que se visa esclarecer é a possibilidade (ou não) de enfermeiros cuja relação jurídica seja a de prestadores de serviço recusarem a continuidade de turno em caso de necessidade e até mesmo de serem considerados para o efeito.

Nesta senda dispõem o Artigo 6.º da LTFP no seu n.º 1: *"O trabalho em funções públicas pode ser prestado mediante vínculo de emprego público ou contrato de prestação de serviço, nos termos da presente lei."*

Acrescentando no seu número 2 que: *"O vínculo de emprego público é aquele pelo qual uma pessoa singular presta a sua atividade a um empregador público, de forma subordinada e mediante remuneração."*

Em oposição à natureza subordinada do trabalhador em funções públicas estabelece no caso de prestadores de serviço o seguinte: *"O contrato de prestação de serviço para o exercício de funções públicas é celebrado para a prestação de trabalho em órgão ou serviço sem sujeição à respetiva disciplina e direção, nem horário de trabalho."*

(cfr. 10.º, n.º 1 da LTFP – sublinhado nosso).

E vai mais longe no número 2 e 3 desse mesmo artigo quando estipula que:

"2- O contrato de prestação de serviço para o exercício de funções públicas pode revestir as seguintes modalidades:

- a) Contrato de tarefa, cujo objeto é a execução de trabalhos específicos, de natureza excecional, não podendo exceder o termo do prazo contratual inicialmente estabelecido;*
- b) Contrato de avença, cujo objeto é a execução de prestações sucessivas no exercício de profissão liberal, com retribuição certa mensal, podendo ser feito cessar, a todo o tempo, por qualquer das partes, mesmo quando celebrado com cláusula de prorrogação tácita, com aviso prévio de 60 dias e sem obrigação de indemnizar.*

3. São nulos os contratos de prestação de serviço para o exercício de funções públicas em que exista subordinação jurídica, não podendo os mesmos dar origem à constituição de um vínculo de emprego público."

Ora, conforme resulta claro nas normas supra citadas é intenção do legislador efetuar uma demarcação clara do regime jurídico dos contratos de trabalho em funções públicas dos contratos de prestação de serviços em qualquer uma das suas modalidades onde as obrigações resultantes dos CTFP são mais exigentes face à relação de subordinação que existe entre entidade empregadora/empregado em oposição à entidade prestadora de Cuidados de Saúde/prestador de serviços que não está sujeito a tutela disciplinar, direção ou horário de trabalho devendo inclusivamente definir previamente as tarefas que irá desempenhar e que em caso de avença até poderá cessar a relação jurídica a todo o tempo.



Am

Deste modo, é evidente que para um tema tão relevante como é o da continuidade de turno e garantia de prestação de Cuidados de Saúde, não será oponível na mesma dimensão e exigência obrigacional a um Enfermeiro que tenha um vínculo de emprego público ou que seja um mero prestador de serviços, devendo a entidade prestadora de Cuidados de Saúde nos seus atos de gestão, bem como todos os enfermeiros com responsabilidade de gestão, ter em consideração tal distinção na definição de escalas de serviço e na tentativa de imposição de continuidade de turnos.

Neste mesmo sentido vai a norma prevista no artigo 98.º do Decreto-Lei n.º 52/2022, de 04 de agosto, na sua redação atual, que estabelece o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, onde se define o contrato individual de trabalho com respetiva remissão para o Código do Trabalho para todos os Enfermeiros que desempenham funções em Entidade Públicas Empresarias (E.P.E.) na área da saúde mantendo assim a relação de hierarquia, direção e horários de trabalho.

Todo o complexo normativo veio estabelecer um desígnio prioritário para os decisores e gestores de Saúde às relações jurídicas reforçadas e sólidas, dando aos vínculos mais frágeis um caráter excecional. Diga-se, aliás, que se dúvidas subsistissem sobre tal entendimento seriam as mesmas sempre dissipadas por força da letra de lei no artigo 18.º do mesmo diploma, sobre trabalho suplementar, quando estipula que: *“Nos casos em que o exercício de funções se mostre indispensável para assegurar a prestação de cuidados de saúde, e tendo em vista reduzir o recurso a prestadores de serviços, os trabalhadores com vínculo ao SNS podem, mediante acordo, prestar trabalho suplementar em estabelecimentos ou serviços distintos daqueles a cujo mapa de pessoal pertencam.”* (sublinhado nosso).

