

Processo n.º 114/2000

(Recurso Contencioso)

Data: 10/Abril/2003

Assuntos:

- Pena de demissão
- Ordem de conhecimento dos vícios do acto recorrido
- Violação de lei
- Erro sobre os pressupostos de facto e de direito
- Inviabilização da relação funcional
- Fundamentação do acto

SUMÁRIO:

1. Ressalvando sempre situações específicas, deve ser apreciado prioritariamente o vício de violação de lei, em relação ao vício de forma, na medida em que a falta de fundamentação não determine o esclarecimento quanto ao erro nos pressupostos de facto e de direito.
2. O vício de violação de lei consiste na discrepância entre o

conteúdo ou o objecto do acto e as normas jurídicas que lhe são aplicáveis e, muito embora tal vício ocorra normalmente no exercício de poderes vinculados, o certo é que não deixa de se verificar no exercício de poderes discricionários quando sejam infringidos os princípios gerais que limitam ou condicionam de forma genérica a discricionariedade administrativa.

3. O juízo valorativo da conduta do arguido em processo disciplinar não pode, por isso, passar sem a imputação subjectiva da responsabilidade, não bastando a mera demonstração da efectiva existência de um comportamento contrário à lei.

4. A culpa do arguido, chefe da PMF, há-de basear-se assim num juízo desfavorável em relação à sua conduta, resultante das alegadas violações dos deveres de cuidado que devia ter observado, ao alimentar contactos com pessoas presas por suspeita de envolvimento em práticas criminosas e pertença a associações criminosas, para mais com desrespeito pelas regras que lhe impunham que o não fizesse, não se devendo ter deslocado ao EP para visitar uma delas.

5. A pena de demissão ou de aposentação compulsiva não é de aplicação automática, só podendo ser cominada se os factos revelarem um carácter censurável susceptível de inviabilizar a manutenção da relação funcional.

6. A inviabilidade da manutenção da relação funcional traduz-se num conceito indeterminado que a Administração deverá preencher e concretizar através de juízos de prognose assentes na factualidade apurada e em cuja fixação goza de grande liberdade de apreciação, sendo que só os erros manifestos de apreciação na determinação de tais juízos importam violação de lei que ao tribunal cabe sindicar.

7. Não se deve manter a relação funcional sempre que os factos cometidos pelo arguido, avaliados e considerados no seu contexto, comprometam, designadamente, a eficiência, a confiança, o prestígio e a idoneidade que deva merecer a acção da Administração.

8. A fundamentação, ao servir para enunciar as razões de facto e de direito que levaram o autor do acto a praticá-lo com certo conteúdo, encobre duas exigências de natureza diferente: a exigência de o órgão administrativo justificar a decisão, identificando a situação real ocorrida, subsumindo-a na previsão legal e tirando a respectiva consequência e uma outra exigência, nas decisões discricionárias, de motivar a decisão, ou seja, explicar a escolha da medida adoptada, de forma a compreender-se quais foram os interesses e os factores considerados na opção tomada.

9. As exigências de rigor técnico-jurídico na formulação das diversas peças em processo criminal não são inteiramente transponíveis para as peças elaboradas em processos disciplinares.

10. O poder disciplinar conferido pelo art. 315 do ETAPM comporta um momento discricionário e outro vinculado. A vinculação legal não reside na obrigatoriedade da aplicação da pena de aposentação compulsiva se o funcionário tiver mais de 15 anos de serviço, mas na obrigatoriedade da aplicação da pena de demissão se os não tiver ainda completado.

11. A aplicação da aposentação compulsiva nas situações do artigo 239º do EMFSM não tem o carácter injuntivo que resulta da opção consagrada no artigo 240º do mesmo Estatuto.

O Relator,
João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 114/2000

(Recurso Contencioso)

Data: 10/Abril/2003

Recorrente: A

Recorrida: Secretário para a Segurança

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

I - **RELATÓRIO**

A, solteiro, maior, de nacionalidade portuguesa, portador do B.I.R. n.º XXX, residente em Macau, na XX e ex-chefe n.º XX da Polícia Marítima e Fiscal, podendo ser notificado através do seu mandatário com o domicílio profissional na R. Cidade de Santarém, n.º 416, Edifício Hotline, 8º andar “Y”, NAPE, em Macau, veio interpor **RECURSO CONTENCIOSO** do despacho n.º 54/2000 do Exmº Senhor Secretário para a Segurança da R.A.E.M., datado de 9 de Maio de 2000, que lhe aplicou a **pena disciplinar de demissão**,

Para tanto, alegou em síntese:

Vem o presente recurso contencioso de anulação interposto do despacho n.º 54/2000 do Exmº senhor Secretário para a Segurança da R.A.E.M., datado de 9 de Maio de 2000;

O despacho ora recorrido enferma de ilegalidades que o tornam inválido e anulável;

A prova reunida no processo disciplinar está longe de abonar as imputações feitas pela entidade recorrida. O facto é negado pelo Recorrente e não está suficientemente provado;

Parece claro que através dos factos descritos nos autos não se faz prova de que o arguido tivesse contactado telefonicamente os senhores B, C e D;

O simples conhecimento das pessoas, nas circunstâncias descritas nos autos, não infere sem mais que o Recorrente mantivesse relações de convivência e muito menos de amizade com os senhores B, C e D;

O Recorrente conhece o Sr. B desde a sua infância e nunca lhe constou que este fosse membro de uma sociedade secreta, tanto mais que tinha conhecimento que ele era agente da Polícia Judiciária de Macau;

Devido à grande diferença de idades as relações nunca foram muito próximas, confirmando, no entanto, o Recorrente que devido à proximidade das residências dos seus familiares mantinha alguma relação com o Sr. B;

Foi precisamente em nome destas relações familiares que o arguido visitou, uma única vez, o Sr. B no E.P.C., a pedido deste, sendo

que o tema de conversa entre ambos disse respeito, tão somente, a problemas ligados com a educação, a logística e a saúde dos filhos menores do Sr. B;

Nunca lhe constou que os senhores C e D fossem membros de uma sociedade secreta, sendo certo que ambos foram absolvidos da prática de tal crime;

O Recorrente frequentava esporadicamente a discoteca "XX", nos dias feriados ou nos dias de folga. Freqüentador habitual é aquele que frequenta habitualmente, ou seja, praticamente todos os dias. Não é o caso;

Desconhecia, e não tinha obrigação de conhecer, que nesse local permaneciam elementos pertencentes à sociedade secreta "14 Kilates" e que esse local estivesse sujeito a especial vigilância das autoridades policiais;

Aliás, a frequência da citada discoteca por parte do respondente, foi sempre como um simples cidadão, trajando civilmente;

Não provado, devidamente, o que consta do despacho recorrido, a punição fica sem base fáctica;

Compete ao instrutor ou a quem aplica a pena fazer a prova de factos que justificam a perfeita e correcta qualificação jurídico-disciplinar. Em caso de dúvida, esta deve ser resolvida em favor do arguido;

A insuficiência da prova leva a que não possa ser imputada ao ora Recorrente a conduta que vem referida no despacho recorrido;

Por conseguinte, não pode subsistir a qualificação jurídica dos factos imputados ao Recorrente;

Foram dados como provados factos que, para além de não corresponderem exactamente à prova contida nos autos constantes do processo disciplinar, uma vez analisados, permitem concluir que o ora Recorrente foi punido com fundamento em conduta que não integra infracção disciplinar;

Os deveres cuja violação é susceptível de integrar uma infracção disciplinar têm que ter sempre uma ligação com a função do trabalhador;

Admitido o princípio da culpa na caracterização da infracção disciplinar não é possível punir um militarizado por violar objectivamente um dos deveres enunciados no art. 5º do EMFSM. É necessário investigar o título de responsabilidade - dolo ou negligência - ou a ausência dele;

Resulta que a qualificação dos factos como factos violadores de alguns dos deveres gerais a que o ora Recorrente está adstrito, quando a prova reunida não permite concluir pela existência de uma conduta ilícita do Recorrente, por violação de qualquer dever geral ou especial decorrente da sua função e que o mesmo tenha agido com culpa, infringe o disposto no n.º 1 do artigo 196º do citado Estatuto;

A intenção dolosa, exigida para a aplicação de penas expulsivas, teria que ter sido provada no decurso do processo, o que, em nosso entender não aconteceu;

A prova da existência de dolo importa que sejam carreados ao processo dados concretos que sejam demonstrativos de uma vontade ou intenção clara do militarizado em causar prejuízos ao serviço. Implica que o militarizado queira, como consequência directa, necessária ou eventual

da sua conduta, desrespeitar os deveres a que está adstrito (artigo 13º do C. Penal de Macau);

