

PARECER N.º 04/2008

HOSPITAL DA NOSSA SENHRA DO ROSÁRIO, E.P.E. – REGULAMENTO DE PLANEAMENTO DE RECURSOS HUMANOS E CONTROLO DA ASSIDUIDADE - CARREIRA MÉDICA HOSPITALAR – PRESTAÇÃO DE TRABALHO EM DOMINGOS, DIAS FERIADOS E EM DIAS DE DESCANSO SEMANAL – DESCANSO COMPENSATÓRIO – HORÁRIO DE TRABALHO – DEVER DE PONTUALIDADE – TOLERÂNCIA – MÉDICOS EM REGIME DE CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO – REGIME JURÍDICO APLICÁVEL EM MATÉRIA DE DURAÇÃO E HORÁRIO DE TRABALHO – CONTROLO BIOMÉTRICO DA ASSIDUIDADE E DA PONTUALIDADE – VIDEOVIGILÂNCIA

I – AS QUESTÕES

Foi solicitada a emissão de parecer jurídico sobre as seguintes questões:

- a) Regime jurídico aplicável, em matéria de descanso compensatório (vulgo “folga”) devido pela prestação de trabalho, normal ou extraordinário, aos sábados, domingos e feriados, por médicos da carreira hospitalar, tendo em conta a diversidade normativa constante dos artigos 13.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 62/79, de 30 de Março (DL 62/79) e 33.º, n.ºs. 2, 3 e 4, do Decreto-Lei n.º 259/98, de 18 de Agosto (DL 259/98);
- b) Legalidade da limitação dos saldos negativos do cumprimento do horário de trabalho a 15 minutos e da exigência da sua compensação dentro da semana de trabalho, constantes do “Regulamento de Planeamento de Recursos Humanos e de Controlo da Assiduidade” (RPRHCA) aprovado pelo Conselho de Administração do Hospital da Nossa Senhora do Rosário, E.P.E. (HNSR), face à norma constante do “art. 2.º do Decreto com força de Lei n.º 19.478 de 18 de Março de 1931, que prevê “uma tolerância de 15 minutos na entrada, em cada dia, sem necessidade de compensação nem prejuízo para o funcionário”;
- c) Aplicabilidade, aos médicos do HNSR em regime de contrato individual de trabalho sem termo, da legislação a que estão sujeitos os médicos, do mesmo hospital, integrados na carreira hospitalar, em matéria de “folgas” e da prestação de trabalho em regime de jornada contínua;
- d) Legalidade da colocação de câmaras de filmar dirigidas para os aparelhos de controlo biométrico da assiduidade e da pontualidade.

II – ENQUADRAMENTO DE DIREITO

II.1 – DESCANSO COMPENSATÓRIO

O conflito normativo apontado é meramente aparente.

O DL 62/79, ainda em vigor, aprovou o regime de trabalho do pessoal hospitalar, sendo aplicável a todos os médicos que, em regime de direito público, exercem funções nos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde, incluindo aqueles que revistam a natureza de entidades públicas empresariais, como é o caso do HNSR.

O DL 259/98, por seu turno, aprovou o regime de duração e horário de trabalho na Administração Pública, sendo aplicável aos seus funcionários e agentes e, até 21 de Julho de 2004, aos trabalhadores em regime de contrato individual de trabalho, com ou sem termo¹.

Sucede que o DL 259/98 ressaltou a vigência e a aplicação dos "... regimes de trabalho e condições da sua prestação fixados em legislação especial para o pessoal ... da saúde ..." (artigo 38.º), pelo que deixou intacto o regime instituído pelo DL 62/79, designadamente a previsão constante do n.º 1 do seu artigo 13.º.

