

Processo n.º 214/2007

(Recurso Contencioso)

Data: 24/Julho/2008

Assuntos:

- Processo disciplinar e Processo Penal

SUMÁRIO:

O Direito Processual Penal não é directamente subsidiário do Direito Disciplinar.

O que se prevê no art. 292º, n.º 3 do ETAPM é que “nos casos omissos, pode o instrutor adoptar as providências que se afigurem convenientes para a descoberta da verdade, em conformidade com os princípios gerais do direito processual penal”

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 214/2007

(Recurso Contencioso)

Date : 24 de Julho de 2008

Recorrente: A

Recorrido: Secretário para a Economia e Finanças

**ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA
INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:**

I - RELATÓRIO

Vem A, técnico superior da Divisão de Gestão para o Regime de Previdência do Departamento do Regime de Previdência do Fundo de Pensões, impugnar o despacho do Senhor Secretário para a Economia e Finanças de 6/3/07 que, em sede de recurso hierárquico e a nível disciplinar, lhe aplicou a pena de multa correspondente a 30 dias de vencimento e outras remunerações certas e permanentes, assacando-lhe vícios de erro nos pressupostos de facto e de direito e afronta do princípio da proporcionalidade e do princípio *in dubio pro reo*, argumentando, em síntese, ter-se valorado prova proibida, dando-se por verificados factos ilícitos com base em prova insuficiente, não se tendo, por outra banda, levado em consideração, na medida da pena, duas atenuantes (falta de dolo e “afeição” do

arguido para com a vítima, sua colega), razão por que aquela pena se apresenta como desproporcionada.

Alega, em alargada síntese:

Quando o recurso contencioso é precedido de uma impugnação administrativa na qual a autoridade ad quem disponha de poderes de reexame, o objecto daquele é constituído pelo acto de negação de provimento, que absorve o acto originário;

O acto recorrido é um acto composto, constituído pelo despacho de 6/3/2007 (que incorpora o despacho de 7/12/2006) e pela deliberação punitiva do Conselho de Administração do Fundo de Pensões, de 3/1/2007, que foi incorporada ou absorvida por aquele;

A convicção do órgão punitivo baseou-se, especialmente, nos depoimentos da presidente, vice-presidente do Conselho de Administração e da chefe do Departamento de Gestão Financeira do Fundo de Pensões;

Estes depoimentos constituem prova proibida, conseqüentemente, não podiam ser atendidos pelo órgão punitivo;

Estas testemunhas limitaram-se a carrear para os autos de processo disciplinar o conteúdo de meras conversas informais tidas entre o arguido e elas próprias, à margem do processo, não documentadas e fora de qualquer controlo;

É compreensível que o arguido não se tenha pronunciado sobre esses depoimentos, dado que foram produzidos por três das suas directas superiores hierárquicas, o que significaria que, negando-os, teria que se confrontar directamente

com aquelas suas superiores hierárquicas;

O depoimento de ouvir dizer só pode ser tomado em conta quando foram pessoas determinadas a quem se ouviu dizer e desde que estas, chamadas a depor, efectivamente venham a ser ouvidas ou quando chamadas a depor, a sua audição não seja possível por causa da morte delas, de anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas;

Valorar os depoimentos das referidas testemunhas que aludem a uma alegada confissão do arguido, num processo em que o arguido se manteve em silêncio, tal como é seu direito, atinge de forma intolerável, desproporcionada e manifestamente opressiva, o direito de defesa do arguido;

O direito que o arguido tem de não responder a perguntas que lhe sejam formuladas num processo disciplinar, à semelhança do que acontece no processo penal, constitui e uma faculdade densificadora do direito fundamental de defesa do arguido;

As testemunhas em causa são as dirigentes máximas do instituo em causa, estão comprometidas com o interesse da disciplina que o processo disciplinar instaurado visa satisfazer;

A presidente do Conselho de Administração, ao ter ordenado a abertura do processo disciplinar e ao intervir nele como testemunhas, acumulou posições inconciliáveis;

O órgão punitivo, ao ter dado como provado que «o arguido (...) de facto captou imagens de uma colega de forma dissimulada e sem autorização desta no local e na hora de serviço», assentado tal convicção, «em especial» nos depoimentos das três referidas

testemunhas, fez com que o despacho recorrido (deliberação punitiva) ficasse afectado por um vício relativo aos pressupostos de facto do acto;

Sem conceder, o suporte probatório é insuficiente para se poder imputar ao arguido o comportamento de ter tirado fotografias da ofendida de forma dissimulada e sem consentimento da mesma;

A prova coligida no processo disciplinar tem de legitimar uma convicção seguira da materialidade dos factos imputados ao arguido e, isto, para além de toda a dúvida razoável;

