

Rec. n.º 8/ A/00  
Proc.:R-3620/99  
Data:2000-02-22  
Área: Açores

ASSUNTO: FUNÇÃO PÚBLICA - RECUPERAÇÃO DE VENCIMENTO PERDIDO EM EXERCÍCIO.

Sequência: Acatada

## I- Introdução

Foi dirigida ao Provedor de Justiça uma reclamação relativa à recuperação do vencimento perdido no interesse da Senhora Enfermeira Chefe ... no período de 08/02/99 a 09/03/99. Nos termos da reclamação, existia contradição entre a fundamentação do acto e a decisão que recaiu sobre a pretensão da interessada uma vez que, não obstante tanto a classificação de serviço como a assiduidade da funcionária justificarem a recuperação da totalidade do vencimento de exercício perdido, esta foi limitada ao máximo de oito dias por cada ano civil.

De notar que o requerimento da interessada estava datado de 10/03/99 e a decisão reclamada do senhor Administrador Delegado foi proferida em 12/03/99.

A pedido da Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores o Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo remeteu, a coberto do ofício de 15/10/99, cópia das deliberações relativas à recuperação do vencimento de exercício perdido. Sobre a questão reclamada nada foi dito.

Importa, pois, ter presente o teor da deliberação do Conselho de Administração do Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo, de 01/02/96, relativa à recuperação do vencimento de exercício, de forma a verificar a sua conformidade com o regime legal instituído pelo Decreto- Lei n.º 497/88, de 30 de Dezembro (1), alterado pelo Decreto- Lei n.º 178/95, de 26 de Julho (2) (3):

Deliberação do Conselho de Administração em Reunião de 96.02.01

1. Considerando que as razões que conduziram à adopção de um critério restritivo em matéria de recuperação do vencimento de exercício não se alteraram;
2. Considerando que a partir de 1 de Janeiro de 1996 entrou em vigor o novo regime de abono do vencimento de exercício perdido, importa, desde já, conjugar o quadro legal vigente com aquele critério.
3. Assim, o vencimento de exercício perdido relativo a 8 dias por cada ano civil, à excepção das situações de internamento devidamente comprovadas, será abonado nos seguintes montantes:
  - a) Na totalidade, se o funcionário ou agente, no ano anterior, não tiver classificação de serviço inferior a Bom e não tiver dado mais de 15 faltas;
  - b) Em 50%, se o funcionário ou agente no ano anterior, não tiver classificação de serviço inferior a Bom e tiver dado entre 15 a 30 faltas;
4. O funcionário ou agente que no ano anterior tiver dado mais de 30 faltas não será abonado do vencimento de exercício perdido.
5. Independentemente do número de faltas dadas no ano anterior, não haverá recuperação do vencimento de exercício para além de 8 dias de faltas por cada ano civil.

## II- Exposição de motivos

A análise relevante para a economia do processo cuja instrução ora decorre está limitada, por agora, às disposições contidas nos números 3 e 5 da deliberação supra transcrita. Com efeito, é a questão da limitação da recuperação do vencimento de exercício a 8 dias por cada ano civil que importa averiguar em termos da sua conformidade com o ordenamento jurídico.

Anote-se, então, o teor da disposição que, no Decreto- Lei n.º 497/88, de 30 de Dezembro (alterado pelo Decreto- Lei n.º 178/95, de 26 de Julho), regulava esta matéria:

