

Processo n.º 141/2021 Recurso jurisdicional em matéria administrativa

Recorrente: Secretário para a Segurança

Recorrido: A

Data da conferência: 28 de Janeiro de 2022

Juízes: Song Man Lei (Relatora), José Maria Dias Azedo e Sam Hou Fai

- Assuntos:**
- Parecer da Junta de Saúde
 - Homologação
 - Notificação do acto homologatório

SUMÁRIO

1. No caso dos presentes autos, julgamos que a Junta de Saúde se limita a emitir pareceres, obrigatórios ao abrigo do art.º 105.º do ETAPM, mas não vinculativos atento o disposto no art.º 91.º do CPA, uma vez que não se encontra nenhuma norma legal expressa em contrário a impor a natureza vinculada dos pareceres emitidos pela Junta de Saúde.

2. É o acto de homologação praticado pelo Director da DDS o acto definitivo e executório, que produz efeito vinculativo para os trabalhadores da função pública.

3. Sendo o acto homologatório um acto administrativo que produz efeito vinculativo, afectando a posição jurídica do trabalhador, afigura-se necessária a sua notificação de acordo com o disposto no art.º 68.º do CPA.

A Relatora,
Song Man Lei

ACORDAM NO TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU:

1. Relatório

A, melhor identificado nos autos, interpôs recurso contencioso do despacho punitivo proferido pelo Senhor Secretário para a Segurança em 21 de Setembro de 2020, que lhe aplicou a pena de demissão.

Por acórdão proferido em 27 de Maio de 2021 (Processo n.º 1021/2020), o Tribunal de Segunda Instância julgou procedente o recurso, anulando-se a decisão recorrida.

Inconformado com a decisão, vem o **Secretário para a Segurança** recorrer para este Tribunal de Última Instância, “pugnando pela errada aplicação da lei substantiva, designadamente quando interpreta o n.º 7 do art.º 105.º do ETAPM como fazendo depender a eficácia da deliberação da Junta de Saúde de um acto de homologação, a qual constitui mero procedimento de expediente administrativo, válido apenas nas relações interorgânicas dos serviços, jamais para a formação de força decisória e de eficácia externa do acto administrativo, *retius* deliberação/parecer”.

Não contra-alegou o recorrido A.

O Digno Magistrado do Ministério Público emitiu o douto parecer, dando por reproduzidos as considerações por si expostas a fls. 126 a 130

dos autos, uma vez que as questões colocadas no presente recurso jurisdicional já foram, no essencial, objecto de apreciação no recurso contencioso, e pugnando pela improcedência do recurso jurisdicional.

2. Factos

São os seguintes elementos dados como assentes com interesse para a decisão da causa:

- Pela Entidade Recorrente foi proferido o despacho que contém os factos relevantes sobre o caso em discussão neste processo:

DESPACHO N.º 101/SS/2020

Processo Disciplinar n.º 250/2019-CPSP

Arguido: Guarda de primeira n.º XXXXXX, A, do Corpo de Polícia de Segurança Pública

Nos presentes autos de processo disciplinar em que é arguido o **Guarda de primeira n.º XXXXXX, A, do Corpo de Polícia de Segurança Pública**, vem, conforme consta da acusação, a qual, quanto à matéria de facto, aqui se dá por inteiramente reproduzida, abundantemente provado que:

O arguido começou a faltar ao serviço no dia 29 de Março de 2019, assim se mantendo até 22 de Outubro, justificando as faltas por via de

atestados médicos, comprovativos de doença incapacitante para o exercício de funções.

Porém, no dia 1 de Novembro de 2019 foi presente a uma Junta de Saúde, a qual deliberou não confirmar o impedimento constante dos atestados médicos e determinou que o arguido se deveria apresentar ao serviço de imediato.

O arguido não se apresentou, pese embora ter ficado ciente desse dever, uma vez que prosseguiu com a apresentação de atestados médicos, até nova reunião da Junta de Saúde.