O regime constante dos n.ºs. 2, 3 e 4 do artigo 33.º do DL 259/98 não é, assim, aplicável aos médicos da carreira hospitalar, que se regem pelo disposto no n.º 1 do artigo 13.º do DL 62/79, ou seja, em caso de prestação de trabalho (normal ou extraordinário e independentemente da sua dimensão quantitativa), em domingos, dias feriados e em dias de descanso semanal (designadamente, o sábado), têm direito ao gozo, dentro dos oitos dias seguintes, de um dia completo de descanso (remunerado), insusceptível de ser compensado para efeitos de cumprimento da respectiva duração semanal de trabalho. E, no caso da prestação de trabalho abranger dois dias de descanso consecutivos (sábado/domingo) ou um dia feriado antecedente ou consecutivo a um dia de descanso, a "folga" a que o médico tem direito a gozar, nos mesmos termos, é de dois dias.

II.II – SALDOS NEGATIVOS NO CUMPRIMENTO DO HORÁRIO DE TRABALHO

De acordo com o n.º 11 do artigo 7.º do RPRHCA, os "colaboradores" ao serviço do HNSR, que não trabalhem em regime de turnos, beneficiam, no cumprimento do horário de trabalho, de um "saldo negativo" até ao limite máximo de *15 minutos semanais*, o qual, porém, está sujeito a compensação/reposição dentro da respectiva semana de trabalho. Se o débito temporal exceder o citado limite há lugar à marcação de uma *falta*, nos termos do disposto no n.º 14 do artigo 7.º do RPRHCA.

Posteriormente, a coberto de "Informação Interna" de 28/02/2008, subscrita pela "Responsável pelo Serviço de Recursos Humanos", foram divulgadas, entre outras, as seguintes "regras específicas":

«...

4. No grupo de pessoal médico, de acordo com os Directores e responsáveis, e sem prejuízo do normal funcionamento do Serviço, podem usufruir de uma maleabilidade na hora de entrada impreterivelmente, até às *9h30m*, a compensar na hora de saída, de forma a manter inalterado o período normal de trabalho diário.

5. Poderá também, ser admitido um saldo negativo e positivo até *6 horas semanais*, a compensar durante o período até 3 meses, após o termo do período de aferição, gerido de acordo com o respectivo Director/Responsável do Serviço.

...».

Está aqui em causa o *dever de pontualidade*, que consiste na obrigatoriedade dos funcionários comparecerem ao serviço dentro das horas que lhes forem designadas (artigo 3.º, n.º 12, do Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local²) e de, portanto, assegurarem o cumprimento do *período normal de trabalho diário* em função dos horários de trabalho concretamente estabelecidos. A inobservância deste dever geral, para além da responsabilidade disciplinar a

¹ Com efeito, com a entrada em vigor, em 22 de Julho de Julho de 2004, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho (L 23/2004) – que aprovou o regime do contrato individual de trabalho na Administração Pública – os trabalhadores ao serviço desta, em regime de contrato individual de trabalho, com ou sem termo, passaram a ficar sujeitos ao regime do Código do Trabalho (CT), aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, e respectiva legislação complementar, com as especificidades constantes da Lei 23/2004, conforme resulta do n.º 1 do seu artigo 2.º

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro (DL 24/84).

que possa dar lugar, determina a aplicação de uma falta, justificada ou injustificada (artigos 14.º, n.º 1, do DL 259/98 e 18.º, n.ºs. 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março (DL 100/99)³).

Não detectámos, na pesquisa efectuada, a Lei n.º 19.478, de 18 de Março de 1931 e, concretamente, a regra prevista no seu artigo 2.º no sentido da admissão de "... *uma tolerância de 15 minutos na entrada, em cada dia, sem necessidade de compensação nem prejuízo para o funcionário*", conforme se refere no pedido de emissão do presente parecer. Tal regra, porém, não se encontra prevista em nenhum dos diplomas actualmente vigentes que regulam a matéria em causa, seja no âmbito no regime geral da função pública (DL 24/84, DL 259/98 e DL 100/99), seja no âmbito do regime especial das carreiras médicas (DL 62/79 e Decreto-Lei n.º 73/90, de 6 de Março (DL 73/90)⁴). Assim, mesmo admitindo a existência daquele diploma e norma legal, parece seguro que a aludida previsão terá sido objecto de uma *revogação tácita* nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 7.º do Código Civil (CC).