Exige-se sempre que o órgão administrativo faça um juízo sensato de valor, sem se esquecer, ao mesmo tempo, dos princípios basilares, designadamente, da legalidade, da prossecução do interesse público, da protecção dos direitos dos cidadãos, da igualdade e da justiça;

Não existe nos autos qualquer registo de imagem da ofendida, seja fotográfica seja de vídeo;

A verificação de uma infracção decorrente da captação da imagem de alguém sem o seu consentimento, exigia que o arguido, efectivamente, tivesse feito essa captação e que a fotografia ou fotografias tiradas ou o filme efectuado constituíssem a prova material dessa infracção;

A falta desta prova material determinou que o Ministério Público, por despacho de 20/2/2006, ordenasse o arquivamento do processo-crime que foi instaurado ao arguido pelos mesmos factos;

A posse por parte do arguido, no serviço, de duas câmaras fotográficas é concretamente irrelevante para sustentar a imputação que lhe é feita;

Não pode deixar de ser verosímil a explicação dada pelo arguido para a posse e a situação dessas duas máquinas no serviço, quando afirma o seguinte que é apaixonado pela fotografia; que tem várias câmaras fotográfica; que tinha uma das câmaras permanentemente no serviço; que a utilizava fundamentalmente para gravar (som) em conferências em que participava e, frequentemente, para gravar (imagem) ensaios de passos de dança, na dança de salão de que é um praticante assíduo, de 3/4 vezes por semana; que lhe aplicou um revestimento improvisado (em papel, com local da lente em aberto) para proteger o seu exterior que é de cor prateada da utilização que lhe dava principalmente no salão de dança; que a segunda máquina digital que lhe foi encontrada que a trouxe nesse dia para fotografar o local de trabalho que nesse dia iam deixar, em virtude de o serviço mudar de instalações;

As máquinas quando foram encontradas estavam desactivadas, dado que não tinham as respectivas pilhas devidamente colocadas nos locais próprios;

Sem conceder, os depoimentos da presidente, vice-presidente do Conselho de Administração e da chefe do Departamento de Gestão Financeira que afirmaram que o arguido lhes tinha admitido expressamente que chegou a captar imagens da ofendida, por motivo da sua profunda afectação pela mesma, são depoimentos vagos, despidos de qualquer concretização, razão por que não são suficientes para servir de base à convicção a que chegou o órgão punitivo;

Nada especificam sobre o número de vezes, o momento e as circunstâncias em que o arguido alegadamente captou imagens sem consentimento da ofendida;

A vaguidade desses depoimentos levou a que a instrutora tivesse tido a necessidade de proceder a inquirições complementares desses três testemunhas, as quais resultaram totalmente inconclusivas;

O juízo de culpa e a correlativa punição não podem deixar de assentar em factos reais e concretos, o que manifestamente falta no caso em apreço;

A instrutora do processo disciplinar e o Conselho de Administração nunca deveriam ter formado a sua convicção o sentido do cometimento da infracção por parte do arguido com base, ou com base também, no depoimento destas testemunhas;

O despacho recorrido, por ter acolhido a deliberação punitiva, pela razão acabada de referir, padece do vício de violação de lei por erro nos pressupostos de factos;

Os depoimentos das participantes e da ofendida são inconclusivos e contraditórios, não afirmando mais do que do que um conjunto de suspeitas, conjecturas e dúvidas lançadas sobre o arguido, o que, acriticamente, passou para o relatório final do processo disciplinar;

*As relações entre o arguido e as suas colegas, principalmente com a **B**, estavam profundamente deterioradas, o que explica a denúncia efectuada;*

Nos autos não se atingiu o grau de certeza que permita uma convicção segura sobre a materialidade dos factos imputados ao arguido, para além de toda a dúvida razoável, e um juízo de censura baseado em provas convincentes para um apreciador arguto e experiente, de modo a ficar garantida a segurança na aplicação do direito sancionatório;

Não existe qualquer suporte probatório para dar como provado que o arguido utilizou a câmara fotográfica maior que tinha no bolso das suas calças para captar ilicitamente imagens da ofendida, no dia 10 de Junho de 2005;

Contraria os dados da lógica e da experiência humana a conclusão de que o arguido, que não é deficiente visual, tenha procedido à complexa operação de apagamento das fotografias alegadamente contidas nessa máquina, mantendo-a no bolso das calças e sem estar a ver a realização dessa operação, para além de que, também, essa máquina, como se comprovou, não tinha as pilhas colocadas no seu devido lugar;

Nos presentes autos não se apurou a matéria de facto necessária para que se desse por verificada a infracção por que o arguido foi punido;

Em vez de factos reais e concretos, o relatório final do processo disciplinar é, ao invés, uma montra viva de suspeitas, conjecturas, dúvidas e de contradições;

A deliberação recorrida e o despacho recorrido que a incorpora, ao terem dado como verificada a infracção da alínea d) do n.º 2 do artigo 313º do ETAPM, e terem punido o arguido por essa infracção, numa situação em que inexiste claramente a materialidade necessária àquela subsunção, ficou ferida do imputado vício;