Ora, o legislador estipula que apenas em último ratio e em casos absolutamente excecionais é que os prestadores de serviço podem/devem ser utilizados para efeitos de trabalho suplementar onde se pode enquadrar o tema de continuidade de turno.

Conclui-se, sem prejuízo da necessária análise casuística instanciada na análise dos instrumentos legais do caso concreto que, no âmbito jurídico-laboral, é possível em tese a um enfermeiro prestador de serviço recusar participar em sorteios para continuidade de turno nem tão pouco tem a obrigação de o fazer por imposição da entidade prestadora de serviços de Cuidados de Saúde. Não será assim se a permanência do enfermeiro com contrato de prestação de serviços se afigurar como a única que permite garantir a continuidade dos cuidados, numa situação extrema e de todo imprevisível, caso em que o vínculo jurídico laboral é irrelevante em face do poder disciplinar da Ordem dos Enfermeiros.

2. Perspetiva da Colisão/Conflito de Direitos Fundamentais

A questão da colisão ou conflito de direitos fundamentais coloca-se quando o exercício de um direito fundamental por parte do titular acaba por “chocar” com o direito exercido por outro indivíduo, ou mesmo por bens jurídicos que digam respeito à comunidade, restando a necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio entre o exercício dos dois, com a imposição de limite, para que ambos possam coexistir, trata-se da colisão de direitos fundamentais. A colisão de direitos está, pois, diretamente relacionada com os limites externos ao exercício dos mesmos e acontece quando, em simultâneo, dois ou mais direitos são insuscetíveis de aplicação, total ou parcial, porque situados na esfera jurídica de diferentes sujeitos.

Para Vieira de Andrade² *“haverá colisão ou conflito de direitos sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta”*.

Nas palavras do Professor Menezes Cordeiro³, há colisão de direitos *“quando um direito subjetivo, na sua configuração ou no seu exercício, deva ser harmonizado com outro ou com outros direitos. Num sentido estrito a colisão ocorre sempre que dois ou mais direitos subjetivos assegurem, aos seus titulares, permissões incompatíveis entre si”*.

² José Carlo Vieira de Andrade – Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª edição, Almedina, página 321.

³ Menezes Cordeiro - A Colisão de Direitos, in “O Direito”, 137, 2005, pág. 38.



Am

Nas regras do Direito Civil encontramos um preceito que se destina a iluminar um caminho possível para a resolução do conflito, ao distinguir entre direitos da mesma espécie e direitos de espécie diferente, propondo uma solução em razão de um critério de hierarquia valorativa.⁴

Assim, prescreve o artigo 335º do Código Civil Português que:

"1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes.

2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior."

Já no artigo 334.º do mesmo normativo legal se prescreve-se que *"é ilegítimo o exercício de um direito quando o titular excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito."*

Daqui se extrai, por um lado, que os direitos não são todos iguais, isto é, não são todos da mesma espécie e não estão todos no mesmo patamar de "importância". Por outro lado, ainda que de diferente importância e espécie, o exercício do direito que deva considerar-se prevalente não deve ser de tal ordem que inviabilize em absoluto o exercício do direito de menor importância.

Numa perspetiva de Direitos Fundamentais, no caso que estamos a analisar situamo-nos perante conflito ou colisão entre o direito ao Cuidado e o direito ao Repouso, ambos com respaldo Constitucional enquanto direitos fundamentais, integrando o catálogo dos direitos económicos, sociais e culturais.

O **Direito ao Cuidado**, diretamente relacionado com a proteção da saúde e o acesso a serviços de saúde de qualidade, está consagrado no artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa.

Já o **Direito ao Repouso**, consagrado no artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa, está associado ao direito ao trabalho e às condições de trabalho justas e favoráveis. Inclui o direito a períodos de descanso, férias pagas e a limitação da duração do trabalho. Assegura o direito ao repouso e ao lazer, incluindo a limitação da jornada de trabalho e o direito a férias periódicas pagas.

Contudo, os direitos fundamentais não são ilimitados, sendo frequentemente necessário, para sua realização no plano social, que o intérprete ou aplicador imponha limites que assegurem, por essa via, o usufruto de direitos eventualmente em colisão, por parte de outros indivíduos.

Para tal, não sendo lícito o sacrifício total de um dos direitos em conflito, resta ao intérprete/aplicador, através de um juízo de ponderação entre os direitos em colisão, decidir qual dos dois direitos tem necessidade de ser sacrificado à proteção do outro, bem como decidir qual a extensão de tal sacrifício.