Em suma, afigura-se-nos que as normas regulamentares acima enunciadas, ao estabelecerem um limite máximo para o saldo negativo do cumprimento do horário e do período normal de trabalho diário e ao flexibilizarem a respectiva compensação – instituindo, portanto, um regime *mais favorável* do que o previsto na lei para o cumprimento do dever de pontualidade – não enfermam de qualquer ilegalidade.

II.III – REGIME APLICÁVEL AOS MÉDICOS DO HOSPITAL DA NOSSA SENHORA DO ROSÁRIO, E.P.E., EM REGIME DE CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO, EM MATÉRIA DE DURAÇÃO E HORÁRIO DE TRABALHO

Por via do Decreto-Lei n.º 93/2005, de 7 de Junho, o HNSR, S.A. foi transformado em entidade pública empresarial, passando a ser designado por HNSR, E.P.E.

Os seus Estatutos foram posteriormente aprovados pelo Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, os quais, em sintonia com a opção consagrada no n.º 1 do artigo 2.º da L 23/2004, estabeleceram o princípio geral da sujeição de todos os trabalhadores ao regime do CT e respectiva legislação complementar (artigo 14.º, n.º 1), salvo no que respeita àqueles que, à data da entrada em vigor do diploma, mantinham uma relação jurídica de emprego público, a quem foi garantida a manutenção integral do seu estatuto jurídico (artigo 15.º, n.º 1), sem prejuízo, porém, da sua opção pelo regime do contrato individual de trabalho (artigos 15.º, n.º 4, 16 e 17).

Em razão desta opção legislativa, coexistem actualmente, em todos os hospitais com a natureza de entidades públicas empresariais, dois universos subjectivos sujeitos a regimes jurídicos distintos:

- a) os médicos em regime de *direito público*, cuja prestação de trabalho é regida, no essencial, pelas normas especiais constantes do DL 62/79 e do DL 73/90 e, subsidiariamente, pelas normas do regime geral da função pública constantes, entre outros, do DL 24/84 (estatuto disciplinar), do DL 259/98 (duração e horário de trabalho) e do DL 100/99 (férias, faltas e licenças);
- b) os médicos em regime de *direito privado*, cuja prestação de trabalho é regida, no essencial, pelo CT e respectiva legislação complementar, com as especificidades constantes da L 23/2004.

Este último grupo não está abrangido, em princípio, pelas normas constantes do n.º 1 do artigo 13.º do DL 62/79 (descanso compensatório devido pela prestação de trabalho em domingos, dias feriados e dias de descanso semanal) mas, antes, pelas normas constantes dos artigos 202.º e 203.º do CT; nem, igualmente, em matéria de jornada contínua, pelas normas constantes do artigo 19.º do DL 259/98 e do n.º 11 do Despacho

³ Diploma que aprovou o regime de férias, faltas e licenças dos funcionários e agentes da Administração Pública.

⁴ Diploma que aprovou o regime jurídico das carreiras médicas, ainda vigente mas cuja revisão se encontra em curso na sequência da publicação e entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, que aprovou o regime de vínculos, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública.

n.º 19/90, de 21 de Agosto, do Ministro da Saúde⁵, sendo que o CT não regula, em especial, aquele tipo de horário de trabalho.