O Rcorrente não agiu com culpa (dolo) não se vislumbrando quais os factos em que assenta o despacho recorrido quando refere que agiu com "culpa muito grave". A falta de intenção dolosa constitui uma atenuante prevista na alínea f) do n.º2 do artigo 200º;

A apreciação dos factos imputados ao ora Recorrente, enferma de vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto;

A punição do ora Recorrente por infracção aos deveres consagrados nas alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 8º; alínea a) do n.º 2 do artigo 9º e alíneas f) j) l) do n.º 2 do artigo 12º do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau- com fundamento nos factos descritos no despacho recorrido, quando a prova reunida não permite concluir a existência de conduta ilícita do Recorrente por violação de qualquer dever geral ou especial decorrente da sua função e que o mesmo tenha agido com culpa (dolo) - infringe o n.º 1 do artigo 196º e também o n.º 1 do artigo 238º do citado Estatuto;

Porque o ora Recorrente não violou os deveres a que está adstrito enquanto militarizado não se verificou a prática de qualquer infracção disciplinar. Pelo que a apreciação material dos factos imputados enferma de vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto;

Para que se verifique a inviabilidade da manutenção da relação jurídico - funcional é necessário que os factos cometidos sejam tão graves que, avaliados e considerados no seu contexto, impliquem, para o

desempenho das funções, prejuízos tão elevados que irremediavelmente comprometam o interesse público;

A autoridade recorrida, partindo do pressuposto de que a prática por militarizados, ainda que fora do exercício das suas funções, de acto revelador de ser o seu autor incapaz ou indigno de exercer o cargo ou que implique a perda da confiança geral necessária ao exercício da função, bastava para, automaticamente, integrar a referida infracção e aplicar a pena de demissão, nem sequer averiguou a matéria em causa, aplicando esta pena automaticamente;

Essa consequência da inviabilidade da relação funcional, não se encontra nem minimamente provada nem devidamente fundamentada;

A autoridade recorrida, arbitrariamente sobrepondo um fim subjectivo ao fim legal, infringe os princípios da igualdade, imparcialidade, proporcionalidade, justiça e eficiência;

Com a sua conduta, o ora Recorrente não revelou um comportamento indigno, não desprestigiou a função e a Administração Pública e não lesou quaisquer interesses do Território;

Os factos imputados ao ora Recorrente não integram o disposto nas alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 8º; alínea a) do n.º 2 do artigo 9º e alíneas f) j) 1) do n.º 2 do artigo 12º e alínea n) do artigo 238º do EMFSM pois que estes tipos legais enunciam condutas com um conteúdo ao qual não se pode reportar, de modo algum, o comportamento do ora Recorrente;

Dá-se como verificado o vício de violação de lei, o que inquina o despacho recorrido;

Não poderia a entidade recorrida aplicar a pena de demissão à revelia do disposto no artigo 240°. Sendo a única motivação apresentada para a aplicação da pena, a falta de idoneidade moral do Recorrente para o exercício das funções, o legislador precisamente para estes casos "recomenda" especialmente a aplicação da pena de aposentação compulsiva, verificado que está o requisito previsto no n.º2 do artigo 239° do EMFSM;

No que diz respeito à fundamentação do acto recorrido houve manifesta obscuridade, contradição e insuficiência. O acto enferma, assim, de vício de forma;

Concui no sentido de que deve o presente recurso ser julgado procedente e, por via disso anulado o despacho recorrido do Exmº Senhor Secretário para a Segurança da R.A.E.M, de 9 de Maio de 2000, que lhe aplicou a pena disciplinar de demissão, por o mesmo estar ferido do vício de violação de lei e enfermar também de vício de forma.

RESPONDENDO, a entidade recorrida, Exmo Senhor Secretário para a Segurança do Governo da Região Administrativa Especial de Macau, diz, em síntese:

A qualificação legal e respectiva subsunção da conduta à normas disciplinares infringidas não merece reparo ou censura.

A gravidade da conduta impõe-se aos olhos do cidadão comum e assume especial relevância quando transportada para o seio das Forças de Segurança de Macau, onde, especialmente a um oficial, como o era o

Recorrente, é exigível e exigida, uma postura cívica que não induza qualquer suspeita sobre a probidade do comportamento.

O bem jurídico em causa é lesado com a mera culpa, traduzido aqui na abstenção grosseira do dever, independentemente de o arguido realizar, ou não, esse mesmo prejuízo, a quem se há-de exigir a tenha como subjacente à sua condição profissional.

O Recorrente não era um funcionário qualquer. Ele exercia uma profissão que obedece, inclusivé, a determinados “ritos” de que são exemplo, “o juramento público de bandeira”, as “honras”, as “continências”, etc., que o qualificam de “militarizado” qualidade que lhe acresce um especial cuidado no seu relacionamento com a panóplia de deveres funcionais, no caso, consagrados em estatuto especial.

A pena aplicada é a única que se adequa à finalidade do direito disciplinar quando perante condutas como aquela que se imputa ao Recorrente, não se afastando de modo algum da imparcialidade, justiça e proporcionalidade, designadamente quando se recorre aquela que é a tradição das decisões dos responsáveis pelas Forças de Segurança de Macau, em matéria disciplinar.

O despacho recorrido é claro, coerente e congruente, para além de suficiente, não se vislumbrado qualquer vício de forma.

Como também, do que vem de dizer-se, se não vislumbra qualquer vício de violação da lei.

Conclui no sentido de que, não se evidenciando quaisquer vícios que afectem e respectiva validade jurídica, deve ser negado provimento ao recurso e mantida a decisão impugnada.

O Digno Magistrado do Ministério Público emite douto **PARECER**, alegando fundamentalmente:

Desde logo, atentando no conteúdo do processo disciplinar apenso, dir-se-á que se afigura terem sido carreados para o mesmo elementos probatórios bastantes, tendo sido efectuada a prova dos factos por cuja prática o Recorrente foi punido, não resultando dos autos que tenha havido errada ou deficiente interpretação da matéria trazida ao processo, em termos de poder concluir-se pela menor bondade na apreciação da prova.

De qualquer forma, há ainda a referir que o tribunal não pode sindicar a “margem de livre apreciação da prova” por parte da Administração, não porque aquela seja coincidente com o poder de livre escolha de uma das soluções possíveis próprias do poder discricionário, mas porque, por razões de impraticabilidade processual, se encontra sujeita ao mesmo regime de sindicabilidade contenciosa, só devendo o juiz intervir nos casos de erro grosseiro, ou seja, naqueles casos de notória injustiça ou de desproporção manifesta.

Aliás, o Recorrente limita-se a trazer ao recurso a sua óptica pessoal, não infirmando a prova que foi produzida no processo disciplinar .

Depois, como bem acentua a recorrida, o bem jurídico em causa é lesado com a mera culpa, traduzida aqui na abstenção grosseira do dever que sobre o Recorrente impendia, enquanto oficial das FSM, de uma postura de afastamento de pessoas conotadas com actividades criminosas e

suspeitas de pertença ou envolvimento no crime organizado, sob pena de minar a imagem pública das forças de segurança e criar uma relação de desconfiança entre esta e a população em geral, tudo acentuado pelo facto de, ao tempo dos factos, se viver na Região período de grande perturbação e ansiedade, face a acontecimentos relacionados com o combate às manifestações do crime organizado, tudo factos e situações que o Recorrente não podia desconhecer e não desconhecia, seguramente.

Tem sido entendimento jurisprudencial pacífico que o conceito de inviabilização da manutenção da relação funcional se concretiza através de juízos de prognose na fixação dos quais a Administração goza de grande liberdade de apreciação.

Porém, o juízo de prognose exigido tem de assentar na gravidade objectiva do facto cometido, no reflexo dos seus efeitos no desenvolvimento da função exercida e no reconhecimento, através da natureza do facto e das circunstâncias em que foi cometido, de que o seu autor revela uma personalidade inadequada ao exercício de funções públicas

No caso concreto dos autos, dúvidas não se suscitam sobre a inviabilidade da manutenção da relação funcional do ora Recorrente, atenta a gravidade da sua conduta.

Existe discricionariedade por parte da Administração que passa pela opção entre emitir ou não o acto sancionatório e ainda pela escolha entre vários tipos e medidas possíveis.

Com fundamento no princípio da separação de poderes, o controle jurisdicional só se efectivará se a injustiça for notória ou a desproporção for manifesta.

In casu não se verifica a referida desproporção ou notória injustiça.

