

Processo n.º 52/2000

Data do acórdão: 2002-12-12

(Recurso contencioso)

Assuntos:

- processo disciplinar
- convoção para mais grave da pena inicialmente imputada
- audiência prévia no procedimento administrativo sancionatório
- direito de defesa
- princípio do contraditório
- anulação do acto por vício de forma

S U M Á R I O

Sempre que depois de deduzida a acusação disciplinar e antes da tomada de qualquer decisão final no processo disciplinar, se venha a constatar qualquer possibilidade de aplicação de alguma pena disciplinar diferente, e em especial, mais gravosa, da indicada na acusação inicial, deve ser feita, em prol do princípio do contraditório e do direito da defesa, a audição do arguido para este poder pronunciar-se sobre a aplicabilidade da pena “nova” em causa, aplicando-se, assim, a regra geral da audiência prévia do interessado particular antes da decisão final em procedimento administrativo mormente sancionatório, vigente em qualquer

procedimento administrativo de que o processo disciplinar faz parte, e como tal prevista quer no art.º 89.º, n.º 1, do anterior Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 35/94/M, de 18 de Julho, quer no art.º 93.º, n.º 1, do actual Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110/99/M, de 13 de Dezembro.

Preterido o direito de defesa do arguido acerca da possibilidade da aplicação de uma pena mais gravosa e diferente da inicialmente imputada na acusação disciplinar contra ele deduzida, é de anular, por esse vício de forma, o acto que o puniu a final com a dita pena mais gravosa.

O relator,

Chan Kuong Seng

Processo n.º 52/2000

(Recurso contencioso)

Recorrente: A

Entidade recorrida: Secretário para a Segurança da R.A.E.M..

ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

A, com os sinais dos autos, veio recorrer contenciosamente para este Tribunal de Segunda Instância (TSI), do despacho de imposição da pena de demissão, proferido em 31 de Janeiro de 2000 pelo Senhor Secretário para a Segurança do Governo desta Região Administrativa Especial de Macau, no âmbito do processo disciplinar de que ele era visado.

E conclui a sua petição de moldes seguintes, a fim de pedir a anulação do acto recorrido:

<<[...]

1-O recorrente quando se encontrava de serviço no posto fronteiriço das Portas do Cerco, num balcão destinado apenas a residentes de Macau, deixou "passar" para a R.P.C. uma senhora munida de um passaporte da R.P .C.

2-Esta conduta do recorrente foi derivada única e exclusivamente ao estado de exaustão em que se encontrava devido ao acompanhamento pós-operatório que vinha fazendo a sua mulher e que o impediu de dormir por vários dias seguidos.

3-O recorrente nunca pretendeu violar os deveres de obediência, zelo e lealdade a que está obrigado pelo exercício da sua profissão.

4-Para além disso, a nota de culpa que lhe foi entregue mencionava que a pena aplicável à infracção por si cometida era a prevista no artº 237 do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau, ou seja a pena de suspensão (artº 275 nº 4).

5-Por despacho de 31/01/2000 o recorrente foi demitido das suas funções.

6-O despacho ora recorrido enferma de violação de lei, ao violar o disposto no artº 275 do Estatuto dos Militarizados das F.S.M., ao aplicar ao recorrente uma pena mais gravosa do que a que lhe foi comunicada, não lhe dando, assim, oportunidade para apresentar a sua defesa em conformidade, o que o torna anulável. (artº 42 nº 1 al. e))

[...]>> (cfr. o teor de fls. 17 a 17v, e *sic*).

Citada, respondeu à petição aquela Entidade Recorrida, concluindo a sua contestação de forma seguinte, para pedir a negação de provimento ao recurso:

<<[...]

- a) A valoração da gravidade dos factos e do grau de censura que sob os mesmos recai é insindicável.
- b) Mesmo que assim se não entenda a valoração operada é justa e proporcional ao resultado produzido, bem como ao circunstancialismo caracterizante.

- c) A diferente qualificação jurídica, incluindo a cominação rancionatória, operada na decisão, por forma divergente com a que constava na acusação, é uma prerrogativa da entidade disciplinarmente competente para decidir.
- d) Não se vislumbram quaisquer outros vícios que iniquem a decisão impugnada de invalidade jurídica.

[...]>> (cfr. o teor de fls. 30 a 31, e *sic*).

Depois do visto inicial dado aos autos pelo Digno Magistrado do Ministério Público junto deste TSI, procedeu-se a diligências probatórias tidas por necessárias.

Afinal, apenas a Entidade Recorrida produziu as alegações facultativas a fls. 89, nelas pugnando nomeadamente pela manutenção do acto recorrido.

Subsequentemente, o mesmo Digno Representante do Ministério Público emitiu, em sede de visto final, o seu douto parecer a fls. 91 a 97, pronunciando-se no sentido de não provimento do recurso.

Corridos os vistos legais pelos Mm.ºs Juizes Adjuntos, cumpre resolver o recurso *sub judice*.

Para o efeito, urge coligar os seguintes **elementos pertinentes à decisão** que se retiram do exame dos autos e do processo instrutor

apensado:

- por despacho exarado em 3 de Abril de 1999 pelo Senhor Comandante do Corpo de Polícia de Segurança Pública de Macau (CPSP), sobre o auto de notícia n.º 1/99 dessa mesma data, foi determinada a instauração de processo disciplinar contra o guarda n.º XXX, de nome A, por este alegadamente ter deixado uma imigrante ilegal passar pelo balcão de controlo de documentos do Posto Fronteiriço da Porta do Cerco, em data e hora em que estava a desempenhar funções nesse balcão (cfr. fls. 35 do processo instrutor apenso);
- no processo disciplinar assim aberto e registado sob o n.º 75/99, o Senhor Instrutor do mesmo acabou por deduzir a acusação de 12 de Maio de 1999, cuja parte final tinha o seguinte teor (cfr. o teor de fls. 69v do apenso, e *sic*):

<<9 °.

---Com este comportamento, o arguido participou numa infracção disciplinar que constitui a violação aos deveres na alínea a) do n.º 2 do Artigo 6.º, na alínea e) do n.º 2 do Artigo 8.º e ainda nas alíneas a), c) e d) do artigo 9.º todos do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau, a que corresponde a pena de SUSPENSÃO, prevista no Artigo 237.º do mesmo Estatuto.-----

10 °.

---O arguido tem como as circunstâncias agravantes nas alíneas d) e e)

do n.º.2 do Artigo 201.º do Estatuto dos Militarizados das FSM. e tem como circunstâncias atenuante na alínea b) do n.º.2 do Artigo 200.º do mesmo Estatuto.-----

Macau, 12 de Maio de 1999

O Instrutor

(assinatura)>>;

- notificado dessa peça acusatória, o guarda A respondeu por escrito em 27 de Maio de 1999, tendo opinado inclusivamente que <<Trata-se, [...], de um acto negligente do arguido, o qual não merece ser sancionado com a pena de suspensão prevista no artº 237 do Estatuto dos Militarizados das F.S.M., mas sim com a pena de suspensão prevista no artº 236 do mesmo diploma legal.>> (cfr. o teor do art.º 16.º da defesa escrita, e *sic*, a fls. 43v do apenso);
- no relatório final elaborado pelo Instrutor em 3 de Junho de 1999, este propôs a aplicação ao guarda visado d“a pena de SUSPENSÃO, nos termos do Artigo 237.º Do EMFSM.” (cfr. o teor de fls. 48v do apenso, e *sic*);
- submetido o mesmo relatório ao Senhor Comandante do CPSP, este exarou o despacho de 22 de Junho de 1999, nele afirmando que <<[...] Nos presentes autos vem suficientemente provado que o arguido praticou os factos de que foi acusado [...]/ Constitui uma das principais atribuições das FSM e do CPSP em particular o combate à imigração clandestina, pelo que as infracções aos deveres de obediência, de zêlo, de lealdade e de apurmo (conforme

preceitos legais constantes da acusação) cometidas pelo arguido, são graves e inviabilizam a manutenção da relação funcional, conforme art. 238 No. n) 2a. parte, do EMFSM, devendo, por isso, ser-lhe aplicada a pena de natureza expulsiva adequada ao seu tempo de serviço, contrariamente ao proposto pelo Sr. Instrutor.// Assim, nos termos das disposições conjugadas dos arts. [...] do Estatuto, determino que se reúna o Conselho Disciplinar da Corporação, a fim de apreciar e emitir parecer sobre a proposta de pena expulsiva ora formulada nos presentes autos. [...]>> (cfr. o teor de fls. 80 do apenso, e *sic*);

- subsequentemente, foi convocada, em 6 de Julho de 1999, a aludida reunião do Conselho Disciplinar com a finalidade de emitir parecer sobre a mesma proposta de pena expulsiva, não tendo o arguido visado sido previamente notificado e ouvido acerca da eventualidade da aplicação da “pena de natureza expulsiva” sugerida pelo Senhor Comandante do CPSP (cfr. o processado de fls. 80 a 91 do apenso);
- e o processo disciplinar acabou por culminar com o proferimento do despacho n.º 15/GSS/2000, de 31 de Janeiro de 2000, pelo Senhor Secretário para a Segurança, que puniu o guarda visado com a pena de demissão, nos termos da alínea n) do artigo 238.º, n.º 2, do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau (EMFSM) (cfr. o teor de fls. 2 a 4 do apenso).

Ora, a nível do direito, e tal como observa o Digno Magistrado do Ministério Público no seu douto parecer emitido, o recorrente está a assacar ao acto recorrido, <<erro nos pressupostos de facto em que assentou a decisão, por existência de hipervalorização da gravidade dos factos dados como provados, bem como no juízo de censura ético-disciplinar que sobre os mesmos recaiu, e vício de violação de lei, consubstanciado no facto de a acusação cominar os factos com uma pena de “suspensão” e, a final, ter sido aplicada uma pena de “demissão”, com violação do disposto no artº 275º do Estatuto dos Militarizados das FSM>> (cfr. o teor do aludido parecer, a fls. 91 dos autos, e *sic*).

Começamos então por conhecer o vício de violação de lei (do disposto no n.º 4 do art.º 275.º do referido EMFSM), por a eventual procedência deste vir conduzir à anulação do acto recorrido, efeito este que, *in casu*, se nos afigura capaz de tutelar melhor os direitos e interesses do recorrente.

Ora, do acervo dos elementos acima colhidos do exame do processo instrutor, se retira claramente que a Entidade Recorrida, antes de tomar a decisão final de imposição de pena de demissão ora posta em crise, não chegou a ouvir o guarda A acerca da eventual aplicabilidade da pena de natureza expulsiva, sugerida pela primeira vez pelo Senhor Comandante do CPSP no seu despacho sobre o relatório final elaborado pelo Instrutor do processo disciplinar em causa, falta de audição prévia essa que fez com que o mesmo guarda ora Recorrente tenha ficado impossibilitado de exercer o seu direito de defesa relativamente à eventual imposição da pena de demissão, pois na acusação disciplinar deduzida pelo Instrutor, *só* foi indicada a possibilidade da aplicação da pena de suspensão nos termos

puníveis do art.º 237.º do EMFSM, pelo que o Recorrente *só* se defendeu dessa possibilidade (e já não também da possibilidade da aplicação de uma pena de natureza expulsiva) na defesa escrita entretanto apresentada ao mesmo Instrutor.

É, pois, de dar por assente que não foi observado o princípio do contraditório *quanto à eventual aplicação da pena de natureza expulsiva como a de demissão*, isto apesar de os factos a final dados como provados pela Entidade Recorrida serem os mesmo imputados ao guarda Recorrente punido na acusação disciplinar, em relação aos quais já houve observância do contraditório.

Vamos indagar, em seguida, qual será o resultado disso.

De facto, para isso, não se consegue descobrir nenhuma norma no EMFSM a ditar expressamente a necessidade de audição prévia do arguido disciplinar numa situação idêntica à acima verificada (situação essa que, ao contrário do que defende o ora Recorrente na petição do recurso contencioso, não constitui *propriamente* violação ao (n.º 4 do) art.º 275.º daquele Estatuto, uma vez que, *in casu*, na acusação disciplinar entretanto deduzida pelo Instrutor, foi referida expressamente, com total observância do disposto na parte final do n.º 4 do aludido art.º 275.º, a pena na altura entendida aplicável, i.e., a de suspensão, prevista no art.º 237.º do mesmo EMFSM).

Contudo, cremos que sempre que depois de deduzida a acusação e antes da tomada de qualquer decisão final no processo disciplinar, se venha a constatar qualquer possibilidade de aplicação de alguma pena

disciplinar diferente, e em especial, mais gravosa, da indicada na acusação inicial, deve ser feita, em prol do princípio do contraditório e do direito da defesa, a audição do arguido para este poder pronunciar-se – e apenas pronunciar-se – sobre a aplicabilidade da pena “nova” em causa, aplicando-se, assim, a regra geral da audiência prévia do interessado particular antes da decisão final em procedimento administrativo mormente sancionatório, vigente em qualquer procedimento administrativo (de que o processo disciplinar faz parte) e como tal prevista quer no art.º 89.º, n.º 1, do anterior Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 35/94/M, de 18 de Julho, quer no art.º 93.º, n.º 1, do actual Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110/99/M, de 13 de Dezembro, normas essas que ao fim e ao cabo estão a densificar o princípio geral do contraditório vigente em qualquer tipo de processo *lato sensu*.

Dest’arte, por ter sido preterido o direito de defesa do arguido acerca da possibilidade da aplicação de uma pena de natureza expulsiva como a de demissão, é de anular o acto punitivo recorrido. (Neste sentido, cfr., por todos, o douto Acórdão do então Tribunal Superior de Justiça de Macau, proferido em 16 de Novembro de 1999 no seu Processo n.º 1190, *in Jurisprudência 1999*, II Tomo, pág. 282 a 292, e *apud* JOSÉ MANUEL SANTOS BOTELHO, AMÉRICO PIRES ESTEVES e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *in Código do Procedimento Administrativo, anotado e comentado*, 4.^a edição actualizada e aumentada, Janeiro de 2000, Almedina, pág. 383, ponto 21, al. a), na qual defendem os mesmos Ilustres Autores que a preterição da audiência torna os actos anuláveis por vício de

forma).

Com isso, fica prejudicado o conhecimento do outro fundamento do presente recurso contencioso, invocado pelo recorrente.

Assim tudo visto, em harmonia com todo o expendido, **acorda-se em anular o recorrido despacho de 31 de Janeiro de 2000 do Senhor Secretário para a Segurança, proferido no âmbito do processo disciplinar n.º 75/99 do Corpo de Polícia de Segurança Pública contra o Recorrente A.**

Sem custas, dada a isenção subjectiva da Entidade Recorrida.

Macau, 12 de Dezembro de 2002.

Chan Kuong Seng (relator)

João A. Gil de Oliveira

Lai Kin Hong