

Processo n.º 617/2008

(Recurso Contencioso)

Data: 2/Julho/2009

Assuntos:

- Demissão; aposentação compulsiva

SUMÁRIO:

1. Não é de anular o acto praticado pelo Senhor Secretário para a Segurança que aplicou a demissão a um guarda do CPSP que injustificadamente não compareceu ao serviço, durante vários meses e, só no âmbito do processo entretanto aberto, veio tentar justificar essa ausência com assistência à esposa numa situação post-parto.

2. A pena de aposentação compulsiva está reservada para as condutas reveladoras de mera incompetência profissional ou falta de idoneidade moral - art. 239º, n.º 1 do EMFSM.

3. Por outro lado, o parecer do Conselho e Justiça e Disciplina não é vinculativo, apesar de obrigatório, tendo natureza de meramente consultivo, donde não poder servir de argumento a imposição à entidade competente da pena sugerida por aquela Comissão.

4. É da competência discricionária da Administração a escolha da medida da pena de entre o quadro sancionatório aplicável, não ocorrendo qualquer circunstância que configure uma situação de desproporcionalidade.

O Relator,
João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 617/2008

(Recurso Contencioso)

Data : 2 de Julho de 2009

Recorrente: A (XXX)

Recorrido: Secretário para a Segurança

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

I - RELATÓRIO

A (XXX), melhor identificado nos autos, inconformado com o despacho n.º 43/SS/2008, de 17 de Setembro de 2008, proferido pelo **Secretário para a Segurança de Macau** (doravante designado simplesmente “recorrido”) no processo disciplinar contra si instaurado, n.º 28/2008, que lhe aplicou uma pena de **demissão**, vem interpor para este Tribunal, alegando, em síntese:

No despacho recorrido, o recorrente foi acusado de ter cometido ausências ilegítimas, pelo que, foi decidido aplicar-lhe a pena de demissão.

Porém, durante o período das suas ausências, a mulher do recorrente, B, sofria de depressão pós parto, por isso, o recorrente tinha de ficar em casa para fazer companhia à mulher e ao bebé recém-nascido, e o recorrente não tinha nenhum familiar nem amigo que podia cuidar da sua mulher e do seu bebé.

Existe manifestamente um conflito entre o cumprimento dos deveres familiares, nomeadamente dos deveres conjugais e deveres de prestar alimentos a filhos, e o cumprimento do dever de assiduidade dos militarizados, porém, o primeiro deve dar preferência ao segundo.

Pelo que, as faltas do recorrente não devem ser consideradas como “ausência ilegítima” prevista no artigo 238.º n.º 2 alínea i) do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau.

Além disso, no mesmo despacho, revela-se que o Conselho de Justiça e Disciplina também proferiu um parecer sobre o caso do recorrente, no qual entendeu que deve ser aplicada ao recorrente a pena de aposentação compulsiva.

Pelo que, o despacho recorrido aplicou erradamente a ausência ilegítima prevista no disposto no artigo 238.º n.º 2 alínea i) do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau, o que causa que o despacho recorrido padeça do vício de ilegalidade previsto no artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo, pelo que, deve o tribunal declarar anulado o despacho recorrido.

Caso assim não se entenda,

O despacho recorrido não considerou plenamente a situação familiar do recorrente, o serviço que o recorrente tem prestado e o comportamento do recorrente durante sua

prestação de serviço, nem teve em conta que o grau de ilicitude do facto e a intensidade da culpa do recorrente não são elevados.

Isto é contrário ao espírito legislativo do disposto no artigo 232.º do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau.

De facto, a aplicação ao recorrente de uma pena de aposentação compulsória prevista no artigo 239.º do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau já é suficiente.

A pena aplicada ao recorrente é efectivamente excessiva, uma vez que o despacho recorrido aplicou ao recorrente a pena de “demissão” prevista no artigo 240.º do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau, em vez da pena de “aposentação compulsória” prevista no artigo 239.º do mesmo Estatuto.

Na realidade, o despacho recorrido aplicou erradamente os dispostos nos artigos 239.º e 240.º do mesmo Estatuto, e ao mesmo tempo, violou o espírito legislativo do artigo 232.º e o princípio da proporcionalidade no artigo 5.º do Código do Procedimento Administrativo, o que causa que o despacho recorrido padeça do vício de ilegalidade, pelo que, deve o tribunal declarar anulado o despacho recorrido.

