

卷宗編號： 419/2019

日期： 2021 年 03 月 11 日

關鍵詞： 減輕處分原則、自由裁量權、適度原則

摘要：

- 從《公共行政工作人員通則》第 316 條第 2 款條文可見，立法者並沒有強制要求在存有特別減輕情節的情況下，處分必須調低一個等級；立法者僅表示可以適用較低之處分等級。
- 行政當局享有自由裁量權在法定處罰種類和相關幅度之內作出具體的紀律處分。而自由裁量權的行使只有在權力偏差、明顯的錯誤或絕對不合理的情況下才受司法監督審查。
- 倘司法上訴人的違紀行為是基於嚴重過失而作出，且相關違紀行為亦令市民對行政當局產生了負面的觀感，30 日的停職處分並沒有違反適度原則。

裁判書製作人

何偉寧

司法上訴裁判書

卷宗編號: 419/2019
日期: 2021年03月11日
司法上訴人: A
被訴實體: 澳門特別行政區行政長官

*

一. 概述

司法上訴人 A，詳細身份資料載於卷宗內，就澳門特別行政區行政長官於2019年04月02日對其科處30日的停職處分，向本院提出上訴，理由詳載於卷宗第2至23頁，有關內容在此視為完全轉錄¹。

¹ 司法上訴人的上訴結論如下:

1. 司法上訴人由於不服澳門特別行政區政府行政長官閣下於2019年4月2日在紀律程序卷宗編號:第1/PD/GCE/2018號作出批示(在此即為“被上訴批示”)-

“批示

本人於二零一八年三月二十九日批示提起紀律程序，該紀律程序關於嫌犯人A的最終報告書已按十二月二十一日第87/89/M號法令核准的《公共行政工作人員通則》第三百三十七條的規定完成撰寫。本人同意最終報告的內容及建議。現命令:

- (一) 按建議向嫌犯人A科處的單一紀律處分為三十日的停職處分;
- (二) 至於其他事宜方面，按建議處理;
- (三) 通知嫌犯人及其受任律師。

澳門，二零一九年四月二日

行政長官(簽名見原件)
XXX”

，故提出本司法上訴。

2. 司法上訴人 A(A)澳門文化局編制內第二職階首席特級技術員;
3. 司法上訴人 A(A)自19**年*月**日起入職澳門【文化局】擔任公務人員，從未轉往其他部門，並一直工作至今，期間曾擔任部門主管職位。
4. 被上訴批示存在依據之“建議科處處分”「出現欠缺說明理由」及「出現法律適用之錯誤」的瑕疵、存在對事實認定的錯誤之瑕疵及未有考慮其他的減輕情節而損害了的『適度原則』的採用。
5. 因此，司法上訴人認為被上訴批示沾有無效或可撤銷之瑕疵，可被宣告無效，又或是被宣告可撤銷。
6. 於預審員撰寫的本案紀律程序之最終報告中，指控司法上訴人存有職務義務之違反 - “指控司法上訴人作為文化局行政管理委員會成員，且曾分別以行政暨財政處處長及組織及行政財政管理廳廳長身份參與文化基金行政管理委員會成員，其行為應受領導及主管人員通則及公共行政人員主要職務及通則所規範。”
7. 並同時指出，認定司法上訴人的行為已證明存在本紀律卷宗控訴書第19至54條、第56至61條、第67條及第68條載明的事實，而該等行為被認為屬紀律上的不法行為;
8. 在最終報告中，有關“不法行為”被認定違反: 1.《公共行政工作人員通則》第279條第2款B項及第4款所指之熱心義務; 2.第26/2009號行政法規第16條第2)項所規定的領導及主管人員

- 須遵守的特定義務，即行使有關職權，確保其本人的行為符合適用法例的規定。
9. 在過錯程度認定方面，最終報告中指出司法上訴人作出上指“不法行為”時存有過錯(無意識的過失)，其依據如下:1.司法上訴人未曾預見其行為可能違反(實際上已違反)職務上之義務;2.倘若司法上訴人能如澳門公共行政般具備應有能力及準備、位處同一職位的任一公共行政部門或自治基金管理機關成員，秉持應有及可有的謹慎及注意，肯定能察覺到有關行為可能違法。
 10. 基於上述的指控違紀事實及過錯程度之認定，預審員在最終報告中作出紀律處分之建議:1.按《公共行政工作人員通則》第314條第1款規定，對有過錯及對履行職業上之義務漠不關心之情況，科處停職處分;2.考慮到本個案之情節及過錯程度，預審員認為可科處停職處分;3.按《公共行政工作人員通則》第314條第3款規定，如屬第2款A項至F項所指之情況，科處停職10日至120日之處分，其他情況則科處停職121日至240日之處分;4.預審員認定本個案不屬於《公共行政工作人員通則》第314條第2款所指的任一情況，因此，建議應科處停職121日至240日。
 11. 按紀律程序規定，預審員尚考慮到司法上訴人所有加重情節、阻卻情節及減輕情節後，尤其是司法上訴人超過十年服務獲評“十分滿意”，其過錯亦非故意，《公共行政工作人員通則》第316條第2款的規定，有理由特別減輕其處分，科處比原來可科處於該個案者較低之處分等級。
 12. 即是，建議對司法上訴人在科處等級介乎10至120日的停職處分中作出30日的停職處分，且根據《公共行政工作人員通則》第317條第1款規定不得暫緩執行。
 13. 司法上訴人認為被上訴批示同樣沾有「已證之事實不足以支持該決定」的瑕疵、在選擇撤職處分時存在「欠缺說明理由」的瑕疵及違反「公正原則」及「適度原則」的瑕疵的情況。
 14. 首先，預審員在最終報告中，就司法上訴人之“違紀行為”而所採取的科處紀律處分之判斷如下:
“
《通則》第314條第1款規定，對有過錯及對履行職業上之義務漠不關心之情況，科處停職處分。
根據“善良家父”的標準，如行為的不當對於正常僱主來說是難以容忍的話，則其過錯屬於嚴重，而不論其過失是屬有意識或無意識的過失(Paula Veiga e Moura,《Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores de Administração Pública, anotado》第二版，第145頁)。