Por outro lado, toma-se evidente da mera leitura do preceituado no n.º 2 do artigo 239º do EMFSM que a aplicação da pena de aposentação compulsiva é facultativa (o termo "poderá" não deixa, a tal propósito, quaisquer dúvidas), nada inibindo a entidade sancionadora de optar pela pena de demissão, apesar de eventualmente se verificarem os requisitos de aplicação daquela outra pena.

Além de que, por um lado, não se alcança que a pena aplicada ao Recorrente derive apenas da comprovada falta de idoneidade moral para o exercício das funções, senão que pela efectiva violação dos deveres de zelo, lealdade e apurmo e, por outro, se encontra plenamente justificada no acto a não aplicação daquela medida.

No caso em apreço, o despacho impugnado foi tomado com base essencialmente na prova dos factos imputados ao Recorrente, os quais são descritos pormenorizadamente no âmbito do próprio acto, bem assim como o respectivo enquadramento jurídico/disciplinar, pelo que um destinatário normal, colocado na posição do Recorrente, consegue aperceber-se das verdadeiras razões que estiveram na base da prolação do despacho punitivo, em ordem a ficar habilitado a defender conscientemente os seus direitos e interesses legítimos, sendo prova disso mesmo a forma como interpôs o presente recurso e formulou as

conclusões da sua alegação, improcedendo, assim, também o assacado vício de forma por falta de fundamentação.

Razões por que pugna pelo não provimento deste recurso.

*

Oportunamente, foram colhidos os vistos legais.

*

II - PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

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

O processo é o próprio e não há nulidades.

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

Não há outras excepções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do recurso.

*

III - FACTOS

Da análise crítica e comparativa dos documentos e peças constantes do processo instrutor e das regras de experiência comum, com pertinência, têm-se por assentes os factos seguintes:

O Exmº Senhor Secretário para a Segurança da R.A.E.M., em 9 de Maio de 2000, proferiu o despacho n.º 54/2000, do seguinte teor:

“Nos presentes autos de processo disciplinar em que é arguido o Chefe n.ºXX, A da Polícia Marítima e Fiscal, consta suficientemente

provado que o arguido mantinha relações de convivência e amizade com indivíduos conotados com associações criminosas, designadamente com um dos líderes da denominada “14 Kilates”.

Concretamente, fez-se prova de que o arguido contactou telefonicamente várias vezes, e visitou pelo menos um vez, no Estabelecimento Prisional, o detido B, bem como telefonicamente contactou com C e D, todos eles em regime de prisão preventiva por suspeita de pertença a sociedade secreta com actividade criminosa no território de Macau, hoje RAEM, factos que ocorreram, naturalmente, antes, de ele próprio ser detido preventivamente e depois da detenção daqueles seus interlocutores.

A mediatização de que foi objecto a prisão do B, um antigo inspector da Polícia Judiciária, o qual viria, a final, a ser condenado em pena de prisão, faz falecer a alegação de desconhecimento do melindre da sua convivência e relação de proximidade, o que o arguido jamais pode alegar ignorar.

Mais se prova nos autos que o arguido, Chefe A, era frequentador habitual de uma casa de diversão nocturna denominada “XX”, comunmente conotada com indivíduos ligados à “economia paralela” e ao “crime organizada e violento”,

O arguido é um oficial de uma corporação policial, o que determina uma postura social mais discreta, ao que nada ajuda a frequência de uma casa de diversão nocturna como a que se refere na acusação (artigo 4º) “XX”, conduta, por si só, subsidiária de formação da

convicção de perfil desadequado ao serviço nas FSM, tais a suspeitas de ligação a indivíduos conotados com o crime organizado que sobre aquele estabelecimento sempre recaíram.

Ora, um oficial de uma corporação policial, que é habitual frequentador de um local de diversão como o que vem de referir-se, que com a experiência que lhe deve ser reconhecida, contacta telefonicamente com indivíduos, na altura já indiciados judicialmente de conotação com o crime organizado, no, e para o interior do Estabelecimento Prisional, contactos que lhe era imposto, no mínimo, questionar sobre a respectiva licitude e oportunidade não pode pretender condescendência no juízo de desvalor que é mais do que legítimo fazer-se sobre a sua idoneidade e respeito pelos mais elementares preceitos de adequação à prestação de serviço nas FSM. E, o mesmo não poderá deixar de dizer-se em relação à visita que fez ao referido B, reveladora de uma intimidade, de que nunca terá dado notícia aos seus superiores, susceptível de criar na opinião pública a convicção de inversão dos valores de aprumo e isenção que são tão caros à prestação do serviço policial.

Nas circunstâncias de modo e lugar referidas, e bem assim nas de tempo, cuja não invocação precisa de modo algum prejudicaram a defesa do arguido, imputa-se-lhe, com enorme clareza, a violação dos Deveres de Zelo (artigo 8º, n.º2, alíneas b) e c); Dever de Lealdade (artigo 9º, n.º2, alínea a) e Dever de Aprumo (artigo 12º, n.º2, alíneas f), j) e l), do EMFSM, aprovado pelo DL n.º66/94/M, de 30 de Dezembro, os quais caracterizam a conduta que ele adoptou, não obstante, conhecer o

prejuízo que da mesma adviria para o serviço, com culpa muito grave, porque não pedia igualmente desconhecer razão da prisão dos seus interlocutores, conhecimento esse acessível a qualquer comum cidadão por tão divulgada na imprensa local e internacional, e maioritariamente ele, que era oficial de polícia.

Os factos imputados ao arguido são afrontosamente lesivos do interesse público em geral e das Forças de Segurança de Macau em particular, especialmente quando reportados a um tempo em que as preocupações da administração no combate ao crime organizado estavam no seu auge, tal a evidência da ameaça que pendia sobre a comunidade e as suas instituições.

É minha plena convicção de que uma personalidade como a do arguido não dá quaisquer garantias de idoneidade para pertencer a uma corporação policial, não se justificando, aqui a benevolência da redução da pena de demissão para a de aposentação compulsiva, medida que não realizaria o fim de prevenção especial e prevenção geral pretendidos pela aplicação de uma pena disciplinar, no que se diverge do parecer emitido pelo Conselho de Justiça e Disciplina das FSM.

Nestes termos, e usando da competência que me advem das disposições conjugadas do n.º 4º do anexo IV ao artigo 4º, n.º2 do Regulamento Administrativo n.º 6/1999 de 20 de Dezembro, e do n.º1 da Ordem Executiva n.º 13/2000, de 28 de Fevereiro (com referência ao artigo 211º, do citado EMFSM), puno o arguido, Chefe n.º XX A, da PMF, com a Pena de DEMISSÃO, a que se refere o artigo 224º do citado

EMFSM, com referência ainda à alínea n) do n.º2 do seu artigo 238º.

Notifique o arguido do presente despacho e ainda de que do mesmo cabe recurso contencioso para o Tribunal de Segunda Instância no prazo de 30 dias.

*Gabinete do Secretário para a Segurança da Região
Administração Especial de Macau, de 9 de Maio de 2000.*

O Secretário para a Segurança CHEONG KUOC VÁ”

Resulta dos autos de declarações do Recorrente e do relatório do Instrutor:

“Perguntado também se o B tendo ou não contactado o declarante, quer antes quer depois de ter entrado na cadeia, o declarante respondeu que sim, que depois de ser prisionado o B chegou contactar o declarante através de telefone várias vezes, solicitando o declarante para saber da situação da família

(...)

O B após de prisionado chegou telefonar ao declarante várias vezes

(...)

o declarante ainda não está acordado, recebeu uma telefonema (...), só no momento do julgamento, o declarante através do cassete que o Juíz reportou é que reconheceu que a telefonema foi feita pelo D dentro do Estabelecimento Prisional.

(...)

o declarante para não continuar a receber este tipo de chamadas, cancelou o telemóvel sem que eles saibam, foi assim que parou estas telefonemas (cfr. declarações do recorrente a fls. 166, 167, 168)

“O arguido foi contactado pelo B, antes quer depois de prisão várias vezes, e também o D no interior do EPC contactou através de telefone ao arguido

(...)

estes contactos constam no interrogatório do Tribunal de Instrução Criminal de Macau e ainda nas declarações do arguido” (cfr. declarações do Instrutor a fls. 177 do processo disciplinar)

(...) declarou que o B após de prisionado chegou telefonar ao arguido várias vezes, lembra-se ainda que no dia 19MAR99, foi contactado telefonicamente pelo B várias vezes

(...)

(...) o D telefonou dentro do Estabelecimento Prisional de Coloane ao arguido” (cfr. declarações do Instrutor no relatório final do processo disciplinar). (doc. 4)

“Na fase do interrogatório no Ministério Público, estando presente um Juíz e um delegado do M.P., estes tendo perguntado, se o declarante conhece o B ou E, tendo o declarante respondido que conhece deste miúdo, e que o B vivia na altura no mesmo prédio.