Donde, pedir a anulação do despacho punitivo.

O Senhor Secretário para a Segurança do Governo da Região Administrativa Especial de Macau, contesta, defendendo a bondade do

despacho, seja na correcção da integração típica a que se procedeu, seja na justeza da medida aplicada.

O Digno Magistrado do MP emite o seguinte douto parecer:

Vem A impugnar o despacho de 17/9/08 do Secretário para a Segurança que, na sequência de procedimento disciplinar, lhe aplicou a pena de demissão, assacando-lhe, tanto quanto ousamos aferir e sintetizar do respectivo petitório, já que não apresentou alegações, vícios de erro nos pressupostos de facto e de direito subjacentes à decisão punitiva, bem como desproporcional idade da medida da pena aplicada, argumentando, em síntese, que nunca se registou o seu assacado abandono de funções, pios que a sua ausência ao serviço desde o dia 1/2/08 se ficou a dever à necessidade de acompanhamento da sua esposa, afectada por crise depressiva pós parto, conforme documento médico que fez questão de juntar com a petição, sendo que, finalmente, a sanção aplicada se mostra excessiva face ao seu comportamento durante o tempo de serviço, o grau de ilicitude do facto e a intensidade da culpa, razões por que, de acordo, aliás, com parecer do Conselho de Justiça e Disciplina, se imporia, no caso, a aplicação da pena de aposentação compulsiva.

Creemos, porém, não lhe assistir razão.

Desde logo, a apresentação da tentativa de justificação da ausência ao serviço apenas na presente fase, já pós a prolacção do acto, revela-se inócua, pois que, como é bom de ver, não tendo sido carreada ao tempo das faltas ao serviço (dentro dos limites legalmente fixados – art. 97º, nº 3, ETAPM), ou mesmo aquando da instrução do processo disciplinar, não foi, nem poderia ter sido, contemplada pelo acto. E isto, independentemente da

consideração sobre se a documentação médica ora apresentada seria ou não passível de validamente configurar a pretendida justificação e, daí que se não possa esgrimir, a tal nível, com pretendido erro nos pressupostos subjacentes à decisão.

Pretende ainda o recorrente que se impõe, pelo menos, um juízo menos severo que adira com justiça à culpa concreta apurada, afigurando-se-lhe que a pena de demissão aplicada é excessiva, impondo-se a aplicação da pena de aposentação compulsiva, de acordo, aliás, com o parecer do Conselho de Justiça e Disciplina.

Ora, 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 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 da proporcionalidade que necessariamente devem presidir à sua actuação.

No caso vertente, não se verifica a referida desproporção ou manifesta injustiça

quanto à pena concretamente infligida ao recorrente, sendo, aliás, certo que, nos precisos termos das disposições conjugadas dos artigos 240º, al. c) e 238º, n.º 2, al. i) do EMFSM, a demissão é taxativamente prevista para situações como a presente, acrescendo que o parecer do C.J.D. tem natureza meramente consultiva, 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.

Razões por que, não vislumbrando a ocorrência de qualquer dos vícios ao acto assacados, ou qualquer outro de que cumpra conhecer, somos 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 excepções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito.

III - É do seguinte teor o despacho recorrido:

“Despacho n.º 43/SS/2008

Assunto : Processo disciplinar n.º 28/2008

Arguido : Guarda Principal n.º 194921, do CPSP

Nos presentes autos de processo disciplinar, mostra-se suficientemente provado que o arguido, Guarda Principal n.º XXX, A de Corpo de Polícia de Segurança Pública, deixou de comparecer ao serviço desde 01 de Fevereiro último, não mais o fazendo até à presente data, não obstante a tal ter sido instado por diversas vezes através de contactos que obtiveram como resposta a reiteração da sua vontade em abandonar o serviço.

Constitui-se assim, ao cabo de 5 dias de faltas injustificadas, em situação de ausência ilegítima, violando o dever de assiduidade a que se refere a al. b) do n.º 2 do artigo 13º, com referência ao disposto no n.º 2, al. i) do art. 238º, ambos do Estatutos dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/94/M, de 30 de Dezembro a que corresponde uma pena de natureza expulsiva.