Sem conceder, o despacho recorrido padece do vício de violação de lei, por erro de direito nos pressupostos, por não ter a mesma valorado, como devia, a circunstância atenuante relativa aos motivos da infracção dada como verificada;

A acta explicita que a conduta do arguido se ficou a dever «à sua profunda afecção pela ofendida», facto este que manifestamente se subsume na cláusula geral da alínea j) do artigo 282º do ETAPM, dado que, obviamente, o estado de «profunda

afecção » pela ofendida não pode deixar de diminuir grandemente a culpa ao arguido ou a gravidade da infracção;

Verifica-se também falta de intenção dolosa, prevista na alínea g) do mesmo artigo;

A pena aplicada nunca poderia atingir o limite máximo que a lei prevê no n.º 1 do artigo 302º do ETAPM;

A decisão recorrida padece do vício de violação lei, por erro nos pressupostos de direito, padecendo, concomitantemente, do mesmo vício por violação do princípio da proporcionalidade;

O despacho recorrido, por ter incorporado, nas condições em que o fez, a deliberação punitiva, pelas razões supra expostas violou, entre outras, as normas dos artigos 50º/1/c, 116/1 e 324/1 do CPP, subsidiariamente aplicável, e dos artigos 779º/2/f/8, 281º, 282/g/j, 302º/1 e 313/2/d do ETAPM e os princípios in dubio pro reo, presunção de inocência do arguido, da livre apreciação da prova e da proporcionalidade consagrado no artigo 5º/1 do CPA.

Termos em que, conclui, deve o presente recurso ser julgado procedente, anulando-se, pelas apontadas ilegalidades, resultantes dos indicados vícios, o acto recorrido, com todos as consequências legais.

Contesta o Exmo Senhor Secretário para a Economia e Finanças, no essencial:

A Administração não estava impedida de valorar os depoimentos das pessoas a quem o arguido confessou os factos, tendo actuado de acordo com o art. 116º do Cód. de Proc. Penal;

O arguido teve oportunidade de confirmar ou desmentir os depoimentos da Presidente e da Vice-Presidente do FP;

A prova foi avaliada de acordo com a livre convicção do órgão competente;

A prova é suficiente para sustentar o juízo de valor alcançado e a pena aplicada;

A consideração de circunstância atenuantes atípicas é poder discricionário da Administração;

A afeição do infractor pela vítima não constitui atenuante;

Houve necessariamente intenção dolosa, já que os factos pelos quais o arguido foi punido não podem, dada a sua natureza, ser cometidos por negligência;

A pena não foi graduada de forma desproporcional, sendo a sua graduação competência discricionária;

O acto impugnado não está portanto viciado de erro, seja de direito ou de facto, nem de qualquer outra forma de ilegalidade.

Nestes termos, entende, deve o presente recurso ser julgado improcedente.

O Digno Magistrado do MP, entendendo não assistir razão ao recorrente, emite o seguinte duto parecer:

Dispõe o n.º 1 do art.º 116º, CPP que “Se o depoimento resultar do que se ouviu dizer a pessoas determinadas, o juiz pode chamar estas a depor; se o não fizer, o depoimento produzido não pode servir como meio de prova, salvo se a inquirição das pessoas indicadas não for possível...”.

A validade dos depoimentos “por ouvir dizer” está, pois, sujeita ao facto de se dar oportunidade à pessoa “a quem se ouviu dizer” de confirmar ou desmentir as afirmações que lhe são imputadas.

No caso, ao recorrente, no âmbito do procedimento disciplinar, foi dada tal oportunidade, face às imputações carreadas pelos depoimentos das testemunhas, Presidente e Vice-Presidente do Fundo de Pensões.

E daí, que pudessem tais depoimentos ser levados em conta, a tal não obstando a circunstância de o recorrente ter optado pelo direito ao silêncio: face a essa atitude, do que se tratou não foi da consideração daquele como eventual confissão dos factos, mas sim, como não poderia deixar de ser, de livre valoração dos depoimentos em questão.

E, afigura-se-nos que, de forma geral e naquilo que é essencial, a apreciação e valoração empreendidas pela entidade recorrida, a partir do conteúdo quer daqueles depoimentos, quer do restante acervo probatório carreado para os autos, correspondem a um sensato juízo de valor fundado nas regras da experiência comum, a tal não obstando a circunstância de não terem sido encontradas fotografias ou de ter sido arquivada a queixa correspondente aos factos, já que, por um lado, é conhecida a

extrema facilidade de manuseamento da tecnologia digital e, por outro, como já havíamos frisado a fls 113, o processo penal e o disciplinar são independentes, protegem diferentes interesses e assentam em diferentes pressupostos.

