

Processo n.º 974/2020

(Autos de recurso contencioso)

Relator : Fong Man Chong

Data : 25 de Novembro de 2021

Assuntos:

- Parecer da Junta de Saúde e notificação apenas deste parecer, sem que o despacho homologatório do DSS fosse notificado

SUMÁRIO:

I - 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.

II - 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.

III - 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 68º do CPA e nas condições dos artigos 70º a 72º do mesmo CPA.

IV - 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 anular a decisão recorrida

O Relator,

Fong Man Chong

Processo n.º 974/2020

(Autos de recurso contencioso)

Data : 25/Novembro/2021

Recorrente : A

Entidade Recorrida : **Secretário para a Segurança**

*

ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA RAEM:

I – RELATÓRIO

A, Recorrente, devidamente identificada nos autos, discordando do despacho do **Secretário para a Segurança**, datado de 21/09/2020, que lhe aplicou a pena de demissão, veio, em 14/10/2020, interpor o presente recurso contencioso para este TSI, com os fundamentos constantes de fls. 2 a 30, tendo formulado as seguintes conclusões:

1. 本司法上訴的提起是被上訴批示於 2020 年 9 月 21 日就紀律程序卷宗作出了對司法上訴人撤職的決定，該決定的事實依據是紀律程序卷宗指控書所指的內容，主要是指控：一直處於病假的司法上訴人“明知”健康檢查委員會作出建議其返回工作崗位，但其不但沒有且不間斷地提交醫生證明，以致無可奈何下健康檢查委員會只能根據法律的規定，不確認其某一時段的病假證明，導致司法及紀律辦公室提起「不正當缺勤」的紀律程序，最終被被上訴的實體作出撤職的處分。

2. 因此，本司法上訴的主要爭點是：司法上訴人是否獲通知健康檢查委員會作出有關建議？以及健康檢查委員會是否可以作出不確認病假？以及甚至追溯不確認之前某一段日子的病假等問題。

3. 由於本程序的指控書內的事實獲被上訴的批示確認且據以為處罰的事實依據，因此，有關指控書的內容同樣為本上訴的標的。

4. 為解決有關問題，司法上訴人認為首先有必要調查健康檢查委員會是否作出有關建議？上訴人是否正式獲得通知？區分「不正當缺勤」與不合理缺勤兩者的分別，才能證明被上訴的批示是否正確適用事實及法律的前題。

5. 然而，司法上訴人於行使書面答辯時曾要求被上訴的批示作出有助於查明真相之任何證據而要求採取措施之申請，但遭駁回。因此，有關駁回的批示內容同樣為本上訴的標的。

6. 司法上訴人根據法律的規定，請求被上訴的實體命令健康檢查委員會提交對上訴人曾作出的所有健康檢查委員會的「審查記錄」，將所有有關上訴人的過往「審查記錄」“文件”附入卷宗，以產生適當的法律效力，以便幫助查明是否存在違紀行為、確定行為人及其責任等目的。

7. 以及在適當的情況下聽取證人之證言，然而卻被認為這些事實涉及個人私隱的範疇，因此遭駁回有關證據調查。

8. 其實，在詢問證人過程中，私人範疇的問題是視乎提問者的決定，並不是申請證據措施的限制條件。然而，被上訴的批示的駁回理由卻作出了與司法上訴人申請的內容不相符的回應。

9. 上訴人不知道被上訴的決定為何認為命令健康檢查委員會提交所有其曾作出的「審查記錄」文件是在“懷疑健康檢查委員會的審查紀錄結果？”

10. 被上訴的決定在調查證據階段方面已對本案的實質問題作出先行的審判。

11. 因為除非經過所有的調查措施後，才能作出對本程序所爭議的內容作出合理的判斷。

12. 並非在證據調查措施上先行作出任何對本案的事實判斷結果。

13. 被上訴的批示指倘若他們去命令申請有關的文件，就是在質疑健康檢查委員會的專業判斷，而且指出根據法律規定被上訴的實體並無權限命令健康檢查委員會將審查個案的審查記錄“文件”交給本局云云。

14. 而且還試圖提出訴願人應該是與健康檢查委員會之爭議，不應該與提起本紀律程序的司法及紀律辦公室糾纏，司法上訴人攪錯對象了。

15. 反正，被上訴的批示認為撤職是他們的權力，不確認病假是健康檢查委員會的權力，這樣司法上訴人是否便申訴無門？

16. 無論如何，在討論法律的層面上，司法上訴人只能尋求程序上的公義，一直進

行到本司法上訴的階段，這一切都會有著落，無論勝敗。

17. 既然，倘若依被上訴的決定認為，“.....法律賦予健康檢查委員會對因病缺勤作出回應，必然是基於信任健康檢查委員會的專業分析及判斷，作為治安警察局司法及紀律辦公室，在完全缺乏對醫學的專業知識下，不可能亦沒有合理理由去懷疑健康檢查委員會審查紀錄結果，更何況是由法律賦予健康檢查委員會實質的權限。.....”

