

Processo n.º 120/2022

(Autos de recurso contencioso)

Relator: Fong Man Chong

Data : 1 de Dezembro de 2022

Assuntos:

- Poder discricionário em matéria de processo disciplinar e sua sindicância judicial

SUMÁRIO:

I - Em matéria de processo disciplinar, a escolha da medida disciplinar por parte da Entidade Recorrida corresponde ao exercício de um poder discricionário em relação ao qual os poderes sindicantes do tribunal é muito limitado. O Tribunal só poderá ter intervenção anulatória em caso de erro manifesto ou total desrazoabilidade nesse exercício ou de violação intolerável dos princípios gerais que regem a actividade administrativa, nomeadamente, do princípio da proporcionalidade.

II - Face à gravidade dos factos praticados pelo Recorrente, não se pode dizer que a Entidade Recorrida tenha agido de forma totalmente desrazoável ou em flagrante e intolerável violação do princípio da proporcionalidade ao ter decidido aplicar a pena de demissão e daí que o vício de violação de lei que o Recorrente imputou ao acto recorrido, consistente na violação do princípio da

proporcionalidade, não pode deixar de claudicar, o que é bastante para julgar improcedente o recurso contencioso por ele interposto.

O Relator,

Fong Man Chong

Processo n.º 120/2022

(Autos de recurso contencioso)

Data : 01 de Dezembro de 2022

Recorrente : A (A)

Entidade Recorrida : **Secretário para a Administração e Justiça**

*

ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA RAEM:

I – RELATÓRIO

A (A), Recorrente, devidamente identificado nos autos, discordando do despacho do **Secretário para a Administração e Justiça**, datado de 30/12/2021, veio, em 04/02/2022, interpor o presente recurso contencioso para este TSI, com os fundamentos constantes de fls. 2 a 11, tendo formulado as seguintes conclusões:

A. 本司法上訴針對的是行政法務司司長在第 021/PRES/FP/2021 號建議書作出批示，其決定根據《通則》第 315 條第 1 款，第 2 款 o)項及第 3 款的規定科處司法上訴人撤職處分。

B. 作出上述決定之原因為認為司法上訴人之行為構成《澳門公共行政工作人員通則》(下稱「通則」)第 281 條規定的特別義務(即第 15/2009 號法律第 11 條第 2 款)的違紀行為，屬引致不能維持職務上之法律狀況的情況，並結合案中存在之減輕及加重情節，根據《通則》第 315 條第 1 款，第 2 款 o)項及第 3 款的規定科處司法上訴人撤職處分。

C. 根據被訴行為之報告事實部分的第 3 條，被訴實體僅採納了司法上訴人於書面答辯中所提及的 CR5-20-0023-PCC 號合議庭裁判書的多項未證事實以及涉及犯罪集團的事實。

D. 然而除此之外，司法上訴人實際於書面答辯中亦請求被訴實體考慮第 CR5-20-0023-PCC 號合議庭判決書第 227 頁至 229 頁有關“嫌犯 A 在庭審中作出聲明”的全部內容，因為這些聲明屬對司法上訴人違紀行為中過錯認定的重要證據。

E. 在這些聲明中，司法上訴人尤其表達到：

(1) 其沒有接受嫌犯 B 作出的推銷，“資金有眉目”單純是為著隨便應付該嫌犯，且實際上也沒有預留或購買相關房產；

(2) 另外嫌疑人早於 2012 年 3 月離開貿促局，不知道內部評核個案的最新標準；

(3) 其沒有起草有關兩份推薦信，但其協助起草相關兩份書面聽證的回覆，因其認為手頭上的文件內容為真實。

F. 除了以上被忽略之事實以外針對上述決定，司法上訴人認為有以下的瑕疵：

(A) 基於違反《通則》第 298 條第 1 款沒有正式聽取司法上訴人聲明而沾有的不可補正的無效瑕疵：

AA. 被上訴之紀律程序源自 2018 年 11 月 6 日廉政公署第 1076/DSCC/2018 號公函通知退休基金，主張司法上訴人在退休基金會任職期間，涉嫌觸犯了第 6/2004 號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第 18 條第 2 款所規定及處罰的「偽造文件」罪及《刑法典》第 348 條所規定及處罰的「違反保密罪」，而司法上訴人當時亦已被司法機關採取中止擔任公共職務及禁止離境等強制措施。

BB. 而時任行政法務司司長於 2018 年 11 月 8 日作出批示批准對司法上訴人開展紀律程序，並於任命預審員 C 擔任預審員。

CC. 於 2018 年 11 月 28 日通過電話約定司法上訴人於 2018 年 11 月 30 日前往澳門水坑尾 162 號公共行政大樓在預審員及其秘書的見證下聽取司法上訴人的聲明，

DD. 當日被問及是否有意就上述其作為嫌疑人的紀律程序作出聲明，司法上訴人表示不作聲明。因此，被訴實體認為已履行了《通則》第 329 條第 3 款所要求聽取之聲明。

EE. 然而，就當時而言，卷宗內尚不具備任何的證據及事實滿足預審員作出控訴或歸檔的決定。

FF. 後來，基於與司法上訴人相關聯之刑事訴訟程序的進行，而在該刑事訴訟程序所調查之事實與被上訴之紀律程序相同，預審員於 2018 年 12 月 8 日提請中止紀律程序，直至該刑事訴訟程序得到轉為確定的裁判。