#### Artigo 27.º (4) - Regime

- 1- O funcionário ou agente pode faltar ao serviço por motivo de doença devidamente comprovada.
- 2- As faltas por doença determinam a perda do vencimento de exercício apenas nos primeiros 30 dias de ausência seguidos ou interpolados, em cada ano civil, e implicam sempre o desconto no subsídio de refeição.
- 3- As faltas por doença descontam na antiguidade para efeitos de carreira quando ultrapassem 30 dias seguidos ou interpolados em cada ano civil.
- 4- O dirigente máximo do serviço pode, a requerimento do interessado, autorizar, no todo ou em parte, o abono do vencimento de exercício perdido, consideradas a classificação de serviço e a assiduidade.
- 5- O abono do vencimento de exercício perdido apenas será autorizado nos seguintes montantes e condições:
  - a) Na totalidade, se o funcionário ou agente, no ano anterior, não tiver classificação de serviço inferior a Bom e não tiver dado mais de 15 faltas;
  - b) Em 50%, se o funcionário ou agente, no ano anterior, não tiver classificação de serviço inferior a Bom e não tiver dado mais de 30 faltas.
- 6- Para efeitos do disposto no número anterior, apenas se excluem do conjunto das faltas as dadas ao abrigo dos artigos 9.º, 10.º e 11.º da Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, e 2.º e 3.º do Decreto- Lei n.º 135/85, de 3 de Maio.

É consabido que o legislador nem sempre baliza com rigor a vida jurídica. Com efeito, muitas vezes esta conformação é deixada à Administração para que, em concreto, tome uma de entre várias decisões possíveis - somente estando obrigada a respeitar os princípios indeclináveis que a Lei Constitucional destaca. Nestes casos, e porque o legislador não preferiu nenhuma das soluções concretas, fala-se em poder discricionário.

É igualmente verdadeiro afirmar que a liberdade da Administração no exercício de poderes discricionários nunca é absoluta; e isto porque a decisão administrativa é também composta por determinados momentos vinculados da prática do acto - competência, forma, formalidade procedimental, dever de fundamentação e fins do acto - que estão na génese do poder discricionário.

A circunstância da disposição que estava contida no artigo 27.º, n.º 4 do Decreto- Lei n.º 497/88, de 30 de Dezembro, referir expressamente que o dirigente máximo do serviço pode (...) autorizar (...) o abono do vencimento do exercício perdido inculcava, na expressão do Supremo Tribunal Administrativo (adiante STA), "(...) que a lei pretendeu conferir ao dirigente máximo do serviço um poder discricionário quanto aos pressupostos do acto praticado no seu exercício". (5)

Era indubitavelmente discricionário(6) o poder - conferido ao dirigente máximo do serviço pelo n.º 4 da norma acima transcrita - para autorizar, no todo ou em parte, ou denegar a atribuição ao funcionário que havia faltado ao serviço por motivo de doença devidamente justificada o abono do vencimento de exercício perdido correspondente ao tempo de doença. Este (poder discricionário) é aquele que a lei atribui à Administração para - dentro dos limites estabelecidos - escolher livremente de entre várias soluções possíveis, aquela que lhe parecer mais adequada ao interesse público visado pela norma que o concede. Esta discricionariedade quanto ao conteúdo - caracterizada pela liberdade de opção decisória e de eleição dos respectivos pressupostos - significava que o dirigente máximo do serviço poderia escolher, em face dos condicionalismos dos casos concretos e perante várias soluções possíveis, aquela que se lhe afigurasse mais adequada à prossecução do interesse público visado pela norma habilitadora.

No caso em apreço, uma vez que o dirigente máximo do serviço somente estava obrigado à observância do pressuposto vinculado (última classificação de serviço), não estava impedido de aditar a este um (ou uns) outro (ou outros) pressuposto (pressupostos) de referência.

A fixação de critérios adicionais é comumente tida como legítima, representando uma manifestação da

autocontenção administrativa - a jurisprudência administrativa também fala, a este propósito, de autolimitação ou autovinculação - desde que não implique um abandono da apreciação casuística da situação. Como refere o STA no Acórdão que tenho vindo a seguir "a fixação de (...) critérios adicionais, em tarefa de complementação, representando embora uma certa autolimitação ou autovinculação (melhor dizendo, uma certa autocontenção), não é ilegal desde que a Administração não prescindida da apreciação casuística ou da ponderação específica das situações, assim continuando a gozar da faculdade de deferir ou de indeferir total ou parcialmente os pedidos face às circunstâncias de cada caso".

