

Processo n° 4/2017
(Autos de recurso contencioso)

Data: 11/Janeiro/2018

Assuntos: **Processo disciplinar**
Erro nos pressupostos de facto

SUMÁRIO

- O processo disciplinar é independente do procedimento criminal, conforme se estipula no artigo 263.º do Decreto-Lei n.º 66/94/M.

- Quando o ilícito criminal de que resultou a acção disciplinar tenha sido participado ao tribunal competente para apuramento e aplicação das respectivas sanções penais, a decisão final do processo disciplinar poderá aguardar tal resultado, cabendo à entidade competente decidir se vai ou não aguardar o resultado do julgamento a realizar-se pelo tribunal criminal.

- Em processo disciplinar, à semelhança do que sucede no processo penal, não cabe ao arguido provar a sua inocência, mas sim compete ao titular do poder disciplinar o ónus da prova dos factos constitutivos.

- Tendo a Administração escolhido instaurar processo disciplinar contra o recorrente sem aguardar o resultado da decisão definitiva do tribunal, sendo o único "elemento de prova" que serviu de base à fundamentação da matéria de facto e aplicação da pena

disciplinar o recebimento da acusação deduzida pelo Ministério Público, dúvidas de maior não restam de que tal circunstância não é suficiente para comprovar os factos imputados ao arguido em processo disciplinar, porquanto o mesmo ainda terá que ser julgado em tribunal para apuramento da sua responsabilidade penal.

- Não logrando cumprir tal ónus, outra solução não resta senão julgar procedente o recurso contencioso, anulando o acto recorrido com fundamento em erro nos pressupostos de facto, ao abrigo dos artigos 124º do CPA e 21º do CPAC.

O Relator,

Tong Hio Fong

Processo nº 4/2017
(Autos de recurso contencioso)

Data: 11/Janeiro/2018

Recorrente:

- A

Entidade recorrida:

- Secretário para a Segurança

Acordam os Juizes do Tribunal de Segunda Instância da RAEM:

I) RELATÓRIO

A, verificador alfandegário dos Serviços de Alfândega, com sinais nos autos (doravante designado por "recorrente"), notificado do despacho do Exm.º Secretário para a Segurança de 14 de Novembro de 2016, que lhe aplicou a pena de demissão, dele não se conformando, interpôs o presente recurso contencioso, tendo formulado na petição de recurso as seguintes conclusões:

"1. O recorrente foi notificado no dia 23/11/2016 do acto recorrido que lhe aplicou, nos termos do art. 238º, n.º 2, al. n) do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau, a pena de demissão.

2. A interposição do presente recurso contencioso é tempestiva, nos termos do art. 291º do Estatuto e do art. 25º, n.º 2 do CPAC.

3. A entidade recorrida é a competente para praticar os actos de que se recorre, nos termos do art. 211º, n.º 1 do Estatuto

e do art. 1º da Ordem Executiva n.º 111/2014.

4. O recorrente tem legitimidade para interpor recurso contencioso, nos termos do art. 33º, al. a) do CPAC, sendo a pessoa directamente afectada pelo acto recorrido.

5. O TSI é competente para conhecer do presente recurso contencioso, nos termos do art.º 36º, n.º 8.2) da Lei de Bases da Organização Judiciária.

6. Como se fez reflectir no despacho acusatório deduzido no processo disciplinar n.º 09/2012-1.1.DIS, que culminou no acto recorrido, a única base fáctica que consubstancia a decisão de demissão do recorrente é a acusação movida contra o mesmo no inquérito n.º 7634/2012.

7. No processo-crime conexo, não se procedeu ainda ao julgamento da matéria fáctica incriminatória, e consequentemente não há qualquer decisão condenatória (ou absolutória), muito menos uma decisão transitada em julgado.

8. Escusado será dizer que uma acusação deduzida em processo-crime não encerra em si qualquer presunção de culpa do arguido, muito menos uma comprovação dos factos nela ínsitos.

9. O recorrente goza do princípio da presunção de inocência no processo-crime que lhe foi movido, não consubstanciando o elenco acusatório qualquer meio de prova ou presunção, ilidível ou não, em qualquer processo de qualquer natureza.