GG. 但，就算到最終於 2021 年上訴刑事訴訟程序之最終判決轉為確定後，負責之預審員亦再也沒有再次邀請司法上訴人進行聽證，司法上訴人等來的就只有於 2021 年 9 月 1 日收到的公函 023/pd1/fd/2018：通知司法上訴人合併程序與換預審員；以及 2021 年 9 月 27 日簽收的紀律程序控訴書狀。

HH. 也就是說司法上訴人知道 2021 年 9 月 27 日簽收控訴書狀那日，才正式及具體得直行政當局就所調查得出司法上訴人作出何種事實應被通過紀律程序獲得懲戒，更不用說針對相關事實有任何發表意見的機會。

II. 結合尊敬的學者 Manuel Leal-Henriques 及 Marcello Caetano 對《通則》第 298 條第 1 款相關概念的理解認為，作為此條文所要求的聽證，是作為一種自然保障性的權利，以確保當事人能就具體的時間、地點以及不法事實，在被作出控訴決定前，以對等的方式進行辯護。

JJ. 被訴行為的報告主張之已滿足聽取當事人聲明的要求，但當時的預審員亦未能就任何有助於形成控訴事實向司法上訴人進行發問，後者根本不知道需要為其作出何種辯護。

KK. 因此，若認為 2018 年 11 月 30 日之聲明聽取亦同時符合《通則》第 298 條第 1 款之聽證要求的話，則嚴重違反立法者對該條文所訂立之立法精神，沾有不可補正的瑕疵。

(B) 基於對法律條文的錯誤解釋違反合法性原則而沾有可撤銷之瑕疵

LL. 一方面，被訴行為之報告理由陳述部分認為司法上訴人分別在嫌犯 D、嫌犯 E、嫌犯 F 以及嫌犯 G 四項犯罪下指導和參與偽造文件，因此認為司法上訴人四次重複違反第 15/2009 號法律《領導及主管人員的基本規定》第 11 條第 2 款所規定的特別義務。

MM. 但司法上訴人認為該條文中作為要件之一的“個人行為”，在概念上須作限縮解釋，因為若不作任何限制，則結論將會是領導及主管官職人員的一切私生活都需要經受大眾的考驗。

NN. 在第 15/2009 號法律所參考的第 1/III/2009 號意見書中議員曾詢問過該特別義務是否會侵犯個人的隱私權，雖在意見書內沒有正面答案，然而在此法出台後，又相繼出台第 26/2009 號行政法規《領導及主管人員通則的補充規定》以及第 384/2010 號行政長官批示第 1

款所公佈的《領導及主管人員行為準則---義務及違反義務時的責任》以作補充及解釋。

OO. 尤其需要注意第 384/2010 號行政長官批示第 1 款所公佈的《領導及主管人員行為準則----義務及違反義務時的責任》，該文件為對第 15/2009 號法律條文之解釋性文件，相比於被訴行為之報告所引述的學說見解，該文件效力上具解釋之約束性。

PP. 在第 384/2010 號行政長官批示第 1 款所公佈的《領導及主管人員行為準則----義務及違反義務時的責任》文本中，明文規定第 15/2009 號法律第 11 條第 2 款之義務僅限於“在執行職務與市民接觸時”所作出的行為。

QQ. 因此，其被指控違紀之“個人行為”並不能證實符合解釋性文件所規範的“在執行職務與市民接觸時”所作出的行為之概念。

RR. 此外，司法上訴人對於所指控違反的四項行為亦沒有構成違紀責任的過錯。

SS. 無論是《通則》抑或是學說，均認為只有違紀嫌疑人在作出行為時具可歸責於其自身的過錯才能構成違紀責任。

TT. 根據《通則》第 287 條對紀律程序以及刑事訴訟程序互為獨立之關係的規定可見，紀律責任與刑事責任是互相平行及獨立的兩項法律責任。在多個互為獨立的法律責任中，行為人作出行為時的心理運動，又或者說可歸責性並不必然一致。

UU. 即在初級法院第五刑事法庭第 CR5-20-0023-PCC 號合議庭判決書中論證的司法上訴人有觸犯“偽造文件”罪的過錯，不必然等於對第 15/2009 號法律《領導及主管人員通則的基本規定》第 11 條第 2 項之特別義務違反的過錯。

VV. 在被訴行為中並沒有對司法上訴人之刑事犯罪行為與所指控的紀律責任違紀行為之過錯作區分。也因此，就更沒有分別具體地就每一次行為中司法上訴人之過錯及其因果關係作出論述。若認為兩者一致，須具體指出可印證的事實解釋當中的因果關係及理由。

WW. 而實際上，如果被訴當局有參考或至少聽取本書狀第 6 條所提及到的司法上訴人在第 CR5-20-0023-PCC 號刑事訴訟案件庭審中所聲明的多項事實，也不會在毫無理由解釋的情況下認定司法上訴人屬有意識之故意違紀。