(...)

no ano oitenta e oito começou a prestar serviço na Polícia Marítima e Fiscal, que trabalhou cerca de doze anos, todos este período mantendo contactos com o B, e que o declarante desde miúdo residia na

Travessa da Barra, só não residia neste local uns anos mas mantendo ainda todos os dias jantar na casa dos pais, por os parentes continua a residir na Travessa, este motivo sempre consegue conviver com o B, por a mulher do B vive no andar de cima, tornando assim como membro da família

(...)

B chegou a contactar o declarante através de telefone várias vezes, solicitando o declarante para saber a situação da família especialmente as filhas

(...)

de nome D e que o declarante também o conhece na referida discoteca

(...)

o declarante conheceu este C cerca de um ano, conhecido que numa vez o declarante se encontra tomar café com o B, compareceu o C e que o B se apresentou, e como o C vivia também perto do declarante, que algumas vezes se encontra na rua” (cfr. declarações do recorrente a fls. 166 e 167)

(...)

no dia de folga se não tiver qualquer combinação costuma ir esta discoteca” [XX] (cfr. declarações do recorrente a fls. 168).

Perguntado sobre o nome de “árvore natal”, respondeu que desconhece esta palavra, durante o julgamento é que veio a saber este nome, foi o B e o C que inventou o nome “árvore de natal” ao declarante, o B sabendo que o declarante é agente da polícia e tem receio que a

Polícia Judiciária iria o chatear, é que inventou este nome, a finalidade é pedir o C o contactasse através deste nome, solicitando o declarante ajudar entregar um pedido tipo carta, ao Excelentíssimo Presidente da República Portuguesa durante a sua vinda a Macau, mas este pedido já foi recusado pelo declarante...”(cfr. fls 167 v. do P.I.)

Da acta do Conselho Disciplinar da PMF, de 24 de Fevereiro de 2000 consta o seguinte:

“1. Extrato da Acta n.º94 do Conselho Disciplinar da Polícia Marítima e Fiscal. O Conselho Disciplinar da PMF reuniu no dia 24 de Fevereiro de 2000, a fim de, nos termos da alínea e) do n.º1 do artigo 318º do EMFSM, apreciar o precesso n.º91/99-2-DIS referente ao Chefe n.º XX – A.

2. Analisado do processo, e tendo em conta as infracções praticadas se revelou a inconveniência da sua permanência nesta Corporação, foi parecer tomando deliberação dos membros do Conselho, por pluralidade, que o Chefe n.º XX – A seja aplicada a pena de aposentação compulsiva.”

Considera-se ainda provado:

O arguido, o Chefe n.ºXX, A da Polícia Marítima e Fiscal mantinha relações de convivência e amizade com indivíduos conotados com associações criminosas, designadamente com um dos líderes da denominada “14 Kilates.

O detido B arguido contactou telefonicamente com o arguido várias vezes, bem como telefonicamente contactou com C e D, todos eles em regime de prisão preventiva.

O Recorrente foi contactado pelo detido B até ao momento em que cancelou o telemóvel. (cfr. declarações do recorrente a fls. 168).

À data do despacho recorrido D e C bem como o Recorrente já tinham sido absolvidos da prática do crime de pertença a associação criminosa.

O arguido, ora Recorrente, antes de estar detido, visitou, uma vez, o Sr. B no E.P.C.

O recorrente manteve relação de amizade com B e D e com C, pelo menos, antes da sua prisão.

O Recorrente sabia que os referidos indivíduos estavam presos por serem conotados com uma sociedade secreta, sendo certo que os dois últimos ambos foram absolvidos da prática de tal crime.

O arguido, Chefe A, era frequentador de uma casa de diversão nocturna denominada "XX", conotada com indivíduos ligados à “economia paralela” e ao “crime organizado e violento”

O louvor por si recebido consta do Relatório elaborado e da acusação contra si deduzida (fls 172v. do P.I.)

O acto recorrido foi notificado ao interessado em 19 de Maio de 2000 (doc. 2) e publicado em 31 de Maio de 2000 no B.O. n.º22, II Série, (doc. 3).

IV - FUNDAMENTOS

O objecto do presente recurso – *se o acto recorrido que aplicou a pena de demissão a A deve ou não ser anulado* – passa pela análise das seguintes questões:

A -Concretização dos vícios assacados ao acto sob apreciação;

B -Violação de lei. Erro sobre os pressupostos de facto e de direito.

C- Inviabilização da relação funcional;

D -Vício de forma por falta de fundamentação.

E- Pena de demissão e pena de aposentação compulsiva

*

A- As questões que vêm colocadas traduzem-se em saber, se no cometimento do acto ora recorrido e que culminou com a pena de demissão, na sequência do processo disciplinar aberto contra A, se laborou em erro nos pressupostos de facto, na medida em que o Recorrente alega não existir prova dos factos imputados ao arguido. O simples conhecimento das pessoas referidas no processo não legitima se conclua por um relacionamento amistoso; as relações com o B não vão além das relações de vizinhança; o arguido desconhecia e desconhece a ligação deste e ainda de C e D a qualquer associação e práticas criminosas; frequentava a discoteca “XX” como qualquer outro cidadão desconhecendo a vigilância policial que sobre aquela local recaía e a

conotação da mesma com o sub mundo do crime.

No processo disciplinar teriam sido dados como provados factos não correspondentes com a prova existente nos autos, cuja qualificação jurídica não pode subsistir; os deveres cuja violação é sancionada disciplinarmente teriam que ter sempre uma ligação funcional; que não existiria dolo directo na conduta do arguido.

Daí que não terá violado os deveres, cuja infracção lhe é imputada, não praticando qualquer infracção disciplinar, não vindo demonstrada a inviabilidade da relação funcional.

Assaca assim ao acto recorrido erro nos pressupostos de facto; violação do disposto no n.º 1 do artigo 196 do EMFSM, por se não ter comprovado a existência de dolo na conduta do Recorrente; violação de lei, por os factos imputados não integrarem o disposto nas als. b) e c) do artigo 8º, al. a) do n.º 2 do artigo 9º e als f), i) e l) do n.º 2 do artigo 12º e al. n) do artigo 238º do EMFSM; ilegalidade na pena de demissão por se não encontrar provada e fundamentada a inviabilidade da relação funcional, sendo que em seu lugar e de acordo com o disposto no artigo 239º do EMFSM deveria ter sido aplicada a pena de aposentação compulsiva; vício de forma, por falta de fundamentação, designadamente por esta ser obscura, contraditória e insuficiente.

Temos assim, na perspectiva da anulação do acto – o presente recurso é de mera legalidade e tem por finalidade a anulação dos actos recorridos ou a declaração da sua nulidade ou inexistência jurídica (art. 20º do CPAC) – o vício de violação de lei na modalidade de erro sobre os

pressupostos de facto e de direito e o vício de forma na modalidade de falta de fundamentação.

Tais vícios conduzem à mera anulação do acto, o que resulta do disposto nos artigos 114º e 116º do CPA (Código de Procedimento Administrativo) e serão conhecidos pela ordem indicada no artigo 74º, nº 2 e 3 do CPAC. Assim, conhecer-se-á do vício de violação de lei e vício de forma, no entendimento preconizado por certa jurisprudência¹ de que, ressaltando sempre situações específicas – v.g. situações que possam dar lugar à renovação do processo administrativo – a regra é a de que deve ser apreciado prioritariamente o vício de violação de lei de fundo, em relação ao vício de forma, na medida em que a falta de fundamentação, neste caso, em relação a algumas das invocadas violações de lei, não determina o esclarecimento quanto ao erro nos pressupostos de facto e de direito, mas, tal como o Recorrente o configura, resulta como corolário da configuração feita acerca da inviabilidade da vaguidade e subjectividade dos factos que terão sido invocados para justificar a pena de demissão.²

B- 1. O vício de violação de lei consiste na “*discrepância entre o conteúdo ou o objecto do acto e as normas jurídicas que lhe são*

¹ - Ac. TSI de 16/3/2000, in Ac. Do TSI, 2000, 106

- Ac STA de 13/12/86, in AD, 317, 565

² - Ac. STA de 8/7/93, in AD 385,8

aplicáveis”³ e, muito embora tal vício ocorra normalmente no exercício de poderes vinculados, o certo é que não deixa de se verificar no exercício de poderes discricionários quando sejam infringidos os princípios gerais que limitam ou condicionam de forma genérica a discricionariedade administrativa, tais como o princípio da imparcialidade, igualdade, justiça, proporcionalidade, etc..⁴

Dentro de um certo entendimento, tanto o erro na interpretação ou indevida aplicação de uma regra de direito como o erro baseado em factos materialmente inexistentes ou apreciados erroneamente entram no vício de violação de lei. A ideia falsa sobre os pressupostos de facto em que se funda a decisão traduzem violação de lei, na medida em que, se os poderes forem discricionários, aquela mesma lei não os deixa de conferir para serem exercidos ponderando a existência de *“certas circunstâncias cuja apreciação conduza o agente a optar, entre várias decisões possíveis, pela que considere mais adequada à realização do fim legal. Se estes afinal não existirem nos termos supostos, a lei foi violada no seu espírito.”*⁵

Não obstante a posição acima referida, há quem sustente a existência do vício autónomo de erro nos pressupostos, o que relevará

³ - Freitas do Amaral, in Dto Adm., II, 2002, 390v.