Na ponderação da pena concreta há-de ter-se em conta a gravidade da infracção cometido e o juízo de censura ético-disciplinar (culpa), que recai sobre o arguido. Ora, se o abandono de funções já é de “per si” censurável, o facto agrava-se quando lhe está subjacente uma vontade firme e decidida em não regressar ao serviço.

Assim, discordando do parecer do Conselho de Justiça e Disciplina e na linha do que, em casos idênticos vem sendo, aliás, a sua orientação, o abandono de funções, quando querido e, como tal, representado intelectualmente, não deve beneficiar do regime mais favorável da

pena de aposentação compulsiva, até porque não estamos perante quaisquer circunstâncias atenuantes subjectivas da conduta, em concreto.

Nestes termos, usando da competência que me advém da Ordem Executiva n.º 13/2000, com referência ao disposto no artigo 211º do citado EMFSM, ponderado o demais circunstancialismo constante da Acusação, o que aqui se dá por inteiramente reproduzido, **Puno** o arguido, Guarda Principal n.º XXX, A do CPSP, com a pena de **DEMISSÃO**, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 238º, n.º 2, al. i) e 240º, al. c) daquele diploma estatutário.

Notifique o arguido do presente despacho e ainda de que, do mesmo, pode interpor recurso contencioso ao prazo de 30 dias, para o Tribunal de Segunda Instância.

Gabinete do Secretário para a Segurança da Região Administrativa Especial de Macau, aos 17 de Setembro de 2008.

O Secretário para a Segurança

Cheong Kuoc Va”

IV – FUNDAMENTOS

1. Há duas questões essenciais que importa apreciar:

- da virtualidade justificativa da explicação apresentada para as referidas faltas;

- se houve violação de lei na modalidade de desproporcionalidade em relação à pena de demissão que lhe foi aplicada.

2. O recorrente invocou a necessidade de assistência à sua esposa, afectada por crise depressiva "*pos-partum*", como motivo justificativo da sua conduta, o que pretende seja tido como dirimente da infracção disciplinar sancionada.

A primeira observação que se faz e com repercussão na análise do pressuposto de facto em que se baseou a decisão tomada é a de que, tal como resulta da matéria comprovada nos autos, é que o recorrente começou a faltar ao serviço e não teve a mínima preocupação de justificar essas faltas com o que quer que fosse, o que determinou que incorresse na situação de ausência ilegítima prevista no art. 238º, n.º 2, i), por ter faltado por mais de 5 dias seguidos sem qualquer justificação.

A falta grave do recorrente há-de reportar-se necessariamente a esse momento e não vem alegada qualquer justificação de impossibilidade de comunicar e justificar a ausência.

O atestado da doença da esposa, emitido após a prolação do despacho de punição, deveria ter sido apresentado ao tempo das faltas ao serviço, justificando-as dentro dos limites da lei, (15 dias por ano - artigo 97.º, n.º 3 do ETAPM) ou aquando da instrução do processo disciplinar com vista à sua

ponderação como causa justificativa da conduta.

Como está bem de ver, não pode relevar uma justificação para uma conduta que não foi apresentada oportunamente e no lugar próprio, pois que antes de o recorrente a apresentar a Chefia não podia dela ter conhecimento.

Ora, o que está em causa é o acto punitivo praticado com base nos elementos àquela data disponíveis.

Isto, como bem observa a entidade recorrida, apesar da fragilidade do conteúdo de tais documentos que nem sequer delimitam a doença no tempo, por forma a que se pudesse fazer um juízo valorativo da situação de facto.

Não se põe em causa a nobreza da motivação do recorrente em ter ficado em causa a ajudar a esposa num momento difícil, até a indispensabilidade desse apoio, mas, com franqueza, já não se pode contemporizar com uma conduta que, de uma forma muito impressiva e que revela uma atitude de manifesta falta de responsabilidade, inidoneidade, total desconsideração e até desprezo pelo Serviço e pelas chefias, de forma a nada comunicar sobre essa ausência.

Donde nem sequer se colocar a questão da ponderação de eventual conflito de deveres, já que nada justifica uma ausência de comunicação da ausência ao serviço.