XX. 基於被訴行為沾有違反合法性原則及違反法律之瑕疵，請求法官閣下撤銷被訴行為。

(C) 基於明顯違反適度原則而沾有可撤銷之瑕疵

YY. 除了應有的尊重外，司法上訴人認為所採取之違紀處分上亦明顯違反了適度原則(princípio da proporcionalidade)。

ZZ. 根據終審法院第 57/2020 號司法裁判的上訴的解釋認為紀律程序亦同樣受行政法中適度原則所約束。

AAA.被訴行為所依據的《通則》第 315 條中要求當事人不能維持職務上之法律狀況才可予以科處。

BBB. 根據終審法院第 11/2019 號判決指出，行政活動的適度原則要求決定必須符合以下要求：適當性、必要性及適度性。

CCC. 此標準結合《通則》第 315 條就需要回答兩個問題

(1) 被訴行為的理由解釋是否有解釋為何司法上訴人的情況屬“不能維持職務上之法律狀況”；

(2) 就司法上訴人之情況，撤職是否屬於過度。

DDD. 根據澳門終審法院第 79/2020 號司法裁判的上訴中指出，在判斷是否符合《通則》第 315 條中提及到的“不能維持職務上之法律狀況”時，應考慮實施的事實的客觀嚴重性，還須基於其結果對履行所擔任的職務造成的影響，以及透過行為的性質和實施事實的情節而認定行為人表現出一種不適於履行相關職務的人格。

EEE. 司法上訴人並沒有就所指控的違紀行為使用其當期時所賦予之公權力。

FFF. 其次，被指控的違紀行為並非公開作出，僅為司法上訴人私人時間下的個人行為。

GGG. 再者，司法上訴人所作出的僅僅為撰寫多份《書面聽證回覆》，這一行為本身並不會猶如被訴行為的報告所述會直接損害公共利益、特區政府、退休基金會及澳門貿易投資促進局的聲譽和執行有關官職所需的威嚴，或公眾對《投資、管理人員及具特別資格技術人員居留制度》公正性的信心。

HHH. 因為撰寫報告的預審員沒有正視真正符合上述論述的行為是在初級法院第五刑事法庭第 CR5-20-0023-PCC 號刑事訴訟案件中，其他嫌犯以“犯罪集團的方式”濫用職權、以公謀私等等的犯罪行為。而非司法上訴人的四項撰寫《書面聽證回覆》。

III. 此外，在被引述的刑事判決中，當審法官僅作出了司法上訴人刑事犯罪方面的處

罰，並無判處其須另外承擔任何針對公職上的其他處罰。

JJJ. 最後，被訴實體亦沒有就該四項違紀行為與“職務的不能維持”之因果關係作具體解釋。

KKK. 基於被訴行為沾有違反適度原則之瑕疵，請求 尊敬的法官閣下撤銷被訴行為。

(D) 基於違反雙重考慮原則而沾有可撤銷之瑕疵

LLL. 根據被訴行為報告理由陳述的第 11 條，認為司法上訴人之個案除了存在《通則》第 283 條第 1 款、第 2 款 c 項及第 2 款 h 項的加重情節外，還符合同條第 2 款 j 項之加重情節。

MMM. 具體理由於控訴書內列明，認為司法上訴人具備法學士及刑事學碩士的學歷資格，故符合第 283 條第 2 款 j 項的加重情節。

NNN. 然而，被訴實體實際忽略了其主張司法上訴人所違反的義務並非一般違紀行為的義務，而是第 15/2009 號法律對特區政府之領導及主管級別公職人員的特別義務在受約束主體上作出範圍的縮減。

OOO. 只有具備相應主管職位的學士學歷才能擔任司法上訴人退休基金會副廳長職位(第 26/2009 號行政法規《領導及主管人員通則的補充規定》第 3 條第 1 款)。

PPP. 如此，在科處副廳長的紀律種類和相關的紀律處分中，立法者已經考慮到了那項廳長官職必須是大學學士的事實。

QQQ. 這樣，處分行為就不能考慮所指的加重情節，因為它已經在相關法律規定的處分中得以考慮，也因為這種做法與《刑法典》第 65 條第 2 款規定一經《澳門公共行政工作人員通則》第 277 條規定補充適用——的禁止雙重考量原則或重複審理原則(non bis in idem)相悖

RRR. 因為其中規定在確定刑罰之份量時，作出決定時只能考慮所有不屬罪狀之情節。

SSS. 正如學者 J.FIGUEIREDO DIAS 闡述的，“該原則有個幾乎明顯的理由：法官不應該為了確定刑罰之份量使用立法者已經在為相關行為設定處分幅度時考慮過的情節，因為它們不僅是狹義上的違法種類的要素，而是對法定處分起到重要作用的所有情節。

TTT. 基於被訴行為沾有違反禁止雙重考慮(non bis in idem)原則及違反法律之瑕疵，請求 法官閣下撤銷被訴行為。

*

Citada a Entidade Recorrida, o **Senhor Secretário para a Administração e Justiça** veio contestar o recurso com os fundamentos constantes de fls. 31 a 52, tendo formulado as seguintes conclusões:

1. 被訴行為所依據之事實均奠基於已轉為確定裁判之既證事實，有關事實不可置疑；而司法上訴人在書面答辯中所提到的未證事實以及涉及犯罪集團的事實，在控訴書中並沒有被引用。

