

Processo n.º 725/2007

(Recurso Contencioso)

Data: 6/Novembro/2008

Assuntos:

- Processo disciplinar; condenação penal não transitada

SUMÁRIO:

A entidade administrativa competente não pode, sem mais nada fazer, punir disciplinarmente um funcionário, louvando-se tão somente numa sentença penal condenatória não transitada, ainda que por revelia do arguido.

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 725/2007

(Recurso Contencioso)

Data : 6 de Novembro 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

A, inspector especialista do terceiro escalão do quadro de pessoal da Direcção de Inspecção e Coordenação de Jogos (DICJ), aposentado compulsivamente,

veio interpor Recurso Contencioso de Anulação do despacho do Senhor Secretário para a Economia e Finanças, explicitado aos 12 de Outubro de 2007, que lhe aplicou a sanção disciplinar de *demissão*,

o que faz, alegando, em síntese:

1.ª O acto administrativo de que se recorre é o despacho punitivo do Senhor Secretário para a Economia e Finanças, de 12/10/2007, explicitado no processo disciplinar n.º PD-1/2006/GC, e que constituiu a sua decisão final, pondo termo ao processo.

2.^a O Tribunal de Segunda Instância é o competente para julgar em primeira instância tal recurso.

3.^a O Recorrente tomou conhecimento do acto recorrido através do aviso publicado na edição do jornal «Ou Mun» de 24/10/2007, sendo que o acto recorrido foi, por outro lado, publicado no Boletim Oficial de Macau, II.^a série, n.º 43, de 24/10/2007.

4.^a O presente processo disciplinar foi instaurado por despacho do Senhor Director da DICJ de 26/09/06 ao abrigo do art. 287º, n.º 3, do ETAPM, em resultado de «documentos do Tribunal de Segunda Instância (...) que não foram objecto de apreciação no processo disciplinar n.º 1/2005 (...)».

5.^a O despacho ora em impugnação fundamentou-se nos factos apurados no processo crime comum colectivo que, sob o n.º CRI-05-0250-PCC, correu termos pelo Tribunal Judicial de Base, e no qual foi explicitado douto Acórdão em 22 de Maio de 2006, que condenou o arguido ora recorrente por crimes de burla e de falsificação.

6.^a Tal Acórdão, proferido pelo Tribunal Judicial de Base, não transitou em julgado relativamente ao arguido ora recorrente, o qual fora julgado à revelia e nunca foi notificado da decisão.

7.^a Pressuposto do dispositivo do art. 288º do ETAPM para que uma sentença judicial determine a instauração de procedimento disciplinar com relação a todos os factos nela dados como provados é o trânsito em julgado da decisão judicial.

8.^a Verifica-se, no caso, que a decisão judicial condenatória não transitou em julgado por ser ainda susceptível de recurso ordinário.

9.^a *A certidão emitida aos 17 de Agosto de 2007 pelo Tribunal Judicial de Base, a fls. 76 do processo disciplinar não tem correspondência com a realidade quando faz menção de que transitou em julgado em 30 de Julho de 2007, pelo menos quanto ao recorrente, desconformidade que se deixa arguida para todos os efeitos legais.*

10.^a *Inverificado o pressuposto legal do trânsito em julgado da decisão judicial que condenara o ora recorrente, o acto recorrido mostra-se ilegal por violação de lei, por erro nos pressupostos de direito.*

11.^a *No processo disciplinar não foi feito qualquer apuramento dos factos imputados ao arguido aqui recorrente no apontado processo crime.*

12.^a *O acto recorrido violou, nomeadamente, a norma do art. 288, n.º 1 do EAPM, assim como o princípio da presunção de inocência até ao trânsito em julgado da decisão condenatória.*

Termos em que entende dever ser o presente recurso ser julgado procedente, anulando-se o acto recorrido, pela apontada ilegalidade resultante do vício de violação de lei por erro nos pressupostos de direito, com todas as consequências legais.