《通則》第314條第3款規定，如屬第2款A項至F項所指之情況，科處停職10日至120日之處分，其他情況則科處停職121日至240日之處分。本個案不屬《通則》第314條第2款指的任一情況，因此，建議應科處停職121日至240日。
然而，經衡量本個案中減輕情節之特別價值 - 嫌疑人超過十年服務獲評“十分滿意”，其過錯亦非故意，《通則》第316條第2款的規定，有理由特別減輕其處分，科處比原來可科處於該案者較低之處分等級。即是，科處等級介乎10至120日的處分。
15. 這裏出現了第一個瑕疵 - “本個案不屬《通則》第314條第2款所指的任一情況，因此，建議科處停職121日至240日。”
16. 在上述的科處處分等級的依據中，既然已認定司法上訴人的“違紀行為”不屬於《公共行政工作人員通則》第314條第2款所指的任一情況時，那麼，有何依據支持採取科處停職121日至240日?
17. 為何不是輕一點的科處停職處分10日至120日，又或重一點科處停職處分241日至1年?
18. 在最終報告中在此部份沒有作出詳細說明。
19. 司法上訴人不能明白!明顯地這部份出現了所作出的決定(或建議)欠缺了說明理由的瑕疵。
20. 而被上訴批示是以預審員在這份最終報告所闡述的事實及法律適用作為依據的，故亦引致被上訴批示出現了欠缺了說明理由的瑕疵。
21. 所以，被上訴批示應被宣告無效或可撤銷。
22. 第二，既然已認定司法上訴人的“違紀行為”不屬於《公共行政工作人員通則》第314條第2款所指的任一情況時，就應該採用較輕的處分等級，即僅應科處“停職處分10日至120日”。
23. 因為，這是適用於刑法的【從輕原則】的一種實現 - 見《公共行政工作人員通則》第277條及《刑法典》第16條第2款規定。
24. 再者，作為任何負懲罰性決定所依據的事實，都必要具有法律依據支持，尤其是不能以“廣泛”、“抽象”或“不確定”的法律條文作出不適當的詮釋而適用某具體個案中，這是構成違反行政法之“合法性原則”。
25. 本案中，既然已認定司法上訴人的“違紀行為”不屬於《公共行政工作人員通則》第314條第

*

被訴實體就上述之上訴作出答覆，詳見卷宗第 65 至 73 頁，有關內容在此視為完全轉錄。

*

檢察院認為應判處上訴理由成立，有關內容載於卷宗第 90 至 91 頁，

-
- 2 款所指之任一情況時，就只能在科處處分時採取“宜輕不宜重”的原則，採取一個“較輕的處分等級”。
26. 所以，預審員在此部門應建議採用的科處停職處分 10 日至 120 日，才符合相關法律規定，履行了【合法性原則】的真意。
 27. 可是，預審員在最終報告中，認定司法上訴人的“違紀行為”不屬於《公共行政工作人員通則》第 314 條第 2 款所指之任一情況時，在不提供更詳細的說明理由下，卻直接作出建議科處停職處分 121 日至 240 日，明顯出現了錯誤理解法律的情況。
 28. 而被上訴批示則按該建議而作出決定，故亦沾上有關瑕疵，應予宣告無效，又或是可撤銷的決定。
 29. 另外，預審員在最終報告中，指出司法上訴人的違紀行為，存在有過錯及對履行職業上之義務漠不關心之情況，故建議對其採取科處停職處分。
 30. 司法上訴人不表認同。
 31. 事實上，司法上訴人一直以來熱愛其工作，從入職文化局的第二職階公務人員，每天工作約十小時，一直獲得上司的愛戴及讚譽，更多次獲得“十分滿意”的工作評核，甚至被調升至主管人員位置。
 32. 若存在這等事實也稱之為對履行職業上之義務漠不關心，司法上訴人真的對“公職”的熱誠有所減退，甚至有點失望。
 33. 確實不得不承認，出現本個案的眾多不法行為事實，也較澳門社會嘩然，尤其是懂得法律的人士。
 34. 可是，司法上訴人由於缺乏對相關法律部份的正確理解，也基於過往以來十多年的工作習慣及模式，未有發覺問題的嚴重性，這不是“對履行職業上之義務漠不關心”，而是出現“因對法律、規章或上級命令之不當執行或缺乏認識而顯示出對工作欠缺熱心者” - 見《公共行政工作人員通則》第 313 條第 2 款 E 項。
 35. 這才是本個案的關鍵點，尤其是在最終報告中，也確認司法上訴人在處理相關事件前，文化局已存在相同的聘用情況。
 36. 與此同時，司法上訴人沒有這方面的法律知識。
 37. 這些事實情節僅僅是支持可對司法上訴人科處“罰款”之處分。
 38. 那麼，預審員在撰寫最終報告時，對於科處紀律處分所依據之事實方面，在選擇建議科處停職處分時，就出現了「對事實認定方面之錯誤」。
 39. 所以，被上訴批示是依據預審員在最終報告中的建議，故亦沾上了「對事實認定方面之錯誤」的瑕疵。因此，應被宣告無效，又或是可撤銷有關決定。
 40. 被上訴批示存在依據之“建議科處處分”未有考慮其他的減輕情節而損害了的『適度原則』的採用。
 41. 預審員在考慮有利及不利情節時，出現了兩個瑕疵：1. 未有用盡對司法上訴人有利之情節；2. 減輕的處分應屬一種類別而非程度。
 42. 預審員在羅列有利於司法上訴人的六個情節中，未有用盡有利情節的效果。
 43. 簡單而言，就是減輕的幅度不多，另外，出現減輕的情節而可以將原來的科處等級降低一級。
 44. 然而，所謂降低一級並非本案中，預審員建議科處停職處分 121 日至 240 日，因減輕情節而下調到 10 日至 120 日。
 45. 司法上訴人認為，下調一級應是由停職處分下調至罰款，才是有關制度的正確採用。
 46. 因此，預審員所作出的建議明顯違反了適度原則及減輕處分制度的情況。
 47. 所以，被上訴批示亦同樣沾有這方面的瑕疵問題，並構成無效或可撤銷的情況，故應予依法作出適當處理。