2. 司法上訴人作為嫌犯之辯護權在由法官主持之刑事訴訟程序中已依法獲得保障，其陳述之內容(包括聲明之內容)亦已被法院所考量，從而得出報告書所引述之已證事實，故並不存有司法上訴人所指之事實忽略。

3. 法律並無規定在紀律程序作出控訴前必須將擬控訴的事實告知嫌疑人，或就該等事實聽取嫌疑人之意見，只規定預審員必須在預審結束前聽取嫌疑人之聲明。

4. 預審員於預審階段已聽取了司法上訴人之聲明，惟其表示不作出聲明，換言之，已依法履行了《通則》第 329 條第 3 款所規定的調查措施，故被訴行為並無沾有司法上訴人所指之無效瑕疵。

5. 倘若尊敬的法官閣下不認同上述理由，為著完全之辯護，根據《通則》第 298 條第 1 款之規定，為保障嫌疑人於紀律程序中之聽證權及辯護權，在作成控訴書時如無聽取嫌疑人之聲明，可引致不可補正的無效。

6. 然而，不論是學說抑或司法見解，均認為只有在行政行為侵害到一基本權利之根本或核心內容時，才可被視為無效。

7. 被訴行為所涉紀律程序之控訴書，根據《通則》第 332 條第 2 款之規定，以具體、清楚及確切之方式分條縷述歸責於嫌疑人的事實、所適用之法律、加重情節及減輕情節、可能受到的處分等內容，依法向司法上訴人及其辯護律師作出通知。

8. 在收到上述控訴書後，司法上訴人透過其辯護律師查閱了紀律程序之卷宗，並具體地針對控訴書所述之事實、適用法律、加重情節作出書面辯護。

9. 從上可見司法上訴人作為紀律程序之嫌疑人是完全明白有關指控的意義及範圍，其辯護權及參與權等基本權利已得到了切實的保障，故其認為被訴行為違反《通則》第 298

條第 1 款規定之理由並不成立。

10. 根據現行學說及司法見解，均認為公務人員的個人行為亦受紀律責任所約束。

11. 換言之，即使屬公務人員私人生活之個人行為或其沒有行使任何公權力之行為，只要有關行為對其所服務之部門或實體或對澳門特別行政區之聲譽、形象及尊嚴造成負面影響，使社會大眾質疑行政當局工作人員擔任職務之適當性，或使彼等對行政當局所提供的服務失去信心及信任時，須受到紀律責任之追究。

12. 故此，第 15/2009 號法律第 11 條第 2 款所規定之個人行為並非如司法上訴人所述僅限於在執行職務與市民接觸時之個人行為，而是同樣包括其私人生活中之個人行為以及沒有行使任何公權力之行為。

13. 考慮到司法上訴人所作行為之結果已嚴重損害了特區政府的聲譽和形象，令公共服務的使用者對政府的服務產生了不信任及失去信心，明顯違反了第 15/2009 號法律第 11 條第 2 款所規定之義務，故認為司法上訴人就被訴行為錯誤解釋及適用上述條文規定而沾有可撤銷，瑕疵之理由並不成立。

14. 根據被訴行為所引述之已轉為確定的第 CR5-20-0023-PCC 號裁決，司法上訴人之行為被認定觸犯偽造文件罪，屬故意犯罪。而判處其有罪的前提，是不但要查明構成此項犯罪的客觀事實，而且還要滿足主觀要素——**故意**。

15. 按照既決案件之效力，司法上訴人的過錯已在有關確定有罪判決中的既證事實及定罪中反映，已不能於紀律程序中再作推翻。

16. 司法上訴人是在自由、自願及有意識的情況下實施偽造文件之行為，毫無疑問地存有故意，故司法上訴人就被訴行為並無就過錯方面作分析所提出之理由並不成立。

17. 根據本澳主流的司法見解，紀律處分的適用以及具體處罰的選擇均由行政當局自由裁量，除非出現顯而易見的錯誤、明顯不公正或違反行政合法性、平等、適度、公正及公平等行政法的一般原則的情況，否則不受司法審查。

18. 司法上訴人作為行政當局之主管人員，且具有法律學士學位及刑法碩士學位，具備豐富的法律知識，尤其掌握在刑法範疇的專業知識，理應嚴格遵守法律，在工作中保持良好的操守以及在日常生活中時刻緊記自己的責任及義務。

19. 偽造文件是違法行為，但司法上訴人明知故犯，可見其行為與行政當局之主管

身份是極不相稱，已不具備作為一名主管所應有的操守及道德。

20. 司法上訴人對澳門特區之形象造成負面影響，並嚴重損害了公共利益及其執行有關官職所需的威嚴，若繼續維持有關職務關係，會不可彌補地損害公眾對公權力的公正性的信心。

21. 因此，針對有關行為向司法上訴人科處撤職處分之決定並無出現行使自由裁量權時存在權力偏差、明顯的錯誤或絕對不合理的情況，即不存在可被司法審查的違法情況，認為司法上訴人就被訴行為違反適度原則而沾有可撤銷瑕疵之理由並不成立。

22. 根據第 26/2009 號行政法規第 3 條第 1 款配合第 6 條第 2 款及第 3 款之規定，學歷要求並非擔任領導及主管官職之必要條件，故不能視立法者在第 15/2009 號法律第 11 條第 2 款所規定的領導及主管之特別義務中已就有關學歷要求作考慮，或視學歷要求是作為相關違紀行為的法定構成要件。