10. Inexiste no processo disciplinar qualquer comprovação da factualidade que se dá por verificada no acto recorrido.

11. O acto recorrido viola o princípio de presunção de inocência, cuja aplicação extravasa, pela sua natureza, os processos de índole criminal, embebendo também os processos de natureza disciplinar (cf. art. 256º do Estatuto, em conjugação com o art. 277º do ESTPM e o art. 49º, n.º 2 do CPP).

12. O princípio de presunção de inocência, aplicável por via do art. 256º do Estatuto está aliás consagrado na Lei Básica de Macau, designadamente no 2º parágrafo do art. 29º.

13. Este princípio tem aplicação no processo disciplinar donde emana o acto recorrido não só como reflexo do próprio processo-penal donde proveio a acusação, mas também por ser um princípio enformador do próprio processo disciplinar, por via da absorção das normas e princípios enformadores, ex vi do art. 256º do Estatuto.

14. O único facto que se mostra comprovado no processo disciplinar é o facto de que foi deduzida uma acusação criminal contra o recorrente.

15. O acto recorrido padece, nessa medida, do vício de violação de lei, na modalidade de erro sobre os pressupostos de facto da sua aplicação, o que gera a sua anulabilidade.

16. Apenas existe uma acusação da prática do mesmo num processo-crime autónomo, onde o recorrente terá as devidas oportunidades de se defender, consagradas processualmente.

17. Inexistem quaisquer documentos, depoimentos ou qualquer outro meio probatório no processo disciplinar donde emana o acto

recorrido que sustentem a factualidade consubstanciadora da pena de demissão.

18. A pena de demissão não pode ser aplicada apenas porque a entidade recorrida confia que, por virtude de o recorrente ter sido acusado num processo-crime, terá praticado os factos nele (ainda não) discutidos.

19. O art. 263º, n.º 2 do Estatuto prevê que apenas a condenação definitiva num processo-crime constitui caso julgado em processo disciplinar quanto à existência e autoria dos factos imputados ao arguido.

20. O recorrente entende que não se justifica a escolha da medida da pena de demissão, tendo em conta o seu historial na corporação que integra, quando contrabalançada com a pena de aposentação compulsiva.

21. O acto recorrido refere a existência de uma circunstância atenuante, designadamente a prevista no art. 200º, n.º 2, al. b) do Estatuto: o bom comportamento anterior.

22. O original despacho acusatório, assim como o relatório final de instrução de fls. 173 a 175, referem especificamente ainda uma outra circunstância atenuante que deverá ser ponderada: a boa informação dos superiores de quem depende, nos termos do art. 200º, n.º 2, al. i) do Estatuto.

23. O acto recorrido não menciona a existência de qualquer circunstância agravante, designadamente as previstas no art. 201º do Estatuto.

24. O recorrente tem mais de quinze anos dedicados à sua actividade nos Serviços de Alfândega, o que espelha uma louvável dedicação à manutenção da ordem pública e segurança da RAEM, contribuição que deve ser merecedora da devida ponderação na aplicação de qualquer pena.

25. Nos termos de art. 232º do Estatuto, “[n]a aplicação das penas atender-se-á aos critérios gerais enunciados nos artigos seguintes, à natureza e gravidade da infracção, à categoria ou posto do infractor, ao grau de culpa, à sua personalidade, ao seu nível cultural e a todas as circunstâncias que militem contra ou a favor do arguido.”

26. A condenação disciplinar não se encaixa em qualquer das situações previstas no art. 240º do Estatuto, que elenca as situações específicas em que deve ser aplicada a pena de demissão.

27. Tendo em conta a duradoura ligação e dedicação do recorrente aos Serviços de Alfândega, e tendo em conta que a sua situação se encaixa no preceituado no art. 239º, n.º 2 do Estatuto, sempre lhe deveria ser, ponderadas as alternativas, aplicada uma pena de aposentação compulsiva em detrimento da pena de demissão.

28. Nesta medida, o acto recorrido viola também as disposições conjugadas dos arts. 232º, 238º, 239º e 240º do Estatuto.”

Conclui, pedindo a procedência do recurso contencioso, com a conseqüente anulação do acto recorrido.

★

Regularmente citada, apresentou a entidade recorrida contestação constante de fls. 21 a 25, pugnando pela improcedência do recurso.