Perante isto é evidente que não procedem quaisquer dos vícios apontados ao despacho impugnado, configurando-se a conduta do arguido como um

reprovável um abandono de funções, independentemente das razões que a motivaram, e, nos termos do artigo 240.º, alínea c), do EMFSM, a sanção que lhe corresponde é, taxativamente, a demissão, por referência à alínea i) do art. 238.º do mesmo estatuto.

3. Pretende ainda que lhe seja aplicada a pena de aposentação compulsiva, invocando, ainda, violação do princípio da proporcionalidade, pugnando pela anulação do despacho recorrido, em virtude de entender que a pena de demissão é excessivamente severa e defendendo a alternativa da pena de aposentação compulsiva, preenchidos que estejam os requisitos de tempo de serviço - 15 anos de serviço efectivo.

Suporta-se ainda no parecer do Conselho de Justiça de Disciplina para vincar a sua argumentação, uma vez que este órgão de consulta, reunido nos termos do artigo 318.º do EMFSM (Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau), aprovado pelo Dec.- Lei n.º 66/94/M, de 30 de Dezembro, se pronunciou pela aplicação de pena de aposentação compulsiva.

A pena de aposentação compulsiva está reservada para as condutas reveladoras de mera incompetência profissional ou falta de idoneidade moral - art. 239º, n.º 1 do EMFSM.

Por outro lado, o parecer do Conselho e Justiça e Disciplina não é vinculativo, apesar de obrigatório, tendo natureza de meramente consultivo,

donde não poder servir de argumento a imposição à entidade competente da pena sugerida por aquela Comissão.

É da competência discricionária da Administração a escolha da medida da pena de entre o quadro sancionatório aplicável, não ocorrendo qualquer circunstância que configure uma situação de desproporcionalidade.

Acresce que a proporcionalidade de uma pena disciplinar só pode ser impugnada com base em erro grosseiro ou manifesto.¹

Enquanto conceito jurídico administrativo, na medida em que corresponda a uma ideia de variação correlativa de duas grandezas, há-de traduzir os benefícios decorrentes da decisão administrativa para o interesse público prosseguido pelo órgão decisor e os respectivos custos, medidos pelo inerente sacrifício dos particulares.

Ora, no caso em apreço, descortina-se a prossecução do interesse público, a adequação do comportamento à prossecução desse interesse e compreende-se ainda o sacrifício dos interesses privados em função da importância do interesse público que se procura salvaguardar.²

4. Uma última referência à alegada falta de ponderação dos elementos

¹ - Ac do STA de 28/9/99 – Rec. 40991, <http://www.dgsi.pt>

² - João Caupers, in Int. ao Dto Administ., 2001, 80

relativos à culpa e à situação pessoal e familiar.

É certo que o art. 232º do EMFSM manda atender a tais requisitos.

Só que importa ser prudente e hábil no cumprimento desse preceito.

Antes de mais anota-se que se está em presença de um processo disciplinar em que se não enuncia a indispensabilidade formal requerida para um processo crime.

Depois, nada nos diz, antes pelo contrário que o elemento fundamental subjacente à punição, qual seja a valoração da culpa concreta, não tenha sido levada em conta. Destaca-se até um parágrafo dedicado a essa matéria, referindo-se a censura ético-disciplinar que recai sobre o arguido e se regista com censura uma vontade firme e decidida em não regressar ao serviço.

Depois, quanto à situação funcional, pessoal e familiar, vista a taxatividade e tipicidade das infracções e suas sanções, tais elementos só atenuam quando tenham de atenuar.

Ora, se uma dada conduta, por si só, justifica a pena de demissão, não se vê que uma carga atenuativa de tal índole possa modificar ou alterar o preenchimento típico a que se chegou.

Dir-se-á que tais elementos relevariam em sede de aplicação de uma aposentação compulsiva, alternativamente em relação à demissão; só que não se vê em que medida tais elementos pudessem fazer inflectir um juízo que deve

ser balizado pelos parâmetros plasmados no n.º1 do art. 239º do EMFSM e que emergem por si só da própria factualidade típica.

Por todas as apontadas razões improcederá o recurso.

V - DECISÃO

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

Custas pela recorrente, com 8 UC de taxa de justiça

Macau, 2 de Julho de 2009

João A. G. Gil de Oliveira

José M. Dias Azedo

Lai Kin Hong