A existência de limites que resultem de autovinculação da Administração tem, pois, subjacente a ideia de que a limitação interna é dirigida a um caso ou a uma situação delimitada e definida e esgota-se com o seu uso nessa situação.

A fixação de critérios de referência pela Administração, sendo adicionais e em complementação dos pressupostos vinculados, implica que no exercício da faculdade de deferir ou indeferir total ou parcialmente os pedidos, sejam eles todos ponderados. Mas significa, também, que os pressupostos complementares tenham correspondência com o fim visado pelo legislador e que, do mesmo passo, sejam funcionalmente conjugáveis com o tipo de acto administrativo balizado pelos elementos contidos na norma.

Nada impede, igualmente, que esta autovinculação da Administração possa ser obtida mediante a aprovação de despachos internos contendo directrizes ou instruções genéricas dirigidas aos serviços subalternos. Importa até destacar que, ao prevenir o arbítrio e ao assegurar uma certa uniformidade de decisões, este procedimento pode representar o exercício criterioso do poder discricionário. Refira-se, atendendo aos princípios que devem enformar a actividade administrativa, que este meio é um garante do princípio da igualdade, na sua vertente objectiva (igualdade objectiva): sempre que os elementos atendíveis forem iguais a Administração deve agir de forma idêntica.

Chegados aqui, atentemos no teor do artigo 29.º do Dec- Lei n.º 100/99, de 31 de Março:

#### Artigo 29.º - Regime

- 1.O funcionário ou agente pode faltar ao serviço por motivo de doença devidamente comprovada.
- 2.Salvo nos casos de internamento hospitalar, as faltas por doença determinam a perda do vencimento de exercício apenas nos primeiros 30 dias de ausência, seguidos ou interpolados, em cada ano civil.
- 3.As faltas por doença descontam na antiguidade para efeitos de carreira quando ultrapassem 30 dias seguidos ou interpolados em cada ano civil.
- 4.O disposto no número anterior não se aplica às faltas por doença dadas por deficientes quando decorrentes da própria deficiência.
- 5.As faltas por doença implicam sempre a perda do subsídio de refeição.
- 6.O dirigente máximo do serviço pode, a requerimento do interessado e tendo em conta o mérito evidenciado no desempenho de funções, nomeadamente através da última classificação de serviço, autorizar o abono do vencimento de exercício perdido nos termos do n.º 2.

A questão central, como atrás ficou dito, consiste na verificação da legitimidade (leia-se, legalidade) da limitação a oito dias por cada ano civil que o Conselho de Administração do Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo impôs à recuperação do vencimento do exercício perdido.

No que concerne ao regime constante do Decreto- Lei n.º 497/88, de 30 de Dezembro, afigura-se-me correcto afirmar que, após a decisão de autorizar o pagamento do vencimento de exercício perdido nos termos do n.º 4 (ponderação dos pressupostos), assistia ainda ao dirigente máximo do serviço a faculdade de decidir o pedido em concreto ao abrigo do regime constante das alíneas do n.º 5 (ponderação dos montantes). A circunstância da redacção do artigo 27.º, n.º 5 do Decreto- Lei n.º 497/88, de 30 de Dezembro, afastar-se dos termos do número anterior - uma vez que este referia que o dirigente máximo do serviço pode autorizar e aquele (n.º 4) dispunha que o abono apenas será autorizado nos seguintes montantes e condições - somente queria significar que a decisão de autorizar o abono do vencimento do exercício perdido estava balizada pelos seguintes requisitos vinculativos:

- a) Só o funcionário ou agente que, no ano anterior, não tivesse dado mais de 15 faltas (e que tivesse tido classificação de Bom ou superior) poderia ser abonado na totalidade;
- b) O funcionário ou agente que, no ano anterior, tivesse dado entre 16 e 20 faltas (e que tivesse tido

b) O funcionario ou agente que, no ano anterior, tivesse dado entre 10 e 50 faltas (e que tivesse sido classificado de Bom ou superior) não poderia ser abonado mais do que 50%.