A Junta de Saúde reuniu de novo no dia 6 de Dezembro de 2019 e, em face relatórios clínicos complementares, deliberou que a incapacidade deles constante, 8%, não era suficiente para justificar a sua falta de assiduidade desde 29 de Março, bem como a não apresentação aos serviço a partir de 1 de Novembro, quando lhe foi comunicada a respectiva deliberação.

O arguido foi de novo presente à Junta de Saúde em 20 de Setembro de 2019, mantendo a decisão anterior de não confirmação da doença incapacitante e, conseqüentemente, considerando injustificadas as faltas ao serviço com fundamento nessa incapacidade, deliberação que lhe foi comunicada, com os efeitos do disposto nos n.ºs 2 e 5, respectivamente dos artigos 90.º e 105.º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública.

O arguido faltou injustificadamente ao serviço, pelo menos, desde o dia 29 de Março, num total de 212 dias, conforme consta da acusação, infringindo o *dever de assiduidade* previsto na a) do n.º 2 do artigo 13.º do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau (EMFSM), aprovado pelo Decreto Lei n.º 66/94/M, de 30 de Dezembro, relevando, porém, para os efeitos do disposto na alínea i) do n.º 2 do seu artigo 238.º, as faltas verificadas após a comunicação da deliberação da Junta de Saúde de 1 de Novembro de 2019, até 6 de Dezembro, data da realização da segunda Junta de Saúde, período durante o qual subestimou o dever de apresentação ao serviço, e, assim, por exceder os 5 dias consecutivos de faltas injustificadas, se colocando na situação de *ausência ilegítima*, a que se refere esta última norma citada.

O arguido afrontou de forma deliberada e indesculpável uma decisão que se lhe impunha como obrigação a cumprir. O seu comportamento absentista demonstra não ter condições para a manutenção do vínculo funcional, nomeadamente por falta de identificação com os deveres de assiduidade e de disponibilidade para o exercício de funções, especialmente quando se comparam este tipo de condutas com a entrega ao serviço público protagonizada pela generalidade dos seus colegas, sendo, pois, de excluir a aplicação da pena expulsiva de aposentação compulsiva, não obstante contar mais de 15 anos de serviço, em face da atitude relapsa demonstrada, e cuja gravidade inculca um elevado grau de censura ético-jurídica, ao persistir num de grau incapacidade física não

cl clinicamente comprovado.

Nestes termos, ouvido o Conselho de Justiça e Disciplina, o Secretário para a Segurança, no uso dos poderes executivos que lhe advêm do n.º 1 da Ordem Executiva n.º 182/2019, com referência à competência disciplinar atribuída pelo Anexo G ao artigo 211.º do EMFSM, ponderado que foi, também, o circunstancialismo atenuante constante da acusação, designadamente aquele a que se referem as alíneas b) e i) do n.º 2 do artigo 200.º do citado EMFSM.

Pune o arguido, Guarda de primeira n.º XXXXXXX, A, do Corpo de Polícia de Segurança Pública com a pena disciplinar de DEMISSÃO, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 219.º, alínea g) e 224.º, 238.º n.º 2 al. i) e 240.º al c), com os efeitos do artigo 228.º, todos os normativos citados do EMFSM.

Macau, aos 21 de Setembro de 2020

O Secretário para a Segurança

Wong Sio Chak

- Conforme o que se constata a fls. 5 do Processo Administrativo Instrutor, o parecer emitido pela Junta de Saúde em 1 de Novembro de 2019 foi homologado no mesmo dia pelo Director da Direcção dos Serviços de Saúde.

3. Direito

Imputa a entidade recorrente a errada aplicação da lei substantiva, designadamente o n.º 7 do art.º 105.º do ETAPM, pois o acórdão recorrido faz depender a eficácia da deliberação da Junta de Saúde de um acto de homologação, que constitui apenas mero procedimento de expediente administrativo, válido apenas nas relações interorgânicas dos serviços, jamais para a formação de força decisória e de eficácia externa do acto administrativo.