O Senhor Secretário para a Economia e Finanças, órgão recorrido no processo acima identificado, tendo sido citado para contestar, oferece o merecimento dos autos e acrescenta, no essencial:

Nada diz o recorrente sobre as razões da sua revelia, mas do que consta na petição de recurso é legítimo concluir que a mesma não se deveu a impossibilidade de comparecer em Macau (v.g., por motivo de doença ou força maior) nem a desconhecimento

dos processos em que é interessado (pelos vistos o interessado tem acesso à imprensa de Macau e reparamos o mandato junto ao recurso foi emitido em Zuhai).

Concluimos portanto que a revelia do recorrente teve e tem um único objectivo: escapar à Justiça (criminal e disciplinar), nomeadamente esquivando-se a ser notificado pessoalmente da decisão judicial.

Pretende agora o recorrente, invocando essa mesma revelia, impedir também que a Administração extraia as devidas consequências da condenação em processo crime.

É justo que o direito de recorrer de uma sentença condenatória não caduque enquanto dela não for notificado o arguido, especialmente quando a falta de notificação não seja lhe imputável, mas não encontramos boas razões para que a lei permita que quem foge a ser notificado possa suspender indefinidamente todos e quaisquer efeitos desfavoráveis da sentença, incluindo a acção disciplinar da Administração.

Esclareça-se que no processo disciplinar foi o interessado devidamente notificado para apresentar a sua defesa, o que não fez.

O recorrente reitera nas suas alegações facultativas o anteriormente afirmado.

O Digno Magistrado do MP emite o douto parecer seguinte:

O procedimento disciplinar em questão foi instaurado, por força do disposto na norma legal acima referenciada, no pressuposto de que a condenação crime que o recorrente sofrera no âmbito do proc. CRI-05-0250-PCC transitara em julgado, conforme, aliás, expressamente dá nota a “certidão” constante de fls. 83 do instrutor.

Sucedee, porém, que, conforme certidão posterior emitida pelo mesmo Tribunal (fls. 122 do processo), tal não corresponde à verdade, relativamente ao recorrente.

Temos, assim, que, quer a instauração do procedimento disciplinar, quer a punição do mesmo resultante assentaram no errado pressuposto daquele trânsito em julgado, o que, desde logo, contamina a decisão.

Não se quer com isto referir que a Administração não pudesse, com base nos factos subjacentes à sanção criminal (conquanto não tivessem sido objecto de anterior procedimento disciplinar), instaurar procedimento autónomo e, quiçá, punir o recorrente pelos mesmos, já que, como é sabido, o procedimento disciplinar é independente do procedimento criminal que possa ser instaurado pelos mesmos factos (n.º 1 do art. 287º, ETAPM).

O certo, porém, é que a Administração fundou a instauração do procedimento em causa no disposto no art. 288º referido, ou seja, com base em condenação, com trânsito em julgado, em processo crime, sendo que, em consonância, não existiu qualquer instrução ou investigação autónoma relativa aos factos, limitando-se, no libelo acusatório, a dar como provados e adquiridos os factos constantes da condenação crime, sem, designadamente, qualquer contraditório a tal respeito, revelando-se, nesta fase e domínio, perfeitamente irrelevantes e inócuas quaisquer considerações relativas às razões da revelia do recorrente no processo crime, ou da pretensa "fuga" do mesmo às notificações devidas nesse domínio.

Ou seja: aquela errada informação acerca do trânsito em julgado da condenação crime condicionou e contaminou "ab initio" o procedimento disciplinar instaurado, tendo, quer durante o procedimento propriamente dito, quer aquando do libelo acusatório, quer, finalmente, na decisão, a entidade recorrida agido com manifesto erro nos pressupostos de

facto, o que não poderá deixar de conduzir à anulação do acto.

Este, o nosso entendimento.

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 excepções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito.