23. 《通則》所規定之紀律責任罰則適用於所有公務人員，當中把公務人員的“職務責任及有關人員之文化水平”納入《通則》第 283 條規定之加重情節中，有關規定並未排除對擔任特定職務(如領導及主管職務)之適用。

24. 因此，倘若針對領導及主管科處《通則》所規定之紀律處分，應就其所擔任職務之責任或其文化水平之情況作為紀律處分之加重情節一併作考慮。

25. 司法上訴人所作行為違反了第 15/2009 號法律第 11 條第 2 款規定之義務，考慮到高學歷水平並非為擔任廳長一職之必要條件，而僅在確定處罰時才把有關情況作一併考慮。因此，就司法上訴人認為在對其違反上述義務而科處紀律處分時，已經就其學歷水平作考慮，於確定罰刑方面不能再以其學歷水平以加重情節之名義再作考慮之理由並不成立。

*

**O Digno. Magistrado do Ministério Público junto do TSI emitiu o
douto parecer de fls. 182 a 185, pugnando pelo improvimento 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 competente processo disciplinar contra o Recorrente, tendo a Entidade Recorrida proferido o seguinte despacho:

批示：

同意建議書附件三報告所述(面、底共十頁，其內容在此視為完全轉錄)，並根據該報告所述的事實及法律依據，並作出以下決定：

1. 對嫌疑人 A 處以撤職處分；
2. 將紀律程序卷宗送交退休基金會，以便依法通知嫌疑人及其辯護人。

行政法務司司長

XXX

30/12/2021

事由：

第 1/FP/2018 號紀律程序的裁定

建議書

編號：021/PRES/FP/2021

日期：28/12/2021

尊敬的行政法務司司長閣下：

根據 閣下 2021 年 11 月 16 日於本會第 017/PRES/FP/2021 號建議書上的批示，宣告第 1/FP/2018 號紀律程序卷宗的控訴書無效，並將有關紀律程序卷宗退回予預審員以進行續後工作(附件一)。

於 2021 年 11 月 17 日，本會透過第 04420/073/CA/FP/2021 號公函將上述批示通知預審員，並退回有關紀律程序卷宗(附件二)。

於 2021 年 12 月 28 日，本人收到上述紀律程序的預審員作出之報告書(附件三)及相關卷宗。

按照上述報告書所述，預審員根據已獲證實之事實，認為嫌疑人之行為構成《澳門公共行政工作人員通則》(以下簡稱《通則》)第 281 條¹規定的違紀行為，屬引致不能維持職務上之法律狀況的情況，並結合案中存在之減輕及加重情節，建議根據《通則》第 315 條第 1 款、第 2 款 o)項及第 3 款²的規定科處嫌疑人撤職處分。

根據《通則》第 322 條³、經第 2/2021 號行政法規修改和重新公佈的第 6/1999 號行政法規第 2 條第 2 款及其附件二第 5)項⁴，以及第 180/2019 號行政命令第 1 款⁵之規定，科處撤職

¹ 《通則》第 281 條：“違紀行為係指公務員或服務人員作出之違反其須遵守之一般義務或特別義務之過錯事實。

² 《通則》第 315 條：“一、強迫退休或撤職處分一般對引致不能維持職務上之法律狀況之違紀行為科處。二、尤其可對下列公務員及服務人員科處上述之處分：(...) o) 經確定之判決判罪，且該判決中命令科處撤職處分者，或以任何形式顯示出其失去擔任職務之尊嚴或在道德上欠缺擔任職務之適當性者。三、強迫退休處分僅對最少具有為退休之效力而計算之十五年服務時間之公務員或服務人員科處；不具上述服務時間者，科處撤職處分。”

³ 《通則》第 322 條：“科處停職、強迫退休及撤職處分屬總督之權限。”

⁴ 第 6/1999 號行政法規第二條：“二、為適用上款的規定，本行政法規附件二所指的部門及實體視乎情況

處分屬行政法務司司長的權限。

基此，現按照《通則》第 337 條第 3 款⁶之規定，謹將第 1/FP/2018 號紀律程序卷宗(附件四)呈交行政法務司司長 閣下作出裁定。

謹呈上考慮。

行政管理委員會代主席

附件：

- 一. 本會第 017/PRES/FP/2021 號建議書副本；
- 二. 本會第 04420/073/CA/FP/2021 號公函副本；
- 三. 2021 年 12 月 28 日第 1/FP/2018 號紀律程序之報告書；
- 四. 第 1/FP/2018 號紀律程序卷宗共一冊。

*

其他事實包括：

1. 廉政公署 2018 年 11 月 6 日第 1076/DSCC/2018 號公函通知退休基金會，檢舉嫌疑人 A 在退休基金會任職期間，涉嫌觸犯了第 6/2004 號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第十八條第二款所規定及處罰的「偽造文件」罪及《刑法典》第三百四十八條所規定及處罰的「違反保密罪」，而嫌疑人亦被司法機關採取中止擔任公共職務及禁止離境等強制措施(詳見卷宗第 7 頁)。