Já o regime constante do artigo 29.º do Decreto- Lei n.º 100/99, de 31 de Março - até porque deixou de consagrar os requisitos vinculativos das alíneas do n.º 5 do artigo 27.º do Decreto- Lei n.º 497/88 - passou a conferir uma mais ampla margem de exercício do poder discricionário ao dirigente máximo do serviço; e, note- se, passou a fazer relevar, em termos amplos e genéricos, o mérito evidenciado no desempenho de funções.

Comece- se, enfim, por verificar que a limitação a oito dias por cada ano civil imposta à recuperação do vencimento do exercício perdido não corresponde, em rigor, a um pressuposto de referência; impedir que a recuperação exceda oito dias em cada ano civil significa que se criou um plafond e não um critério adicional de apreciação. Mas lembre- se, uma vez mais, que a discricionariedade (i.e. liberdade de opção decisória e de eleição dos respectivos pressupostos) permite ao dirigente máximo do serviço escolher, de entre as várias soluções possíveis, aquela que se lhe afigurar mais adequada à prossecução do interesse público visado pela norma habilitadora.

Em face destes factos, julgo não proceder a alegação de que a deliberação do Conselho de Administração do Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo é ilegal. Com efeito, não vejo que o interesse público defendido pelo Decreto- Lei n.º 497/88 ou, posteriormente, pelo Decreto- Lei n.º 100/99 esteja ameaçado, ou diminuído. E também não creio - em face da alegação constante da deliberação da necessidade de adopção de um critério restritivo neste domínio - que a discricionariedade tenha dado lugar à arbitrariedade. Diferentemente, a invocação parece- me não só atendível como defensável. Mas não obstante o que fica dito, a verificação da validade da decisão discricionária reclamada não pode deixar de estar intimamente ligada à respectiva fundamentação.

Uma vez que, no caso em apreço, não houve - ou não foi tornada pública - a ponderação das circunstâncias particulares da situação da Senhora Enfermeira Chefe ..., inexistem elementos que permitam aferir da legalidade deste procedimento decisório. Sendo entendimento pacífico, por um lado, que o acto praticado no exercício de poder discricionário é contenciosamente sindicável nos seus momentos vinculados e, por outro lado, que o dever de fundamentação é um dos domínios onde existe vinculação legal, faz todo o sentido, e procede, a alegação do vício de violação de lei.

Com efeito, nos termos do disposto no artigo 122.º, n.º 1, do Decreto- Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, que aprovou o Código do Procedimento Administrativo (adiante, CPA), os actos administrativos devem, em regra, ser praticados por escrito. Ao concretizar os requisitos da fundamentação do acto administrativo, o artigo 125.º ainda do CPA, esclarece que esta "deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão" (cf. n.º 1, 1.ª parte). Mesmo após ter sido transmitido à interessada o teor da informação da senhora Directora de Serviços Jurídicos e de Pessoal (cf. officio de 08/06/99), subsistiu uma situação de fundamentação (pelo menos) obscura, uma vez que os seus termos não permitem conhecer de forma clara o processo intelectual que conduziu à decisão.

Por outro lado, inexistente, em absoluto, fundamentação de facto. Com efeito, importava que o Conselho de Administração do Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo transmitisse à interessada elementos que permitissem "conhecer o itinerário cognoscitivo e valorativo" (vide Acórdão STA., de 06/02/90, Acórdãos Doutrinários, 351, p.339). Em suma, esperar- se- ia que a interessada tivesse recebido comunicação em que se fizesse referência:

- a) a quadro legal aplicável;
- b) à assiduidade relativa a 1998;
- c) ao total de faltas por doença relativas a 1999;
- d) à decisão;
- e) ao procedimento intelectual que, partindo dos factos e atendendo ao direito, chegara àquela conclusão.