Vejamos.

Constata-se no acórdão recorrido que, para além de subscrever inteiramente as considerações tecidas pelo Digno Magistrado do Ministério Público no seu parecer sobre a questão ora colocada, já transcritas no mesmo acórdão, dando como reproduzidas para a fundamentação do acórdão, o TSI acrescenta e realça ainda o seguinte:

« 1) - Quando a Junta de Saúde emitiu o parecer no sentido de que o observado/doente/Recorrente devesse apresentar-se ao serviço a que pertencia para trabalhar, seja imediatamente, seja no dia e hora expressamente indicados, tal parecer sujeita-se à homologação pelo Director dos SS, nos termos do disposto no n.º 7 do artigo 105.º do ETAPM, conjugado com o artigo 8.º, n.º 2, alínea f) do Decreto-Lei n.º 81/99/M, de 15 de Novembro.

2) - *Não constituindo o parecer da Junta de Saúde um verdadeiro acto administrativo, não lhe estão associados os efeitos que são próprios desses mesmos actos, nomeadamente e para o que agora interessa, o chamado efeito vinculativo, ou seja, o efeito que se traduz no carácter obrigatório das determinações contidas no acto administrativo para os sujeitos da relação jurídica sobre a qual incide: apresentar-se ao serviço a que pertence o destinatário do “parecer”, depois de convertido em decisão final.*

3) - *Tratando-se de um acto administrativo (refere-se à “decisão” convertida com base no parecer devidamente homologado pelo Director dos SS) que imponha um comportamento ao seu destinatário, comparecendo pessoalmente no serviço, ele deve ser notificado pessoalmente nos termos do disposto no artigo 68.º do CPA e nas condições dos artigos 70.º a 72.º do mesmo CPA.*

Não se actuando desta maneira, porque apenas se notificou o parecer, sem que este fosse devidamente homologado pela entidade competente, há violação da lei, o que é razão bastante para julgar procedente o recurso nos termos acima analisados, anulando-se a decisão recorrida.»

Resumindo, é do entendimento do acórdão ora recorrido que, para que possa produzir efeito vinculativo (ou seja, o efeito que se traduz no carácter obrigatório das determinações contidas no acto administrativo para os sujeitos da relação jurídica sobre a qual incide), o parecer da Junta

de Saúde tem que ser devidamente homologado pelo Director da DSS, pois não constitui o parecer, por si só, um verdadeiro acto administrativo.

Por outro lado, é necessária ainda a notificação pessoal desse parecer já devidamente homologado ao interessado, nos termos do disposto no art.º 68.º e nas condições dos art.ºs 70.º a 72.º, todos do CPA.

Já na tese da entidade recorrente, a eficácia da deliberação da Junta de Saúde não depende do acto de homologação do Director da DSS, sendo que a deliberação da Junta de Saúde vale por si só, contendo em si mesma um acto decisório.

Antes de mais, compete fazer uma observação sobre o facto respeitante à homologação do Director da DSS.

Ora, constata-se no despacho punitivo que o recorrido foi punido com a pena disciplinar de demissão, nos termos das disposições conjugadas dos art.ºs 219.º, al. g) e 224.º, 238.º n.º 2, al. i) e 240.º, al. c), todos do EMFSM, pelas faltas verificadas após a comunicação da deliberação da Junta de Saúde de 1 de Novembro de 2019, que não confirmou o impedimento constante dos atestados médicos apresentados pelo recorrido para justificar as suas faltas e determinou que o arguido se deveria apresentar ao serviço de imediato, até 6 de Dezembro, data da realização da segunda Junta de Saúde, “período durante o qual subestimou o dever de apresentação ao serviço, e, assim, por exceder os 5 dias consecutivos de

faltas injustificadas, se colocando na situação de ausência ilegítima”.