2. 退休基金會行政管理委員會主席於 2018 年 11 月 8 日在 2018 年 11 月 7 日第 003/VPRES-D/FP/2018 號建議書上的批示同意對嫌疑人提起紀律程序(詳見卷宗第 4 頁)。

3. 退休基金會 2018 年 11 月 13 日第 018/PRES/FP/2018 號建議書建議委任 C 為紀律

隸屬於行政法務司司長或由其監督，該附件為本行政法規的組成部分。”

附件二(第二條第二款所指者)：“(…)(五)退休基金會；”

⁵ 第 180/2019 號行政命令：“一、將第 6/1999 號行政法規第二條所指的行政長官在該等施政領域及部門和實體方面的執行權限，以及其在行政法務司司長辦公室的執行權限授予該司司長 XXX。”

⁶ 《通則》第 337 條：“三、作出報告後，須在二十四小時內將卷宗送交命令提起紀律程序之實體；如該實體無權限作出裁定，則須在兩日內將之轉送予應作出裁定之人。”

程序的預審員(詳見卷宗第 9 頁)。

4.預審員於 2018 年 11 月 20 日開始第 1/FP/2018 號紀律程序(詳見卷宗第 17 頁)。

5. 初級法院第五刑事法庭第 CR5-20-0023-PCC 號合議庭判決書裁定：嫌疑人在嫌犯 D 個案中被判以直接共同正犯，以既遂方式觸犯兩項『偽造文件罪』，均罪名成立，每項判處三年徒刑；在嫌犯 E 及嫌犯 F 個案中被判以直接共同正犯，以既遂方式觸犯兩項『偽造文件罪』，均罪名成立，每項判處三年徒刑；在嫌犯 G 個案中被判以直接共同正犯，以既遂方式觸犯三項『偽造文件罪』，均罪名成立，每項判處三年徒刑；上述數罪競合，合共判處嫌疑人四年實際徒刑之單一刑罰(詳見卷宗第 423 至第 424 頁，初級法院第五刑事法庭第 CV5-20-0023-PCC 號合議庭判決書第 516 至第 517 頁)。當中兩個個案(嫌犯 E 及嫌犯 F 個案和嫌犯 D 個案)總共四項『偽造文件罪』發生在嫌疑人任職於退休基金會期間。

6. 初級法院第五刑事法庭第 CV5-20-0023-PCC 號合議庭裁判書已於 2021 年 6 月 17 日轉為確定。(詳見卷宗第 165 頁)。

* * *

IV – FUNDAMENTOS

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

“(…)

1.

A, melhor identificado nos autos, interpôs recurso contencioso do acto administrativo praticado pelo **Secretário para a Administração e Justiça** que lhe aplicou a pena disciplinar de demissão, pedindo a respectiva anulação.

Citada, a Entidade Recorrida apresentou contestação na qual concluiu no sentido da improcedência do presente recurso contencioso.

2.

2.1.

(i)

O primeiro fundamento invocado pelo Recorrente para sustentar a sua pretensão anulatória consiste na alegada violação do disposto no n.º 1 do artigo 298.º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau (ETAPM), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro.

De acordo com o Recorrente, tal violação ocorreu na medida em que não lhe foi dada oportunidade para se pronunciar sobre os factos que constam da acusação dada a diferença que existe entre os mesmos e aqueles que existiam no processo disciplinar quando foi ouvido em declarações em 30 de Novembro de 2018.

Não nos parece que o Recorrente tenha razão.

Em matéria de audiência do arguido em processo disciplinar emergem do regime legal consagrado no ETAPM três normas legais particularmente relevantes. Por um lado, a do n.º 3 do artigo 329.º, segundo a qual o instrutor deverá obrigatoriamente ouvir o arguido em declarações até ao termo da instrução; e, por outro lado, a norma do n.º 1 do artigo 298.º conjugada com a do n.º 1 do artigo 333.º e das quais resulta a obrigatoriedade de ouvir o arguido em artigos de acusação em que as infracções sejam suficientemente individualizadas e referidas aos preceitos legais infringidos.

No caso em apreço, verifica-se que a Administração observou o disposto nas referidas normas. Com efeito, no decurso da instrução, ouviu o arguido, assim dando cabal satisfação ao estatuído no n.º 3 do artigo 329.º do ETAPM e, além disso, notificou-o da acusação, cumprindo, desse modo, a exigência legal contida no n.º 1 do artigo 333.º e no n.º 1 do artigo 298.º do mesmo Estatuto.

Não nos parece sustentável o entendimento do Recorrente no sentido de que os desenvolvimentos instrutórios ocorridos após a audição do arguido ao abrigo do n.º 3 do artigo

329.º do ETAPM obriguem a nova audição antes da dedução da acusação. O que acontecerá é que o arguido, confrontado com a acusação a poderá contestar em toda a sua extensão, deduzindo a sua defesa nos termos previstos no artigo 334.º do ETAPM, dessa forma ficando assegurado o pleno exercício do direito de defesa e da garantia do contraditório.

Consideramos, pois, que deve improceder o primeiro fundamento do presente recurso.

(ii)

Em segundo lugar, alega o Recorrente que o acto recorrido enferma de violação de lei por ter interpretado erradamente a norma do n.º 2 do artigo 11.º da Lei n.º 15/2009, porquanto, em seu entender, não estão preenchidos os pressupostos objectivos e subjectivos da violação do dever previsto naquela disposição legal.