No que tange à alegada omissão de eventuais circunstâncias atenuantes da responsabilidade do recorrente, regista-se, desde logo, que a alegada “afeição” do mesmo para com o alvo das suas fotografias foi devidamente mencionada no decurso do procedimento e expressamente registada em sede do relatório final do instrutor. Não foi, é certo, especificada como “atenuante”, como o mesmo pretendia, mas também se não divisa que tivesse que o ser, não se antevendo, aliás, que tal circunstância, a confirmar-se fosse susceptível de dirimir a culpa do arguido ou a gravidade da infracção (al j) do art.º 282º, ETAPM) conforme pretendido, já que, no máximo, do que se trata é de invocação de “proximidade” afectiva do prevaricador, que não de reciprocidade, a tal nível, por parte de quem viu os seus direitos violados.

Como não se entende, do mesmo modo, a alegada falta de intenção dolosa na prática do ilícito disciplinar em questão, quando o que é imputado ao recorrente é precisamente o facto de ter tirado as fotografias em causa, dissimuladamente e com pleno conhecimento e convicção do que estava a fazer, não se antevendo, aliás, como configurar a prática deste ilícito a título negligente, a menos que, tendo focado a colega com a câmara, esta tivesse começado a “disparar” independentemente da sua vontade...

E, se no que respeita à apreciação da integração e subsunção dos factos na cláusula geral punitiva a actividade da Administração está sujeita à sindicabilidade do Tribunal, o mesmo não se pode dizer quanto à aplicação das penas, sua graduação e escolha da medida concreta, existindo, neste âmbito, discricionariedade por parte da

Administração, a qual passa pela opção entre emitir ou não o acto sancionatório e ainda pela escolha entre vários tipos e medidas possíveis, neste campo se enquadrando, pensamos, a eventual consideração de agravantes ou atenuantes da conduta do agente, sendo, todavia, certo que as agravantes cuja ocorrência foi expressa têm suporte efectivo.

Neste último campo, não há controlo jurisdicional sobre a justeza da pena aplicada dentro do escalão respectivo, em cuja fixação o juiz não pode sobrepor o seu poder de apreciação ao da autoridade investida do poder disciplinar.

A intervenção do juiz fica apenas reservada aos casos de erro grosseiro, ou seja, àquelas contingências em que se verifica uma notória injustiça ou uma desproporção manifesta entre a sanção infligida e a falta cometida, dado não poderem ser legitimados, em nenhuma circunstância, comportamentos da Administração que se afastem dos princípios da justiça e a proporcionalidade que necessariamente devem presidir à sua actuação.

Contudo, com fundamento no princípio da separação de poderes, o controlo jurisdicional só se efectivará se a injustiça for notória ou a desproporção manifesta.

No caso vertente, atenta a medida encontrada, cremos não se verificar a referida desproporção ou manifesta injustiça quanto a pena de concretamente infligida ao recorrente, pelo que não tem o tribunal de intervir nessa actividade da Administração, verificada que está a correcta integração dos factos na cláusula geral punitiva e a proporção e justiça da medida aplicada.

Donde, por não ocorrência de qualquer dos vícios assacados, ou de qualquer

outro de que cumpra conhecer, sermos a pugnar pelo não provimento do presente recurso.

Foram colhidos os vistos legais.

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 outras exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito.

III - FACTOS

Com pertinência, tem-se por assente a factualidade seguinte:

Em 08.11.2006 o funcionário do Fundo de Pensões A apresentou ao SEF recurso hierárquico necessário da deliberação do CA do Fundo de Pensões, de 16.11.2005, que lhe aplicou uma pena de multa no âmbito de um processo disciplinar instaurado por aquele

funcionário ter, no local de trabalho, captado dissimuladamente imagens de uma colega, sem autorização desta.

No âmbito desse recurso veio a ser emitida a seguinte proposta:

“ (...)

Vícios arguidos

Entende o recorrente que o acto impugnado deve ser anulado porque:

- a. valorou depoimentos que não podiam ter sido considerados;
- b. foi praticado por um órgão colegial constituído, entre outros, por duas pessoas que foram testemunhas no processo;
- c. houve erro na apreciação da prova;
- d. violou o principio da livre apreciação da prova.
- e. não está devidamente fundamentado;
- f. não valorou todas as circunstancia atenuantes;
- g. a queixa-crime apresentada pelos mesmo factos foi arquivada pelo

MP.

Termina pedindo a anulação do acto, com fundamento em invalidade, ou a sua revogação por inconveniência. Apreciaremos seguidamente, de forma sucinta, as razões do recorrente.