18. 為何仍要展開整個紀律程序?出指控書、書面答辯、申請證據調查等一系列的程序?

19. 倘若無權懷疑而無需作出調查，為何不直接依據健康檢查委員會的意見而作出最終的決定?仍要經過一系列的程序措施?

20. 這正正是因為，《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 254 條及續後的規定，關於紀律程序的一系列程序規定，法律明確賦予的是紀律程序負有在作出最終的決定前先作出一系列的調查措施，目的是為了作出合理的最終決定。

21. 因此；沒有經過任何證據調查而作出的決定都是不合法的。

22. 被上訴的決定是錯誤理解上訴人提出的申請措施，以及錯誤理解法律規定的權利及義務，以致違反相關的法律規定。

23. 被上訴的批示應該根據相關的法律規定，完全有權及義務作出對有助於查明真相之任何證據而要求採取的措施。

24. 否則，被上訴的批示因基於偵查不足而導致不可補正的無效。

25. 再者，既然本紀律程序的開立主要原因就是圍繞著健康檢查委員的「審查記錄」內給予的意見之基礎上，這樣被上訴的批示更應該在本程序中徹底調查有關事實。

26. 由於在紀律程序中不作出的證據調查，而要在司法上訴中進行，這是嚴重浪費司法資源。

27. 司法上訴人不相信某一作出決定的機關可以在不作任何的證據調查下而能作出最終正確的處罰結果!

28. 明顯地，被上訴的批示只是透過完全轉錄健康檢查委員的兩次審查記錄內容，但並沒有作出任何針對該事實依據須查明證明事實真相所必需之措施。

29. 被上訴的批示只是單純地引用健康檢查委員的兩次審查記錄內容，然而卻沒有查證健康檢查委員會是否已確切/具體作出該項建議?及上訴人是否已知悉有關建議的內容?是否合法獲得通知?等等這些重要的事實，被上訴的批示一律以認為無權限命令健康檢查委員會交出及作出任何調查的理由而不作出任何調查措施，明顯偵查及決定理由不足。

30. 以及指控上訴人由 2019 年 3 月 8 日至同年 9 月 10 日的因病缺勤未被確認為合理缺勤的事實及法律依據為何?適用的事實及法律前題是否出現錯誤?以致有關指控是否確實存在?均是本程序之重點。

31. 而不是簡單一句無權限調查及命令健康檢查委員會提交文件，便直接作出處罰的結果。被上訴的批示是否認為自身沒有權力作出任何調查證據措施，但是有權直接作出處罰的決定?

32. 另一方面，除卻應有的尊重，被上訴的批示亦明顯過度及對於法律的理解及適用存在嚴重錯誤，包括混淆不正當缺勤及不合理缺勤的概念。

33. 事實上，司法上訴人從未收到/獲通知健康檢查委員會作出的可返回工作崗位的任何建議及通知。

34. 亦從沒有見過健康檢查委員會內部所有的審查記錄內容文件。

35. 卷宗亦沒有任何證據證明司法上訴人曾於 2019 年 3 月 1 日當日簽收或被通知有關委員會作出的建議，或所屬部門的任何返工通知。

36. 根據司法上訴人所屬部門的資源管理廳發出的輪值工作更牌顯示，由 2019 年 3 月 8 日至 9 月 10 日期間，司法上訴人仍然是處於“因病缺勤”的狀態。

37. 輪值工作表(俗稱“更牌”)是安排每個軍事化人員日常的警務工作，假如更牌上沒有司法上訴人的編號，而備註了處於“因病缺勤”的狀態時，司法上訴人無法返回所屬部門工作，而且在外勤的情況下，亦不可能獲得發放裝備(槍械)，因此亦不可能到街上執勤。

38. 更牌的重要性是在於假如不在工作時間期間(標註了“因病缺勤”)而工作人員利用本身警務人員身份作出行為，已經構成違法。

39. 試問司法上訴人如何在不被通知工作的情況下而返回所屬的工作崗位?