Quanto às faltas por doença do trabalhador de função pública, dispõe o art.º 100.º do ETAPM que a ausência por doença é justificada mediante a apresentação de atestado médico, declarações de internamento hospitalar e convalescença ou declaração da Junta de Saúde.

No caso de atingir o limite de 60 dias de ausência ao serviço por motivo de doença justificada, o trabalhador deve ser submetido à Junta de Saúde, à qual cabe, no exercício da competência conferida pela al. a) do n.º 2 do art.º 27.º do DL n.º 81/99/M, de “verificar ou confirmar, nos termos da lei, as situações de doença pessoal dos serviços públicos, tendo em vista a justificação de faltas ou fixação de incapacidades resultantes de doença ou acidente”, pronunciar-se sobre a aptidão do trabalhador em regressar ao serviço (al. a) do n.º 1 do art.º 105.º e al. a) do n.º 1 do art.º 104.º do ETAPM); se a doença não for confirmada pela Junta de Saúde, os dias de ausência são havidos como faltas injustificadas (n.º 5 do art.º 105.º do ETAPM).

E ao abrigo do n.º 7 do art.º 105.º do ETAPM, “O parecer da Junta de Saúde deve ser comunicado ao trabalhador no próprio dia e enviado ao respectivo serviço imediatamente após ter sido homologado”, sendo que compete ao Director do DSS “homologar os pareceres das juntas médicas” (incluindo os da Junta de Saúde) nos termos da al. f) do n.º 2 do art.º 8.º do DL n.º 81/99/M.

Nos presentes autos e em sede do recurso contencioso, o primeiro dos fundamentos do acórdão ora recorrido reside na consideração de que o parecer da Junta de Saúde, que determinou o regresso imediato do recorrido ao serviço, não foi devidamente homologado pelo Director da DSS, não constituindo assim um verdadeiro acto administrativo.

Ora, face aos elementos constantes de fls. 5 do Processo Administrativo Instrutor apenso aos presentes autos, o parecer emitido pela Junta de Saúde foi já homologado pelo Director da DSS no mesmo dia 1 de Novembro de 2019, facto este que se deve ter como assente, pelo que improcede o pressuposto de facto da decisão recorrida, nesta parte.

Na tese da entidade recorrente, verifica-se no acórdão recorrido uma errada aplicação da lei substantiva, designadamente o n.º 7 do art.º 105.º do ETAPM.

Para o Recorrente, não se estaria em causa um acto de homologação propriamente dito, mas apenas um acto de natureza confirmativa de um parecer técnico vinculativo emitido pela Junta de Saúde.

A questão coloca-se em relação à natureza jurídica do parecer emitido pela Junta de Saúde e, conseqüentemente, com a natureza jurídica do acto de homologação do Director da DSS.

No fundo, o que está em causa é saber se só com o acto de homologação é que se produz um acto administrativo definitivo e

executório, tal como entende o Tribunal recorrido, ou se, pelo contrário e como defende a entidade recorrente, a Junta de Saúde já havia praticado um acto executório, valendo a homologação do Director dos Serviços de Saúde como uma mera confirmação (ou ratificação).

Ora, resulta claramente do disposto no n.º 7 do art.º 105.º do ETAPM e na al. f) do n.º 2 do art.º 8.º do DL n.º 81/99/M, a lei designa os actos da Junta de Saúde como “*pareceres*”.

E a título de “espécies de pareceres”, dispõe o art.º 91.º do Código de Procedimento Administrativo o seguinte:

“1. Os pareceres são obrigatórios ou facultativos, consoante sejam ou não exigidos por leis; e são vinculativos ou não vinculativos, consoante as respectivas conclusões tenham ou não de ser seguidas pelo órgão competente para a decisão.