Do valor dos depoimentos da Presidente e Vice-Presidente do FP

Afirma o recorrente que os depoimentos, como testemunhas, das senhoras Presidente e Vice-Presidente do FP – segundo os quais o recorrente lhes teria dito, antes do início do processo disciplinar, que teria de facto captado imagens da sua colega – não podiam ser levados em consideração. Levar em conta tais depoimentos, diz, é frustrar o direito ao silêncio que a lei garante ao arguido, e que ele exerceu no processo, violando assim o disposto no art. 116º do Cód. de Processo Penal (CPP).

Não lhe assiste razão. O art. 116º do CPP não proíbe em termo absolutos a valoração dos chamados depoimentos indirectos, ou de ouvir dizer. O que o preceito faz é estabelecer as condições a que fica sujeita a valoração desses depoimentos, e que passa principalmente pela necessidade de conceder à pessoa a quem se ouviu dizer, seja ela o arguido ou qualquer outra, uma oportunidade para contraditar as afirmações que lhe são imputadas no depoimento em causa.

Ora no caso presente o arguido teve de facto uma oportunidade de se pronunciar sobre os depoimentos da Presidente e Vice-Presidente do FP, na medida em que, na sequência da acusação que lhe foi feita, teve acesso a todo o conteúdo do processo, que lhe foi facultado para consulta (pgs. 139). Não foi, pois, prejudicada a sua defesa e tanto basta para que tais depoimentos possam ser valorados – não como confissão, que o não são, mas como qualquer outra prova.¹

¹ Não encontramos jurisprudência da Região Administrativa Especial de Macau sobre este aspecto. Na falta, veja-se a jurisprudência sobre esta questão dos tribunais portugueses, v.g.: Ac. do TC n.º 440/99, de 8 de Junho, no P. 268/99 (in DR II série de 09.11.1999), Ac. do STJ de 20.04.2006 no P.

Do impedimento de dois membros do Conselho de Administração do FP

Entende o recorrente que dois dos membros do órgão colegial que lhe aplicou a sanção disciplinar – i.e. a Presidente e a Vice-Presidente – estavam impedidos de participar na deliberação respectiva pelo facto de terem tido intervenção no processo na qualidade de testemunhas.

Concordamos com o recorrente neste ponto. Por aplicação subsidiária do art. 28º, 1, e), do CPP – que, como garantia de imparcialidade, proíbe que a mesma pessoa seja simultaneamente testemunha e juiz no mesmo processo – concluímos que a Presidente e a Vice-Presidente não podiam ter participado na deliberação, devendo antes ter-se declarado impedidas.

Do erro na apreciação da prova

Entendemos que o recorrente não tem qualquer razão quando conclui que a menção à inexistência de fotografias obscenas, feita no acto recorrido, implicar erro de apreciação da prova. Temos, inclusive, dificuldade em acompanhar o raciocínio do recorrido neste ponto.

Ao concluir que não foram encontradas fotografias obscenas o CA do FP está apenas a afirmar que a infracção verificada é menos grave do que poderia levar o crer o facto de as fotografias terem sido captadas dissimuladamente. Na verdade, da prova reunida resulta a convicção de que algumas fotografias foram efectivamente captadas (ainda que não tenham sido encontradas), e o facto de o

06P363, Ac. do STJ de 15.11.2000 no P. 2551/2000, Ac. do STJ de 02.09.2005 no P. 0445066 e Ac. da RC de 18.06.2003, (in CJ 2003, tomo III, p.51).

terem sido de forma dissimulada poderia facilmente levar a concluir que seriam menos próprias, mesmo que essa captação tenha ocorrido no local de trabalho. Em suma, o acto recorrido conclui pela convicção de que houve captação de fotografias, mas que estas não tinham carácter obsceno.

Da violação do princípio da livre apreciação da prova

Não concordamos igualmente com o recorrente quando afirma que houve violação do princípio da livre apreciação da prova e que os factos dados como provados se baseiam apenas nos depoimentos da Presidente e da Vice-Presidente do FP. Diaga-se de passagem que, com o que diz nos arts. 64º e seguintes da petição do recurso, o recorrente parece, pelo contrário, insurgir-se contra a liberdade na apreciação da prova.

Recordamos que os dois depoimentos referidos não foram o único meio de prova, mas duas das peças de um puzzle mais vasto, do qual faz parte o comportamento suspeito do arguido, presenciado por outros funcionários, e a posse de duas câmaras, uma das quais se encontrava no local de trabalho e estava dissimulada. Este conjunto de provas foi racionalmente apreciado e avaliado no seu todo, e dele resultou finalmente a convicção, objectiva e motivada, de que o recorrente de facto captou imagens de uma colega de forma dissimulada e sem autorização desta.

Da falta de fundamentação

A deliberação recorrida é demasiado sucinta. Não contém, de forma cabal, os fundamentos de facto e de direito e não remete para o relatório do instrutor,

onde esses fundamentos se poderiam encontrar. Concordamos pois com a arguição do recorrente quanto à falta de fundamentação.