Nesta linha de pensamento, Vieira de Andrade⁵, recusando o recurso às regras do Direito Civil, apresenta como solução para a resolução do conflito entre direitos constitucionalmente consagrados, o recurso ao **princípio da concordância prática**, executado com base em critérios de **proporcionalidade** na distribuição dos custos que vão recair sobre cada um dos direitos em conflito, implicando que se faça um juízo de ponderação *"não dos valores em si, mas das formas ou modos de exercício específicos dos direitos, nas circunstâncias do caso concreto, tentando encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto dos valores constitucionais"*.

O princípio da proporcionalidade impõe-se, pois, como o caminho adequado à resolução de situações de conflito de direitos, num percurso balizado pelos subprincípios que o integram, **necessidade, adequação e proporcionalidade stricto sensu**.

Adequação: A medida deve ser adequada para alcançar o objetivo pretendido.

Necessidade: A medida deve ser necessária, ou seja, não deve haver uma alternativa menos restritiva que possa alcançar o mesmo objetivo.

⁴ Jorge Bacelar Gouveia - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976, pág. 76.

⁵ Op. Cit. Pág. 326 e ss.



Am

Proporcionalidade em sentido estrito: A medida deve ser proporcional, equilibrando os benefícios da medida com os prejuízos causados pela restrição do direito.

Em concordância com o autor anterior, apresentamos, ainda o pensamento de Gomes Canotilho⁶, autor segundo o qual as regras para a solução de conflito de direitos devem ser construídas com base na harmonização desses mesmos direitos e, se necessário, na prevalência de um direito sobre o outro. Contudo, defende ainda o autor, a eventual relação de prevalência de um direito sobre o outro, só pode ser determinada em face das circunstâncias concretas e determinada tendo por base um juízo de ponderação que permita afirmar, no caso concreto, que um direito deve preferir sobre o outro, sem que tal signifique um sacrifício total do direito restringido e o consequente esvaziamento do seu núcleo essencial.

3. Perspetiva Deontológica

Sem prejuízo do supra exposto esta mesma matéria tem sempre que ser analisada à luz da deontologia profissional e do poder disciplinar da Ordem dos Enfermeiros onde o tema da continuidade de turno é uma manifestação e consequência prática da continuação de cuidados expressamente consagrados nas alíneas d) e e) do artigo 104.º dos Estatutos da Ordem dos Enfermeiros, na redação atual, estando enquadrada na deontologia profissional dos Enfermeiros.

As normas deontológicas advêm de um quadro normativo específico decorrente do reconhecimento e prossecução do interesse público atribuído pelo Estado na profissão de Enfermeiro. Com efeito, na sua grande maioria as normas deontológicas pretendem salvaguardar e garantir a defesa dos interesses que normalmente estão em posição mais débil na relação prestador e utente, ou seja, são um garante da qualidade dos serviços de cuidados de saúde prestados, salvaguardando os direitos dos utentes.

Deste modo, na ótica do utente e do interesse público assente nos devidos Cuidados de Saúde de qualidade não releva a natureza do vínculo do Enfermeiro com a entidade prestadora de Cuidados de Saúde, relação essa que tem tutela e regras próprias definidas em sede de outras tutelas jurídicas (laborais e em certos casos até mesmo penal), sendo que de um ponto de vista meramente deontológico e consequentemente disciplinar é irrelevante, para o apuramento de eventual responsabilidade disciplinar por violação de normas deontológicas, a natureza da relação entre Enfermeiro/entidade prestadora de Cuidados de Saúde, pois a análise será sempre no binómio enfermeiro/utentes.

IV – Conclusões

- A forma de definição de quem continua turnos (sorteio ou qualquer outra forma) é matéria do funcionamento interno da entidade prestadora de Cuidados de Saúde que deverá ter sempre em consideração a legislação aplicável, mas nunca poderá afastar eventual responsabilidade disciplinar de qualquer membro da Ordem dos Enfermeiros independentemente da sua relação jurídica com a entidade prestadora de cuidados de saúde.

- O recurso a sorteio para seguimento de turno, apenas se apresenta imprescindível se nenhum dos elementos da equipe se voluntariar para esse efeito. Realçando-se, também, que, no caso de se enveredar por esta via, deve o mesmo englobar todos os elementos da equipe em efetividade de funções, aqui se incluindo como, aliás, não podia deixar de ser, o Enfermeiro Gestor ou quem o substitua em determinado momento, tendo em conta o conteúdo funcional da categoria, plasmado nas Carreiras de Enfermagem e Especial de Enfermagem, respetivamente.⁷

⁶ J. J. Gomes Canotilho – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição, Almedina, página 1274 e ss.