40. 換言之，無論是司法上訴人或有關部門，在當日及期後從沒有收到任何健康檢查委員會之任何意見書或建議司法上訴人可返回工作崗位的任何通知。

41. 《行政程序法典》於第三章第 68 條及後續數條規定了關於「通知」的相關規定及效果。

42. 同時於同一法律第 122 條第 1 款規定，欠缺任何主要要素之行政行為，或法律明文規定屬無效之行政行為，為無效之行政行為。

43. 根據有關規定，「通知」的意義是指：必須經過通知，利害關係人才能知悉行政行為的內容，行政當局才可以要求利害關係人作出被通知的行為。

44. 換言之，即使行政當局已經作出有關行為，但一直沒有合法通知利害關係人，

即使有關行政行為已經產生效力，但對利害關係人而言仍未對其產生任何效力。

45. 由此觀之，又怎可以指司法上訴人明知且沒有返回工作崗位？並持續地遞交因病缺勤之醫生檢查證明書？

46. 這些事實的反面都足以認定健康檢查委員會從沒有作出司法上訴人可返回工作崗位的建議，及司法上訴人及有關部門知悉可返回工作崗位的任何通知。

47. 司法上訴人亦從沒有收到其所屬部門的關於具體返回工作崗位日子的任何通知。由始至終，司法上訴人的工作更牌一直是標注了“因病缺勤”的狀態。

此外；

48. 健康檢查委員會根據法律規定而不確認其於 2019 年 3 月 8 日至同年 9 月 10 日之因病缺勤為合理缺勤，且缺勤總日數為 154 日的不當行為；

49. 尊敬的澳門特別行政區中級法院第 34/2018 號司法上訴卷宗中指出：“...由此可見，法律明確規定工作人員必須出席健康檢查委員會，以便由該委員會審視工作人員應否返回工作崗位或繼續因病缺勤。如果工作人員不到委員會接受檢查，自應接受檢查之日起計，法律上將工作人員的缺勤定性為不合理缺勤。”(下劃線及粗體為我們所加)

50. 由此觀之，司法上訴人是否具有返回工作崗位的能力，似乎與有沒有醫生證明都不是最重要，重要的是只要經健康檢查委員會判斷其具有返回工作崗位的能力，便需要返回工作崗位，即使具有更詳細更有力的醫生證明也罷。

51. 當然，健康檢查委員會作出的判定也不是毫無限制，其必須經過對司法上訴人作出一個詳細的審視。

52. 而本案中健康檢查委員會是在 2019 年 9 月 20 日的健康檢查日，書面審查司法上訴人於已過去的 2019 年 3 月 8 日那天至 9 月 10 日期間是有能力返回工作崗位？

53. 首先 健康檢查委員會於 2019 年 3 月 8 日那天從沒有見過或審視過司法上訴人，

54. 健康檢查委員會無可能得知司法上訴人於 2019 年 3 月 8 日那天的健康狀況，以及作出判斷司法上訴人是否那天已適合或有能力可返回工作崗位的能力。

55. 無論是《公共行政工作人員通則》第 104 及 105 條之相關規定，或中級法院第 34/2018 號司法上訴卷宗，均認為法律明確規定的是，法律雖然賦予健康檢查委員會審查患病的工作人員是否有返回部門工作的能力，但工作人員是“必須出席”健康檢查委員會，以便由該委員會審視工作人員有否返回工作崗位的能力或繼續因病缺勤。

56. 這裡的“必須出席”健康檢查委員會的意思是人身的出席。

57. 但健康檢查委員會卻作出了一個“書面審查”(在 2019 年 9 月 20 日書面審查 2019

年 3 月 8 日至 9 月 10 日期間的因病缺勤，從而作出判斷司法上訴人那天已適合可返回工作崗位的能力。)

58. 這樣健康檢查委員會於期後 2019 年 9 月 20 日那天只是單憑想像，推測司法上訴人其實早於 2019 年 3 月 8 日那天至 9 月 10 日期間開始，是有能力返回工作崗位？

59. 而司法上訴人又預知自己於 2019 年 3 月 8 日那天至 9 月 10 日期間的因病缺勤有可能不被健康檢查委員會確認，從而作出“故意”缺勤？這均是不合乎邏輯的。

60. 因為如果司法上訴人可以預知自己將來有可能不被健康檢查委員會確認其於 2019 年 3 月 8 日那天至 9 月 10 日期間的因病缺勤，其應該打從 2019 年 3 月 8 日那天開始先返回工作崗位等，等待有關病假先被健康檢查委員會通知確認後才開始休病假。

61. 而且，倘若健康檢查委員會這樣操作，司法上訴人相信從此無人敢先放病假(即使有醫生病假證明)，因為有可能於事後某一天，突然被健康檢查委員會不確認有關的病假證明，而蒙上不正當缺勤的風險。

62. 司法上訴人認為法律從沒有賦予健康檢查委員會具有在沒有任何“出席健康檢查”的前提下，作出判斷被檢查人於某一段期間的因病缺勤不合理這樣的權力。

63. 更可況，健康檢查委員會於 2019 年 9 月 20 日對司法上訴人的一段已經過去的因病缺勤的日子，作出一個未能證實為合理的因病缺勤的決定，從而判以司法上訴人一個不正當缺勤的罪名，無論在法律上或邏輯上都是不可理解的。該段日子已經過去了，當事人因病缺勤了，叫他如何返轉頭再去返回工作崗位？除非時光倒流。

64. 健康檢查委員會是在證實工作人員患病後才必須進行的審查。(通則第 104 條第 1 款 a)項)