Verificamos ainda que ao recorrente foi enviado apenas um ofício dando-lhe conhecimento da pena aplicada, em termos excessivamente lacónicos. Nem a deliberação nem o relatório do instrutor foram notificados ao interessado.

Da não valoração de circunstâncias atenuantes

Embora o relatório do instrutor tenha levado em conta todas as circunstâncias atenuantes, as mesmas não foram mencionadas no acto recorrido – e, este não incorporou o dito relatório. Sendo assim, também aqui o recorrente tem razão.

Do arquivamento da queixa-crime

É certo que a queixa-crime que tinha sido apresentada contra o recorrente, pelos mesmos factos, foi arquivada pelo MP por falta de indícios. Todavia é bem sabido que o Direito Penal e o Direito Disciplinar defendem valores diferentes e têm objectivos diversos, e que os procedimentos disciplinar e criminal são independentes. Sendo assim, aquilo que é suficiente para um dos processos, pode não o ser para o outro.

No caso presente, perante a prova produzida, e tendo em atenção os objectivos do Direito Disciplinar, não vemos razão para seguir o MP no arquivamento do processo.

Proposta:

Nestes termos propomos ao senhor Secretário para a Economia e Finanças que:

Revogue a deliberação do CA do FP de 16.11.2005, que aplicou a A uma pena disciplinar, por a mesma ter violado o princípio constante do art. 28º, 1, e), do Código de Processo Penal, aplicável subsidiariamente, e ainda por não se encontrar devidamente fundamentada, e

Devolva o processo disciplinar ao FP para que:

a. o mesmo seja novamente submetido a deliberação, a qual deve ser cabalmente fundamentada, tomada sem intervenção de membros do Conselho que tenham tido intervenção no processo como testemunhas (os quais, recorde-se, podem ser substituídos nos termos do ar. 17º do CPA) e integralmente notificada ao arguido;

b. notifique ao recorrente a decisão que recair sobre a presente proposta, bem como a respectiva fundamentação.”

Tal proposta veio a ser acatada e o acto punitivo foi extirpado daqueles apontados vícios, donde, perante o recurso entretanto interposto, foi lavrada a seguinte informação que veio a ser adoptada e incorporada no acto punitivo:

Ex. mo Senhor

Secretário para a Economia e Finanças:

A, funcionário do fundo de Pensões, recorreu em 12.02.2007 para o SEF da deliberação de 03.01.2007 do Conselho de Administração daquele instituto, que lhe aplicou uma pena disciplinar de multa correspondente a 30 dias de vencimento por ter captado, sem autorização, imagens de uma colega de trabalho.

Recordamos que a referida deliberação foi tomada na sequência do despacho do SEF de 07.12.2006, exarado na informação 25/GC-SEF/2006, da mesma data, que revogou a deliberação do CA do FP de 16.11.2005, por a mesma sofrer de falta de fundamentação e ter violado o princípio constante do art. 28º, 1, e), do Código de Processo Penal, aplicável subsidiariamente.

Analisado o acto agora recorrido, entendemos que foram ultrapassados os problemas de que enfermava a deliberação anterior. No que respeita às outras arguições do recorrente remetemos para a fundamentação do mencionado despacho do SEF de 07.12.2006, oportunamente notificado ao interessado.

Proposta:

Nos termos referidos propomos o indeferimento do recurso apresentado por A

em 12.02.2007.”

IV – FUNDAMENTOS

1. São as seguintes as questões a analisar:

- vícios de erro nos pressupostos de facto e de direito e afronta do princípio da proporcionalidade e do princípio *in dubio pro reo*, argumentando,

- por se ter valorado prova proibida;

- prova insuficiente;

- por não se ter levado em consideração a falta de dolo e “afeição” do arguido para com a vítima, sua colega, razão por que aquela pena se apresenta como desproporcionada.

2. Quanto à prova proibida o argumento invocado é a de que no processo disciplinar se valorou prova proibida, ou seja testemunhas *de auditu*, não se podendo valorar depoimentos de ouvir dizer, no caso até superiores hierárquicos do arguido.

No que respeita a esta última circunstância, bastante repisada na douta e exaustiva alegação do recorrente, importa dizer que ela é de todo inócua.

Não se alcança nenhuma proibição de os superiores hierárquicos poderem testemunhar seja no processo disciplinar, seja no processo penal. Quanto à valoração desses depoimentos, essa é outra matéria que entra pelo domínio da convicção e compreensão das razões e valoração de um dado depoimento, tal como deve ser

valorado todo e qualquer depoimento em função do relacionamento existente com as partes interessadas numa causa.

Mas quanto à proibição em si, de não se poderem ouvir pessoas que por sua vez ouviram dizer um dado facto relevante em juízo, tal não colhe em Processo Disciplinar.