A sujeição dos médicos em regime de contrato individual de trabalho às normas aplicáveis aos médicos em regime de direito público, por forma a garantir, no HNSR, E.P:E., a aplicação de um regime jurídico uniforme a todos os médicos de um ou mais serviços, designadamente em matéria de duração e horário de trabalho, só é possível por via de previsão expressa constante de *instrumento de regulamentação colectiva de trabalho*, de *regulamento interno* ou do próprio *contrato individual de trabalho*, desde que, neste último caso, tais normas de direito público estabeleçam, para os médicos em causa, um regime mais favorável do que o previsto no CT (cfr. artigo 4.º deste Código). É o que sucede, designadamente, em matéria de descanso compensatório devido pela prestação de trabalho em domingos, dias feriados e dias de descanso semanal⁶ e, também, em sede de jornada contínua, cuja regulação específica não consta, como se disse já, do CT⁷.

II.IV – ASSIDUIDADE E PONTUALIDADE: CONTROLO BIOMÉTRICO E VIDEOVIGILÂNCIA

O controlo do cumprimento dos deveres de assiduidade e de pontualidade, bem como do período normal de trabalho, deve efectivar-se, nos serviços da Administração Pública, por “... *sistemas de registo automáticos, mecânicos ou de outra natureza*” (artigo 14.º, n.º 2, do DL 259/98). Em aparente execução de tal normativo, o n.º 2 do artigo 4.º do RPRHCA prevê que o referido controlo seja efectuado “... *automaticamente por um sistema baseado no registo, em terminais de leitura biométrica, do número mecanográfico e respectiva validação pela impressão digital do colaborador*”.

O facto referenciado no pedido de emissão do presente parecer – “*colocação de câmaras de filmar dirigidas para os aparelhos de controlo biométrico*” – não encontra previsão em nenhum preceito do RPRHCA. Mas se, não obstante isso, tal sistema de captação de imagens foi efectivamente instalado e se encontra, na prática, a funcionar, consideramo-lo à partida *ilícito*, porque inadequado e desnecessário à prossecução do fim visado – controlo da assiduidade, da pontualidade e do período normal de trabalho – e, ainda, porque introduz uma restrição, inteiramente desproporcionada, aos direitos de personalidade dos trabalhadores⁸.

A Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPD), em orientação de 26/02/2004, relativa aos “*Princípios sobre a utilização de dados biométricos no âmbito do controlo de acessos e de assiduidade*”, refere, entre o mais, o seguinte:

«14 – *A centralização das características biométricas em bases de dados representa perigos acrescidos para a privacidade, razão pela qual não é admissível, por princípio, o seu relacionamento com outro tipo de tecnologias (v.g. videovigilância)*».

⁵ Este normativo prevê o seguinte: “*Quando o trabalho for prestado em jornada contínua, os médicos têm direito a um período de descanso nunca superior a 30 minutos, que, para todos os efeitos, se considera tempo de trabalho, e a uma redução de meia ou de uma hora por dia, conforme a duração semanal seja, respectivamente, de 35 ou 42 horas*”.

⁶ O regime previsto no n.º 1 do artigo 13.º do DL 62/79 é, claramente, mais favorável do que o consignado nos artigos 202.º e 203.º do CT.

⁷ O n.º 6 da já referida “*Informação Interna*” de 28/02/2008, porém, veda a aplicação aos médicos em regime de contrato individual de trabalho da regra prevista no seu n.º 3: “*O grupo de pessoal médico com vínculo à Administração Pública, em jornada contínua, tem uma redução diária de 30 minutos ou 1 hora, de acordo com o respectivo horário semanal, 35 horas ou 42 horas*”. Não se vislumbra qual a razão de ser, juridicamente relevante, de tal discriminação.

⁸ Está aqui em causa, sobretudo, o direito fundamental à imagem, garantido pelo n.º 1 do artigo 26.º da Constituição e protegido pelos artigos 79.º e 80.º do CC.

Importa reter, também, o disposto no artigo 20.º do CT:

«1 – O empregador não pode utilizar meios de vigilância à distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.

2 – A utilização do equipamento referido no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a protecção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade o justifiquem.

3 – Nos casos previstos no número anterior o empregador deve informar o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados».