65. 當中亦沒有包括對符合法律規定的醫生證明及簽發的病假證明(《澳門公共行政工作人員通則》第 89 條第 1 款 f)項)作出否決或拒絕承認的權力。

66. 因此，健康檢查委員會沒有權力追溯不確認之前的病假。

67. 司法上訴人出席健康檢查委員會是以後補的方式向委員會遞交醫生報告證明。

68. 而健康檢查委員會根據《公共行政工作人員通則》105 條第 1 款第 a)項規定，檢查工作人員是否具有返回部門工作之能力。

69. 然而，健康檢查委員會透過書面的審查，判斷一段已經過去的因病缺勤作出有關的不確認決定。顯然有關決定是違反上述《公共行政工作人員通則》第 104 條、105 條，及《澳門保安部隊軍事化人員通則》的相關規定。

70. 而指控書所持的依據是透過完全轉錄健康檢查委員會的意見，而有關意見違反

上指的法律規定，因此，被上訴的批示根據的事實根本不存在，以及適用事實及法律前題的錯誤。

71. 除非有關法律規定或被修改，否則，立法者並未將具有符合法律規定的醫生證明及簽發的病假證明而處於缺席的狀態，視為無合理的解釋下的缺勤。

72. 就上指的指控事實，除卻應有的尊重，司法上訴人認為被上訴的批示是錯誤適用相關的法律規定，就《公共行政工作人員通則》及《澳門保安部隊軍事化人員通則》的整個法律架構理解及適用，不可單純地將幾條法律條文單從字面上的意思併合使用。

73. 這樣，被上訴的批示及指控書均違反上述的法律規定，沾上了一項可撤銷之瑕疵，其法律後果為行政程序法典第 124 條之規定。

74. 被上訴的批示甚至認為司法上訴人有能力可以預知或明知其於 2019 年 3 月 8 日至 9 月 10 日的期間因病缺勤有可能不被確認下而堅持/故意放病假的過錯。

75. 綜觀載於卷宗之所有資料，並沒任何證據證明司法上訴人“故意”作出違紀行為。

76. 《刑法典》第 12 條規定：“出於故意作出之事實，或法律有特別規定時，出於過失作出之事實，方予處罰。”

77. 經分析《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 13 條 2 款 a)項之條文，結合《刑法典》第 12 條之立法技術來看，就「不正當缺勤」的情況而言，行為人在主觀上，必須“故意”才能構成有關的違反行為，在過失的情況下，法律規定給與其解釋的機會。（《澳門公共行政工作人員通則》第 104 條第 4 款）

78. 根據上述上訴人所屬的警司處資源管理廳提供的資料顯示，指出上述的日子為上訴人“因病缺勤”的記錄，即上訴人的缺勤具有合理的理由。

79. 司法上訴人在主觀上並沒有違反有關規定之“故意”，因此，不符合違反《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 13 條 2 款 a)項所規定的勤謹義務之前提。

80. 另一方面，為解決有關問題，司法上訴人認為有必要區分「不正當缺勤」與“不合理缺勤”，兩者分別有不同的處罰效果，法律並沒有規定兩者可以轉換的機制。

81. 誠然，「不正當缺勤」的相應處罰為強迫退休或撤職；但是，不合理缺勤的相應罰應僅為罰款。

82. 根據《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 289 條第 2 款之規定，不正當缺勤 (ausência ilegítima)是指軍事化人員在無合理解釋之情況下在同一曆年內連續五日或間歇十日未上班。而且，對於不正當缺勤的情況，《澳門保安部隊軍事化人員通則》規定必須立即提起因不正當缺勤之特別紀律程序(見同款最後部份)。

83. 「不正當缺勤」最典型的例子，是指一軍事化人員離開其所屬單位，不再上班

連續超過五天；抑或多天不上班，每次均不超過五天，但在同一曆年內總數超過十日，則應在翌年之第一個工作日內提起不合理缺勤之特別紀律程序。

84. 簡單而言，「不正當缺勤」是指沒有任何先兆、沒有人知道因由而無故離開工作單位的情況，一般人可理解為“逃兵”或“失蹤”的意思。

85. 在本個案中，司法上訴人被指控的事實，並不符合不正當缺勤的情況，但卻被適用不正當缺勤及其處罰的後果。

86. 倘若司法上訴人為不正當缺勤，在實際操作上其所屬的警司處不可能不知道，其所屬的警司處從沒有製作任何有關司法上訴人缺勤的報告並上呈至上級。

87. 如果有關不正當缺勤的情況持續，所屬警司處當值的警員同樣要持續製作報告，並將有關情況告知上級。

88. 而有關的不正當缺勤情況已連續超過五天時，上級根據《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 289 條第 2 款規定，必須立即對其提起因不正當缺勤之特別紀律程序。

89. 然而，司法上訴人所屬之警司處從沒有派出人員尋找司法上訴人，亦從未對其發出上班的通知命令。原因是，因為部門知道司法上訴人該期間一直處於病假的合理缺勤中。

90. 事實上，司法上訴人自 2018 年中開始，因患上「頸椎間盤突出，以致壓迫神經線」，而取得官方承認的 XX 醫院專科醫生 B 醫生發出的休養證明，俗稱“病假紙”，並一直向其所屬的部門人事部沒間斷的提交病假證明，二年以來均是屬於合理的缺勤。