3. O Direito Processual Penal não é directamente subsidiário do Direito Disciplinar.

Por todos, veja-se o que nos ensina, mesmo em Macau o Cons. Leal- Henriques.²

É igualmente o entendimento já seguido neste TSI.³

O que se prevê no art. 292º, n.º 3 do ETAPM é que “nos casos omissos, pode o instrutor adoptar as providências que se afigurem convenientes para a descoberta da verdade, em conformidade com os princípios gerais do direito processual penal”

Ora, uma coisa são os princípios e outra as normas concretas do CPP.

Concorda-se que entre esses princípios esteja um muito caro

² - Manual de Dir. Disciplinar, 2005, 43, 44, 169

³ - Ac. 144/00, de 22/2/01, Acs TSI, 2001, I, 52

ao Direito adjectivo e ao Processo Penal em particular, qual seja o do *contraditório*.

Mas essa possibilidade não foi negada ao arguido que teve a oportunidade de ser confrontado com os ditos depoimentos e não o quis fazer, fazendo-se valer de um direito que lhe assistia que era o do direito ao silêncio no Inquérito.

Mesmo que nos situássemos ao nível da exigência da aplicação da norma processual penal que diz não serem admissíveis os depoimentos indirectos ou *de auditu*, não é linear que se tivesse de concluir pelo procedimento ilegal.

É verdade que o n.º 1 do art.º 116º, CPP dispõe que “Se o depoimento resultar do que se ouviu dizer a pessoas determinadas, o juiz pode chamar estas a depor; se o não fizer, o depoimento produzido não pode servir como meio de prova, salvo se a inquirição das pessoas indicadas não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas.”

A validade de tais depoimentos está apenas sujeita ao facto de se dar oportunidade à pessoa “a quem se ouviu dizer” de confirmar ou desmentir as afirmações que lhe são imputadas.⁴

No caso, ao recorrente, no âmbito do procedimento disciplinar, foi dada tal oportunidade, face às imputações carreadas

⁴ - cfr. Ac. TC 440/99, de 8/7, DR, II, de 9/11/99; STJ, proc. 2551/00-3ª, de 15/11/2000

pelos depoimentos das testemunhas, Presidente, Vice-Presidente do Fundo de Pensões e Chefia do Departamento de Gestão Financeira.

Assim se conclui pela validade dos depoimentos e assim falece o pilar fundamental em que assentava a argumentação do recorrente para abalar o procedimento disciplinar

4. E quando dizemos fundamental é porque dessa feita se desmoronam os outros argumentos em que o recorrente se estriba para tentar convencer na falta e credibilidade e base sólida para a formação da convicção quanto à comprovação da matéria de facto que esteve na base da decisão punitiva.

Perante a conclusão a que acima se chegou não importa já esmiuçar a pretensa insuficiência da restante prova que eventualmente poderia bastar – não basta na perspectiva do recorrente – para suportar as conclusões fácticas apuradas.

Em todo o caso não nos eximimos de uma forma perfunctória a entender que os restantes elementos são confirmativos dessas versões e não os inquinam de modo algum.

Antes pelo contrário. O recorrente que *pari passu* recorre aos critérios do senso comum para tentar desmontar a tese carreada pelo Instrutor não pode ignorar também quão estranhas são todas as condutas relatadas nos autos.

Não é já só uma de *per se*, atomisticamente considerada; mas sim a reflexão e análise de todas elas, o que não deixa de evidenciar uma ideia sobre uma conduta estranha e suspeitosa. Não é só detenção das duas máquinas no local de trabalho, mostrando-se irrelevante o não se encontrarem as fotos que o arguido terá tirado, sabendo-se como se sabe a facilidade do manuseamento e transformação da tecnologia digital. É um transporte no bolso, são os gestos e movimentos das mãos por baixo da mesa, a necessidade de explicação para os barulhos causados, a falta de concentração no tema do interlocutor em contraponto com a concentração com o que fazia debaixo da mesa, o digital; é a necessidade de explicação da utilização das máquinas, das gravações nos seminários, das aulas de dança e silencia o que realmente interessa, sem com isto pretender retirar qualquer valor negativo ao direito ao silêncio.

E se é certo que não se pode interpretar negativamente o silêncio, pois isso seria denegar o direito que lei lhe concede, já nada impede que se analise a postura, o comportamento, o nervosismo, a falta dele, a inquietação, os esgares, olhares, enfim tudo o que, na Justiça falível dos homens ainda que não decisivamente ajude, conjugadamente com outros elementos, a sedimentar uma convicção.

Como se viu, esses, não foram, nem de perto nem de longe os elementos decisivos.

5. Compreende-se, aliás, a opção pela diferenciação entre os critérios do procedimento disciplinar e processual penal.

Desde logo, o universo do local da infracção é mais limitado e as pessoas, os lugares, os meios, o circunstancialismo, tudo é moldado e determinado de acordo com as funções e natureza da actividade desenvolvida, pelo que os meios probatórios hão-de passar necessariamente pelos agentes e meios envolvidos nesse Serviço.