2. Salvo disposição expressa em contrário, os pareceres referidos na lei consideram-se obrigatórios e não vinculativos.”

Na doutrina, consideram-se que “*Pareceres são estudos fundamentados, com as respectivas conclusões, sobre questões científicas, técnicas ou jurídicas, elaborados por serviços, colégios ou instâncias administrativas, funcionalmente vocacionadas (apenas ou também) para o exercício de tarefas consultivas, emitidos por determinação da lei ou a solicitação dos órgãos com competência para a instrução ou decisão do procedimento, para auxiliarem a tomada dessa decisão (ou a solução de*

outra questão procedimental).”¹

No mesmo sentido, Diogo Freitas do Amaral define os pareceres como *“actos opinativos elaborados por peritos especializados em certos ramos do saber, ou por órgãos colegiais de natureza consultiva.”*²

Conclui-se, assim, que *“Sendo uma opinião fundamentada, o parecer oficial (o seu conteúdo), pode transformar-se em decisão através do chamado acto administrativo de homologação.*

Tanto faz que se trate de um parecer obrigatório ou facultativo, vinculativo ou não. O que sucede é que o parecer vinculativo (na parte em que o seja) é de homologação obrigatória – depois de se ter averiguado dos requisitos procedimentais (e formais) da sua emissão.

Com a homologação, os fundamentos do parecer passam a ser os fundamentos do acto administrativo, e a respectiva conclusão, a sua decisão.”

No entanto, e em rigor, *“nem todos os actos que vêm designados como tal na lei se podem considerar verdadeiros pareceres, como acontece, muitas vezes, com os pareceres absolutamente vinculativos, com estrutura de tipo deliberatório e cuja função não é a de servir à tomada de decisão, contendo já esta. A distinção não é simples, dependendo do modo como esses actos estão enquadrados no respectivo procedimento: assim, nos principais procedimentos urbanísticos, os “pareceres vinculativos”*

¹ Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª Edição, págs. 442 e 443.

² Diogo Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, Volume III, 1989, pág. 136.

aparecem muitas vezes tratados unitariamente com autorizações e aprovações inter-administrativas.

Por isso, sobretudo naqueles casos em que eles provenham de órgãos (de natureza não consultiva) de um ente distinto da pessoa colectiva pública a que pertence o órgão com competência decisória, pôr-se-á a questão de saber se não se tratará antes de verdadeiros actos administrativos e se o regime que lhes é aplicável, na sua falta, é (ou não é) o do art. 108.º, n.º 1, do Código, parecendo-nos dever a resposta ser afirmativa.”³

E entre os pareceres vinculativos, “há uns que o são em absoluto, qualquer que seja o respectivo conteúdo, porque a decisão final tem sempre que se acolher às suas conclusões, e outros que só o são relativamente, se a sua conclusão for em certo sentido (negativa ou positiva), ficando o órgão com competência decisória, na hipótese contrária, “livre” para agir, como entender mais adequado à realização dos interesses públicos envolvidos.”⁴

Contudo, há que observar que “A regra geral no nosso direito é que, se a lei não disser o contrário, os pareceres são obrigatórios, mas não vinculantes.

Quando a lei estabelece a necessidade de obter um parecer, sem dizer em que termos, a regra geral a aplicar em caso de dúvida é que esse

³ Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª Edição, pág. 442.

⁴ Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª Edição, pág. 444.

parecer é obrigatório mas não é vinculante.

Os casos em que o parecer de um órgão consultivo, ou de um especialista, são vinculantes para o órgão competente para decidir são casos excepcionais.”⁵

No caso dos presentes autos, julgamos que a Junta de Saúde se limita a emitir pareceres, obrigatórios ao abrigo do art.º 105.º do ETAPM, mas não vinculativos atento o disposto no art.º 91.º do CPA, uma vez que não se encontra nenhuma norma legal expressa em contrário a impor a natureza vinculada dos pareceres emitidos pela Junta de Saúde.

Por outro lado, não obstante o conceito de homologação poder comportar sentidos diferentes (homologação em sentido próprio, homologação como aprovação e homologação como ratificação)⁶, afigura-se-nos que a homologação do Director da DDS reportada nos presentes autos deve ser entendida como homologação, em sentido próprio.