Notificadas as partes para querendo apresentarem alegações facultativas, nenhuma delas usaram dessa faculdade.

★

Aberta vista ao Digno Procurador-Adjunto do Ministério Público, foi emitido o seguinte duto parecer:

"Na petição inicial, o recorrente solicitou a anulação do despacho em escrutínio, assacando-lhe o erro nos pressupostos de facto, a violação do princípio da presunção da inocência e ainda a desproporcionalidade da pena disciplinar que lhe tinha sido aplicada.

A argumentação do recorrente patenteia que ele estribou o erro nos pressupostos de facto e a violação do princípio da presunção da inocência no mesmo facto que se consubstancia em não existir ainda caso julgado de condenação, havendo apenas uma acusação contra ele. Daí basta-nos indagar se o despacho recorrido infringir este princípio.

★

Prescrevendo expressamente no n.º 2 do art. 29º da Lei Básica cujo art. 29º assevera a sua supremacia, o princípio da presunção da inocência adquire dignidade constitucional no

ordenamento jurídico de Macau, e nesta dimensão, constitui princípio fundamental sobretudo do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

No nosso prisma, são pacíficas na ordem jurídica de Portugal as jurisprudências e doutrinas que sustentam que o princípio da presunção da inocência rege também processos disciplinares (vide. acórdãos do STA de 16/01/1997 no processo n.º 031496, de 23/03/1999 no processo n.º 044486, de 18/04/2002 no processo n.º 033881, de 01/03/2007 no processo n.º 01199/06, de 28/06/2011 no processo n.º 0900/10).

E a sagaz jurisprudência adverte, e bem, que «Ao afirmar-se no parecer que serviu de fundamento ao despacho punitivo que o arguido não conseguiu "destruir os factos contidos na acusação", pretende-se apenas significar que a prova coligida durante a instrução do processo não foi infirmada na subsequente fase de defesa, não sendo possível inferir que era ao arguido que competia provar a inexistência dos factos.» (vide. Acórdão do STA de 10/03/1998 no processo n.º 040528)

Por outra banda, não se descortina, pela nossa parte, jurisprudência ou doutrina preconizando que nos casos em que a infracção disciplinar constitua crime, a aplicação da pena disciplinar há de ter por pressuposto imprescindível a existência dum caso julgado de condenação penal.

De jure condito, o n.º 1 do art. 287º do ETAPM e n.º 1

do art. 263º do EMFSM determina peremptoriamente a independência do processo disciplinar em relação à acção penal. Nos termos dos n.ºs 2 e 3 deste comando legal, enquanto a condenação definitiva em acção penal faz caso julgado em processo disciplinar, a sentença criminal absolutória constitui apenas simples presunção legal ilidível por prova em contrário.

Tudo isto aconselha-nos a acreditar que nada impede a Administração de alicerçar a aplicação da pena disciplinar em factos constantes de certa acusação penal, e o despacho atacado nestes autos não fere do erro nos pressupostos de facto, nem contende com o princípio da presunção da inocência.

*

O recorrente invocou ainda a ofensa das disposições nos arts. 232º e 238º a 240º do EMFSM, bem como a desproporcionalidade da pena de demissão que lhe tinha sido aplicada, arrogando que o despacho em causa não mencionou as circunstâncias atenuantes consagradas nas alíneas b) e i) do n.º 2 do art. 200º do EMFSM, e a sua contribuição para manutenção da ordem pública como verificador alfandegário durante mais de 15 anos.

Entendemos que não tem razão o recorrente. Com efeito, na Acusação do M.ºP.º, foram-lhe imputados, na co-autoria material, quatro crimes de exploração de prostituição na forma consumada, e ainda dois crimes de exploração de prostituição

na forma de tentativa. O que demonstra a gravíssima censurabilidade da sua conduta e forte intensidade da culpa.

O recorrente omitiu, de forma certamente intencional, que ele tinha sido arguido no Processo penal n.º CR3-08-0454-PCS, e já condenado no Processo penal n.º CR1-10-0287-PCS bem como no processo contravencional n.º CR3-09-0097-PCT (docs. de fls. 71 a 72, 84 a 87 v. e 93 a 95 v. do P.A.).

Por todo o expendido acima, propendemos pela improcedência do presente recurso contencioso.”