III - FACTOS

Com pertinência, têm-se por assentes os factos seguintes:

Consta do Processo Instrutor anterior decisão punitiva do recorrente nos seguintes termos:

“Despacho

Considerando que, por despacho de 17 de Junho de 2005 do Secretário para a Economia e Finanças, foi aplicada a **A**, funcionário da Direcção de Inspecção e Coordenação de Jogos, a pena disciplinar de demissão;

Considerando que o acto acima referido foi anulado por acórdão de 10 de Maio de 2006 do Tribunal de Última Instância (Proc. 1/2006) com fundamento no facto de não se ter verificado uma agravante que a decisão punitiva levava em conta na graduação da pena disciplinar;

Considerando que nos cumpre executar a decisão do Tribunal de Última Instância, reapreciando o processo disciplinar e procedendo a nova graduação da pena;

Considerando que, eliminada a referida agravante, se justifica no presente caso que a pena a aplicar seja mais leve do que a inicialmente aplicada;

Nos termos do art. 315º, nº 1, nº 2, al. f), e nº 3, e do art. 322º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, e no uso das competências delegadas pela Ordem Executiva 12/2000, publicada no Boletim Oficial da RAEM, I série, nº 9, de 28 de Fevereiro de 2000, é aplicada a **A**, inspector especialista do 3º escalão da Direcção de Inspeção e Coordenação de Jogos, a pena de aposentação compulsiva.

Gabinete do Secretário para a Economia e Finanças, aos 30 de Maio de 2006

O Secretário para a Economia e Finanças

Tam Pak Yuen”

No âmbito do processo disciplinar intentado contra o ora recorrente foi emitida a seguinte informação:

“Processo disciplinar n.º 1/2005

Data : 22/09/2006

Uma vez verificados os pressupostos legais constantes no artigo 287º, n.º 3, do Estatuto dos Trabalhadores Administração Pública de Macau, conforme documentos do Tribunal de Segunda Instância da RAEM, que se juntam para os devidos efeitos legais, e uma vez que se tratam de factos novos que não foram objecto de apreciação no processo disciplinar n.º 1/2005 em que foi arguido o funcionário **A**, propõe-se a instauração de novo processo disciplinar contra o arguido, em cumprimento da norma supra citada.

Para o efeito, e uma vez que o signatário da presente informação foi instrutor no processo disciplinar n.º 1/2005, ainda que se trate de factos novos, e no integral respeito pelo principio da imparcialidade, sugere-se que seja nomeado instrutor no processo disciplinar a instaurar, o ilustre assessor jurídico do Secretário para a Economia e Finanças, Dr. **B**.

À consideração superior de Vossa Excelência,
Direcção de Inspeção e Coordenação de Jogos, aos 22 de Setembro de 2006.

Nesse processo o Exmo Instrutor emitiu o parecer seguinte:

“Informação

Processo disciplinar 1.2006.GC – A (DICJ)

Data : 13/10/2006

Por despacho de V.^a Ex. De 06/10/2006 fui nomeado instrutor do processo disciplinar instaurado contra **A**, funcionário da DICJ que foi aposentado compulsivamente na sequência de anterior processo disciplinar (por faltas).

O processo foi instaurado por despacho do senhor director da DICJ de 26.09.2006 e resulta da condenação de **A**, por acórdão do Tribunal Judicial de Base de 22.05.2006, juntamente com outros indivíduos, pela prática de vários crimes de burla e de falsificação de documentos.

A referida decisão judicial ainda não transitou em julgado, pois foi interposto recurso para o Tribunal de Segunda Instância (TSI) por um dos arguidos (**C**), pelo Ministério Público e por um assistente. Tendo em atenção a qualidade dos recorrentes e a sua posição no processo, é muito improvável que a decisão dó recurso possa vir a beneficiar **A**, nos termos previstos no art. 392º, 2, a), do Código de Processo Penal (*“Salvo se for fundado em motivos estritamente pessoais, o recurso interposto por um dos arguidos, em caso de comparticipação, aproveita aos restantes”*).

Todavia o presente processo disciplinar assenta exclusivamente nos factos dados como provados no processo criminal e esses factos parece não se poderem dar como provados enquanto a decisão não transitar em julgado. Neste sentido, recorde-se que o art. 288º, 1, do ETAPM apenas determina a instauração de processo disciplinar por crime depois de a respectiva sentença transitar em julgado. Parece-nos pois dever ser usada a faculdade prevista no art. 328º, 2, do ETAPM e suspender o procedimento disciplinar.