Também aqui, estamos em crer que o Recorrente não tem razão.

No exercício das suas funções, os titulares de cargos de direcção e chefia são responsáveis disciplinarmente perante a RAEM e demais pessoas colectivas públicas (cfr. artigo 22.º da Lei n.º 15/2009).

Segundo o n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 15/2009, o pessoal de direcção e chefia está sujeito aos deveres gerais dos trabalhadores da Administração Pública da RAEM, bem como aos deveres específicos inerentes às respectivas funções. Os deveres gerais dos trabalhadores são, essencialmente, aqueles que estão consagrados no artigo 279.º do ETAPM e os deveres específicos são os que se encontram elencados no artigo 16.º do Regulamento Administrativo n.º 26/2009 e bem assim aquele que se prevê no n.º 2 do artigo 11.º da Lei 15/2009, o qual impõe aos indivíduos investidos em cargos de direcção e chefia o dever de pautarem a sua conduta pessoal por forma a que a mesma não afecte negativamente a imagem da RAEM ou do serviço ou entidade que servem nem diminua a autoridade necessária para o exercício do cargo.

Foi justamente este dever que a Entidade Recorrida considerou ter sido violado pelo Recorrente de molde a justificar a aplicação da sanção disciplinar aqui em causa.

Ora, contrariamente ao que se alega no recurso, não nos parece que a violação desse

dever ocorra apenas nas situações em que o titular do cargo de direcção e chefia contacte com o público durante o exercício das suas funções e também não cremos que a interpretação do dito dever efectuada pela Administração colida com o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Com efeito, o que está em causa são factos que consubstanciam uma actuação criminosa do Recorrente os quais, como parece evidente, não podem deixar de se repercutir de modo muito negativo não só na imagem da RAEM, mas também na imagem do próprio Fundo de Pensões, afectando, ademais e de modo irremediável, a autoridade necessária para o exercício do cargo. Tudo isto, independentemente, segundo pensamos, de os factos criminosos terem sido praticados enquanto o Recorrente estava a exercer funções ou fora de serviço.

No que tange à questão da culpa pela violação do dever especial previsto no n.º 2 do artigo 11.º da Lei n.º 15/2009 que o Recorrente coloca (cfr. artigo 55.º da petição inicial), é patente, salvo o devido respeito, a sua falta de razão. Na verdade, a prática dolosa de factos criminosos por parte do Recorrente não pode deixar de consubstanciar uma actuação negligente no que respeita à infracção daquele dever e isso bastará para se poder afirmar o indispensável juízo de culpa.

(iii)

A terceira questão colocada no recurso prende-se com uma alegada violação do princípio da proporcionalidade resultante da aplicação da pena disciplinar de demissão.

Vejamos.

A escolha da medida disciplinar por parte da Entidade Recorrida corresponde ao exercício de um poder discricionário em relação ao qual os poderes sindicantes do tribunal é, por isso, muito limitado. Como se sabe, o tribunal só poderá ter intervenção anulatória em caso de erro manifesto ou total desrazoabilidade nesse exercício ou de violação intolerável dos princípios gerais que regem a actividade administrativa, nomeadamente, do princípio da proporcionalidade.

Constitui jurisprudência constante a de que, ao tribunal não compete dizer se, no caso, aplicaria ou não a pena disciplinar concretamente aplicada pela Administração. Essa é uma avaliação que cabe exclusivamente à Administração. O papel do Tribunal é outro, é o de concluir se houve erro manifesto ou total desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários»,

nomeadamente, por violação intolerável, flagrante, evidente do princípio da proporcionalidade ou outro (assim, acórdãos do TUI de 19.11.2014, processo n.º 112/2014 e de 5.12.2018, processo n.º 65/2018).

Nesta como noutras situações, «há que pôr em confronto os bens, interesses ou valores perseguidos com o acto administrativo restritivo ou limitativo e os bens e interesses individuais sacrificados por esse acto, para aferir da proporcionalidade da medida concretamente aplicada. E só no caso de considerar inaceitável e intolerável o sacrifício é que se deve concluir pela violação dos princípios orientadores do exercício de poderes discricionários, tais como da proporcionalidade, da razoabilidade e da justiça» (assim, ainda que a propósito de situação que não é coincidente, Ac. do TUI de 5.12.2018, processo n.º 65/2018).

No caso em apreço, a conduta do Recorrente foi enquadrada e bem pela Entidade Recorrida na alínea o) do n.º 2 do artigo 315.º do ETAPM que preceitua serem aplicáveis as penas de aposentação compulsiva ou de demissão aos funcionários e agentes que «forem condenados por sentença transitada em julgado em que seja decretada pena de demissão ou, por qualquer forma, revelem indignidade ou falta de idoneidade moral para o exercício das funções». Cabia, assim, à Entidade Recorrida optar entre a aplicação das penas disciplinares de aposentação compulsiva e de demissão e, como assinala a melhor doutrina, a invalidade do acto punitivo por desadequação ou desproporcionalidade não abrange «as hipóteses em que a medida tomada se situa dentro de um círculo de medidas possíveis, embora possa ser discutível se a mais proporcionada é aquela que a Administração se serviu» (Cfr. nestes precisos termos, cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Coimbra, 1998, pág. 105 e, no mesmo sentido, na jurisprudência comparada, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA), de 3/11/2004, processo 329/04, Acórdão STA, de 30/05/2013, processo 658/12, ambos com texto integral disponível em www.dgsi.pt).