91. 而，不合理缺勤(falta injustificada)，是指不論屬上午或下午之工作手段，每日遲到超過十五分鐘或每周遲到超過三十分鐘的情況。(見《公共行政工作人員通則》第 78 條第 2 款)但是，若有正當理由時，上述缺勤即視為合理缺勤。

92. 《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 238 條規定的強迫退休及撤職，是以盡數列舉的方式，當中並沒有包括不合理缺勤的規定，指控書將不合理缺勤套用不正當缺勤的處罰，是錯誤適用法律，違反罪刑法定原則，侵犯司法上訴人的基本權利。

93. 被上訴的批示指司法上訴人屬於不正當的缺勤，從而對其適用不正當缺勤的處罰後果(撤職)。然而，卻從來沒有對其導守不正當缺勤所應發生的一系列人事尋找的手續，至少摘寫“逃兵”的報告也沒有，原因是其所屬的警司處從沒有聯絡或尋找過司法上訴人，這樣便認為司法上訴人失蹤(不正當缺勤)，是很不公平的。

94. 既然套用不正當缺勤及其處罰的後果，為何卻沒有進行因這一後果而需要經過的一系列手續？

95. 而《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 239 條及第 240 條同樣地也是以盡數列

舉的方式來準用第 238 條所列的紀律行為，當中明確規定“作出或試圖作出第二百三十八條第二款 c 項、e 項、f 項、g 項、i 項、j 項及 l 項所定之任何行為。”立法者在第 239 及 240 條的盡數列舉中並沒有加入不合理缺勤的紀律行為。

96. 因此，除卻應有之尊重外，除非有更好的理解，以及證據證實司法上訴人所屬的警司處資源管理廳提供的司法上訴人因病缺勤的上述記錄為虛假或不存在，否則，卷宗根本沒有任何證據顯示司法上訴人曾於 2019 年 3 月 8 日起一直缺勤至 9 月 10 日共缺勤 154 日的不當行為。

97. 既然被上訴的實體一方面指司法上訴人在 2019 年 3 月 8 日至 9 月 10 日該期間因病缺勤狀態，但又對其適用《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 289 條第 2 款之規定，已超過連續五日及間歇十日缺勤，提起不正當缺勤程序。這是適用法律前提的錯誤！

98. 另外，根據生效的《澳門公共行政工作人員通則》第 104 條及 105 條規定，健康檢查委員會的權限只能作出該條所指的聲明範圍。當中並沒有包括對符合法律規定的醫生證明及簽發的病假證明作出否決或拒絕承認的權力。

99. 因此，司法上訴人並沒有違反《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 13 條第 2 款 a) 項之：“不構成不正當缺勤之情況，並在無合理解釋之情況下不得停止上班”規定。相反，司法上訴人是具有合理解釋之情況下停止上班。

100. 因此，被上訴批示以及其所引用之相關卷宗資料指司法上訴人由於在同一曆年內不正當缺勤連續五日或間歇十日，從而違反《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 238 條 2 款 i) 項之規定之內容是欠缺事實依據的，且明顯與事實不相符，同時對司法上訴人適用錯誤的法律規定，從而對其處以錯誤的決定，有關處罰的行政行為沾染了事實及法律前提錯誤之瑕疵，故根據《行政訴訟法典》第 21 條第 1 款 d) 項以及《行政程序法典》第 124 條之規定，被上訴之行政行為應予以撤銷。

*

Citada a Entidade Recorrida, o Senhor Secretário para a Segurança veio contestar o recurso com os fundamentos constantes de fls. 420 a 425, tendo formulado as seguintes conclusões:

a) O recorrente constitui-se em ausência ilegítima, por violação do dever de assiduidade - artigo 13.º n.º 2 al a) do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau - senão desde o primeiro dia em que faltou ao serviço, 10 de Maio de 2019 - nos termos do n.º 7

do artigo 105.º do ETAPM -, pelo menos desde o dia posterior ao da Junta de Saúde, que entendeu não ser a doença impeditiva de comparecer ao serviço, ou seja, desde o dia 6 de Julho do mesmo ano;

b) O recorrente ficou ciente da obrigação da sua apresentação porquanto prosseguiu a apresentação de atestados médicos, o que não seria necessário no caso de a Junta de Saúde lhe ter confirmado e prorrogado o estado de doença impeditiva de comparecer ao serviço;

c) As deliberações da Junta de saúde não foram impugnadas pelo que se consolidou a quebra do dever de assiduidade que se impõe aos trabalhadores da administração pública em geral;

d) Não foi preterido o direito de audiência bem como de defesa escrita, que exerceu;

e) Foi ponderada a atenuação que favorece o recorrente, porém tal não afastou a justiça de punição com a pena de DEMISSÃO, o que resulta, aliás, da vinculação legal - alínea i) do n.º2 do artigo 238.º, ambos do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau - a que está sujeito a entidade recorrida por força da alínea c) do seu artigo 340.º

* * *

O Digno. Magistrado do Ministério Público junto do TSI emitiu o duto parecer de fls. 583 a 586, pugnando pelo provimento do recurso.