Proposta:

Pelas razões acima expostas, propomos que a ulitimação do presente processo disciplinar fique suspensa, nos termos do art. 328º, 2, do ETAPM, até haver decisão transitada em julgada no processo-crime em que foi arguido **A**.

B”

Vindo noutro passo a ser proferida outra informação do seguinte teor:

“Informação

Proc. disciplinar 1/2006/GC – A

Data . 12/10/2007

Entendendo-se que a competência disciplinar atribuída pelo artigo 322º do ETAPM ao senhor Chefe do Executivo se encontra delegada em V.^a Ex.^a, por força das ordens executivas n.º 12/2000 e 6/2005, proponho a V.^a Ex. :

a) a aplicação da pena de demissão a **A** pelos factos provados no processo 1/2006/GC, em anexo (constituído por 140 páginas, constando o respectivo relatório das páginas 137 a 140);

b) o envio do processo à DICJ para notificação.

O Instrutor”

No mesmo processo foi o recorrente notificado da decisão

proferida nos seguintes termos:

“DIRECÇÃO DE INSPECÇÃO E COORDENAÇÃO DE JOGOS

Aviso

Em cumprimento do n.º 4 do artigo 353º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro, republicado com as alterações subsequentes no Boletim Oficial n.º 12, I Série, de 22 de Março de 1999, é notificado o arguido **A**, inspector especialista, 3º escalão, com paradeiro desconhecido, de que no processo disciplinar melhor identificado pelo n.º PD-1/2006-GC, por despacho do Ex.mo Senhor Secretário para a Economia e Finanças, datado de 12 de Outubro de 2007, e no exercício de competências delegadas previstas nas Ordens Executivas n.ºs 12/2000 e 6/2005, lhe foi aplicada a pena disciplinar de demissão, prevista no artigo 315º, n.ºs 1 e 2, al. o), e com os efeitos do artigo 311º do supracitado Estatuto, podendo o mesmo recorrer contenciosamente no prazo de sessenta dias a contar da presente publicação, devendo para o efeito levantar o texto integral do despacho ora notificado junto do respectivo processo disciplinar que se encontra disponível na sede da Direcção de Inspeção e Coordenação de Jogos, sita na Avenida da Praia Grande, n.ºs 762-804, Edf. China Plaza, 21º andar, em Macau.

Direcção de Inspeção e Coordenação de Jogos, aos 16 de Outubro de 2007.

O Director, “

Consta do acórdão condenatório, não transitado em relação ao recorrente, e em que se baseou a decisão disciplinar ora recorrida o

seguinte excerto:

“(…)

Os arguidos **D e A** cometeram, em co-autoria material e na forma consumada, três crimes de burla p. e p. pelo artigo 211.º, n.º 1 e n.º 4, alínea a) do Código Penal de Macau, conjugado com os dispostos no artigo 196.º, alínea b) do mesmo código, condenar respectivamente estes arguidos, cada um, na pena de 6 anos, 5 anos e 3 anos de prisão, e três crimes de falsificação de documento de especial valor p. e p. pelo artigo 245.º do Código Penal, conjugado com , os dispostos no artigo 244.º, n.º 1, condenar estes arguidos, cada um, na pena de 3 anos de prisão;

Em cúmulo, condena os mesmos arguidos na pena de 17 anos de prisão efectiva.

Vai-se condenar os arguidos **D, A, E e C** o pagamento de indemnização, na forma de responsabilidade solidária, de um montante de MOP11.352.000,00 à assistente Alice Azedo Augusto, e o juro legal do montante da indemnização contado a partir da data de citação dos respectivos arguidos.

(…)”

IV – FUNDAMENTOS

O recorrente impugna o despacho do Exmo Senhor Secretário para a Economia e Finanças de 12/10/07 que, em sede disciplinar, lhe aplicou pena de demissão, assacando-lhe o vício de:

- erro nos pressupostos de direito;

- violação do princípio da inocência e do disposto no art. 288º, n.º 1, ETAPM.

Como se viu, funda a sua argumentação, no essencial, no facto de não corresponder à realidade a circunstância de ter transitado em julgado a condenação crime em que se baseou a instauração do procedimento disciplinar e subsequente punição.