在此視為完全轉錄²。

*

本院於 2020 年 06 月 18 日作出裁判，裁決司法上訴人之上訴成立，

² 檢察院之意見如下：

在起訴狀中，上訴人 A 請求宣告被訴批示無效或予以撤銷，提出了如下訴訟理由：欠缺理由說明，法律適用錯誤，事實認定錯誤，未有考慮全部的減輕情節以至於違反適度原則。被訴批示之決定在於，對嫌疑人(本案之上訴人)科處停職 30 日之單一紀律處分(卷宗第 26 頁)。

*

1. 關於欠缺理由說明

被訴批示之文本清晰無疑地顯示，它包含“本人同意最終報告的內容及建議”的明確意思表達。依據《行政程序法典》第 115 條第 1 款，被訴批示採納並吸收最終報告(Relatório)的內容，且作為自身的組成部分，故此，它採取了援引式理由說明。

關於上訴人之紀律違反的函攝(subsunção)，最終報告之原文為：Nos termos do n.º3 do artigo 314.º do ETAPM, a pena de suspensão será 10 a 120 dias nas hipóteses referidas nas alíneas a) a f) do n.º2 desse mesmo artigo, e de 121 a 240 dias nos restantes casos. A situação em apreço não é subsumível a nenhuma daquelas alíneas do n.º2 do artigo 314.º do ETAPM, e por isso a pena aplicável é de 121 a 240 dias. (著重號皆係引者所加)

毋庸置疑，上文中之“daquelas”一詞是指第 314 條第 2 款 a 至 f 項。進行比對可以發現，相關譯文“本個案不屬《通則》第 314 條第 2 款所指的任一情況，因此，應科處停職 121 日至 240 日”與原文不完全吻合，出現些微的未盡其意。在此類場合，我們冒昧認為應當尊重原文，以原始文本之表述為準。這意味著最終報告認為上訴人之紀律違反不屬於第 314 條第 2 款 a 至 f 項所指的任一情況，由此得出了“應科處停職 121 日至 240 日”的結論。

仔細閱讀最終報全文，可以得出的確鑿無疑的結論是：最終報告始終未指出上訴人之紀律違反屬於第 2 款哪一項？由於第 2 款(在 a 至 f 項之外)還有 g 至 m 項，因此不得適用排他解釋(interpretação a contrario sensu)。有鑑於此，最終報告中“應科處停職 121 日至 240 日”之結論不能不陷入籠統空泛，訴諸常規性的認知標準，該理由說明不足以令人理解上述結論的邏輯規則與確切內涵。

此外，最終報告確認上訴人表現出的“無預備(impreparação)”不可理喻且不可寬恕，所以是第 314 條第 1 款訂立之“漠不關心”性質的嚴重過失；另一方面，它承認並且賦予實際法律效果的特別減輕情節是上訴人超過十年獲得的“十分滿意”評語。揆諸一般經驗規則，能夠超過十年獲得“十分滿意”評語的公職人員，不可能對履行職業義務表現出“漠不關心”的心態。質言之，最終報告對上訴人之過失程度的認定和其所確認的特別減輕情節之間，存在矛盾。

循此推理，參照關於《行政程序法典》第 115 條的豐富學說與司法見解，且在充分尊重不同觀點的前提下，我們傾向於認為：姑且不論對上訴人之違紀行為的法律定性是否準確，被訴批示的確存在起訴狀第 15 至 20 點結論所聲稱的欠缺理由說明之形式瑕疵，具體而言，被訴批示之說明既不充分，亦欠連貫。

*

2. 關於法律適用錯誤、事實認定錯誤及違反適度原則

除欠缺理由說明外，上訴人還提出了三個實體瑕疵(vícios substanciais) - 法律適用錯誤、事實認定錯誤及違反適度原則。為準確分析這些論點，有必要再次強調：在最終報告中，紀律程序的預審員得出了“應科處停職 121 日至 240 日”之結論。依據《公共行政人員通則》第 314 條第 3 款，我們可肯定：儘管預審員有指出具體是哪一項，但她認為應當適用第 314 條第 2 款 g 至 m 項中的某一項或某幾項，不可能超出這個範圍。

在充分尊重其它見解的前提下，對預審員認為獲得證實的全部事實進行分析給我們留下的印象是：由既證事實構成的違紀行為不可被函攝入第 314 條第 2 款 g 至 m 項中的任何一項，申言之，第 2 款 g 至 m 項中的任何一項都不適用於歸責於上訴人的違紀行為。基於此，預審員對獲得證實之事實的函攝(即定性)確存在法律適用錯誤，從而導致被訴批示出現法律適用錯誤。

法律適用錯誤導致無必要(prejudicar)再討論上訴人提出的事實認定錯誤及違反適度原則。

綜上所述，謹建議法官閣下：裁決上訴人 A 勝訴，撤銷被訴批示。

撤銷被訴行為。

*

被訴實體不服，向終審法院提出上訴。該院廢止了上述裁判，並命令繼續審理司法上訴人提出的其他司法上訴依據。

*

二. 訴訟前提

本院對此案有管轄權。

本案訴訟形式恰當及有效。

訴訟雙方具有當事人能力及正當性。

不存在待解決之無效、抗辯或其他先決問題。

*

三. 事實

根據卷宗及附隨之行政卷宗的資料，本院認定以下事實：

1. 司法上訴人 A 曾在澳門文化局擔任部門主管。
2. 因認定司法上訴人在擔任部門主管期間違反熱心義務和領導及主管人員須遵守的特定義務，有關當局對其提起紀律程序編號第 1/PD/GCE/2018。
3. 於 2019 年 03 月 29 日，預審員作出報告書，內容如下：

“...