⁴ - Freitas do Amaral, ob. Cit., 392

⁵ - Marcelo Caetano, in Man. Dto Adm, 10ª ed., I, 504v.

apenas em sede de actividade discricionária.⁶

De qualquer modo, no caso “sub judice”, o erro, segundo se alega, teria resultado do facto de se terem dados como provados factos em contradição com os factos dados como provados na relatório final do Instrutor e factos desconformes à realidade, o que determina uma deformação da vontade, por causa da ignorância ou do conhecimento defeituoso do órgão decisor, sempre relevando em sede de anulação do acto.

2. Vejamos então o primeiro dos alegados erros em que a Administração teria incorrido.

Enfatiza o Recorrente o facto de que, através dos factos descritos nos autos, não se fez prova, como pretende o despacho recorrido, “de que o arguido contactou telefonicamente várias vezes (...) o detido B, bem como telefonicamente contactou com C e D, todos eles em regime de prisão preventiva (...)”, tendo-se feito prova, isso sim, é que o Recorrente foi contactado por esses senhores, por razões que nada tinham a ver com a prática de qualquer crime.

Ora, neste particular, resulta claramente da factualidade apurada nos autos, que a razão que podia assistir ao Recorrente é meramente formal, pois, o fundo do problema não está em contactar ou ser contactado, mas nos contactos em si. Aliás, ainda numa perspectiva

⁶ - Ac. TSI de 27/1/2000, in Ac. TSI, 2000, I, 7; Freitas do Amaral, in Dto Adm 1989, III, 308

meramente formal, dir-se-á que a partir do momento em que se recebe a chamada e se passa a responder a iniciativa do contacto passa para o respondente. Mas não é isso que está em causa. O que releva é a constatação de uma relação que favorecia a existência dessas ligações entre alguém manifestamente conotado com a actividade criminosa e, por isso, detido, com um chefe de polícia.

3. Mais alega o Recorrente que o simples conhecimento das pessoas referidas suspeitas de actividades criminosas, nas circunstâncias acima descritas, não infere sem mais que o Recorrente mantivesse relações de convivência e muito menos de amizade.

Diz ainda que conhecia o B desde a sua infância e nunca lhe constou que este fosse membro de uma sociedade secreta, tanto mais que tinha conhecimento que ele era agente da Polícia Judiciária de Macau.

Devido à grande diferença de idades as relações nunca foram muito próximas, confirmando, no entanto, o Recorrente que devido à proximidade das residências dos seus familiares mantinha alguma relação com o Sr. B.

Foi precisamente em nome destas relações familiares que o arguido visitou, uma única vez, o Sr. B no E.P.C., a pedido deste, sendo que o tema de conversa entre ambos disse respeito, tão somente, a problemas ligados com a educação, a logística e a saúde dos filhos menores do Sr. B.

O Recorrente nunca foi amigo, nem nunca privou com o Srs. D e C, nem antes, nem depois da sua prisão, nunca lhe constando que citados

senhores fossem membros de uma sociedade secreta, sendo certo que ambos foram absolvidos da prática de tal crime.

Ora, da factualidade apurada, o Recorrente limita-se a apresentar a sua perspectiva, situando tal relacionamento num nível inocente resultante de uma relação de vizinhança. Na verdade, fez-se prova de que o arguido contactou telefonicamente várias vezes, ainda que a iniciativa das chamadas não tenha sido sua, e visitou pelo menos uma vez, no Estabelecimento Prisional, o detido B, bem como houve contactos com C e D, todos eles em regime de prisão preventiva por suspeita de pertença a sociedade secreta com actividade criminosa em Macau; factos que ocorreram, naturalmente, antes, de ele próprio ser detido preventivamente e depois da detenção daqueles seus interlocutores.

O que se verifica é que as chefias não consideraram inocente esse relacionamento, dada a sua qualidade de agente militarizado, em favor de uma convivência que, no mínimo, o agente deveria valorar de "desadequada" à sua condição profissional, determinando-lhe cautelas que poderiam passar, por exemplo, pela informação prévia aos seus superiores sobre o que se estava a passar no seio das suas relações pessoais ou por cancelar os seus números de contacto como parece que veio mais tarde a fazer.

E não se deixa de observar alguma profundidade nesse relacionamento, pois que não é a uma pessoa mera vizinha que se confidenciam problemas ligados com a educação, a logística e a saúde dos filhos menores, ao ponto de o Recorrente se deslocar ao EP, não podendo

ignorar as imputações que eram feitas ao arguido B. Quanto ao C é o Recorrente que fala numa relação de amizade (cfr. fls 167v. do P.I.). É a ele, Recorrente, que se pede para entrar em contacto para avisar a esposa do B para cancelar os telefones móveis e os aparelhos de pager (cfr. fls 167). É para o proteger que os arguidos suspeitos de práticas altamente criminosas arranjam um nome de código “*Árvore de Natal*”. É a ele que se pede para entregar uma carta ao Senhor Presidente da República (fls 167v.).

4. Quanto a uma terceira ordem de factos relacionados com a frequência da dita discoteca diz o despacho recorrido:

“mais se prova nos autos que o arguido, Chefe A, era frequentador habitual de uma casa de diversão nocturna denominada “XX”, comunmente conotada com indivíduos ligados à “economia paralela” e ao “crime organizado e violento”

Ainda aqui o argumento que se pretende retirar de ser ou não frequentador habitual não é relevante. É verdade que diz que era dia de folga, se não tivesse qualquer combinação, que costumava ir esta discoteca (cfr. declarações do recorrente a fls. 168), mas não deixa de ser relevante o facto da ligação dessa discoteca a pessoas conotadas com o desenvolvimento de práticas criminosas.

Diz o Recorrente que desconhecia, e não tinha obrigação de conhecer, que nesse local permaneciam elementos pertencentes à sociedade secreta “14 Kilates” e que esse local estivesse sujeito a especial vigilância das autoridades policiais. E espanta-se que um local da fama a que alude o despacho recorrido e que, como se disse, o Recorrente

ignorava, funcionasse livre e abertamente, com licença, perante as autoridades administrativas e polícias.

Dir-se-á, antes de mais que este facto só subsidiariamente formou a convicção do *perfil desadequado*, como se alcança do teor do próprio despacho.

Em todo o caso, não se deixa de observar que não está em causa a frequência de uma qualquer discoteca por parte de um agente policial, trajando à civil. Qual a discoteca que se pode garantir não ser frequentada por suspeitos e criminosos? Está em causa uma discoteca que estava sob vigilância policial, sendo o Recorrente amigo dos donos, um deles suspeito de práticas criminosas e detido preventivamente por essa razão (cfr. fls 20 do P.I.). Em relação à qual um dos arguidos presos lhe pergunta sobre os negócios da mesma.

Perante estes factos, não podia o arguido, esperar que a Administração constataste essa "ligações" e viesse a desvalorizá-las, quando, vista a sua qualidade de agente e chefe de polícia com mais de 15 anos de serviço, vistas as circunstâncias de tempo e lugar - período de enorme perturbação e ansiedade em face dos acontecimento relacionados com o combate às manifestações do crime organizado - , não podia deixar de conhecer as suspeitas que recaíam sobre o lugar e as pessoas em causa.

Como se considera não ser relevante a decisão judicial de condenação ou absolvição desses suspeitos de pertença ou envolvimento no crime organizado, porquanto o agente deveria procura proteger a instituição a que pertencia, corporação militarizada das FSM - Polícia

Marítima e Fiscal - da suspeita de envolvimento de um dos seus agentes com indivíduos supostamente conotados com o crime organizado.

5. Vista a parte objectiva das condutas, ainda em sede dos pressupostos de facto, vejamos agora o elemento subjectivo do agente.

No processo disciplinar vigora o princípio da culpa, que, assim, se apresenta como um pressuposto subjectivo da infracção disciplinar.

O juízo valorativo da conduta do arguido em processo disciplinar não pode, por isso, passar sem a imputação subjectiva da responsabilidade, não bastando a mera demonstração da efectiva existência de um comportamento contrário à lei.

Observa-se que o Recorrente diz não se ter verificado conduta dolosa e que só esta releva no que concerne às penas expulsivas. Excluída estaria a negligência (cfr. 41º das alegações finais).

Tal asserção não é verdadeira. Tal interpretação não resulta da previsão legal do artigo 315º do ETAPM que prevê tão somente que as penas expulsivas sejam aplicadas às infracções que inviabilizem a manutenção da situação jurídico-funcional. Aliás, o próprio autor citado pelo Recorrente, ressalva a possibilidade de excepções, ao referir que em princípio só as condutas dolosas são passíveis de integrar a previsão do tipo das penas expulsivas.⁷

Muito embora o Recorrente não ponha em causa a

⁷ - Leal Henriques, Guia Prático do Dto Disciplinar de Macau, 1995, 96

essencialidade das condutas, objectivamente consideradas, o certo é que nada refere quanto à conduta negligente, relativamente à forma como se conduziu, alegando mero desconhecimento das imputações feitas àqueles indivíduos presos preventivamente e às conotações do lugar por si frequentado.

Não relevando a interpretação subjectiva que o interessado dá aos factos ocorridos, importa analisá-los e verificar se a sua conduta merece ou não censura à luz do entendimento que se tenha, pelo menos, do que seja uma conduta negligente e que se traduzirá na falta de cuidado em não prever o que se devia ter previsto, não se tomando as precauções para evitar o resultado.

Dir-se-á desde logo que não é patente que o dolo esteja afastado. O agente não ignora que as pessoas com quem se relaciona e visita na prisão estão a ser perseguidas criminalmente. Não obstante isso desloca-se à prisão para os/o contactar e não se furta ao contacto com essas pessoas. Parece não se poder dizer que o resultado da conduta não é representado e querido pelo agente.

Ponderando a factualidade descrita e provando-se o normal procedimento aqui aferido pelo que tomaria um *bonus pater familias*, não é difícil concluir-se, no mínimo, pela falta de cautelas e cuidado a que alude o artigo 14º do C. Penal, subsidiariamente aplicável, *ex vi* art. 277º do E.T.A.P.M..

A culpa do arguido há-de basear-se assim num juízo desfavorável em relação à sua conduta, resultante das alegadas violações

dos deveres de cuidado que devia ter observado, ao alimentar aqueles contactos, para mais com desrespeito pelas regras que lhe impunham que o não fizesse e que se não tivesse deslocado ao EP.

6. Com as condutas que vêm descritas e consideradas no despacho recorrido o arguido, ora Recorrente, terá violado os deveres de zelo (artigo 8º, n.º 2 alíneas b) e c), de lealdade (artigo 9º, n.º 2, alínea a)) e de aprumo (artigo 12º, alíneas f), j) e l) do EMFSM (Estatuto Militarizado das Forças de Segurança de Macau), aprovado pelo D.L. n.º 66/94/M de 30 de Dezembro.

A referência a tais violações levanta duas ordens de questões.

A primeira traduz-se em apurar se as condutas verificadas integram ou não a violação daqueles deveres e a segunda prende-se em indagar se, por essa razão, a relação funcional se tornou inviável.

Quanto ao dever de zelo, prescreve o artigo 8º “1. O dever de zelo consiste em conhecer as normas legais e regulamentares e as instruções de serviço dimanadas dos superiores hierárquicos, bem como em adquirir e aperfeiçoar conhecimentos e métodos de trabalho, de modo a exercer as funções com eficiência e empenhamento.

2. No cumprimento do dever de zelo o militarizado deve designadamente:

a) Tomar conta de quaisquer ocorrências integradas na esfera da sua competência e participá-las, se for caso disso, com toda a objectividade;

b) Informar prontamente e com verdade os superiores hierárquicos sobre assuntos de serviço, justiça e disciplina;

c) Não prestar a criminosos ou transgressores qualquer auxílio que possa contribuir para frustrar ou dificultar o apuramento das respectivas responsabilidades ou para quebrar a incomunicabilidade dos detidos, sem prejuízo do disposto na legislação processual penal;

(...)"

Quanto ao dever de lealdade, o artigo 9º prevê:

“1. O dever de lealdade consiste em desempenhar as funções, subordinando a sua actuação aos objectivos institucionais do serviço, na perspectiva da prossecução do interesse público.

2. No cumprimento do dever de lealdade, o militarizado deve, designadamente:

a) Comunicar prontamente aos superiores hierárquicos os factos susceptíveis de porem em perigo a ordem pública, a segurança das pessoas e dos seus bens e, em geral, os interesses penalmente protegidos;

(...)"

Dever de apurmo, no artigo 12º “1. O dever de apurmo consiste em assumir atitudes e comportamentos que expressem, reflectam e reforcem a dignidade da função e o prestígio das FSM.

2. No cumprimento do dever de apurmo, o militarizado deve, designadamente:

(...)

f) Não praticar acções contrárias à ética, à deontologia funcional, ao brio ou ao decoro das FSM;

(...)

j) Não frequentar locais ou estabelecimentos que pela sua natureza estejam sujeitos a especial ou permanente vigilância das FSM ou de outras autoridades policiais, a não ser em acto de serviço ou trajando civilmente;

l) Não conviver, acompanhar ou travar relações de familiaridade ou amizade com indivíduos que, pelos antecedentes policiais ou criminais, estejam sujeitos a vigilância policial;

(...)"

Pelas razões já acima aduzidas, face aos factos apurados, mostram-se integrados os elementos objectivos e subjectivos dos respectivos tipos das apontadas infracções, pelo que não se vislumbra que tenha havido errada subsunção jurídica por parte da entidade recorrida.

7. A outra questão, como se disse, respeita à indagação de saber se tal conduta põe em crise ou inviabiliza a manutenção da relação funcional, pressuposto da aplicação da pena de aposentação compulsiva e de demissão, conforme previsto no artigo 238º, nº1 do EMFSM.

E com isto estaremos a entrar igualmente na apreciação da justeza ou adequação da pena aplicada à gravidade da conduta e à censura que ela merece.

Importa, para tanto, analisar o que seja relação funcional e quais os pilares sobre os quais a mesma deve assentar.

C- Da Relação funcional

1. A pena de demissão ou de aposentação compulsiva não é de aplicação automática, só podendo ser cominada se os factos revelarem um carácter censurável susceptível de inviabilizar a manutenção da relação funcional – artigo 238º, nº1 do EMFSM.

Trata-se de um conceito indeterminado que a Administração deverá preencher e concretizar através de juízos de prognose assentes na factualidade apurada e em cuja fixação goza de grande liberdade de apreciação, sendo que só os erros manifestos de apreciação na determinação de tais juízos importam violação de lei que ao tribunal cabe sindicar.⁸ A qualificação dos factos como infracção disciplinar e a sua integração ou subsunção na cláusula geral punitiva é contenciosamente sindicável. Só não é contenciosamente sindicável a fixação da pena disciplinar dentro do escalão respectivo, não podendo o juiz sobrepor o seu poder de apreciação ao da autoridade investida do poder disciplinar, já que, neste domínio, a intervenção do juiz fica apenas reservada aos casos de erro grosseiro, ou seja, àquelas circunstâncias em que se verifica uma notória injustiça ou desproporção manifesta entre a sanção aplicada e a falta cometida.⁹

2. O poder disciplinar é discricionário, muito embora tenha

⁸ - Ac. STA, proc. 41159, de 24/9/98, <http://www.dgsi.pt>

⁹ - Acs STA de 11/6/86, in BMJ 362, 434; de 5/6/90, in BMJ 398,355; de 2/10/90, in BMJ 400, 712; de 23/3/95, proc. 32586; proc. 41159 de 24/9/98, entre outros

aspectos vinculados, sendo um deles o que se relaciona com a qualificação jurídica dos factos reais.¹⁰ E no preenchimento da cláusula geral de inviabilidade de manutenção da relação funcional há uma vinculação da Administração, embora compatível com juízos de prognose que andam de mão dada com uma certa liberdade administrativa.

Os factos que implicam a inviabilidade de manutenção da relação funcional para efeito de aplicação de pena disciplinar expulsiva, “são todos aqueles cuja gravidade implique para o desempenho da função prejuízo tal que irremediavelmente comprometa o interesse público prosseguido com esse desempenho e a finalidade concreta que ele se propõe e por isso exige a ablação do elemento que lhe deu causa”¹¹, sendo meramente exemplificativa a enunciação que deles se faz no nº 2 do art. 238º do EMFSM.

Assim, não se deve manter a relação funcional sempre que os factos cometidos pelo arguido, avaliados e considerados no seu contexto, comprometam, designadamente, a eficiência, a confiança, o prestígio e a idoneidade que deva merecer a acção da Administração.¹² Se o comportamento imputado ao arguido atingir um grau de desvalor que quebre, definitiva e irreversivelmente, a confiança que deve existir entre o serviço e o agente, deve considerar-se inviabilizada a manutenção da

¹⁰ - Ac. do TCA, proc. 211898, <http://www.dgsi.pt>

¹¹ -Ac do STA de 6/2/92, proc. 28309, <http://www.dgsi.pt>

¹² -Ac do STA de 30/1194, proc. 32500, <http://www.dgsi.pt>

relação funcional.

Vem assacada ao recorrente a violação de um conjunto de deveres, traduzida numa conduta de efeitos altamente gravosos e de repercussão enorme na imagem e apurmo das Forças de Segurança. Pelo que, perante os factos cometidos não parece que haja qualquer erro manifesto e grosseiro na pena aplicada, sendo perfeitamente compreensível que a factualidade descrita, - afectação de um "capital de confiança base", para usar a expressão feliz da entidade recorrida, depositado pela comunidade servida pelas entidades públicas, mormente as corporações policiais, dotadas de estatuto próprio, estando em causa a própria tranquilidade geral e segurança individual e em que a contraprestação dessa confiança espontânea é insusceptível de ser beliscada por condutas que, mesmo que só por hipótese, possam diminuir essa mesma confiança - aponte para o preenchimento da previsão típica contida no artigo 238º, nº 2, n) do EMFSM, gerando uma situação reveladora de incapacidade, implicando a perda da confiança geral necessária ao exercício da função.

3. Ainda que imperfeitamente expresso pelo Recorrente, não se mostra que tenha sido violado o princípio da proporcionalidade, igualdade, imparcialidade, justiça e eficiência.

Tais violações não se mostram concretizadas. O recorrente limita-se a alegar que a pena não se mostra adequada ou proporcionada ao comportamento que adoptou, para além de não ser legalmente admissível,

como adiante se verá.

Conforme já se referiu, a proporcionalidade de uma pena disciplinar só pode ser impugnada com base em erro grosseiro ou manifesto.¹³

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

Ora, no caso em apreço, descortina-se a prossecução do interesse público, a adequação do comportamento à prossecução desse interesse público e compreende-se ainda o sacrifício dos interesses privados em função da importância do interesse público que se procura salvaguardar.¹⁴

Quanto ao princípio da igualdade há mesmo a preocupação em referir que tem sido essa a prática da Administração.

E constituindo a violação do princípio da proporcionalidade uma ilegalidade por vício de violação de lei, dá-se, nesta sede, por reproduzida a argumentação acima desenvolvida.

D- 1. O último fundamento utilizado pelo recorrente nas alegações é o decorrente da violação do artigo 115º do CPA (Código de

¹³ - Ac do STA de 28/9/99 – Rec. 40991, <http://www.dgsi.pt>

¹⁴ - João Caupers, in Int. ao Dto Administr., 2001, 80

Procedimento Administrativo) e, assim, vício de forma, por ofensa quanto aos requisitos da fundamentação.

Vamos analisar, neste passo, a questão da fundamentação do despacho, na medida em que como já acima se disse a falta de fundamentação, no caso *sub judice*, em relação ao erro de interpretação de lei quanto à pena aplicável ajuda ao respectivo esclarecimento.

2. Para tanto, alude o Recorrente ao dever de fundamentar a decisão justificativa da inviabilidade da relação funcional, alegando que não se fez prova no processo dessa inviabilidade. Aliás, para além dessa alegação, mais alega que não vem fundamentada a não aplicação da pena de aposentação, quando, por lei, a isso estaria vinculado por se verificar cumprido o requisito previsto no n.º 2 do artigo 239º.

Em face do regime jurídico da fundamentação dos actos administrativos e da análise do despacho recorrido, quanto ao que nele se encontra expresso como fundamentação das infracções disciplinares e da pena de demissão (neste caso decidindo em discordância com o relatório do Instrutor e com o Parecer do Conselho Disciplinar da P.M.F.) entende que o mesmo não obedece aos requisitos que a lei prescreve (cfr. artigos 115º n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo e 283º n.º 4 do EMFSM).

Em consonância com o exposto, sofrendo a fundamentação do referido despacho de obscuridade, contradição e insuficiência, determina a lei a falta da mesma. Falta de fundamentação que determina a anulabilidade do despacho.

Por outro lado, sempre seria de salientar que a entidade recorrida deveria ter invocado as circunstâncias atenuantes constantes das alíneas a), f) e h) do n.º2 do artigo 200º do EMFSM.

3. Cumpre apreciar esta questão.

É verdade que a decisão de demissão deve ser fundamentada e tal como se refere na alegação do recorrente porque é a fundamentação que permite ao trabalhador avaliar a justiça da decisão e representa uma garantia para ele, uma vez que o direito à impugnação judicial exige, para ser exercitada, o conhecimento das razões justificativas da sanção aplicada.

A fundamentação, ao servir para enunciar as razões de facto e de direito que levaram o autor do acto a praticá-lo com certo conteúdo, encobre duas exigências de natureza diferente: a exigência de o órgão administrativo justificar a decisão, identificando a situação real ocorrida, subsumindo-a na previsão legal e tirando a respectiva consequência e uma outra exigência, nas decisões discricionárias, de motivar a decisão, ou seja, explicar a escolha da medida adoptada, de forma a compreender-se quais foram os interesses e os factores considerados na opção tomada.¹⁵

Ora, percorrendo a nota de culpa, o relatório final e a decisão punitiva, não vemos como possa toda a descrição da situação de facto e dos fundamentos de direito sofrer de alguma das vicissitudes relativas à

¹⁵ -Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves e Pacheco Amorim, in CPA comentado, 2001, 591

falta ou insuficiência, obscuridade e contradição na fundamentação.

Pelo contrário, todos os factos estão devidamente localizados, geográfica e temporalmente discriminados do ponto de vista da matéria infraccional, relatados com precisão, sem dúvidas, ficando-se a perceber claramente o que levou à tomada daquela posição e assim se ficou a saber da avaliação da extrema gravidade das condutas da lesão do interesse público em geral e das FSM, vistas as preocupações da Administração no combate ao crime organizado, a evidência da ameaça que impendia sobre a comunidade e as suas instituições e, em suma, pela falta de adequação da personalidade do Recorrente em termos de idoneidade para pertencer a uma corporação policial. E para tanto se invoca o preenchimento da previsão contida no artigo 238º, nº2, n) do EMFSM.

Ao concluir-se pela inviabilidade da relação funcional, face à personalidade do arguido e idoneidade moral, não terá deixado a entidade recorrida de apreciar o conjunto das circunstâncias que lhe podiam ser favoráveis - insuficiência que o Recorrente, contudo, não autonomiza nas suas conclusões finais -, expressamente consignadas na acusação deduzida e que serviu de base de apreciação ao Conselho Disciplinar e necessariamente à entidade recorrida até para justificar o não acatamento da proposta feita.

E não deixa de se observar que as exigências de rigor técnico-jurídico na formulação das diversas peças em processo criminal não são inteiramente transponíveis para as peças elaboradas em processos

disciplinares.¹⁶

Importa então analisar da correcção da pena aplicada.

E- 1. Diz o Recorrente que a pena de demissão foi inflingida em discordância com a pena sugerida, aposentação compulsiva, quer no relatório final do Instrutor (fls.186 do P.I.), quer no parecer emitido pelo Conselho Disciplinar da Polícia Marítima e Fiscal (doc. 5).

No relatório final do Instrutor diz-se *"tendo as infracções disciplinares praticado pelo arguido chefe n.º XX A, actos que implique a perda da confiança geral necessária ao exercício da função, referenciadas nas alíneas c) e n) do artigo 238 (...)"(sic).*

No extracto da acta n.º 94 do Conselho Disciplinar da Polícia Marítima e Fiscal poe ler-se *"(...) tendo em conta as infracções praticadas se revelou a inconveniência da sua permanência nesta Corporação"*, não fazendo qualquer referência ao dispositivo legal aplicado.

A autoridade recorrida teria aplicado a pena de demissão à revelia do estipulado no artigo 240º, que prevê os casos em que ao militarizado deverá ser aplicada a pena de demissão.

E em sede da invocada falta de fundamentação reitera esta ideia, ao alegar que a entidade recorrida não fundamenta a não aplicação da pena

¹⁶ - Ac. STA, de 11/12/2002, proc. 38892, <http://www.dgsi.pt>

de aposentação quando, por lei, a isso estaria vinculada por se verificar cumprido o requisito previsto no n.º 2 do artigo 239º.

Quanto a este apontado vício que, previamente à falta de fundamentação se situa ainda ao nível de violação de lei, diz a entidade recorrida que optou pela aplicação da pena de “demissão” em detrimento da pena de “aposentação compulsiva”, decisão que se integra coerentemente nas opções de política disciplinar que vem adoptando, de não usar a faculdade (de mera faculdade se trata) que lhe confere o artigo 239º do EMFSM e se adequa ao desvalor da conduta, sendo-lhe proporcional.

Cabe apreciar.

2. Se observarmos os pertinentes preceitos legais logo se constata que o EMFSM, em sede das penas expulsivas, contém algo mais do que o ETAPM.

É assim que para além de uma norma geral em que ao respectivo tipo tanto cabe a demissão como a aposentação compulsiva - cfr. art 315º do ETAPM – também o EMFSM , para além do artigo 238º onde se prevê:

1. As penas de aposentação compulsiva e de demissão são aplicáveis, em geral, por infracções disciplinares que inviabilizam a manutenção da relação funcional.

2. As penas referidas no número anterior são aplicáveis ao militarizado que, nomeadamente:

(...)

n) Praticar, ainda que fora do exercício das suas funções, acto revelador de ser o seu autor incapaz ou indigno de exercer o cargo ou que implique a perda da confiança geral necessária ao exercício da função.”

contém uma norma, o artigo 239º onde se diz:

“1. A pena de aposentação compulsiva é especialmente aplicável nos casos em que se conclua pela incompetência profissional ou falta de idoneidade moral para o exercício das funções.

2. Em qualquer caso, a pena de aposentação compulsiva só poderá ser aplicada se o militarizado reunir, pelo menos, 15 anos de tempo de serviço, sem o que lhe será aplicada a pena de demissão.”

E o artigo 240ª:

” A pena de demissão é aplicada ao militarizado que:

a) Tiver praticado qualquer crime doloso punível com pena de prisão superior a três anos, com flagrante e grave abuso da função que exerce e com manifesta e grave violação dos deveres que lhe são inerentes;

b) Tiver praticado, ainda que fora do exercício das funções, crime doloso punível com pena de prisão superior a 3 anos que revele ser o seu autor incapaz ou indigno da confiança necessária ao exercício da função;

c) Praticar ou tentar praticar qualquer acto previsto nas alíneas c), e), f), g), i), j) e l) do n.º 2 do artigo 238.º”

Daqui resulta que as razões de idoneidade moral do arguido apontariam para a pena de aposentação compulsiva, como resulta do nº 1

do art. 239º do EMFSM. E tanto mais que a pena de demissão só obrigatoriamente deve ser aplicada nas situações do artigo 240º, não estando a situação dos autos ali contemplada.

Será então possível à Administração optar entre a pena de demissão e a pena de aposentação compulsiva, à míngua de uma previsão típica específica para cada uma dessas sanções?

Tal questão coloca-se igualmente em face do artigo 315º do ETAPM. E a este propósito perante a previsão conjunta das duas penas, coloca-se a questão de saber qual a pena aplicável a uma dada infracção perante um concurso de penas previstas para uma mesma conduta. Como se viu, a entidade recorrida defende que se trata de uma mera faculdade, posição a que só se adere se com tal expressão se quer significar poder discricionário de escolha e não já uma mera arbitrariedade. Tal faculdade há-de ter necessariamente os limites decorrentes da adequação da sanção à responsabilidade do arguido.

Nos casos em que o agente esteja em condições de beneficiar de uma pensão, então, aí, pode ser considerada a possibilidade de optar pela aposentação compulsiva, sempre que estejam reunidos os respectivos requisitos, designadamente o dos 15 anos de serviço contados para aquele efeito – cfr. art. 262º, nº 1, d) e 315º, nº3 do ETAPM. Não se acompanha, assim, o entendimento que de que há um direito automático à aposentação nas situações em que estejam preenchidos tais requisitos.¹⁷

¹⁷ -Pinheiro Torres, Relação Jurídica de Emprego Público em Macau, 2000, 164 e 165

Estabelece o art. 315º, nº3:

“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.”

Procedendo à respectiva interpretação, desde logo a expressão *poderá* inculca no sentido de uma faculdade - discricionária e já não arbitrária -, enquanto a parte final significará que, na ausência dos 15 anos de serviço, *será* aplicada a pena de demissão por não estarem preenchidos os pressupostos da aposentação.

Se é certo que as questões da aposentação e as necessidades disciplinares se põem em planos diversos, também pode acontecer que o legislador, nas situações mais graves, tenha erigido em própria sanção a perda de quaisquer pensões a que o agente tivesse direito, não se contentando com a mera aplicação da pena expulsiva circunscrita à aposentação compulsiva.

Este é o entendimento que colhe em termos de direito comparado, no ordenamento português, onde a lei de Macau colheu inspiração. Na verdade a Administração não está vinculada à aplicação da pena de aposentação compulsiva pelo simples facto de o arguido preencher o requisito de tempo exigido pelo artigo 262º do ETAPM.¹⁸ E

¹⁸ -Ac do STA , proc. 5263/01,de 29/11/2001; proc.41158, de 4/11/98; proc. 41088, de 17/2/99; Parecer do Conselho Consultivo da PGR, P000071988, de 13/10/88, in <http://www.dgsi.pt>

sobre o ordenamento de Macau pronunciou-se o Ac. do STA, de 19/2/97, em acórdão relatado pelo Cons. Rui Pinheiro, onde se pode ler: “O poder disciplinar conferido pelo art. 315 do ETAPM comporta um momento discricionário e outro vinculado. A vinculação legal não reside na obrigatoriedade da aplicação da pena de aposentação compulsiva se o funcionário tiver mais de 15 anos de serviço, mas na obrigatoriedade da aplicação da pena de demissão se os não tiver ainda completado.”¹⁹

Aliás, o preâmbulo do Dec.-Lei 41/86/M, onde se previa o regime da possibilidade de aplicação da pena de aposentação compulsiva quando o infractor detivesse pelo menos 15 anos de serviço, no seu artigo 1º, regime hoje integrado no actual artigo 239º do EMFSM, proclamava o seguinte:

“A aplicação de pena expulsiva a funcionários ou agentes da Administração reveste-se de particular melindre, na perspectiva de acautelar os interesses do arguido sem ferir a dignidade e prestígio da Administração.

Assim, a Administração, no uso do seu poder discricionário, opta por uma das penas expulsivas, a de aposentação compulsiva ou a de demissão, atendendo, por um lado, à gravidade da infracção e, por outro, aos elementos que relevem a favor do arguido.

¹⁹ - STA, proc.30356, <http://www.dgsi.pt>

No entanto, aquele poder discricionário está necessariamente limitado pelo facto de o arguido não reunir o tempo de serviço legalmente exigido para que lhe seja imposta a pena de aposentação compulsiva.”

Na perspectiva da integração da infracção como prevista no artigo 239º do EMFSM a lei, como se disse já, não tem o carácter injuntivo que resulta da opção consagrada no artigo 240º.

Assim sendo, ainda aqui o despacho recorrido não pode ser censurado, tanto mais que previu expressamente a não aplicação da aposentação compulsiva, havendo-se explicado a razão da opção feita.

3. Finalmente, quanto à alegada surpresa de o Recorrente ter sido confrontado com uma pena de demissão quando quer o Instrutor quer o Conselho Disciplinar da PMF para a aplicação de uma aposentação compulsiva não lhe assiste razão, pois que na acusação contra si deduzida previa-se expressamente a possibilidade de aplicação da pena de demissão (cfr. Fls. 172 e v. do P.I.). Não deixou assim de se poder defender dessa incriminação, quer quanto à sua estatuição, quer quanto à própria previsão típica, pelo que o direito de audiência não se mostra postergado.

Nesta conformidade, sem necessidade de outros considerandos, conclui-se pela improcedência do recurso por se considerar não haver lugar à anulabilidade do acto recorrido por violação de lei e por vício de forma, por falta de fundamentação.

V - DECISÃO

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

Custas pelo Recorrente fixando a taxa de justiça em 8 UCs.

Macau, 10 de Abril de 2003,

João A. G. Gil de Oliveira (Relator)

Chan Kuong Seng

Lai Kin Hong