Como ensina Freitas do Amaral, a homologação, em sentido próprio, “é o acto administrativo que absorve os fundamentos e conclusões de uma proposta ou de um parecer apresentados por outro órgão”⁷, entendimento que vem na sequência da definição dada por Marcello Caetano, segundo a qual a homologação é “o acto administrativo pelo qual um órgão

⁵ Diogo Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, Volume III, 1989, págs. 140 e 141.

⁶ Diogo Freitas do Amaral, *Revista “O Direito”*, ano 102, págs. 142 e seguintes; Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, I Volume, 10.ª edição, pág. 462, nota 1; e José Gabriel Queiró, “Homologação” em *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume V, pág. 91.

⁷ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2001, pág. 265.

*deliberativo aceita a sugestão proposta por um órgão consultivo e a converte em decisão sua. Assim, o conteúdo de uma homologação é a proposta homologada. Esta tem a natureza de parecer e só a homologação lhe confere carácter de acto definitivo e executório”.*⁸

Ora, é o acto de homologação praticado pelo Director da DDS o acto definitivo e executório⁹, que produz efeito vinculativo para os trabalhadores da função pública, não sendo a Junta de Saúde a tomar uma decisão.

Resumindo, não se nos afigura verificada o vício imputado pela entidade recorrente de errada interpretação e aplicação da lei.

Aqui chegados, e visto que no caso dos autos o parecer da Junta de Saúde de 1 Novembro de 2019 foi efectivamente homologado no mesmo dia, há que ver ainda o segundo argumento invocado pelo Tribunal recorrido para fundamentar o seu acórdão, respeitante à notificação pessoal do acto.

Entendemos que tem razão o Tribunal recorrido.

Ora, sendo o acto homologatório um acto administrativo que produz efeito vinculativo, afectando a posição jurídica do trabalhador recorrido, afigura-se necessária a sua notificação de acordo com o disposto no art.º 68.º do CPA, uma vez que não se demonstra nos autos a ocorrência de algum dos casos previstos no art.º 69.º do CPA em que é dispensada a

⁸ Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, I Volume, 10.ª edição, págs. 461 e 462.

⁹ Neste sentido, cfr. também os acórdãos do Tribunal de Segunda Instância, proferidos nos Processos n.ºs 74/2014 e 1015/2020.

notificação.

A necessária notificação do acto de homologação não foi alegada pela entidade recorrente e nem se constata nos presentes autos e no Processo Administrativo Instrutor qualquer elemento que demonstre que tal notificação foi efectuada nos termos exigidos pelos artigos 68.º e 70.º do CPA.

Daí que, não se verificando alguma das situações previstas no art.º 69.º do CPA, a falta de notificação do acto homologatório de 1 de Novembro de 2019 implica a inexistência de um dever de regressar ao trabalho no dia seguinte, uma vez que, nos termos do n.º 1 do art.º 121.º do CPA, “os actos que constituam deveres ou encargos para os particulares e não estejam sujeitos a publicação começam a produzir efeitos a partir da sua notificação aos seus destinatários, ou de outra forma de conhecimento oficial pelos mesmos ou do começo de execução do acto”.

Resumindo, não ficando provada a notificação pessoal do acto que homologou o parecer da Junta de Saúde de 1 de Novembro de 2019, não se deve afirmar que o recorrido não cumpriu o dever de apresentação ao serviço no dia seguinte, cometendo as faltas injustificadas a partir dessa data.

Concluindo, é de julgar improcedente o recurso e confirmar o acórdão recorrido.

4. Decisão

Pelo exposto, acordam em negar provimento ao recurso.

Sem custas, pela isenção subjectiva legal.

28 de Janeiro de 2022

Ju ízes: Song Man Lei (Relatora)

José Maria Dias Azedo

Sam Hou Fai

O Magistrado do Ministério Público

presente na conferência: Álvaro António Mangas Abreu Dantas