1. O impulso processual e o desenvolvimento do processo: síntese

Por despacho de Sua Excelência o Chefe do Executivo, de 29 de Março de 2018, fui incumbida de proceder à instrução de processo disciplinar, instaurado sob proposta do Exmo. Senhor Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, de 29 de Janeiro de 2018, por factos imputados aos Arguidos B, A, C, D, E, F, G, H, I, J, do Instituto Cultural, e K e L, da Direcção dos Serviços de Finanças, enquanto membros (efectivos e/ou substitutos) dos conselhos

administrativos do Instituto Cultural (doravante IC) e/ou do Fundo de Cultura (doravante FC), o que fiz.

Terminada a instrução, propus o arquivamento dos autos quanto aos Arguidos D e F, conforme consta de fls. 1778 a 1786 dos autos, e foram deduzidas acusações contra os Arguidos B, A, C, E, G, H, I, J, K e L, as quais, no original em língua portuguesa e na respectiva tradução para a língua chinesa, constam de fls. 933 a 1776 dos autos, aqui dadas por integralmente reproduzidas.

Notificados da acusação, e tendo o prazo da defesa sido prorrogado nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 333.º do ETAPM, cada um dos Arguidos apresentou a respectiva defesa nos termos previstos no artigo 334.º do ETAPM. As testemunhas indicadas pelos Arguidos foram inquiridas e os documentos apresentados analisados.

2. Matéria de facto

Analisada integral e criticamente a extensa prova documental e testemunhal produzida nos presentes autos, consideram-se provados:

1) Todos os factos constantes da acusação respeitante à Arguida A de fls. 1046 a 1179 (versão portuguesa e correspondente tradução para língua chinesa), dos autos, aqui dados por integralmente reproduzidos, eliminando-se, para todos os efeitos a matéria da acusação constante (i) dos artigos 12.º e 13.º, na parte que respeita às deliberações do Conselho Administrativo do IC do dia 30 de Abril de 2014, por se considerar que relativamente a estes factos se encontra prescrito o procedimento disciplinar, (ii) do artigo 55.º por se tratar de uma duplicação do que já consta do artigo 33.º e (iii) da alínea 69) do artigo 68.º por tal facto não integrar um ilícito disciplinar; e

2) Os seguintes factos, relevantes, da defesa escrita apresentada pela Arguida:
(1) O IC recorre ao regime de contratação de prestação de serviços, previsto

no Decreto-Lei n.º 122/84/M, de 15 de Dezembro (doravante, DL n.º 122/84/M), desde a década de 90 (do século passado);

(2) Os contratos foram apreciados por juristas e/ou pelo notário privativo do IC;

(3) A Arguida não tem formação jurídica e estava convencida da adequação do regime do DL n.º 122/84/M às contratações constantes da matéria de facto provada.

3. Enquadramento jurídico-disciplinar

3.1. Da ilicitude: violação de deveres funcionais

A Arguida, quando praticou os factos que constam da acusação e que se provaram, integrava o Conselho Administrativo do IC, como membro efectivo, enquanto chefe da Divisão Administrativa e Financeira até 31 de Dezembro de 2015, e, também, o Conselho Administrativo do FC, como membro efectivo, inicialmente enquanto chefe da Divisão Administrativa e Financeira e, posteriormente, enquanto chefe do Departamento de Organização e Gestão Administrativa e Financeira e, enquanto membro daqueles conselhos administrativos, estava submetida ao estatuto do pessoal de direcção e chefia dos serviços da Administração Pública da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) e, enquanto tal, sujeita aos deveres gerais dos trabalhadores da Administração Pública e aos deveres específicos decorrentes desse estatuto - cfr. artigos 1.º, n.º 2, e 11.º, n.º 1, da Lei n.º 15/2009 (Disposições Fundamentais do Estatuto do Pessoal de Direcção e Chefia), doravante Lei n.º 15/2009, e artigo 16.º do Regulamento Administrativo n.º 26/2009 (Disposições complementares do estatuto do pessoal de direcção e chefia), doravante RA n.º 26/2009.

Os factos que se provaram, nomeadamente os que constam dos artigos 19.º a

54.º, 56.º a 61.º, 67.º e 68.º da acusação, são disciplinarmente ilícitos por consubstanciarem violações:

1) Do dever geral de zelo a que se refere a alínea b) do n.º 2 e o n.º 4 do artigo 279.º do ETAPM, e

2) Do dever funcional específico que recai sobre o pessoal de direcção e chefia de exercer as competências respectivas e assegurar a conformidade dos seus actos com o estatuído na legislação aplicável, a que se reporta a alínea 2) do artigo 16.º do RA n.º 26/2009.

Quanto ao dever geral de zelo:

O incumprimento de normas legais ou regulamentares e a violação das regras relativas à utilização e guarda de dinheiros públicos constituem, como é claro, violação do dever geral de zelo.