⁷ Cf Decreto-Lei n.º 248/2009, de 22 de setembro - Diário da República n.º 184/2009, Série I de 2009-09-22, páginas 6761 – 6765 (Carreira Especial de Enfermagem) e o lugar paralelo do Decreto-Lei n.º 247/2009, de 22 de setembro - Diário da República n.º 184/2009, Série I de 2009-09-22, páginas 6758 – 6761 (Carreira de Enfermagem), na versão atual, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 71/2019, de 27 de maio - Diário da República n.º 101/2019, Série I de 2019-05-27, páginas 2626 – 2642.



- Contudo, é igualmente importante discernir situações pontuais resultantes de fatores totalmente imponderáveis e imprevisíveis que resultem na necessidade de continuidade de turno daquelas que são limitações estruturais, evidentes e sistémicas de ausência de um número mínimo de enfermeiros (dotações seguras)⁸, cuja lacuna transforma a continuidade de turno num instrumento de gestão ordinária e recorrente.

- Estar-se-á perante uma situação de imprevisto se, como referido no Grande Dicionário da Língua Portuguesa⁹, o evento que motiva a necessidade de seguir turno se apresentar como “aquilo que se não prevê, que se não espera; o que surge de repente”. Já aquelas situações que não comportem este carácter de imprevisibilidade, porque conhecidas desde um período de tempo suficientemente dilatado e que exigem solução diferente, não podem ser enquadradas no referido conceito de imprevisto, antes configurando, como anteriormente referido, situações planeadas, resultado de verdadeiras deficiências estruturais, com postos de trabalho a descoberto; sendo que, em tais situações, sempre caberá ao enfermeiro decidir se aceita fazer o turno em trabalho extraordinário, ou não.

- Em qualquer dos cenários caberá sempre ao enfermeiro em causa analisar se os Cuidados de Saúde prestados aos utentes estão garantidos e se existem as condições objeto de qualquer possível ação disciplinar, sendo igualmente certo que nos casos de continuidade de turnos recorrentes e decorrentes de falta de enfermeiros a responsabilidade disciplinar incorre sobre todos os enfermeiros com responsabilidades de gestão na cadeia hierárquica que tem na sua função que garantir a contratação e permanência de enfermeiros nos números adequados aos serviços e em última instância procederem ao encerramento de camas se não estiverem reunidas as condições mínimas de segurança aos utentes.

Principalmente estes últimos casos deverão ser sempre reportados à Ordem dos Enfermeiros para os devidos efeitos e consequentes diligências.

- Assim, de forma geral e abstrata, sendo sempre necessário analisar a situação em concreto, é possível aos enfermeiros em prestação de serviço recusarem a continuidade de turno, sendo que decorre da legislação aplicável que a gestão deverá prioritariamente encontrar outras soluções de trabalho suplementar em profissionais que disponham de CTFP ou CIT ou até mesmo contratos de trabalho a termo resolutivo, sendo que, se no caso concreto for um problema estrutural de falta de enfermeiros, em situação limite deverão promover a contratação urgente de mais profissionais ou promover o encerramento de camas por faltas de condições para a prestação de cuidados de saúde aos Utes.

- Refira-se, por último, que a ausência de tomada das medidas supra mencionadas, ou de outras que melhor respondam a cada situação *per se*, pode configurar, pelo menos a título negligente, ilícito disciplinar perante este Organismo Regulador, cuja responsabilidade sempre recairá sobre quem detinha, dentro dos limites impostos pelas respetivas competências, o poder/dever de apresentar e/ou implementar, em concreto, as soluções para o problema da deficiência estrutural de recursos humanos, garantindo, por essa via, a segurança e a qualidade dos Cuidados.

O presente parecer revoga o Parecer CJ 42/2020.

Foi relator Fernando Dias.

Aprovado na reunião de plenário de 07 de Novembro de 2024.

Pe'l' O Conselho Jurisdiccional

Ana Rita Pedrosa Cavaco
(Presidente)

⁸ Cfr. Regulamento n.º 743/2019 de 25 de setembro. Diário da República, 2.ª série, n.º 184 de 25 de setembro de 2019, pág. 128 e ss.

⁹ Grande Dicionário da Língua Portuguesa – Volume III, Sociedade da Língua Portuguesa, Publicações Alfa, S. A, 1991, pág. 392.