*

Corridos os vistos, cumpre decidir.

O Tribunal é o competente.

O processo é o próprio.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias e são legítimas.

II) FUNDAMENTAÇÃO

Resulta provada dos elementos constantes dos autos, designadamente do processo administrativo instrutor, a seguinte matéria de facto com pertinência para a decisão da causa:

O recorrente é verificador alfandegário dos Serviços de Alfândega.

No âmbito do Processo Disciplinar n.º 09/2012-1.1-

DIS, instaurado contra o recorrente, foi proferido a 14.11.2016 pelo Exm.º Secretário para a Segurança, o seguinte despacho:

“Despacho n.º 97/SS/2016

Processo disciplinar n.º 09/2012-1.1.DIS

Arguido: Verificador Alfandegário n.º XXXXX, A, SA

Nos presentes autos vem suficientemente provado que o arguido, Verificador Alfandegário n.º XXXXX, A, dos Serviços de Alfândega, entre indeterminada data do mês de Abril e 27 de Julho de 2012, se dedicou à exploração da prostituição, em colaboração de esforços com outro indivíduo, seu co-arguido no processo crime que corre termos no Ministério Público, sob o inquérito registado com o n.º 7364/2012, tomando a seu cargo o papel de fotografar jovens mulheres contratadas no China interior para prestação de serviços sexuais em Macau, publicando as fotografias na internet para efeitos de publicidade.

Com esta actividade, o arguido auferia uma comissão que se estima em 100 patacas por cada serviço prestado pelas jovens, partilhando-a com o seu co-arguido.

A exploração da prostituição, seja qual for a forma pela qual é prosseguida, constitui crime previsto e punido pela Lei Penal de Macau, constituindo uma conduta especialmente censurável disciplinarmente, em particular quando protagonizada, como o revelam os factos imputados a arguido, por um elemento de uma corporação com natureza de órgão policial,

de quem se espera seja um exemplo de respeito pela legalidade instituída e que sempre actue, tanto na sua vida profissional, como na sua vida privada, por forma a reforçar a confiança da população na instituição que serve. Com este comportamento o arguido afrontou regras elementares de ética, afectando o decoro e o brio da corporação a que pertence, os Serviços de Alfândega.

O arguido, violou de forma grave, atento o grau de culpa formulado com base num juízo de censura ético-jurídica da sua conduta pelo comum dos cidadãos, os deveres funcionais que sobre si impendem, e constam da al. a) n.º 3 do artigo 5º e das alíneas f) e o) do n.º 2 do artigo 12º do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau, aprovado pelo Decreto-lei n.º 66/94/M, de 30 de Dezembro.

A conduta do arguido, pese embora referida a ambiente estranho à corporação, compromete definitivamente a relação funcional, tornando-a insustentável, por absoluta perda de confiança geral necessária à sua manutenção, tal a indignidade social que a caracteriza.

Pelo que, depois de ouvido do Conselho de Justiça e Disciplina e ponderada que foi a atenuante do bom comportamento anterior a que se refere a al. b) do n.º 2 do artigo 200º do EMFSM, no uso da competência que me advém das disposições conjugadas do Anexo G ao seu artigo 211º, com referência ao n.º 1 da Ordem Executiva n.º 111/2014, PUNO o arguido, Verificador Alfandegário n.º XXXXX, A, dos Serviços de Alfândega, com a pena de DEMISSÃO, nos termos da alínea n) do n.º 2 do artigo 238º do citado Estatuto.

Notifique o arguido do presente despacho e de que, do mesmo,

cabe recurso contencioso para o Tribunal de Segunda Instância.”

★

O caso

A entidade recorrida considerou que o recorrente incorreu na violação dos deveres funcionais que sobre si impendem, constantes da alínea a) n.º 3 do artigo 5.º e das alíneas f) e o) do n.º 2 do artigo 12.º do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/94/M, de 30/12, na medida em que o mesmo se dedicou, em colaboração de esforços com outro indivíduo, à exploração da prostituição e, em consequência, foi-lhe aplicada a pena de demissão.

★

Analisemos agora os fundamentos do recurso.

Da inexistência de provas da prática dos factos

Alega o recorrente que a única base fáctica que consubstancia a decisão de demissão do recorrente é a acusação deduzida pelo Ministério Público contra o recorrente nos autos de inquérito n.º 7634/2012, entretanto o recorrente ainda se encontra a aguardar julgamento pelo TJB.