Ora, no período situado entre 4 de Maio de 2014 e 29 de Março de 2018, a Arguida:

1) Interveio em deliberações dos conselhos administrativos do IC e do FC que adjudicaram verdadeiros contratos de trabalho subordinado às pessoas que nesses contratos figuram como segundos outorgantes e autorizaram a respectiva despesa. São verdadeiros contratos de trabalho porquanto essas pessoas foram contratadas para exercer no IC, sob a autoridade e direcção deste, as funções ali especificadas, mediante uma contrapartida pecuniária mensal (factos provados correspondentes aos artigos 19.º a 54.º e 56.º a 61.º da acusação);

2) Interveio em deliberações dos conselhos administrativos do IC e do FC que adjudicaram contratos funcionalmente equivalentes a contratos de trabalho e com idêntica finalidade, para que as pessoas contratadas exercessem a sua actividade no IC de modo e em termos e condições essencialmente semelhantes

ao que sucedia com os trabalhadores do IC recrutados através dos meios legalmente idóneos para o efeito (factos provados correspondentes aos artigos 67.º e 68.º da acusação).

Por isso, é patente o incumprimento, por parte da Arguida, de normas legais que não podia deixar de observar.

Por um lado, a Arguida não observou as normas dos artigos 2.º, 4.º, n.º 1, alínea b), e 10.º, todos do Decreto-Lei n.º 26/94/M, de 16 de Maio, conjugadas com as dos artigos 18.º, n.º 2, 19.º, n.º 1, e 65.º, todos do Regulamento Administrativo n.º 6/2006 (Regime de administração financeira pública), relativamente às contratações que foram suportadas por dinheiro do FC, porquanto este Fundo tem por finalidade financiar as actividades culturais desenvolvidas no âmbito da prossecução das atribuições e no exercício das competências do IC; Não tem por finalidade financiar a contratação de trabalhadores para o IC. Assim, as despesas em causa não se situam no âmbito da prossecução das atribuições e competências do FC e, portanto, não podiam ser autorizadas pelo respectivo conselho administrativo, como efectivamente foram, através das deliberações aqui em causa (factos provados correspondentes aos artigos 27.º a 54.º, 56.º a 61.º e 68.º da acusação) e nas quais interveio a Arguida.

Além disso, nas adjudicações efectuadas pelo Conselho Administrativo do IC, e em cujas deliberações interveio, a Arguida também incumpriu os artigos 18.º, n.º 2 e 19.º, n.º 1, do Regulamento Administrativo n.º 6/2006, dado que a este conselho administrativo não havia sido subdelegada a competência para autorizar despesas decorrentes da celebração de contratos individuais de trabalho (factos provados correspondentes aos artigos 19.º a 26.º e 67.º da acusação).

Por outro lado, a actuação da Arguida, ao intervir nas deliberações dos conselhos administrativos do IC e do FC que adjudicaram, por ajuste directo e com dispensa de consulta, contratos de trabalho, ao abrigo do DL n.º 122/84/M, e autorizaram as respectivas despesas, também se traduziu no incumprimento de normas legais procedimentais reguladoras em matéria de admissão/contratação dos trabalhadores dos serviços públicos da RAEM, nomeadamente das normas dos n.ºs 1 e 2 do artigo 10.º da Lei n.º 14/2009 (Regime das carreiras dos trabalhadores dos serviços públicos), de cuja conjugação resulta que:

- 1) O concurso é o processo normal e obrigatório de recrutamento e selecção dos trabalhadores contratados e do quadro, e*
- 2) O concurso só pode ser dispensado, no recrutamento de trabalhadores em regime de contrato, mediante autorização do Chefe do Executivo e quando a urgência do recrutamento o justifique.*

Quanto ao dever específico que decorre da norma da alínea 2) do artigo 16.º do RA 26/2009:

Os referidos factos provados também integram a violação do dever específico que decorre da norma do artigo 16.º do RA n.º 26/2009, o dever de, no exercício das respectivas competências, o pessoal de direcção e chefia assegurar a conformidade dos seus actos com o estatuído na legislação aplicável, no respeito pelos direitos e interesses lealmente protegidos dos particulares. Na verdade, a Arguida não cumpriu esse dever específico, na medida em que interveio em deliberações que adjudicaram contratos de trabalho com preterição do procedimento concursal que a lei obriga a observar na contratação de trabalhadores da Administração Pública, não assegurando, desse modo, a publicidade, a imparcialidade e a justiça do

processo de recrutamento de trabalhadores, nem salvaguardando a igualdade de oportunidades entre os cidadãos na candidatura ao acesso à função pública.

Demonstrada está, portanto, a ilicitude disciplinar das condutas da Arguida. Subsidiariamente, sempre se diga que, a considerar-se que as adjudicações aqui em causa tiveram por objecto contratos individuais de trabalho, sempre teria ocorrido o incumprimento, por parte da Arguida, das normas relativas à autorização de despesas antes referidas e, a partir da sua entrada em vigor, da norma do artigo 18.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 12/2015 (Regime do Contrato de Trabalho nos Serviços Públicos), já que a contratação mediante contrato individual de trabalho depende de autorização do Chefe do Executivo, e é precedida de uma proposta de contratação, devidamente fundamentada, acompanhada da minuta do contrato e de parecer da Direcção dos Serviços de Administração e Função Pública (SAFP).

3.2. Da culpa

Dos factos provados constantes dos artigos 19.º a 54.º, 56.º a 61.º, 67.º e 68.º da acusação resulta que a Arguida actuou com culpa (negligência inconsciente). Isto porque, quando actuou nos termos constantes dos factos provados:

1) A Arguida não chegou a representar a possibilidade de violação dos deveres funcionais que efectivamente violou;

2) A Arguida, se tivesse agido com o cuidado e com a diligência com que podia e devia ter agido, aqueles que teriam sido empregues por um membro de um órgão de gestão de um serviço ou fundo autónomo da Administração Pública de Macau medianamente capaz e preparado que estivesse colocado na posição da Arguida, certamente teria representado a possibilidade daquela violação.