* * *

Foram colhidos os vistos legais.

Cumpre analisar e decidir.

* * *

II – PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Este Tribunal é o competente em razão da nacionalidade, matéria e hierarquia.

O processo é o próprio e não há nulidades.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciária e são

dotadas de legitimidade “*ad causam*”.

Não há excepções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

* * *

III – FACTOS

São os seguintes elementos, extraídos do processo principal e do processo administrativo com interesse para a decisão da causa:

- Foi instaurado o processo disciplinar contra o Recorrente por este ter faltado ao serviço, faltas estas que foram consideradas injustificadas pela Entidade Recorrida com base no “parecer” da Junta de Saúde;
- Realizadas diligências, foi proferida a decisão com o seguinte teor:

DESPACHO N.º 100/SS/2020

Processo Disciplinar n.º 207/2019-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, na sequência de um período de faltas por doença devidamente justificadas, foi presente à Junta de Saúde em 1 de Março de 2019, a qual, após análise de um relatório clínico de um especialista da patologia relacionada com as queixas que vinham fundamentando a sua ausência do serviço, lhe fixou em 5% a incapacidade para o trabalho. Nessa conformidade a Junta de Saúde comunicou-lhe que deveria voltar ao exercício de funções, a partir do dia 8 de Março seguinte.

O arguido não se apresentou ao serviço, pese embora ter ficado ciente do dever de se apresentar porquanto prosseguiu com a apresentação de atestados médicos, até nova reunião da

Junta de Saúde, que teve lugar no dia 10 de Setembro de 2019 e da qual resultou a deliberação de não justificação das faltas ao serviço verificadas desde 8 de Março.

O arguido faltou, pois, injustificadamente ao serviço, desde o dia 8 de Março de 2019, data da primeira reunião da Junta de Saúde, até 10 de Setembro do mesmo ano, com um interrupção para férias entre os dias 6 e 8 de Julho, infringindo o *dever de assiduidade* previsto na alínea 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 e, por exceder os 5 dias consecutivos de faltas injustificadas, colocando-se na situação de *ausência ilegítima*, a que se refere a alínea i) do n.º 2 do seu artigo 238.º, com referência ao disposto nos n.ºs 2 e 5, respectivamente dos artigos 90.º e 105.º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública.

O arguido afrontou de forma deliberada e indesculpável uma decisão que se lhe impunha como obrigação a cumprir. O seu comportamento absentista e revel à disciplina da corporação, 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 impeditivo de uma normal prestação de trabalho, não 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 aquela a que se refere a alínea i) do n.º 2 do artigo 200.º do citado EMFSM

Pune o arguido, Guarda de primeira n.º XXXXXX, **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

XXX

* * *

IV – FUNDAMENTOS

A propósito das questões suscitadas pelo Recorrente, o Digno. Magistrado do MP junto deste TSI teceu as seguintes dought considerações:

“(…)

Nos termos previstos na norma do artigo 69.º, n.º 2, alínea d) do Código de Processo Administrativo Contencioso (CPAC), vem o Ministério Público emitir o seguinte parecer:

1.

A, melhor identificada nos autos, interpôs recurso contencioso do acto administrativo da autoria do **Secretário para a Segurança** que lhe aplicou a pena disciplinar de demissão, com fundamento na violação do dever de assiduidade previsto na alínea 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, pedindo a respectiva anulação.

A Entidade Recorrida, regularmente citada, apresentou contestação na qual pugnou pela improcedência do recurso contencioso.

2.

(i)

Parece-nos, salvo o devido respeito pela opinião contrária, que o Recorrente tem razão. Pelo seguinte.

Como se sabe, relativamente aos militarizados das Forças de Segurança de Macau, constitui infracção disciplinar o facto culposo praticado pelo militarizado com violação de algum dos deveres gerais ou especiais a que está vinculado. É o que resulta do disposto no n.º 1 do artigo

196.º do EMFSM.

O dever de assiduidade, cuja violação imputada à Recorrente esteve na base da decisão punitiva cuja legalidade se discute nos presentes autos, consiste, de acordo com o artigo 13.º, n.º 1 do EMFSM, «em comparecer regular e continuamente ao serviço», sendo que, no cumprimento desse dever, como resulta da alínea a) do n.º 2 do mesmo artigo, o militarizado está impedido de «se constituir na situação de ausência ilegítima, deixando, injustificadamente, de comparecer ao serviço».

Constitui, pois, infracção disciplinar decorrente da violação do dever de assiduidade, a ausência ilegítima por parte do militarizado e isso ocorre quando o mesmo, sem justificação, deixe de comparecer ao serviço.

(ii)

Resulta da fundamentação do acto recorrido que a Administração considerou que o Recorrente se constituiu em situação de ausência ilegítima entre 8 de Março e 10 de Setembro de 2019, uma vez que os atestados médicos que aquela apresentou não constituíam meio válido de justificação de tal ausência e, desse modo, teria incorrido em violação culposa do dever de assiduidade.