Razão pela qual vem arguir a anulabilidade do acto recorrido, com fundamento em erro nos pressupostos de facto que constitui vício de violação de lei.

Vejamos.

Não há dúvidas de que o processo disciplinar é independente do procedimento criminal, conforme se estipula no n.º 1 do artigo 263.º do Decreto-Lei n.º 66/94/M.

Ainda nos termos daquela disposição legal, quando o ilícito criminal de que resultou a acção disciplinar tenha sido participado ao tribunal competente para apuramento e aplicação das respectivas sanções penais, a decisão final do processo disciplinar poderá aguardar tal resultado.

Ou seja, cabe ao superior hierárquico decidir se vai ou não aguardar o resultado proferido pelo tribunal criminal.

Isto é, caso tenha decidido aguardar o resultado da decisão judicial, a condenação definitiva proferida em acção penal constitui caso julgado em processo disciplinar quanto à existência material e autoria dos factos imputados ao militarizado (n.º 2 do artigo 263º do Decreto-Lei n.º 66/94/M). Caso contrário, se decidir não aguardar a decisão definitiva do tribunal, o instrutor do processo terá que ordenar a realização de diligências necessárias com vista ao apuramento da responsabilidade disciplinar do visado.

E no caso vertente, a entidade recorrida escolheu

não aguardar o resultado da decisão definitiva do tribunal.

Contudo, analisado o conteúdo do processo disciplinar instaurado contra o recorrente, somos a entender que efectivamente não foram realizadas diligências probatórias pertinentes para comprovar a responsabilidade disciplinar do mesmo.

Mais precisamente, não obstante ser ouvido o recorrente em declarações, na qualidade de arguido no processo disciplinar, o mesmo exerceu o seu direito ao silêncio, tendo apenas respondido ao instrutor do processo algumas questões incidentais sem grande pertinência.

Para além de ouvir o arguido, ora recorrente, afigura-se que mais nenhuma diligência foi levada a cabo pelo instrutor do processo disciplinar.

Foi junto um recorte de jornal, constante de fls. 8 e 9 do processo administrativo, mas entendemos que tal não pode servir como prova dos factos imputados.

Em boa verdade, o único "elemento de prova" que serviu de base à fundamentação da matéria de facto e aplicação da pena disciplinar ao recorrente foi o recebimento da acusação deduzida pelo Ministério Público (fls. 110 a 113 do P.A.).

Em nossa modesta opinião, na falta de outras

diligências probatórias mais significativas, julgamos que a mera junção da acusação do Ministério Público não é suficiente para comprovar os factos imputados ao arguido em processo disciplinar, porquanto o mesmo ainda terá que ser julgado em tribunal para apuramento da sua responsabilidade penal.

Em processo disciplinar, à semelhança do que sucede no processo penal, não cabe ao arguido provar a sua "inocência", mas sim compete ao titular do poder disciplinar o ónus da prova dos factos constitutivos.

Não logrando cumprir tal ónus, outra solução não resta senão julgar procedente o recurso contencioso, anulando o acto recorrido com fundamento em erro nos pressupostos de facto, ao abrigo dos artigos 124º do CPA e 21º do CPAC.

*

Uma vez decidida a anulação do acto recorrido por estar ferido do vício de violação de lei, pode a Administração, no uso dos seus poderes discricionários, ponderar de novo, conforme o resultado definitivo da decisão judicial ou das diligências de prova realizadas no próprio processo disciplinar, qual será a factualidade comprovada e, se for caso disso, a pena concreta a aplicar ao recorrente.

Pelo que, somos a entender que para já não há

necessidade de saber se a pena aplicada ao recorrente é desadequada, injusta ou desajustada, cuja apreciação da referida questão ficou prejudicada.

III) DECISÃO

Face ao exposto, acordam em julgar procedente o recurso contencioso e, em consequência, anulando o acto recorrido.

Sem custas por a entidade recorrida beneficiar da respectiva isenção legal.

Registe e notifique.

RAEM, 11 de Janeiro de 2018

Tong Hio Fong

Lai Kin Hong

Fong Man Chong

Mai Man Ieng