No caso em apreço, não estão em causa adjudicações de contratos complexos, nem de normas legais erráticas, espúrias ou extravagantes. Não. Falamos de contratos de estrutura simples, trivial, cuja caracterização como contratos de trabalho subordinado ou contratos que lhe são funcionalmente equivalentes está ao alcance de qualquer "bom pai de família", e de normas legais que regulam a efectivação de despesas e que regem em matéria de contratação de pessoal e que, portanto, integram o núcleo regulador da actividade administrativa de um dirigente de um serviço ou fundo autónomo da Administração Pública. Como tal, um dirigente medianamente criterioso, colocado na situação da Arguida, confrontado com as propostas de contratação aqui em causa, que, saliente-se vinham acompanhadas das minutas dos contratos, não podia deixar de verificar que as mesmas, visando a contratação de verdadeiros trabalhadores, por um lado, não só não podiam ser feitas através da utilização de recursos financeiros do FC, como careciam de autorização superior no caso das despesas suportadas pelo IC, e, por outro lado, que a contratação devia ser antecedida de um procedimento concursal. Por isso, a simples circunstância de a Arguida estar convencida de que a sua actuação era legal e de que não incumpria, como efectivamente incumpriu, preceitos legais nucleares da actividade administrativa, não pode deixar de merecer um juízo de censura. Foi culposa, portanto, a sua actuação.

3.3. Os fundamentos da defesa para afastar a responsabilidade disciplinar da Arguida: sua improcedência

Na sua defesa escrita, a Arguida para justificar a sua actuação e, crê-se, para afastar a sua responsabilidade disciplinar, alega, imprecisa e genericamente, diversas razões cuja improcedência se impõe justificar.

Assim:

Quanto ao que alega relativamente ao recurso ao DL n.º 122/84/M para a contratação de trabalhadores ser uma prática que já vinha dos anos 90 (do século passado), tal não retira, como é evidente, a ilicitude aos factos praticados pela Arguida, nem afasta a sua culpa. A Arguida como dirigente da Administração Pública estava sujeita à lei e aos regulamentos e não a alegadas práticas "consuetudinárias" ostensivamente ilegais e com as quais podia e devia ter rompido enquanto membro efectivo dos conselhos administrativos do IC e do FC.

Do mesmo modo, se outros serviços públicos recorreram a práticas contratuais idênticas às que aqui estão em causa, não é por isso que fica excluída ou sequer diminuída a responsabilidade disciplinar da Arguida.

É evidente que o DL n.º 122/84/M não é um instrumento legal alternativo no que à contratação de trabalhadores para a Administração Pública respeita. Simplesmente, esse diploma legal não é apto para aquele efeito. A Arguida, enquanto dirigente de um serviço público, não podia deixar de saber isto, e por isso afigura-se falacioso o argumento de que a adopção do regime da prestação de serviços formou «um consenso e uma mensagem, que passaram a ser "instrução"».

A Arguida não assume o desconhecimento da lei, antes alega que não tem formação jurídica e que agiu da forma que agiu porque os contratos em causa haviam sido apreciados por juristas e/ou pelo notário privativo do IC.

Também aqui, sem razão. Quando praticou os factos aqui em causa, a Arguida integrava os conselhos administrativos do IC e do FC, inicialmente enquanto chefe de divisão e, posteriormente, enquanto chefe de departamento, sempre nas áreas administrativa e financeira. Ocupava, portanto, lugares de topo na estrutura da Administração Pública, aos quais se exige que tenham

conhecimentos substanciais sobre todas as matérias com que têm de lidar no exercido das suas funções e que actuem nesse exercido com especial cuidado de modo a adequar essa actuação às imposições legais e à prossecução do interesse público.

É pacífico que a aceitação de certos cargos que envolvem especiais responsabilidades, como são os cargos de direcção e chefia dos serviços da Administração Pública, implica, para quem aceita tais cargos, dever estar ciente das exigências que os mesmos envolvem, e preparado para os exercer, com o saber, a perícia, a capacidade e a competência que são indispensáveis para o efeito, independentemente da respectiva formação académica.

A lei não exige que os cargos de direcção e chefia da RAEM sejam exercidos por quem tem formação jurídica. O que se exige e espera de quem exerce esses cargos é, entre o mais que as funções implicam, que tenha os conhecimentos jurídicos indispensáveis à sua concreta actuação. E por isso, se alguém considera que não tem todo o saber necessário para exercer certo cargo, deve abster-se de aceitar desempenhá-lo. É tão simples como isto. O que não pode, de forma alguma, é invocar a sua impreparação, a sua ignorância, a sua imperícia, para justificar actuações violadoras de normas legais que, em determinado momento, está obrigado a observar.

A isto acresce que a conduta de alguém que ocupa cargos de direcção e chefia de um determinado serviço público ou exerça funções de gestão, coordenação e controlo num fundo autónomo não pode, de forma alguma, bastar-se com a mera adesão passiva e automática a indicações, informações e pareceres de juristas. O que se espera é que exerça de forma activa e esclarecida as competências que lhe estão atribuídas e que não se demita do dever que lhe incumbe de se certificar que a sua decisão é conforme à lei.

É que, no caso, reiteramos, não estamos a falar de adjudicações de contratos complexos, e por isso a simples circunstância de a Arguida estar convencida de que a sua actuação não incumpria, como efectivamente incumpriu, preceitos legais nucleares da actividade administrativa, não pode deixar de merecer um juízo de censura. Dai termos afirmado que a sua actuação foi culposa.

Invocou a Arguida que «os artigos 89.º e 90.º não indicam concretamente quais os actos da Arguida A que violaram deveres funcionais que estava obrigada a cumprir, nem especificam concretamente quais os deveres funcionais que violou.» E ainda que «relativamente ao artigo 92.º da Acusação, não obstante ter invocado várias normas legais, só enumerou algumas disposições legais, e não indicou concretamente qual a relação entre a actuação da Arguida e o disposto nestas disposições legais».