Na base de tal consideração está o entendimento de que no dia 8 de Março, a Junta de Saúde à qual o Recorrente se apresentou, deliberou que a incapacidade de que o mesmo padece não era suficiente para confirmar a justificação das faltas ao serviço, daí resultando a obrigação de se apresentar imediatamente ao serviço, todavia, não obstante esta determinação e «pese embora ter ficado ciente desse dever, porquanto prosseguiu com a apresentação de atestados médicos», a verdade é que, até 10 de Setembro de 2019, o Recorrente não o fez.

Se bem interpretamos o acto recorrido, para a Administração, após a comunicação que foi feita ao Recorrente do parecer da Junta de Saúde que o considerou apto para regressar ao trabalho, ficou o mesmo, por um lado, obrigado a apresentar-se ao serviço e, por outro lado, impossibilitado de justificar a sua ausência do serviço mediante a apresentação de atestados médicos como vinha fazendo até aí.

Com todo o respeito, parece-nos, no entanto, que este entendimento que está na base da punição disciplinar impugnada não encontra suporte na lei.

(iii)

Na verdade, o Recorrente apresentou-se à Junta de Saúde, ao que se crê solicitada pelo dirigente do serviço nos termos previstos na alínea a) do n.º 1 do artigo 104.º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau (ETAPM), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/97/M, de 21 de Dezembro, ou seja, por ter atingido «o limite de 60 dias de ausência ao serviço por motivo de doença justificada nos termos dos artigos anteriores».

Em tais situações, como decorre da norma da alínea a) do n.º 1 do artigo 105.º do ETAPM, cabe à Junta de Saúde pronunciar-se sobre a aptidão do trabalhador para regressar ao serviço [trata-se, aliás, de uma competência que é deferida à Junta de Saúde pela norma da alínea a) do n.º 2 do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 81/99/M, de 15 de Novembro: «verificar ou confirmar, nos termos da lei, as situações de doença do pessoal dos serviços públicos, tendo em vista a justificação de faltas (···)»] e uma vez efectuada a avaliação médica, deve o parecer ser comunicado ao trabalhador no próprio dia e enviado ao respectivo serviço imediatamente após ter sido homologado, tal como decorre do n.º 7 do artigo 105.º do ETAPM.

Sendo isto assim, parece-nos seguro afirmar, desde logo, que a intervenção da Junta de Saúde não se destina a verificar a exactidão ou a idoneidade certificativa dos atestados médicos que anteriormente tenham sido emitidos para justificar a ausência ao serviço por doença por parte do trabalhador. A Junta pronuncia-se, antes, sobre a sua aptidão ou inaptidão para regressar ao serviço, devendo, desejavelmente, fazê-lo de forma inequívoca, para que não haja qualquer dúvida relativamente ao sentido do parecer.

Além disso, como resulta expressamente do n.º 7 do artigo 105.º do ETAPM, o parecer da Junta está sujeito a homologação do Director dos Serviços de Saúde nos termos previstos no artigo 8.º, n.º 2, alínea f) do Decreto-Lei n.º 81/99/M, de 15 de Novembro.

Ora, quando a Junta de Saúde intervém ao abrigo da competência conferida pela norma do n.º 1 do artigo 105.º e, portanto, se pronuncia sobre a aptidão do trabalhador para regressar ao serviço, é a homologação do respectivo parecer e não este que reveste a natureza de acto administrativo (neste sentido, veja-se o acórdão do Tribunal de Segunda Instância de 11.12.2014, processo n.º 74/2014. Entre nós, e ao contrário do que sucede em Portugal, o parecer da Junta de Saúde não reveste, pois, a natureza de verdadeiro acto administrativo, mas, antes, a de mero acto opinativo e, portanto, de mera actuação administrativa, para usarmos a formulação de inspiração germânica de MARCELO REBELO DE SOUSA – ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito*

Administrativo Geral, Tomo III, Lisboa, 2007, p. 376. O que é típico da homologação é «a existência entre os dois órgãos – o autor do ato homologatório e o autor do ato homologado – de uma espécie de partilha de poderes, fundada no propósito de associar diferentes títulos de legitimidade para a produção dum mesmo resultado. Tal o sentido mais genuíno que a figura pode adquirir: por um lado, a lei pretende que a decisão final não deixe de ser tomada por quem, em virtude da posição que ocupa na estrutura da Administração, lhe pode dar a força e a autoridade que ela reclama; por outro lado, entende circunscrever essa decisão no quadro de opções previamente definido por outro órgão, em homenagem à sua especial competência técnica, às garantias de imparcialidade e independência por ele proporcionadas ou a outras razões análogas»: nestes termos, veja-se o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º 39/2012, de 21.3.2013, disponível em www.ministeriopublico.pt).