Como se assinalou neste último aresto, «quando o legislador prevê duas penas disciplinares possíveis para sancionar o comportamento do arguido, deixando, desse modo, à

Administração a escolha daquela que entender mais adequada às circunstâncias do caso, só é relevante para a invalidade dos actos os casos de 'desproporcionalidade manifesta ou grosseira'».

No caso, a nosso modesto ver, face à gravidade dos factos praticados pelo Recorrente não se pode dizer, de forma alguma, que a Entidade Recorrida tenha agido de forma totalmente desrazoável ou em flagrante e intolerável violação do princípio da proporcionalidade ao ter decidido aplicar a pena de demissão e daí que o vício de violação de lei que o Recorrente imputou ao acto recorrido consistente na violação do princípio da proporcionalidade não pode deixar de claudicar.

(iv)

O último dos fundamentos do presente recurso contencioso é o de uma alegada violação do princípio da proibição da dupla valoração.

Em nosso modesto entender, não deve merecer sorte diferente dos anteriores. Pelo seguinte.

Coincidimos com o Recorrente na afirmação de que no direito disciplinar de Macau vigora o princípio da proibição da dupla valoração que, em geral, se encontra consagrado no artigo 65.º do Código Penal. Segundo esse princípio, não devem ser utilizadas para determinação da medida da pena circunstâncias que o legislador já tomou em consideração ao estabelecer a moldura penal do facto (neste mesmo sentido veja-se o decidido pelo Tribunal de Última Instância no seu acórdão de 10.06.2011, processo n.º 23/2011).

Considera o Recorrente que, no caso, terá sido duplamente valorada pela Entidade Recorrida a circunstância de o mesmo possuir como habilitações académicas o grau de licenciado, uma vez que essa circunstância foi ponderada como agravante nos termos da alínea j) do n.º 1 do artigo 283.º do ETAPM e, por outro lado, ela faz parte do tipo disciplinar, uma vez que o exercício do cargo de chefe de departamento pressupõe a habilitação mínima com aquele grau académico.

Não nos parece que assim seja.

A pena de demissão foi aplicada ao Recorrente por se enquadrado a sua conduta na alínea o) do n.º 2 do artigo 315.º do ETAPM, não se vislumbrando que neste inciso legal grau

académico do agente tenha sido valorado pelo legislador ao estabelecer o «tipo disciplinar». Ora, quando o legislador, moldou o tipo de ilícito disciplinar definiu as penas aplicáveis a determinada infracção disciplinar sem conferir relevo a determinada circunstância, nada impede que esta, no momento da escolha e da determinação da medida da pena disciplinar, seja valorada discricionariamente pelo decisor.

Parece-nos evidente, salvo melhor juízo, que a pena abstractamente aplicável à infracção disciplinar aqui em causa não reflecte, em nenhuma medida, o grau académico que o Recorrente possuía quando praticou a infracção. Por isso se nos afigura que nada impedia a consideração da circunstância agravante da alínea j), do n.º 1 do artigo 283.º do ETAPM.

3.

Deve ser julgado improcedente o presente recurso contencioso com a consequente manutenção do acto recorrido na ordem jurídica.

É este, salvo melhor opinião, o parecer do Ministério Público.”

*

Quid Juris?

Concordamos com a douta argumentação acima transcrita, da autoria do Digno. Magistrado do MP junto deste TSI, à qual integralmente aderimos sem reservas, sufragando a solução nela adoptada, entendemos que o despacho recorrido não enferma dos vícios imputados e como tal é de julgar improcedente o recurso contencioso, mantendo-se a decisão recorrida.

*

Síntese conclusiva:

I - Em matéria de processo disciplinar, a escolha da medida disciplinar por parte da Entidade Recorrida corresponde ao exercício de um

poder discricionário em relação ao qual os poderes sindicantes do tribunal é muito limitado. O Tribunal só poderá ter intervenção anulatória em caso de erro manifesto ou total desrazoabilidade nesse exercício ou de violação intolerável dos princípios gerais que regem a actividade administrativa, nomeadamente, do princípio da proporcionalidade.

II - Face à gravidade dos factos praticados pelo Recorrente, não se pode dizer que a Entidade Recorrida tenha agido de forma totalmente desrazoável ou em flagrante e intolerável violação do princípio da proporcionalidade ao ter decidido aplicar a pena de demissão e daí que o vício de violação de lei que o Recorrente imputou ao acto recorrido, consistente na violação do princípio da proporcionalidade, não pode deixar de claudicar, o que é bastante para julgar improcedente o recurso contencioso por ele interposto.

*

Tudo visto, resta decidir.

* * *

V - DECISÃO

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

*

Custas pelo Recorrente que se fixam em 6 UCs.

*

Notifique e Registe.

*

RAEM, 01 de Dezembro de 2022.

(Relator)

Fong Man Chong

(Primeiro Juiz-Adjunto)

Ho Wai Neng

(Segundo Juiz-Adjunto)

Tong Hio Fong

Mai Man Ieng