Ora, como se vê por uma leitura, ainda que não muito atenta da acusação, esta contém, nos artigos 19.º a 54.º, 56.º a 61.º, 67.º e 68.º, a discriminação dos factos praticados pela Arguida, enquanto membro efectivo dos conselhos administrativos do IC e do FC, perfeitamente individualizados, (até do ponto de vista gráfico) por artigos e até por dias. Poder-se-ia ter utilizado na acusação uma enumeração de um artigo por cada dia. Não se o fez, contudo, por se entender que assim a acusação se torna, precisamente, mais entendível. A Arguida invocou, ainda, que da acusação não consta a indicação das disposições legais infringidas pela prática dos factos articulados. Sem razão, porquanto a referência às disposições legais em que estão previstas as infracções de que a Arguida é acusada consta de forma expressa e clara, nos artigos 92.º a 95.º da acusação.

Quanto à alegada inexistência de violação de deveres funcionais, a este

propósito e face à matéria de facto provada, reitera-se tudo quanto se disse, nomeadamente em 3.1. e 3.2., e para aí se remete, para todos os efeitos.

Por último, vem a Arguida invocar a prescrição do procedimento disciplinar. Apenas tem razão quanto aos factos ocorridos no dia 30 de Abril de 2014, pelo que se eliminou a matéria respeitante às deliberações do Conselho Administrativo do IC nesse dia.

Contudo, não lhe assiste razão quanto aos demais factos que lhe são imputados na acusação porquanto estabelece o n.º 1 do artigo 289.º do ETAPM que o procedimento disciplinar prescreve decorridos 3 anos sobre a data da prática dos factos - prazo esse que nos termos do respectivo n.º 4 é suspenso em caso de instauração de processo de disciplinar, mesmo que não tenha sido dirigido contra o funcionário ou agente a quem a prescrição aproveite, mas nos quais se venham a apurar faltas de que seja responsável.

Ora, considerando que o presente processo disciplinar foi instaurado, sob proposta do Exmo. Senhor Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, de 29 de Janeiro de 2018, na sequência do despacho de S. Exa. o Chefe do Executivo de 5 de Dezembro de 2017, proferido no âmbito do Processo Disciplinar n.º 1/PD/GCE/2017, instaurado em 4 de Maio de 2017, e no qual que se apuraram indícios suficientes das faltas que agora se imputam à Arguida, é esta data de 4 de Maio de 2017 que há que ter em consideração para efeitos do disposto nos n.ºs 1 e 4 do artigo 289.º do ETAPM, donde não se verifica a alegada prescrição relativamente a todos os factos ocorridos após 4 de Maio de 2014.

Dito por outras palavras, a instauração do Processo Disciplinar n.º 1/PD/GCE/2017, por despacho de S. Exa. o Chefe do Executivo de 4 de Maio de 2017, suspendeu o prazo prescricional de 3 anos, pelo que são relevantes as

faltas cometidas desde o dia 4 de Maio de 2014.

4. Medida da pena disciplinar

Demonstrado que ficou que a Arguida A praticou as infracções disciplinares assinaladas, resta determinar a pena disciplinar concretamente aplicável, a qual, não obstante a acumulação de infracções, deve ser única - artigo 316.º, n.º 4, do ETAPM.

Preceitua-se no n.º 1 do artigo 314.º do ETAPM que a pena de suspensão será aplicável aos casos que revelem culpa e grave desinteresse pelo cumprimento dos deveres profissionais.

Se à luz dos critérios de um "bom pai de família", o desvalor da conduta se revelar dificilmente tolerável para um empregador normal, a culpa deve qualificar-se de grave, irrelevando o carácter consciente ou inconsciente da negligência (neste sentido, Paulo Veiga e Moura, Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública, Anotado, 2.ª edição, p. 145).

No caso, tendo em consideração tudo o que anteriormente se referiu, não se vê como se possa deixar de afirmar a gravidade da culpa da Arguida. Só dificilmente se pode tolerar que um dirigente de um serviço da Administração Pública tenha violado de forma tão flagrante os deveres funcionais que estava obrigado a observar. Na concreta actuação que aqui está em causa e só dela se cuida, a Arguida mostrou uma impreparação que não se compreende nem pode ser tolerada. Dai a gravidade da sua culpa.

Nos termos do n.º 3 do artigo 314.º do ETAPM, a pena de suspensão será de 10 a 120 dias nas hipóteses referidas nas alíneas a) a f) do n.º 2 desse mesmo artigo, e de 121 a 240 dias nos restantes casos. A situação em apreço não é subsumível a nenhuma daquelas alíneas do n.º 2 do artigo 314.º do ETAPM, e por isso a pena aplicável é de 121 a 240 dias.

No entanto, ponderando o especial valor das circunstâncias atenuantes que no caso ocorrem - a prestação de mais de 10 anos de serviços classificados e avaliados de "Satisfaz Muito" e a falta de intenção dolosa - considera-se que, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 316.º do ETAPM, se justifica que a pena seja especialmente atenuada, aplicando-se pena de escalão mais baixo do que ao caso caberia. Neste caso, será de aplicar pena do escalão situado entre 10 e 120 dias.

Dentro deste escalão a pena graduar-se-á de acordo com as circunstâncias atenuantes ou agravantes que no caso concorreram, atendendo nomeadamente ao grau de culpa do infractor e à respectiva personalidade, tal como resulta do disposto no n.º 1 do artigo 316.º do ETAPM.

No caso, há que ponderar:

1) A favor da Arguida, o seguinte: ter actuado com negligência inconsciente; nunca ter sofrido qualquer sanção disciplinar; as suas classificações de serviço e avaliações; não ter tirado para si qualquer vantagem, nem ter beneficiado intencionalmente pessoas determinadas com as contratações efectuadas; existir no IC a prática de efectuar contratações idênticas às que aqui estão em causa quando assumiu cargos de chefia no IC; o aumento das exigências colocadas ao IC no período em causa;

2) Contra a Arguida, o seguinte: a acumulação de infracções e a responsabilidade do cargo exercido.

Tudo visto, é adequada a aplicação à Arguida de uma pena disciplinar de 30 (trinta) dias de suspensão, a qual não se afigura de suspender, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 317.º do ETAPM, dado que a simples censura do facto e a ameaça da pena não bastam para satisfazer as necessidades de prevenção e de reprovação da infracção.

5. Conclusão

Em conclusão, formulam-se as seguintes propostas:

1. Quanto à pena disciplinar:

A aplicação à Arguida A da pena disciplinar única de 30 (trinta) dias de suspensão.

2. Quanto a outras matérias:

A extracção de cópias certificadas do presente relatório e do despacho que sobre o mesmo venha a recair e a respectiva remessa ao Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, para os devidos efeitos, e ao Comissário Contra a Corrupção, para conhecimento.

Com estas propostas, remetam-se os autos a Sua Excelência o Chefe do Executivo...”。

4. 於 2019 年 04 月 02 日，行政長官作出以下批示：

“...

本人於二零一八年三月二十九日批示提起紀律程序，該紀律程序關於嫌疑人 A 的最終報告書已按十二月二十一日第 87/89/M 號法令核准的《公共行政工作人員通則》第三百三十七條的規定完成撰寫。本人同意最終報告的內容及建議，現命令：

(一) 按建議向嫌疑人 A 科處的單一紀律處分為三十日的停職處分；

(二) 至於其他事宜方面，按建議處理；

(三) 通知嫌疑人及其受任律師。

...”。

5. 司法上訴人已主動辭任部門主管職位並返回擔任澳門文化局編制內第二職階首席特級技術員一職。

6. 被訴實體認定司法上訴人觸犯的違紀事實載於附卷第 1046 至 1179 頁的控訴書，有關內容在此視為完全轉錄。

*

四.理由陳述

本院於 2020 年 06 月 18 日作出裁判，認定司法上訴人的違紀行為不屬“對工作漠不關心”的情況下作出，而是對法律及規章欠缺認識而作出，因此應根據《公共行政工作人員通則》第 313 條第 1 款及第 2 款 e) 之規定對其作出罰款處分，而非停職處分。基於此，被訴行為錯誤適用了法律，故將之撤銷。

上述裁判被終審法院於 2020 年 12 月 18 日在本卷宗作出的裁判所廢止。根據終審法院的裁判，司法上訴人的違紀行為屬《公共行政工作人員通則》第 314 條所指的“有過錯及對履行職業上之義務漠不關心”的情況。

我們在上述終審法院裁判的基礎上，繼續審理司法上訴人提出但未被審理的司法上訴依據。

1. 就違反適度原則及減輕處分原則方面：

司法上訴人認為被訴實體對其作出停職 30 日的紀律處分違反了適度原則及減輕處分原則，理由是在存有特別減輕情節下，應將處分等級調低一級，即由停職變為罰款。

在尊重不同見解下，我們並不認同司法上訴人的見解。

被訴實體的做法無疑是符合《公共行政工作人員通則》第 316 條第 2 款之規定的。

《公共行政工作人員通則》第 316 條第 2 款規定如下：

“...

二、經衡量在程序中證實之減輕或加重情節之特別價值後，得特別減輕或加重處分，科處比原來可科處於該個案者較低或較高之處分等級。

...”。

立法者設置了 3 個級別的停職處分，分別是：10 至 120 日；121 至

240 日及 241 日至 1 年。

原適用於司法上訴人的停職處分級別是 121 至 240 日，但由於存有特別減輕情節，改為適用 10 至 120 日的級別。

從上述轉錄的《公共行政工作人員通則》第 316 條第 2 款條文可見，立法者並沒有強制要求在存有特別減輕情節的情況下，處分必須調低一個等級；立法者僅表示可以適用較低之處分等級。

另一方面，不論終審法院或本院(詳見終審法院於 2015 年 11 月 04 日在卷宗編號 71/2015 內作出之裁判及中級法院在 2020 年 04 月 02 日在卷宗編號 630/2018 內作出的裁判)均強調行政當局享有自由裁量權在法定處罰種類和相關幅度之內作出具體的紀律處分。而自由裁量權的行使只有在權力偏差、明顯的錯誤或絕對不合理的情況下才受司法監督審查(見終審法院分別於 2012 年 07 月 31 日、2012 年 05 月 09 日、2000 年 04 月 27 日及 2000 年 05 月 03 日在卷宗編號 38/2012、13/2012、6/2000 及 9/2000 作出之裁判，以及中級法院分別於 2012 年 07 月 05 日、2011 年 12 月 07 日及 2011 年 06 月 23 日在卷宗編號 654/2011、346/2010 及 594/2009 作出之裁判)。

在本個案中，考慮到司法上訴人的違紀行為是基於嚴重過失(終審法院在前述的裁判中認定了相關過失為嚴重過失)而作出，且相關違紀行為亦令市民對行政當局產生了負面的觀感，故我們不認為 30 日的停職處分明顯違反了適度原則。

*

五. 決定

綜上所述，裁決司法上訴人之上訴不成立，維持被訴行為。

*

訴訟費用由司法上訴人承擔，司法費定為 4UC。

作出適當通知及採取適當措施。

*

2021 年 03 月 11 日

(裁判書製作人)

何偉寧

(第一助審法官)

唐曉峰

(第二助審法官)

李宏信

米萬英