Não constituindo o parecer da Junta de Saúde um verdadeiro acto administrativo, não lhe estão associados os efeitos que são próprios desses 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 (assim, MARCELO REBELO DE SOUSA – ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito*..., p. 185 e, no mesmo sentido, salientando a especial força jurídica auto-vinculativa e hetero-vinculativa de que gozam os actos administrativos, cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5.ª edição, Coimbra, 2018, p. 165).

Deste modo se pode afirmar que é com a notificação da homologação pelo Director dos Serviços de Saúde do parecer da Junta de Saúde que se tenha pronunciado no sentido da aptidão do trabalhador para regressar ao serviço que, não obstante a falta de norma expressa nesse sentido, em nosso entender, aquele ficará constituído no dever de se apresentar ao serviço, não podendo continuar a justificar as suas ausências através da apresentação de atestados médicos nos termos da alínea a) do artigo 100.º do ETAPM (este último ponto não é de resposta inequívoca. No entanto, a norma do n.º 2 do artigo 105.º do ETAPM aponta claramente no sentido propugnado, ao fazer depender a relevância justificativa da doença do trabalhador ocorrida após a Junta de Saúde o ter considerado apto para regressar ao serviço, da confirmação desta: sobre isto, apontando no mesmo sentido, embora manifestando algumas dúvidas, PAULO VEIGA MOURA – CÁTIA ARRIMAR, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1.º volume, Coimbra, 2014, pp. 46-47 e,

em especial, p. 53. Todavia, como dissemos, em Portugal o parecer da junta médica não está sujeito a homologação, constituindo, ele próprio, um acto administrativo e por isso aí se justifica que se entenda que o trabalhador deve regressar ao trabalho no dia seguinte à notificação do resultado da junta médica o que transpondo para o nosso ordenamento, não pode deixar de ter por referência a notificação do acto de homologação do parecer).

Portanto, de acordo com a que nos parecer ser a melhor leitura da lei, o simples parecer da Junta de Saúde, ainda que comunicado ao Trabalhador, não o constitui no dever de regressar ao trabalho no dia seguinte, nem o impede de justificar as faltas por doença através de atestado médico, nos termos previstos na alínea a) do artigo 100.º do ETAPM. Tal dever e um tal impedimento só se constituem com a notificação do acto de homologação do dito parecer, pois só nesse condicionalismo teremos um acto administrativo eficaz.

(iv)

No caso sujeito, não se vê que o acto de homologação do parecer da Junta de Saúde de 8 de Março de 2019, mesmo admitir-se que o mesmo considerou o Recorrente apto para regressar ao trabalho, tenha sido objecto da indispensável notificação ao Recorrente.

Assim, ao contrário do respeitável entendimento subjacente ao acto administrativo recorrido, estamos em crer que a simples comunicação do parecer da Junta ao Recorrente no próprio dia a que se refere o n.º 7 do artigo 105.º do ETAPM, não só não o vinculou a regressar ao serviço como também não constituiu impedimento juridicamente relevante a que o mesmo continuasse a justificar, validamente, a ausência por doença mediante apresentação de atestado médico nos termos gerais resultantes do artigo 100.º, alínea a) do ETAPM na exacta medida em que, como vimos, o acto administrativo do qual, de forma autoritária e vinculativa, resulta dever jurídico para o trabalhador regressar ao serviço ou, em caso de adoecer nos 7 dias úteis seguintes, se apresentar à Junta para confirmação da doença nos termos previstos no n.º 2 do artigo 105.º do ETAPM, era ineficaz por falta de notificação.

Como tal, tendo o Recorrente justificado validamente as suas faltas ao serviço posteriores a 8 de Março de 2019 através de atestados médicos, carece de fundamento legal a conclusão que fundou a prática do acto recorrido no sentido de que tais faltas, porque injustificadas, representam situação de ausência ilegítima disciplinarmente relevante.

Cremos, por isso, que o acto administrativo recorrido enferma de vício de violação de

lei que lhe é imputado pelo Recorrente e deve, por isso, ser anulado, ficando assim prejudicada a apreciação das demais questões suscitadas.

3.

Face ao exposto, salvo melhor opinião, parece ao Ministério Público que o recurso contencioso deve ser julgado procedente e, em consequência, deve ser anulado o acto administrativo recorrido.”

Em face de douta argumentação acima transcrita, que subscrevemos inteiramente e que é reproduzida para a fundamentação da decisão deste TSI, e além disso, acrescentamos e realçamos 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 68º do CPA e nas condições dos artigos 70º a 72º do mesmo CPA.

Não se actuando desta maneira, porque apenas se notificou o parecer, sem que este fosse deviammente 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**

Com o decidido, fica prejudicado o conhecimento das demais questões suscitadas.

*

Tudo visto, resta decidir.

* * *

V - DECISÃO

Em face de todo o que fica exposto e justificado, os juízes do TSI acordam em **julgar procedente o recurso**, anulando-se a decisão recorrida.

*

Sem custas por isenção subjectiva.

*

Notifique e Registe.

*

RAEM, 25 de Novembro de 2021.

Fong Man Chong

Ho Wai Neng

Tong Hio Fong

*

Mai Man Ieng