Julgo que ainda faz todo o sentido defender, nesta fase, que o Conselho de Administração do Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo transmita à interessada os termos do processo cognitivo que levou à decisão de a abonar pelo período de 8 dias a título de vencimento de exercício perdido, até porque importa

chamar a atenção para a função garantística do dever de fundamentação dos actos administrativos e para a exigência constitucional de que aqueles que afectem direitos e interesses legalmente protegidos virem fundamentados. Acresce que esta circunstância é particularmente relevante nos actos discricionários, nos quais a fundamentação é "um poderoso instrumento de igualdade, imparcialidade e justiça administrativa, para não falar já da sua legalidade"(7).

Por outro lado, devo lembrar que em outros processos cuja instrução decorreu neste Órgão do Estado e nos quais o Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo foi visado por diversas vezes aconteceu ser reclamado, como circunstância incidental, o incumprimento dos deveres procedimentais e, em especial o dever de informação e de notificação. Assim, não obstante a presente Recomendação desatender a queixa relativa à aplicação do regime jurídico do vencimento de exercício perdido -, julgo dever manifestar a preocupação do Provedor de Justiça pelas repetidas alegações de incumprimento dos deveres de notificação e de fundamentação.

A presente Recomendação resulta do exercício da competência prevista no artigo 20.º, n.º 1, alínea a) do Estatuto do Provedor de Justiça e, em particular, da especial incumbência de contribuir para a melhoria dos serviços públicos.

Pelas razões que deixei expostas, RECOMENDO

A. Que o Conselho de Administração do Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo substitua o acto administrativo que decidiu o pedido da senhora Enfermeira Chefe... por outro devidamente fundamentado;  
B. Que o Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo passe a ter a especial preocupação de fundamentar os respectivos actos administrativos, relativos a funcionários ou a utentes, através da sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito que os motivaram;  
C. Que, em conformidade, o Conselho de Administração difunda directrizes ou instruções genéricas aos respectivos serviços do Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo chamando atenção para a necessidade do cumprimento integral e atempado dos deveres de notificação e de fundamentação.

O PROVIDOR DE JUSTIÇA

JOSÉ MENÉRES PIMENTEL

- (1) O Decreto- Lei n.º 497/88, de 30 de Dezembro, aprovou o regime jurídico das férias, faltas e licenças dos funcionários e agentes da Administração Pública.
- (2) Este diploma alterou a redacção dos artigos 7.º, 17.º, 20.º, 27.º, 31.º, 32.º, 33.º, 34.º, 35.º, 36.º e 90.º do Decreto- Lei n.º 497/88, de 30 de Dezembro.
- (3) Não obstante o Decreto- Lei n.º 100/99, de 31 de Março, ter aprovado um novo regime de férias, faltas e licenças dos funcionários e agentes da administração central, regional e local e dispor, no seu artigo 106.º, que "o novo regime de recuperação de vencimento de exercício produz efeitos a 1 de Janeiro de 1998" importa conhecer a redacção anterior até para melhor compreender o entendimento que, ao longo dos anos, a jurisprudência administrativa vem tendo sobre esta matéria.
- (4) Infra far- se- á referência à disposição contida no artigo 29.º do Decreto- Lei n.º 100/99, de 31 de Março.
- (5) Acórdão STA, n.º 46505, de 15/01/97.
- (6) Se mais fosse necessário para defender a natureza discricionária do poder autorizar a recuperação do vencimento de exercício perdido bastaria verificar a jurisprudência administrativa constante neste domínio. Cf., por todos, Acórdão supra referenciado, proferido no processo n.º 32892.
- (7) ESTEVES DE OLIVEIRA, Código do Procedimento Administrativo, Comentado, Almedina, Coimbra, 1998, p. 596.