O Supremo Tribunal de Justiça - apreciando um caso relativo a uma empresa farmacêutica que, tendo em vista prevenir e detectar situações de furto de medicamentos, instalou várias câmaras de videovigilância nos seus armazéns – decidiu, por acórdão de 08/02/2006, pela *ilicitude* de tal procedimento, a coberto da seguinte fundamentação:

«Estes meios de vigilância electrónica só podem ser utilizados em locais abertos ao público ou espaços de acesso a pessoas estranhas à empresa, sempre que o seu objectivo seja a protecção e segurança de pessoas e bens e se verifique uma forte possibilidade de ocorrer um delito contra as pessoas ou o património.

A instalação de câmaras de video, incidindo directamente sobre os trabalhadores durante o seu desempenho profissional, não é uma medida adequada e necessária ao efeito pretendido pela entidade patronal, além de gerar um sacrifício dos direitos de personalidade que é inteiramente desproporcionado relativamente às vantagens de mero cariz económico que visava obter».

Em qualquer caso e independentemente do juízo de ilicitude ou de licitude que a utilização do sistema de controle biométrico em causa possa merecer, a sua entrada em funcionamento, ainda para mais se associada e complementada, como se refere, por um sistema de videovigilância, está, nos termos da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (L 67/98)⁹, obrigatoriamente sujeita à prévia *notificação* e subsequente *autorização* da CNPD.

III – CONCLUSÕES

1. O regime de descanso compensatório, emergente da prestação de trabalho em dias de descanso semanal e feriados, aplicável aos médicos que, integrados na carreira médica hospitalar e no âmbito de uma relação jurídica de emprego público, exercem funções no HNSR, é o previsto no n.º 1 do artigo 13.º do DL 62/79 e não o constante dos n.ºs. 2, 3 e 4 do artigo 33.º do DL 259/98, em razão do disposto no artigo 38.º deste diploma legal.
2. As normas previstas no RPRHCA e na “Informação Interna” de 28/02/2008, em matéria de fixação de um limite máximo para o saldo negativo do cumprimento do horário e do período normal de trabalho diário e de flexibilização da respectiva compensação – que instituem um regime mais favorável do que o previsto na lei para o cumprimento do dever de pontualidade – não enfermam de qualquer ilegalidade.
3. Para que o regime, de direito público, de duração e horário de trabalho - designadamente em sede de descanso compensatório devido pela prestação de trabalho em domingos, dias de descanso semanal e dias feriados e em sede de jornada contínua – previsto, no DL 62/79 e no DL 73/90, para os

⁹ Lei de Protecção de Dados Pessoais, que transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24/10/1995.

SINDICATO DOS MÉDICOS DA ZONA SUL

SERVIÇO JURÍDICO

6

médicos da carreira médica hospitalar, possa ser aplicado aos médicos que, no HNSR, exercem funções em regime de contrato individual de trabalho, com ou sem termo, é necessário que tal aplicação esteja expressamente prevista em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, regulamento interno ou no texto dos próprios contratos individuais de trabalho.

4. Tais médicos, na ausência de tal previsão, regem-se pelo disposto nos artigos 202.º e 203.º do CT (em matéria do descanso compensatório referido na conclusão anterior) e, em matéria de horário de trabalho, pela modalidade convencionada no contrato de trabalho ou fixada pelo HNSR.
5. A colocação de câmaras de filmar dirigidas para os aparelhos de controlo biométrica, porque inadequada e desnecessária para a prossecução do fim em vista (controlo da assiduidade, da pontualidade e do período normal de trabalho) e, ainda, porque geradora de uma restrição, inteiramente desproporcionada, aos direitos de personalidade dos médicos (direito à imagem), é ilícita.

Este é, salvo melhor juízo, o meu parecer.

Lisboa, 18 de Maio de 2008.

O Advogado,

(J. Mata)