Vejamos.

O despacho ora em impugnação fundamentou-se nos factos apurados no processo crime comum colectivo que, sob o n.º CRI-05-0250-PCC, correu termos pelo Tribunal Judicial de Base, e no qual foi proferido o acórdão de 22 de Maio de 2006, que condenou, entre outros, o arguido ora recorrente, pela prática, em co-autoria e na forma consumada de três crimes de burla, p. e p. pelo art. 211º, n.º 1 e n.º 4 a), conjugado com o art. 196º b) do C. Penal, na pena de 6 anos, 5 anos e 3 anos de prisão e de três crimes de falsificação de documentos de valor especial, p. e p. pelos artigos 245º e 244, n.º 1 do mesmo código, na pena de 3 anos de prisão por cada um e, em cúmulo jurídico, na pena global de 17 anos de prisão.

Inconformados com essa decisão, recorreram o Ministério Público, o assistente **F** e o arguido **C**, o que determinou o acórdão de 12 de Abril de 2007 deste Tribunal de Segunda Instância e, sobre este, o acórdão do Tribunal de Última Instância, o que determinou, de 18 de Julho de 2007.

Verifica-se que o acórdão de 22 de Maio de 2006, proferido pelo Tribunal Judicial de Base, não transitou em julgado relativamente ao arguido ora recorrente que foi julgado à revelia e nunca foi notificado da decisão.

Mas o que releva no presente caso é o facto de o procedimento disciplinar ter sido instaurado no pressuposto de que a condenação crime que o recorrente sofrera no âmbito do proc. CR1-05-0250-PCC transitara em julgado, conforme, aliás, expressamente dá nota a “*certidão*” constante de fls. 83 do instrutor e mais importante ainda o facto de a acusação e relatório final do processo disciplinar se limitar a remeter para os factos dados como provados na sentença crime.

Sobre tal factualidade mais nenhuma diligência foi feita naquela sede.

Ora o que igualmente se constata é que aquela decisão não transitou em julgado, conforme certidão posterior emitida pelo Tribunal de Base e se confirma face à revelia do arguido.

Donde resulta que quer a instauração do procedimento disciplinar, quer a punição arbitrada ao arguido, assentaram no errado pressuposto daquele trânsito em julgado, o que não deixará de inquirar a decisão tomada.

É certo que a Administração sempre podia, com base nos factos subjacentes à sanção criminal instaurar procedimento autónomo - haja em vista o disposto no artigo 287º, n.º 1 do ETAPM -, mas então

devia ter encetado diligências autónomas no sentido do apuramento dos factos.

Na verdade, são diferenciados o ilícito disciplinar (que visa preservar a capacidade funcional do serviço) e o ilícito criminal (que se destina à defesa dos bens jurídicos essenciais à vida em sociedade) e autónomos os respectivos processos, sendo que o facto de o arguido ser absolvido em processo crime, não obsta, em princípio à sua punição em processo disciplinar instaurado com base nos mesmos factos. ¹

Não tendo optado por esse caminho teria que aguardar pelo trânsito da sentença, como expressamente prevê o artigo 288º, n.º 1 do ETAPM.

Conclui-se assim pela manifesta evidência de erro nos pressupostos de facto - a referida condenação transitada -, o que por si só é elemento viciante bastante para determinar a anulação do acto punitivo.

Está bem de ver que as alegações, em sede de contestação, da entidade recorrida sobre a eventual censura à situação de revelia em que o próprio arguido se terá colocado e em que a ela dando azo, dela tira proveito, não passam de meras considerações, ainda que porventura justas, a serem verídicas, mas não deixam de ceder perante as razões de segurança vertidas na lei.

¹ - Proc. do STA n.º 047146 de 21/09/2004

Nesta conformidade o recurso não deixará de proceder.

V - DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em **conceder provimento ao presente recurso contencioso e, em consequência, determinam a anulação do acto punitivo recorrido.**

Sem custas por não serem devidas.

Macau, 6 de Novembro de 2008

João A. G. Gil de Oliveira

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong