

Processo n.º 445/2018

(Autos de recurso contencioso)

Relator: Fong Man Chong

Data : 27 de Fevereiro de 2020

Assuntos:

- Sanção de demissão aplicada no processo disciplinar
- Violação do princípio da proporcionalidade e erro manifesto na escolha da medida sancionatória

SUMÁRIO:

I - Em matéria da aplicação das penas disciplinares, o legislador, mediante o do artigo 316º do ETAPM, manda atender a conjunto de factores: a natureza e a gravidade dos factos; a categoria do funcionário ou agente; a sua personalidade; o grau de culpa do infractor; os danos e prejuízos causados; a perturbação produzida no normal funcionamento dos serviços; em geral, a todas as circunstâncias em que a infracção tiver sido cometida que militem contra ou a favor do arguido.

II – É do entendimento quase uniforme que as penas de inactividade ou de aposentação compulsiva e demissão são aplicáveis às infracções que, conforme, ponderadas todas as circunstâncias atendíveis, inviabilizem ou não a manutenção

da relação funcional. A valoração das infracções disciplinares como inviabilizantes da manutenção da relação funcional tem de assentar não só na gravidade objectiva dos factos cometidos, mas ainda no reflexo dos seus efeitos no desenvolvimento da função exercida e no reconhecimento, através da natureza do acto e das circunstâncias em que foi cometido, de que o seu autor revela uma personalidade inadequada ao exercício dessas funções.

III – Atendendo às circunstâncias concretas apuradas do caso: não revelação a terceiro do conteúdo ilicitamente filmado; ilícito cometido sem conexão com as funções que o arguido desempenhava; confissão integral dos factos imputados que não constituem crime grave, e arrependimento mostrado pelo arguido; não prejuízos causados ao funcionamento do serviço, tudo isto leva a considerar-se que a aplicação de uma censura disciplinar de menor gravidade é o bastante e cumpria integralmente a função sancionatória que os actos praticados pelo Recorrente justificam. Nesta óptica, a aplicação da sanção de demissão é inadequada e desproporcional, verificando-se, assim, um erro manifesto na escolha da medida sancionatória aplicada, ou seja, não foi respeitado o princípio de proporcionalidade, o que é fundamento para anular a decisão punitiva.

O Relator,

Fong Man Chong

Processo n.º 445/2018

(Autos de recurso contencioso)

Data : 27/Fevereiro/2020

Recorrente : A

Entidade Recorrida : **Secretário para a Segurança**

*

ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA RAEM:

I – RELATÓRIO

A, Recorrente, ex-técnico administrativo dos Serviços da Alfândega, devidamente identificado nos autos, discordando do despacho do Secretário para a Segurança, datado de 06/04/2018, que lhe aplicou a pena de demissão, veio, em 15/05/2018 interpor o presente recurso contencioso para este TSI, com os fundamentos constantes de fls. 2 a 7, tendo formulado as seguintes conclusões:

a) 被上訴之批示以司法上訴人曾於下班時間偷拍數名人士洗澡期間影像的行為，且有關事件被媒體報導而對海關的聲譽及形象造成嚴重不良的影響的理由，認為其違反《澳門公共行政人員通則》第 279 條第 1 款規定之一般義務，繼而對司法上訴人科處撤職處分。

b) 對於上述見解，司法上訴人不予認同並認為其所被指控的行為不符合上述規定的法律前提。

c) 根據《通則》第 279 條第 1 款規定“擔任公共職務時，公務員及服務人員專門為公共利益服務，並應以莊重之方式從事其活動，從而為公共行政當局之聲譽作出貢獻。”(下劃線為後加的)

d) 而中級法院第 323/2004 號合議庭裁判第 13 頁中指出，構成公共行政人員違紀行為需同時符合各實質因素：“(1)公務人身或行為人的某一行為；(2)由於違反與所履行職務有內在聯繫的某些一般或特別義務，因而此行為是不合法的；(3)以對譴責的判斷為基礎的心理因素和過錯。正如在刑法中那樣，在這些要素中，違紀的要素即為向公務員歸責的行為的不法性，源自於對與所履行職務有內在聯繫的某些一般或特別義務的不遵守及其過錯。”(下劃線為後加的)

e) 因此，為對公務人員科處紀律處分，尤其需考慮其所作出的行為是否違反與所履行職務有內在聯繫的某些一般或特別義務。而本案中，根據紀律調查卷宗內已證實，司法上訴人被指控的行為是在下班後的私人時間所作出的個人行為，並不是正在執行公共職務或以公務人員身份及職權作出有關行為，且其所擔任的公共職務並不涉及執法的職權。

f) 在此情況下，即使司法上訴人曾於下班時間作出侵犯私人生活的行為，亦不應視有關行為之作出時違反與其所履行之公共職務有內在聯繫的任何一般或特別義務。

g) 亦正如上述第 11 及第 12 條所述，有關事件被傳媒報導之情況並不應歸責於司法上訴人，而這情況亦在紀律調查卷宗內被接納。

h) 基於此，被上訴之批示指出司法上訴人違反《通則》第 279 條第 1 款規定之見解並不正確，是對有關法律條文的錯誤適用，應予以撤銷。

i) 此外，司法上訴人亦認為被上訴之批示所科處之撤職處分違反適度原則和《通則》第 300 條、第 315 條及第 316 條之相關規定。

j) 根據《行政程序法典》第 5 條第 2 款之規定“行政當局之決定與私人之權利或受法律保護之利益有衝突時，僅得在對所擬達致之目的屬適當及適度下，損害該等權利或利益。”，該規定限制行政當局在行使自由裁量權定時，應遵守適當及適度原則，而不應過度損害私人之利益。

k) 此外，在《通則》第 300 條中，立法者對公共行政人員的違紀行為定出了不同等級的處分，目的為讓有關當局可以根據行為人的行為，以及考慮一切對其有利和不利的情節而作出適度的處分。

l) 同一《通則》第 316 條第 1 款亦對處分之衡量作出了規定：“處分係根據在個案中存在之減輕或加重情節，並尤其考慮違紀者之過錯程度及人格而酌科。”因此，在對違紀行為科處相應的處分時，行政當局應該充分考慮對違紀者的有利情節，並按照適度原則選科不同等級的處分。

m) 《通則》第 315 條第 1 款規定“強迫退休或撤職處分一般對引致不能維持職務上之法律狀況之違紀行為科處。”。可見，撤職處分作為最嚴厲之處分方式，應是在出現極為嚴重

之違紀行為時方可予考慮之手段。

n) 對此，Manuel Leal-Henriques 在《紀律懲處法教程》中作出解釋“只有當工作人員重返崗位或違紀者繼續工作將使行政當局不能正常地進行其職務活動時”，方會採用撤職處分；該學者亦引述葡國最高法院的見解指出撤職只在下述情況出現：“在條文中重視和考慮的是嫌疑人作出的事實上意味著損害了所擔任職務的責任，以致不可補救地損害其應追求的公共利益，特別是行政當局作出的效率、信任、聲譽及適當性，而唯一可消除的方法就是作出上述的措施。”。

o) 亦即，為適用撤職處分，必須存在的前提是違紀者作出之行為極其惡劣，以致嚴重妨礙行政當局的正常運作並不可補救地損害公共利益，從而導致違紀者根本上不得再繼續從事公共職務的情況。

p) 然而，本案中首先明確的是司法上訴人從未作出《通則》第 315 條第 2 款所指可科處撤職處分的嚴重違紀行為。

q) 而在被上訴之批示中所述其涉嫌觸犯之違法行為亦不符合《通則》第 315 條第 1 款所指之不能維持職務上之法律狀況的嚴重程度。

r) 在此需再次強調，被上訴之批示力指有關事件經傳媒報導從而影響社會大眾對海關聲譽及形象的影響，但正如上文已清楚解釋，司法上訴人從未主動亦不願意向傳媒透露事件，因此絕不應將有關報導歸責於司法上訴人。

s) 根據有關紀律調查卷宗資料第 37 頁背頁之內容顯示，對司法上訴人建議科處撤職處分，主要是考慮司法上訴人已解除職務聯繫。但應明確的是，違紀者是否仍然在職並不是衡量及選擇處分種類的依據。

t) 本案中，司法上訴人具有《通則》第 282 條 b 項之減輕情節(被上訴之批示第 1 頁倒數第 2 段亦有提及)，而沒有任何可加重司法上訴人處分之加重情節。

u) 此外，司法上訴人亦應受惠於《通則》第 282 條 b 項之減輕情節外，還存有其他值得考慮之“可減輕嫌疑人之過錯或違紀行為之嚴重性之情節。”(《通則》第 282 條 j 項)。

v) 正如上述第 9 及第 11 條內容所述，在事件發生後，司法上訴人主動承認事實，積極配合偵查，而司法上訴人雖曾進行有關不法錄製之行為，但其所攝錄之影片及照片並沒有亦從來沒打算向任何第三者公開。司法上訴人是在休班時間作出有關行為，過程中未行使其所擔任公職之公共權力，亦無對公共利益造成損害。

w) 還有，司法上訴人為友善、工作盡責，亦積極參與各項義工活動。而對於事件中之受害人，司法上訴人感到愧疚並主動向各受害人親自作出道歉及補償。這些對於司法上訴

人有利的減輕情節應該給予重視，並在具體選擇處分時作出考量。

x) 上述這些事實均應視為可減輕司法上訴人之過錯及有關行為的嚴重性之情節，並在本案決定相應處分級別時予以充分考慮。因此，無論從事件發生之情節及造成之影響，還是在司法上訴人之品格及事件後之態度，按照適度原則作出衡量，均顯示其所作出之行為並不構成適用撤職處分的前提。

y) 值得提出的是，根據澳門保安司司長辦公室在網站“警鐘長鳴”網頁公佈，有關保安司轄下部門近年完成紀律處分程序的多個個案中，對於公務員直接違反職務特定義務(附件 3 至 6)及在休班時間作出犯罪行為而嚴重影響部門聲譽及形象(附件 7 至 13)的情況亦僅科處罰款或停職處分。

z) 基於此，被上訴之批示並未充分考慮對司法上訴人有利之因素，亦未按照《通則》就處分之選科和量刑的規定，從而對司法上訴人作出了過於嚴厲的處分，違反了適度原則《通則》第 300 條、第 315 條及第 316 條的規定，亦應予以撤銷。

* * *

Citada a Entidade Recorrida, o **Senhor Secretário para a Segurança** veio contestar o recurso com os fundamentos constantes de fls. 32 a 37, tendo formulado as seguintes conclusões:

1. 在海關第 28/2017-1.1-DIS 號紀律卷宗內，已具備充分的證據證明上訴人曾於 2017 年 9 月 7 日前往澳門 XXX 學院的男更衣室，利用其手提電話偷拍數名男子洗澡期間的照片及影像。

2. 上訴人的行為被當事人揭發及追究，治安警察局警員在上訴人同意下查看其手機，共發現 392 個在更衣室內拍攝的檔案，內容涉及多名男子洗澡期間的照片及影片，拍攝日期分別為 2017 年 7 月 8 日，9 月 5 日、6 日及 7 日。(參見卷宗第 28 頁背頁)

3. 在上述照片及影片當中，可辨認身份的人士共六名，均已表示追究相關的刑事責任。(參見卷宗第 28 頁背頁；第 46 頁至第 49 頁)

4. 我們認為《澳門公共行政工作人員通則》第 279 條第 1 款中所指的“擔任公共職務時”，並非單單僅指公務員及服務人員正在上班、執行職務的時候。

5. 公務人員即使在執行職務以外，仍有義務不作出損害部門聲譽及形象的行為。

6. 正如終審法院在第 62/2010 號案中指出，公職人員的私人生活事實是可以成為紀律處分的標的。

7. Dr.Manuel Leal-Hemiques 在其著作中指出：“服務於行政當局的人有義務在工餘時不作出損害職務上的尊嚴，且間接地影響到其自己機構的行為，亦不作出使公眾對其職務上的公正和道德產生強烈懷疑的行為。例如：當工作人員在公眾場所醉酒、不恭敬、實施偷竊或做出其他損毀其公僕聲譽的行為。(參見《紀律懲處法教程》第二版，第 34 頁，法律及司法培訓中心於 2009 出版，Manuel Leal-Hemiques 著，關冠雄譯)。

8. 當然，這當中必須存在一定的連繫，且會對其擔當的職務或任職的部門帶來負面的影響。

9. 上訴人故意、自願地，多次特意前往高等院校的更衣室，在違反他人意願及非屬法律容許的情況下，在他人洗澡期間以手提電話作出拍攝的行為，與其公務人員的身份極不相稱。

10. 上訴人任職的部門—澳門海關為一個具備執法權力的公共部門，其聲譽及形象尤其重要，一旦公眾質疑海關工作人員的道德品行，特別是他們的守法意識，將直接影響到海關履行職能的效率。

11. 因此，作為一名任職於海關的公務人員，不論其職務是否涉及執法工作，其道德品行亦必須符合社會大眾的期望，尤其不能令公眾質疑他們的守法意識。

12. 上訴人自願、故意及多次特意前往高等院校的男更衣室進行偷拍行為，充分顯示上訴人嚴重欠缺守法意識，玷污了海關的聲譽和形象，違反了《澳門公共行政工作人員通則》第 279 條第 1 款中所規定的公務人員一般義務，在紀律上應受到譴責。

13. 從上訴人實施有關行為的情節，尤其是上訴人進行偷拍的次數，涉及的影片、照片和被害人的數量，上訴人是特意前往該處進行偷拍及事發的地點等，足以反映其行為的不法性及過錯程度嚴重，已達致無法與其維持職務上的法律關係的程度，故必須處以開除式的處分。

14. 鑑於上訴人不符合《澳門公共行政工作人員通則》第 315 條第 3 款的規定，對其科處撤職處分是唯一合適的處分。

15. 根據《澳門公共行政工作人員通則》第 280 條第 2 款：“職務終止及職務狀況改變，不妨礙對執行原職務時作出之違紀行為科處處分。”。

16. 雖然，上訴人在有關紀律程序的最終決定作出前已自行要求解除職務，但這並不會在紀律處分的酌科上造成影響，不會因而導致改為向其科處較輕的處分。

17. 在紀律層面上，有需要適時及適當地科處紀律處分，藉以恢復因上訴人違反義務而被動搖的行政職務能力。

18. 即使上訴人已離職，對其違紀行為科處紀律處分在法律上仍具有意義。

19. 基於此，對上訴人適用撤職處分屬適當及適度。

* * *

O Digno. Magistrado do Ministério Público junto do TSI emitiu o seguinte duto parecer (fls. 100 a 102):

Objecto do presente recurso contencioso é o despacho de 06 de Abril de 2018, da autoria do Exm.º **Secretário para a Segurança**, através do qual foi aplicada ao recorrente **A** a pena de demissão.

O recorrente diz que a sua conduta não atenta contra a norma cujo dever foi considerado infringido, pelo que o acto viola essa norma, concretamente o artigo 279.º, n.º 1, do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau. Subsidiariamente, sustenta que o acto impugnado viola o princípio da proporcionalidade e os artigos 300.º, 315.º e 316.º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau.

Diverso é o posicionamento da entidade recorrida, que afirma a legalidade do acto e pugna pela sua manutenção na ordem jurídica.

Vejamos, começando pela alegada violação do artigo 279.º, n.º 1, do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau.

Acha o recorrente que, por ter praticado os factos que lhe são imputados fora do serviço e do respectivo horário, não pode ter infringido o dever geral previsto no artigo 279.º, n.º 1, do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, pois a letra do normativo aponta para a censura de comportamentos que violem aquele dever geral durante o exercício concreto de funções.

Não se afigura que tenha razão.

Ao falar do dever geral de exercer a actividade de forma digna, por parte de funcionários e agentes, a norma pretende colar esse dever ao exercício das funções públicas em que aqueles estão investidos. Não pretende restringir o dever ao tempo e local de trabalho, mas relacioná-lo ao cargo e funções em que agentes e funcionários estão providos. Daí que seja viável a infracção desse dever durante o horário do serviço e no local em que é prestado, como viável se mostre a sua infracção, por funcionários e agentes, fora do local e do tempo de serviço. Ponto é que, mesmo na sua vida privada, fora do serviço público, o funcionário pratique actos que ponham em causa a dignidade do exercício das suas funções públicas e

assim contribua para colocar em xeque o prestígio da Administração Pública.

Improcede este vício.

Seguidamente, além de considerar que o acto atenta contra as normas dos artigos 300.º, 315.º e 316.º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, o recorrente acha que o despacho punitivo, ao impor, de entre as várias penas possíveis, a mais gravosa, ou seja a de demissão, violou o princípio da proporcionalidade.

O artigo 300.º menciona as várias penas aplicáveis no âmbito do procedimento disciplinar aplicável aos trabalhadores da Administração Pública; o artigo 315.º contempla a cláusula geral determinante da aplicação de penas expulsivas e elenca, exemplificadamente, várias situações passíveis de conduzirem à aplicação de pena expulsiva; por seu turno, o artigo 316.º prevê o critério de graduação das penas.

Visto o teor do acto recorrido, não creio que se mostrem violados os apontados artigos 300.º, 316.º e 315.º, n.º 2, do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau. O artigo 300.º contém, como referido, o elenco das várias penas aplicáveis, sendo certo que a pena aplicada foi uma das aí previstas. No que tange ao artigo 315.º, n.º 2, não obstante a factualidade imputada ao recorrente não ser directamente subsumível em qualquer das hipóteses aí previstas, há que ter em conta, como supra referimos, que o elenco não é taxativo, mas exemplificativo, conforme se extrai da utilização do advérbio *nomeadamente*. E, quanto ao artigo 316.º e à matéria da graduação da pena, constata-se que o acto punitivo lidou com a atenuante considerada verificada, sendo certo que não tinha que lidar com outras atenuantes ou com agravantes, porquanto elas não foram apuradas no local próprio, que é o processo disciplinar.

Resta aludir à violação do princípio da proporcionalidade e à aventada violação do artigo 315.º, n.º 1, cuja cláusula geral da aplicação de pena expulsiva o despacho punitivo deu por preenchida.

Como resulta do processo disciplinar e da decisão punitiva, a Administração não enquadrou a conduta do recorrente em qualquer das hipóteses específicas de violação de deveres a que, nos termos do Estatuto, corresponda a pena de demissão. Optou por esta pena em função da gravidade que atribuiu aos factos, da sua repercussão na dignidade e no prestígio da função e da Administração Pública, bem como na inviabilidade da manutenção da

situação jurídico-funcional do recorrente.

Está em causa a captação de fotografias de pessoas, de forma ilícita, o que constitui crime punível com pena de prisão até dois anos, pelo qual o recorrente foi, aliás, acusado - cf. fls. 46 a 49 do processo instrutor. Os factos apresentam alguma gravidade, na medida em que invadem não só o direito à Imagem, mas também a privacidade/intimidade dos retratados. Mas foram praticados fora do exercício de funções, em privado, sem que, em decorrência da sua prática ou por outro facto imputável ao recorrente, pudessem cair no domínio público e atingir reflexamente o serviço a que pertencia o recorrente. Portanto não houve da parte do recorrente uma acção que desse causa adequada à publicidade que o acto recorrido diz ter redundado em abalo do prestígio da administração. Essa publicidade ocorreu por motivos estranhos à vontade do recorrente e por este não domináveis, o que, indiciando culpa diminuta na produção daquele resultado, não pode deixar de ser adequadamente ponderado.

Neste contexto, os factos não atingem a gravidade com que lidou a decisão disciplinar, sendo excessivo o juízo de inviabilidade da manutenção da situação jurídico-funcional, como excessiva e desproporcionada se mostra a pena de demissão, quando postos em confronto o interesse público na reposição do prestígio dos Serviços de Alfândega, indirectamente abalado pela conduta do recorrente, e o interesse particular do próprio recorrente na proibição do excesso. Procede, assim, a invocada violação do princípio da proporcionalidade e, por arrastamento, a violação da norma do artigo 315.º, n.º 1, do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau.

Termos em que o nosso parecer vai no sentido do provimento do recurso.

* * *

Foram colhidos os vistos legais.

Cumpre analisar e decidir.

* * *

II – PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Este Tribunal é o competente em razão da nacionalidade, matéria e hierarquia.

O processo é o próprio e não há nulidades.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciária e são dotadas de legitimidade “*ad causam*”.

Não há exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

* * *

III – FACTOS

São os seguintes elementos, extraídos do processo principal e do processo administrativo com interesse para a decisão da causa:

1. 嫌疑人 A 於 2017 年 9 月 7 日，18 時 45 分被發現在 XXX 學院男子更衣室作出偷拍行為(卷宗第 26 頁)。
2. 嫌疑人 A 因第一點之事實涉及犯罪之行為，被宣告成為嫌犯(卷宗第 25 至 30 頁)。
3. 結合第一點，嫌疑人 A 作出涉嫌犯罪行為時處於休班期間(卷宗第 31 頁)。
4. 嫌疑人 A 偷拍行為中其中一名受害人為海關關員 B，編號 XXXXX (卷宗第 7 頁、第 8 頁以及第 25 至 30 頁)。
5. 嫌疑人 A 於 2017 年 9 月 8 日前往檢察院協助調查，而缺席上班 (卷宗第 2 頁、第 3 頁、第 29 頁及第 31 頁)。
6. 嫌疑人 A 之涉嫌違法行為，被刊登在保安司司長辦公室欄目 “警鐘長鳴” (卷宗第 11 頁)。
7. 嫌疑人 A 之涉嫌違法行為，被刊登在 2017 年 9 月 9 日之澳門日報

上 (卷宗第 13 頁)。

8. 案件受害人之一關員 B，編號 XXXXX 於 2017 年 9 月 14 日作出聲明筆錄，指出 2017 年 9 月 7 日約 18 時 15 分在 XXX 學院男子更衣室洗澡期間發現嫌疑人 A 在偷拍，並發現其手提電話內儲存較早前洗澡之影像(卷宗第 16 頁)。

9. 嫌疑人 A 於 2017 年 9 月 18 日作出聽證筆錄，承認於事發當日在有關地點作出偷拍行為 (卷宗第 17 頁)。

10. 嫌疑人提出辭職，自 2017 年 10 月 18 日起終止在海關之職務 (卷宗第 33 頁)。

Foi notificado ao infractor o seguinte despacho punitivo:

第 041/SS/2018 號批示

事由：紀律程序

卷宗編號：海關紀律調查卷宗編號 28/2017-1.1-DIS

嫌疑人：A，前二等技術員，編號 XXXXXX

在題述卷宗內已充分查明嫌疑人於 2017 年 9 月 7 日下班後，前往澳門 XXX 學院的男更衣室，利用其手提電話偷拍 7 數名男子洗澡期間的影像。嫌疑人的行為被當事人揭發及追究，而在其後的調查中，警方又發現嫌疑人的手提電話內儲存了於其他日子拍攝的另外數名男子洗澡期間的影像。

公務人員在其私人時間作出的個人行為，仍可能對部門的聲譽及形象造成影響。不論是否正在執行職務，公務人員均有義務不作出損害部門聲譽及形象的行為。海關作為具備執法權力的公共部門，其聲譽及形象直接影響到部門履行職能的效率，因此，其工作人員的道德品行必須符合社會大眾的期望，尤其不能令公眾質疑海關工作人員的守法意識。

嫌疑人故意作出的行為清楚顯示其欠缺守法意識，而上述事件經傳媒報導後，社會大眾對海關人員的道德品行必然產生了負面印象，即使嫌疑人的職務不涉及執法，其行為仍然對海關的聲譽及形象造成嚴重不良的影響。因此，嫌疑人的行為違反了《澳門公共行政人員工作通

則》第 279 條第 1 款所規定的，需為公共行政當局的聲譽作出貢獻的一般義務。

儘管嫌疑人具備《澳門公共行政工作人員通則》第 282 條 b)項的減輕情節，但嫌疑人的故意行為對海關的聲譽及形象造成嚴重不良的影響，必須予以嚴厲的譴責。經考慮、該違紀行為的嚴重性、嫌疑人的過錯程度及人格後，確信已達至無法與嫌疑人維持職務上之法律狀況的程度。

雖然海關已應嫌疑人的申請，批准自 2017 年 10 月 18 日開始與其解除關係，但根據《澳門公共行政工作人員通則》第 280 條第 2 款的規定，職務終止並不妨礙對嫌疑人在職時的違紀行為科處處分。

基於此，保安司司長行使《澳門公共行政工作人員通則》第 322 條及第 111/2014 號行政命令第 1 款賦予的權限，經考慮《澳門公共行政工作人員通則》第 316 條的規定後，決定根據《澳門公共行政工作人員通則》第 300 條第 1 款 e)項、第 305 條、第 311 條及第 315 條第 1 款及第 3 款的規定，對嫌疑人科處撤職的處分。

二零一八年四月六日於澳門特別行政區保安司司長辦公室。

* * *

IV – FUNDAMENTOS

Neste recurso contencioso interposto pela Recorrente são suscitadas essencialmente as seguintes questões que importa analisar e resolver:

- 1) – Vício de violação da norma do artigo 279º/1 do ETAPM;
- 2) - Vício da violação do princípio da proporcionalidade e dos artigos 300º, 315º e 316º do ETAPM.

*

1) – Vício de violação da norma do artigo 279º/1 do ETAPM;
Vejamos, começando pela alegada violação do artigo 279.º, n.º 1, do ETAPM.

Acha o Recorrente que, por ter praticado os factos que lhe são imputados fora do serviço e do respectivo horário, não pode ter infringido o dever geral previsto no artigo 279.º, n.º 1, do ETAPM, pois a letra do normativo

aponta para a censura de comportamentos que violem aquele dever geral durante o exercício concreto de funções.

Ora, salvo o melhor respeito, não seguimos este raciocínio, pois, tal como opina o Digno. Magistrado do MP junto deste TSI:

“(…) Ao falar do dever geral de exercer a actividade de forma digna, por parte de funcionários e agentes, a norma pretende colar esse dever ao exercício das funções públicas em que aqueles estão investidos.

Não pretende restringir o dever ao tempo e local de trabalho, mas relacioná-lo ao cargo e funções em que agentes e funcionários estão providos. Daí que seja viável a infracção desse dever durante o horário do serviço e no local em que é prestado, como viável se mostre a sua infracção, por funcionários e agentes, fora do local e do tempo de serviço. Ponto é que, mesmo na sua vida privada, fora do serviço público, o funcionário pratique actos que ponham em causa a dignidade do exercício das suas funções públicas e assim contribua para colocar em xeque o prestígio da Administração Pública.”

Subscrevendo nós este ponto de vista, julgamos improcedente o argumento aduzido pelo Recorrente nesta parte do recurso.

*

2 – A questão da violação do princípio da proporcionalidade e dos artigos 300.º, 315.º e 316.º do ETAPM.

Neste ponto, é da posição do Digno. Magistrado do MP:

“(…)”

Resta aludir à violação do princípio da proporcionalidade e à aventada violação do artigo 315.º, n.º 1, cuja cláusula geral da aplicação de pena expulsiva o despacho punitivo deu por preenchida.

Como resulta do processo disciplinar e da decisão punitiva, a Administração não enquadrou a conduta do recorrente em qualquer das hipóteses específicas de violação de deveres a que, nos termos do Estatuto, corresponda a pena de demissão. Optou por esta

pena em função da gravidade que atribuiu aos factos, da sua repercussão na dignidade e no prestígio da função e da Administração Pública, bem como na inviabilidade da manutenção da situação jurídico-funcional do recorrente.

Está em causa a captação de fotografias de pessoas, de forma ilícita, o que constitui crime punível com pena de prisão até dois anos, pelo qual o recorrente foi, aliás, acusado - cf. fls. 46 a 49 do processo instrutor. Os factos apresentam alguma gravidade, na medida em que invadem não só o direito à Imagem, mas também a privacidade/intimidade dos retratados. Mas foram praticados fora do exercício de funções, em privado, sem que, em decorrência da sua prática ou por outro facto imputável ao recorrente, pudessem cair no domínio público e atingir reflexamente o serviço a que pertencia o recorrente. Portanto não houve da parte do recorrente uma acção que desse causa adequada à publicidade que o acto recorrido diz ter redundado em abalo do prestígio da administração. Essa publicidade ocorreu por motivos estranhos à vontade do recorrente e por este não domináveis, o que, indiciando culpa diminuta na produção daquele resultado, não pode deixar de ser adequadamente ponderado.

Neste contexto, os factos não atingem a gravidade com que lidou a decisão disciplinar, sendo excessivo o juízo de inviabilidade da manutenção da situação jurídico-funcional, como excessiva e desproporcionada se mostra a pena de demissão, quando postos em confronto o interesse público na reposição do prestígio dos Serviços de Alfândega, indirectamente abalado pela conduta do recorrente, e o interesse particular do próprio recorrente na proibição do excesso. Procede, assim, a invocada violação do princípio da proporcionalidade e, por arrastamento, a violação da norma do artigo 315.º, n.º 1, do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau.

Termos em que o nosso parecer vai no sentido do provimento do recurso.”

*

Concordando com a douta posição acima transcrita, acrescentamos ainda os seguintes argumentos elementos para o caso.

De facto, uma outra questão alegada pelo Recorrente é a violação do

princípio da proporcionalidade.

O *princípio da proporcionalidade* está consagrado no artigo 5º do CPA, ao estabelecer que

«2. As decisões da Administração que colidam com direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares só podem afectar essas posições em termos adequados e proporcionados aos objectivos a realizar».

Entendido, em sentido amplo, como proibição do excesso, o princípio da proporcionalidade postula que a Administração prossiga o interesse público pelo meio que represente um menor sacrifício para as posições dos particulares. Incorpora, como subprincípio constitutivo, o princípio da exigibilidade, também conhecido como princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, que destaca a ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível.

Para maior operacionalidade deste princípio, a doutrina acrescenta, entre outros elementos, o da exigibilidade espacial, que aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção na esfera jurídica das pessoas cujos interesses devam ser sacrificados (vd. J. J. Gomes Canotilho, in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ªed., Almedina, 266, ss.).

Nesta óptica, a questão essencial reside em saber qual medida punitiva – demissão ou outras menos gravosas – que é mais proporcional à sanção motivada pelos factos praticados pelo Recorrente.

No fundo, importa saber se o tipo de penas foi bem escolhido ou não. Ou seja, é uma matéria que se prende com a questão da aplicação correcta ou não dos artigos 312º a 315º do ETAPM.

Foi invocado pela Entidade Recorrida o artigo 315º/1 e 3 do ETAPM, que dispõe:

(Aposentação compulsiva ou demissão)

1. As penas de aposentação compulsiva ou de demissão serão aplicáveis, em geral, às infracções que inviabilizem a manutenção da situação jurídico-funcional.

2. As penas referidas no número anterior serão aplicáveis aos funcionários e agentes que, nomeadamente:

(...)

3. A pena de aposentação compulsiva só poderá ser aplicada se o funcionário ou agente reunir o período mínimo de 15 anos de serviço contados para efeitos de aposentação, na ausência do que lhe será aplicada a pena de demissão. (*)

(*) Vd. o artigo 29.º do Dec.-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro, p. 101.

Ora, é do conhecimento quase uniforme que “*as penas de inactividade ou de aposentação compulsiva e demissão são aplicáveis às infracções (...), conforme, ponderadas todas as circunstâncias atendíveis, inviabilizem ou não a manutenção da relação funcional*”, o que significa que não basta a prática de “*conduta constitutiva de crime...que possa atentar contra o prestígio e dignidade da função*” ou que traduza a “*violação de segredo profissional e omissão de sigilo devido relativamente aos assuntos conhecidos em razão do cargo ou da função, sempre que daí resulte prejuízo para o desenvolvimento do trabalho policial ou para qualquer pessoa*” (Ac. do STA de 11/10/2006, Proc. nº 010/06).

Há-de haver, além disso, um “*quid*” perturbador da relação de confiança recíproca que inviabilize a manutenção do vínculo profissional. Como ainda recentemente se disse em aresto do STA, a pena de demissão aplica-se «*a comportamentos que atinjam um grau de desvalor de tal modo grave que mine e quebre, definitiva e irreversivelmente, a confiança que deve existir entre o*

serviço público e o agente» (Ac. do STA de 11/10/2006, Proc. nº 010/06).

Como se decidiu no Ac. de 01.04.2003 do mesmo Supremo – Rec. 1.228/02, “*A valoração das infracções disciplinares como inviabilizantes da manutenção da relação funcional tem de assentar não só na gravidade objectiva dos factos cometidos, mas ainda no reflexo dos seus efeitos no desenvolvimento da função exercida e no reconhecimento, através da natureza do acto e das circunstâncias em que foi cometido, de que o seu autor revela uma personalidade inadequada ao exercício dessas funções*” (no mesmo sentido, os acórdãos de 18.6.96, proc.º nº 39.860, de 16.5.02, proc.º nº 39.260, de 5.12.02, proc.º nº 934/02, de 24/03/2004, Proc. nº 0757/03; e 11/10/2006, Proc. nº 010/06).

Quer dizer, se é certo que ao órgão com competência disciplinar se reconheça «*no preenchimento dessa cláusula geral, ampla margem de liberdade administrativa, tal tarefa está limitada pelos princípios da imparcialidade, justiça e proporcionalidade – além de ficar, depois, sujeita ao poder sindicante dos tribunais administrativos, se forem detectáveis erros manifestos*» (cf. o cit. 24/03/2004, Proc. nº 0757/03; tb. AC. do STA/Pleno de 19/03/99, Proc. nº 030896).

Ou, como é dito noutro aresto do STA do Portugal, “...o preenchimento do conceito indeterminado que corresponde à inviabilidade da manutenção da relação funcional, (...) constitui tarefa da Administração, a concretizar mediante um juízo de prognose. Contudo, a jurisprudência do STA, tem realçado que tais juízos têm de assentar em pressupostos como a gravidade objectiva do facto cometido, o reflexo no exercício das funções e a personalidade do agente se revelar inadequado para o exercício de funções públicas. Confrontar, a título meramente exemplificativo, os Acs. de 6-10-93 – Rec. 30463 e de 18-6-96 – Rec. 39860” (Ac. do STA de 2/12/2004, Proc. nº 01038/04).

Em Macau, o Tribunal de Última Instância tem vindo a decidir, a

aplicação pela Administração de penas disciplinares, dentro das espécies e molduras legais, é, em princípio, insindicável contenciosamente, salvo nos casos de erro manifesto, notória injustiça ou violação dos princípios gerais do Direito Administrativo – *cf.*, *v.g.*, *acórdão de 28 de Julho de 2004, Processo 27/2003*, se isto é certo, não é menos certo que, esta posição, salvo o merecido respeito, tem de ser entendida em termos hábeis, pois, não pode significar que a Administração pode tomar decisão a seu bel-prazer, ou de modo arbitrário, muito menos poder, para tomar decisões, atirar a moeda para o ar para saber se é a solução A ou solução B que venha a ser optada.

Por outro lado, em matéria da aplicação das penas disciplinares, o legislador manda atender a conjunto de factores:

- A natureza e a gravidade dos factos;
- A categoria do funcionário ou agente;
- A sua personalidade;
- O grau de culpa do infractor;
- Os danos e prejuízos causados;
- A perturbação produzida no normal funcionamento dos serviços;

Em geral, a todas as circunstâncias em que a infracção tiver sido cometida que militem contra ou a favor do arguido.

É o que resulta do artigo 316º do ETAPM.

*

No caso em apreço, foi tirada a seguinte conclusão pela Entidade Recorrida:

儘管嫌疑人具備《澳門公共行政工作人員通則》第 282 條 b)項的減輕情節，但嫌疑人的故意行為對海關的聲譽及形象造成嚴重不良的影響，必須予以嚴厲的譴責。經考慮、該違紀行為的嚴重性、嫌疑人的過錯程度及人格後，確信已達至無法與嫌疑人維持職務上之法律狀況的程度。

雖然海關已應嫌疑人的申請，批准自 2017 年 10 月 18 日開始與其解除關係，但根據《澳門公共行政工作人員通則》第 280 條第 2 款的規定，職務終止並不妨礙對嫌疑人在職時的違紀行為科處處分。

基於此，保安司司長行使《澳門公共行政工作人員通則》第 322 條及第 111/2014 號行政命令第 1 款賦予的權限，經考慮《澳門公共行政工作人員通則》第 316 條的規定後，決定根據《澳門公共行政工作人員通則》第 300 條第 1 款 e)項、第 305 條、第 311 條及第 315 條第 1 款及第 3 款的規定，對嫌疑人科處撤職的處分。

Com estes padrões de avaliação em matéria da decisão de medidas punitivas, é de atender, no caso em apreciação, aos seguintes factores relevantes:

1) – Sendo certo que os ilícitos imputados ao Recorrente não têm nada a ver com as funções desempenhadas por ele, nem no domínio temporal, nem no espacial, e tais factos foram praticados casuisticamente.

2) – As fotografias ilicitamente tiradas pelo Recorrente/arguido não foram revelados a terceiros ou publicados.

3) – O arguido/Recorrente confessou os factos imputados e mostrou-se arrependido.

4) – Sem dúvida, merece censura a conduta do Recorrente, só que o Recorrente não é agente de autoridade, é apenas um funcionário civil que servia na corporação, daí a diferença das exigências entre um agente de autoridade e um mero funcionário civil.

5) - Não está em causa um crime “grave”, o que se alcança pela moldura penal, que o legislador fixa até 2 anos de prisão ou multa até 240 dias

(artigo 191º do CPM)!

6) – Os factos praticados não produzem perturbações graves ao normal funcionamento de serviço, nem danos concretos aos serviços.

7) – Os mesmos factos imputados ao Recorrente afectam a imagem da instituição? Parece que sim, mas de modo grave? Cremos que não.

8) - Não mostra ter uma personalidade desadaptada dos critérios e valores socialmente relevantes, uma vez que se lhe não aponta a prática anterior de um único ilícito disciplinar ou social, conforme o que decorre do processo instrutor.

Tudo isto leva-nos a considerar que aplicação de uma censura disciplinar de menor gravidade é o bastante e cumpria integralmente a função sancionatória que os actos praticados pelo Recorrente justificam. Ou seja, e dito de outro modo, **a pena aplicada ao Recorrente é, para nós, manifestamente desajustada, por excessiva e injusta, face às circunstâncias em que os factos ocorreram.** Com efeito, se a pena de não privação de funções (ex. multa ou suspensão) cumpria o desiderato visado pela acção punitiva que os actos reclamavam, não se devia ter optado por uma pena expulsória de tanta gravidade e de tão grandes repercussões.

Deste modo, e porque **se verificou erro manifesto na escolha da medida sancionatória aplicada** e, não foi respeitado o princípio de proporcionalidade nos termos acima vistos, e como cabe dentro dos poderes do Tribunal a sindicância desse erro, é de **dar provimento ao recurso e anular o acto impugnado.**

*

Síntese conclusiva:

I - Em matéria da aplicação das penas disciplinares, o legislador, mediante o do artigo 316º do ETAPM, manda atender a conjunto de factores: a natureza e a gravidade dos factos; a categoria do funcionário ou agente; a sua personalidade; o grau de culpa do infractor; os danos e prejuízos causados; a perturbação produzida no normal funcionamento dos serviços; em geral, a todas as circunstâncias em que a infracção tiver sido cometida que militem contra ou a favor do arguido.

II – É do entendimento quase uniforme que as penas de inactividade ou de aposentação compulsiva e demissão são aplicáveis às infracções que, conforme, ponderadas todas as circunstâncias atendíveis, inviabilizem ou não a manutenção da relação funcional. A valoração das infracções disciplinares como inviabilizantes da manutenção da relação funcional tem de assentar não só na gravidade objectiva dos factos cometidos, mas ainda no reflexo dos seus efeitos no desenvolvimento da função exercida e no reconhecimento, através da natureza do acto e das circunstâncias em que foi cometido, de que o seu autor revela uma personalidade inadequada ao exercício dessas funções.

III – Atendendo às circunstâncias concretas apuradas do caso: não revelação a terceiro do conteúdo ilicitamente filmado; ilícito cometido sem conexão com as funções que o arguido desempenhava; confissão integral dos factos imputados que não constituem crime grave, e arrependimento mostrado pelo arguido; não prejuízos causados ao funcionamento do serviço, tudo isto leva a considerar-se que a aplicação de uma censura disciplinar de menor gravidade é o bastante e cumpria

integralmente a função sancionatória que os actos praticados pelo Recorrente justificam. Nesta óptica, a aplicação da sanção de demissão é inadequada e desproporcional, verificando-se, assim, um erro manifesto na escolha da medida sancionatória aplicada, ou seja, não foi respeitado o princípio de proporcionalidade, o que é fundamento para anular a decisão punitiva.

*

Tudo visto, resta decidir.

* * *

V - DECISÃO

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

*

Sem custas.

*

Notifique e Registe.

*

RAEM, 27 de Fevereiro de 2020.

M^oP^o

Joaquim Teixeira de Sousa

Fong Man Chong

José Cândido de Pinho

Ho Wai Neng

(Vencido, por entender que no caso vertente e face aos factos praticados pelo recorrente e apurados no processo disciplinar, não se afigura existir o erro manifesto ou grosseiro ou a total desrazoabilidade da Entidade Recorrida ao considerar inviabilizada a relação funcional com o recorrente nem manifestamente desproporcional a pena de demissão concretamente aplicada.)