Donde não deverem ser desprezados os depoimentos dos Superiores e colegas, a não ser que se prove uma cabala ou concertação *intuitu personae* e o certo é que tal, ainda que alegado, não vem comprovado.

6. O recorrente também não tem razão quando diz que o acto impugnado está ferido de erro de direito por não ter sido levada em conta aquilo que diz ser uma circunstância atenuante abrangida na cláusula geral do art. 282º, j), do ETAPM: a afeição do recorrente pela colega cujas imagens captou.

No que concerne a esta alegação, regista-se que a alegada “afeição” do mesmo em relação à sua colega de trabalho foi um elemento ventilado e referido no decurso do procedimento e expressamente registada em sede do relatório final do instrutor. Mas daí a tal dever ser considerado como circunstância atenuante vai um

abismo. Essa afeição não pode justificar o cometimento de desmandos, sob pena de perversidade; antes pelo contrário, se existe afeição deve haver respeito e consideração pela pessoa estimada. E foi isso que não se verificou.

Em todo o caso, o que resulta dos autos é que esse sentimento a existir seria unilateral, donde, por falta de correspondência, não envolver possibilidade de uma leitura aproximativa de uma qualquer consentimento tácito, pois só assim se configuraria como eventual atenuante.

7. Também não é verdade que se tenha punido sem dolo.

Os actos descritos e assacados ao arguido pressupõem exactamente uma actuação consciente, voluntária, devidamente interiorizada e que se materializa em actuações que têm como subjacente um nível de dolo directo e que pressupõe alguma elaboração.

O arquivamento do Inquérito crime em nada perturba ou abala o procedimento disciplinar. São diferentes as razões, os fundamentos, os critérios, os procedimentos de um e de outro processo. E sempre importa referir que no processo crime não se concluiu a dizer que não houve crime.

Por outro lado basta pensar na relevância da obtenção

material das fotos efectivamente tiradas em processo crime e na diferente relevância do que pode significar “tirar fotos” no serviço, independentemente da produção da chapa, da captação efectiva da imagem ou sua apreensão material ou suporte material digital.

Tendo concluído o acto punitivo no sentido de que o arguido captou intencionalmente, de forma dissimulada, imagens de uma colega, não se percebe como se poderá afirmar que se decidiu sem dolo.

8. Finalmente, como diz o Digno Magistrado do MP, *se no que respeita à apreciação da integração e subsunção dos factos na cláusula geral punitiva a actividade da Administração está sujeita à sindicabilidade do Tribunal, o mesmo não se pode dizer quanto à aplicação das penas, sua graduação e escolha da medida concreta, existindo, neste âmbito, discricionariedade por parte da Administração, a qual passa pela opção entre emitir ou não o acto sancionatório e ainda pela escolha entre vários tipos e medidas possíveis, neste campo se enquadrando, pensamos, a eventual consideração de agravantes ou atenuantes da conduta do agente, sendo, todavia, certo que as agravantes cuja ocorrência foi expressa têm suporte efectivo.*

Neste último campo, não há controlo jurisdicional sobre a justeza da pena aplicada dentro do escalão respectivo, em cuja fixação o juiz não pode sobrepor o seu poder de apreciação ao da

autoridade investida do poder disciplinar.

A intervenção do Tribunal, como é consabido, no controle da actividade administrativa, fica apenas reservada aos casos de abuso ou erro grosseiro, ou seja, àquelas contingências em que se verifica uma notória injustiça ou uma desproporção manifesta entre a sanção infligida e a falta cometida, o que não se observa no caso *sub judice*.

Com isto não se deixa de referir que os Tribunais não podem pactuar ou legitimar comportamentos da Administração que se afastem dos princípios da justiça e da proporcionalidade que devem reger a actuação dos seus órgãos, não lhes cabendo pronunciar-se sobre ajustamentos que não firam aqueles princípio, dentro de uma lógica de separação de poderes, o que se justifica até, não já por uma qualquer retórica solidariedade institucional, mas até porque esses devem ser e são na generalidade dos casos os padrões por que se rege a Administração.

No caso, a integração da infracção mostra-se correcta e o quantitativo encontra-se dentro da respectiva moldura. É certo que foi graduada pelo máximo, mas a conduta também foi muito grave e negativa para os Serviços e para a visada, tudo perspectivado na óptica do funcionalismo público, e ainda aqui os critérios de um graduação de uma pena criminal não se confundem com os critérios da graduação de uma sanção disciplinar.

Não se vendo, pois, qualquer afronta a estes princípios, deve

o recurso improceder.

V - DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em **negar provimento ao presente recurso contencioso.**

Custas pela recorrente, com 6 UC de taxa de justiça

Macau, 24 de Julho de 2008

João A. G. Gil de Oliveira

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong