

Processo n.º 233/2001

(Recurso Contencioso)

Data: 26/Junho/2003

Assuntos:

- Processo disciplinar
- Pena de demissão
- Possibilidade de dedução de uma 2ª acusação em sede do mesmo processo disciplinar
- Violação do princípio da decisão
- Princípio da adequação e proporcionalidade

SUMÁRIO:

1. A entidade detentora do poder disciplinar, se se aperceber de qualquer irregularidade, imprecisão ou vaguidade, susceptível de gerar uma nulidade ou irregularidade por vício de forma ou outro, pode empreender a repetição do processado, sanando os vícios, ordenando a reformulação da nota de culpa, de forma até a garantir os próprios direitos de defesa do visado pelo procedimento.

2. O princípio da decisão consagrado no artigo 11º do CPA (Código do Procedimento Administrativo) diz respeito à tutela de um interesse de um particular no âmbito da competência do órgão administrativo, consagrando o dever de uma resposta, nomeadamente, a qualquer petição, representação, reclamação ou queixa, formuladas em defesa da legalidade ou do interesse geral.
3. A punição com a pena expulsiva de demissão aplicada ao arguido justificar-se-á, assentando em factos provados e na sua maioria confessados, constituindo grave violação do dever funcional, tal como se explicita e fundamenta no respectivo despacho punitivo, sendo eles susceptíveis de inviabilizar por completo a confiança geral da hierarquia na conduta profissional do arguido, designadamente quando ela afronta claramente o núcleo de atribuições da instituição que servia.
4. O poder disciplinar é discricionário, muito embora tenha aspectos vinculados, sendo um deles o que se relaciona com a qualificação jurídica dos factos reais. 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.
5. 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 relação funcional.

6. Não fere qualquer sensibilidade a interpretação que se faz de que inviabiliza a manutenção da relação funcional a actuação reiterada de um guarda da PMF que vem a ser detectado em flagrante acto de contrabando de carne de porco, que fez entrar em Macau, através de posto fronteiriço, sem prévia sujeição a inspecção sanitária e sem licença de importação, agindo com o intuito de compensação pecuniária.

O Relator,
João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 233/2001

(Recurso Contencioso)

Data: 26/Junho/2003

Recorrente: A

Recorrido: Secretário para a Segurança

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

I - RELATÓRIO

A, maior, casado, natural de Macau, de nacionalidade portuguesa, titular de Bilhete de Identidade de Residente de Macau n.º XXX, residente habitualmente em Macau na Avenida de XX,

notificado em 7 de Novembro de 2001 do despacho do Excelentíssimo Senhor Secretário para a Segurança n.º108/2001, de 26 de Outubro de 2001, que lhe aplicou a pena disciplinar de demissão no

âmbito do processo disciplinar n.º 17/2001,

Por dele se inconformar, dele veio interpor recurso contencioso com vista a anulação do despacho punitivo em causa, alegando, em síntese:

Em face das circunstâncias fácticas apuradas no âmbito do processo disciplinar, consubstanciadas no longo tempo de serviço prestado pelo Recorrente à Administração, ter sido louvado por mais de uma vez pelos seus superiores hierárquicos durante o seu desempenho de funções, e, ainda, a postura de confissão dos factos e uma atitude de colaboração assumida na fase de instrução, a entidade recorrida deveria ter optado pela aplicação de uma pena disciplinar de carácter correctivo e não expulsivo, assim se equilibrando a necessidade de correcção sancionatória ao agente infractor e aos objectivos a prosseguir pelo serviço público a que pertencia.

Não o fazendo, o despacho que ora se impugna desrespeitou o princípio da proporcionalidade que se acha consagrado na norma contida no n.º2 do artigo 5º do CPA e as circunstâncias atenuativas consagradas na norma contida no artigo 200º, n.ºs 1 e 2, alíneas b), e), e h) do EMFSM que assim foram violados, o que acarreta a sua anulabilidade.

No âmbito do processo disciplinar que necessariamente antecedeu a prolação do despacho recorrido e do que tem por fundamento, não se mostram verificados quaisquer um dos requisitos legais consagrados no n.º3 do artigo 281º do EMFSM, razão pela qual a nova (ou segunda) acusação deduzida não colhe qualquer cobertura legal.

Assim, o processo disciplinar e o despacho proferido violaram esta norma legal, tendo tal sido atempadamente suscitada nos termos e para os efeitos do disposto no n.º2 do artigo 262º do EMFSM.

Apesar de ter sido atempadamente requerido pelo Recorrente ao abrigo do disposto no artigo 263º do EMFSM, - uma vez que o ilícito de que resultou a acção disciplinar foi igualmente participado ao Ministério Público para o exercício da acção penal -, que a decisão final do processo disciplinar fosse proferida posteriormente, aguardando pela decisão judicial, o despacho de que ora se impugna ignorou e não se pronunciou acerca do mérito ou demérito deste pedido formulado.

Omitiu, assim, pronúncia em algo relevante que lhe foi requerido por quem de direito. Violou, desta forma, o despacho recorrido o princípio de decisão consagrado no artigo 11º do Código do Procedimento Administrativo em vigor.

Conclui no sentido de que deve o presente recurso contencioso de anulação ser admitido, e, a final, ser julgado procedente por provado, anulando-se o acto administrativo impugnado, com fundamento em violação de lei e dos princípios da proporcionalidade e da decisão.

Contestando, diz, no essencial, o Excelentíssimo Senhor Secretário para a Segurança do Governo da Região Administrativa Especial de Macau:

A punição com a pena expulsiva de demissão aplicada ao arguido assenta em factos provados – na sua maioria confessados – e que o recorrente, inclusive, não refuta na sua douta petição de recurso.

Constituindo os factos grave violação do dever funcional na forma explicitada e fundamentada no respectivo despacho punitivo, eles, são susceptíveis de inviabilizar por completo a confiança geral da hierarquia na conduta profissional do arguido, designadamente quando ela afronta claramente o núcleo de atribuições da instituição que servia (Policia Marítima e Fiscal).

O Recorrente impugna a dedução de uma segunda acusação prevalecendo-se em sua opinião da inexistência de qualquer dos requisitos do artigo 281º, n.º3 do EMFSM, sustentando a respectiva taxatividade como fundamento único, embora alternativo, da possibilidade de nova peça acusatória.

Ora, a correcção ou renovação da acusação não se restringe apenas as situações elencadas no referido normativo, antes sendo possível sempre que se esteja perante qualquer insuficiência de pronúncia capaz de prejudicar o exercício do direito de defesa do arguido ou, qualquer outra que no entendimento da entidade competente contribua para o aperfeiçoamento do libelo, o que não aconteceu na situação dos autos.

Conclui, pronunciando-se no sentido de que deverá ser negado provimento ao presente recurso.

O Digno Magistrado do Ministério Público emitiu doto PARECER, alegando, fundamentalmente:

Quanto à alegada nulidade decorrente da dedução da 2ª Acusação, nas circunstâncias em que foi elaborada no presente caso, revela-se tal situação como perfeitamente admissível, mesmo à luz do previsto no artigo 281º EMFSM, sendo, a tal propósito, esclarecedor o Ac. do S. T .A. de Portugal de 10/10/85, AD 303/330 "Se o instrutor do processo disciplinar se apercebe, inclusivamente pela defesa do arguido, que a acusação deduzida sofre de qualquer deficiência, nada impede que se formule nova acusação contra o mesmo, sendo, no entanto, essencial que seja dada ao arguido a oportunidade de se defender dessa mesma acusação".

Foi o que sucedeu, tendo-se garantido devidamente o contraditório, pelo que se não vê afectado qualquer direito do recorrente a este propósito.

Como se não vê postergada qualquer formalidade essencial pelo mero facto de não ter existido pronúncia, em sede disciplinar, relativamente à pretensão do recorrente para que a decisão a esse nível aguardasse decisão judicial, sabendo-se, como se sabe, que o procedimento disciplinar é independente do procedimento criminal que possa ser instaurado pelos mesmos factos.

Finalmente, se, no que respeita à apreciação da integração e subsunção dos factos na cláusula geral punitiva a actividade da Administração está sujeita à sindicabilidade do Tribunal, o mesmo não se

pode dizer quanto à aplicação das penas, sua graduação e escolha da medida concreta, existindo, neste âmbito, discricionariedade por parte da Administração, a qual passa pela opção entre emitir ou não o acto sancionatório e ainda pela escolha entre vários tipos e medidas possíveis.

A intervenção do juiz fica apenas reservada aos casos de erro grosseiro, ou seja, àquelas contingências em que se verifica uma notória injustiça ou uma desproporção manifesta entre a sanção infligida e a falta cometida.

No caso vertente, não se verifica a referida desproporção ou manifesta injustiça quanto à pena de “demissão” concretamente infligida ao recorrente, pelo que não tem o tribunal de intervir nessa actividade da Administração, verificada que está a correcta integração dos factos na cláusula geral punitiva e a proporção e justiça da medida aplicada.

A pena de demissão é de aplicar quando a gravidade da conduta do arguido inviabiliza a manutenção da relação funcional, situação que se verificou na situação dos autos.

Razões por que, não vislumbrando a ocorrência de qualquer dos vícios ao acto assacados, ou qualquer outro de que cumpra conhecer, pugna pelo não provimento do presente 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, com pertinência, têm-se por assentes os factos seguintes:

Na sequência do processo disciplinar nº 17/2001 instaurado contra o arguido A, em 26/10/2001 o Exmo Senhor Secretário para a Segurança proferiu o seguinte despacho:

“Nos presentes actos ficou suficientemente provado que o arguido, guarda n.ºXX, A, da Polícia Marítima e Fiscal, cerca das 07H39 do dia 18 de Abril de 2001, conduziu sozinho a sua própria viatura de matrícula MG-XX-XX, e atravessou o Posto Fronteiriço das Portas do Cerco para se deslocar à zona popularmente conhecida por “terra de ninguém”, e, daí de transportar ilegalmente para Macau de 168.5Kg de carne de porco sem prévia sujeição a inspecção sanitária, e sem licença de importação. Quando chegou ao edifício “Kuong Fok On”, sito na Rua da Areia Preta para entregar os referidos produtos de contrabando a dois indivíduos que ali estavam a aguardar, que os comercializaram em

Macau, foi juntamente com os referidos indivíduos, detidos pela Polícia Marítima. Vem, ainda provado que o arguido, desde, pelos menos o mês de Abril de ano de 2001, por várias vezes, e na companhia dos mesmos indivíduos, se dedicou à pratica de idêntico facto.

Com este comportamento, o arguido agiu de forma voluntária e consciente, - é a minha convicção, baseada nas declarações proferidas pelos seus participantes, - de que ele certamente, recebera várias compensações pecuniárias, por actos idênticos, assim, pelo referido comportamento encontra-se também sob investigação em processo crime o qual corre seus termos no Tribunal da RAEM.

Tal conduta afronta a ética e a dignidade que prevalece a uma corporação cuja missão geral se traduz na garantia da fiscalização do cumprimento da legislação aduaneira relativa às operações do comércio externo, constituindo a negação absoluta dos pressupostos da vinculação funcional do arguido, pelo que é insustentável a sua manutenção ao serviços das FSM.

O arguido, agindo com culpa muito grave, violou as deveres inscritos nos artigos 5º, n.º3 a), 6º n.º2 a), 7º n.º2 b), 8º n.º2 c) e 12º, n.º2 f) e o), do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau, aprovado pelo Dec. Lei n.º 66/94/M, de 30 de Dezembro, contra quem militam as circunstâncias agravantes das alíneas d), f) e h) do n.º2 do artigo 201º, e atenuada pelas circunstâncias das alíneas b), h) e i) do artigo 200º do mesmo Estatuto.

Nestes termos, ouvidos, sucessivamente, o Conselho Disciplinar

*da corporação e o Conselho de Justiça e Disciplina das FSM, **PUNO** o arguido, de acordo com a competência que me advém das disposições conjugadas da alínea 5) do anexo IV a que se refere ao n.º2 do artigo 4º do Regulamento Administrativo n.º 6/1999, com a nova redacção dada pelo artigo 2º do Regulamento Administrativo n.º3/2001, e n.º1 da Ordem Executiva n.º13/2000, com a pena de **DEMISSÃO**, com os fundamentos de facto e de direito já invocados e ainda com referência aos dispostos nos artigos 224º, 238º n.º2 alíneas f), j) e n) e 240º alínea c) do EMFSM.”*

Do registo individual do Recorrente A (PMF) consta, entre outros assentamentos, o seguinte:

Em 26/DEZ/89, apresentou-se no Comando da PMF vindo de C.I.C. (O.S. n.º2 de 5/1/90).

1990 – Por despacho de 3/8/90, visado pelo Tribunal Administrativo em 22/8/90 o instruendo do 2º Turno do Serviço de Segurança Territorial Normal de 1989 do Comando das F.S.M. – nomeado, em comissão de serviço, por urgente conveniência de serviço, a partir de 31/7/90, nos termos do artigo 4º, nos 1 e 2, artigo 10º, n.º1, e artigo 29º, nºs 1 e 6, do Decreto-Lei n.º 56/85/M, de 29 de Junho, sendo o n.º6, com a nova redacção dada pelo artigo 1º do Decreto-Lei n.º 18/86/M de 22 de Fevereiro, conjugado com o artigo 13º, n.º2, daquele diploma, para exercer o cargo de guarda, do 1º escalão, do quadro geral masculino da P.M.F. Tomou posse em 4/9/90. (O.S. n.º55 de 7/9/90).

1992 – Por despacho de 1 de Julho de 1992 HONG, da Polícia Marítima e Fiscal, transitou do 1º escalão para o 2º escalão, a partir de 31 de Julho de 1992, nos termos da alínea a) do n.º1 do artigo 43º do Decreto-Lei n.º 56/85/M, de 29 de Junho. (O.S. n.º54 de 24/7/92).

1992 – Por despacho de 7 de Julho de 1992 foi nomeado provisoriamente a partir de 31 de Julho de 1992, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 29º do Decreto-Lei n.º 56/85/M, de 29 de Junho. (O.S. n.º 55 de 31/7/92).

1993 – Por despachos de 31 de Julho de 1993 foi reconduzido no cargo que desempenha, por mais um ano, a partir de 31 de Julho de 1993, nos termos do n.º3 do artigo 30º.

1993 – Admitido ao concurso para guarda de 1ª classe do quadro geral masculino, autorizado por despacho de S. Exª. O Governador, de 10AG93, aberto por publicação no B.O. n.º33 de 18AG093, tendo ficado reprovado. (O.S. n.º71 de 26/11/93) (B.O. n.º 47 de 24/11/93).

1993 – Por despacho de 15 de Novembro de 1993, do Exmo. Senhor S.A.S., foi nomeado definitivamente no seu cargo, a partir de 25/09/93, nos termos do n.º5 do artigo 2º do Decreto-Lei n.º 50/93/M, de 20 de Setembro, conjugada com a redacção dada ao artigo 29º do Decreto-Lei n.º 56/85/M, de 29 de Junho. (O.S. n.º73 de 3/12/93).

1994 – Nos termos do nº 1 do artigo 180º do ETAPM, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21/Dez, o guarda n.º XXX A, adquire o 1º primeiro prémio de antiguidade em 31/7/94 (O.S. n.º47 de 8/7/94).

1994 – Por despacho de 26 de Julho de 1994 transita do 2º escalão para o 3º escalão, a partir de Julho de 1994, nos termos da alínea a)

do n.º1 do artigo 43º, do Decreto-Lei n.º 56/85/M, de 29 de Junho, conjugado com a redacção que lhe foi introduzida pelo artigo 2º do Lei n.º 7/91/M, de 15 de Julho. (O.S. n.º55 de 2/8/94).

1996 – Por despacho do Comandante da PMF de 08 de Agosto de 1996 transitou do 3º para o 4º escalão, a partir de 31 de Julho de 1996, nos termos do n.º2 do artigo 109º e do artigo 110º do Estatuto dos Militarizados das FSM aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/94/M, de 30 de Dezembro. (O.S. n.º62 de 09/08/96).

1997 – Nos termos do n.º1 do artigo 180º do ETAPM, aprovado pelo D.L. n.º 87/89/M, de 21/Dez, adquire o 2º prémio de antiguidade, a partir de 31/07/1999 (O.S. n.º24 de 23/06/99).

Do seu Registo Disciplinar respiga-se o seguinte:

“1992 – LOUVOR –

Apresentou-se na Divisão Mar em 29/Jun/91, o Guarda n.ºXXX, A, a fim de cumprir o seu tirocínio de embarque.

Durante o tempo de cumprimento do seu tirocínio de embarque, evidenciou-se sempre pelo seu aprumo, grande dedicação, espírito de missão, competência e correcto cumprimento das determinações e ordens superiores, o que lhe permitiu obter bons resultados e ser considerado um óptimo colaborador pelos patrões com quem serviu, não obstante o curto tempo de serviço e experiência.

Agente disciplinado, de relacionamento fácil e agradável, conquistou de imediato a amizade, quer dos seus camaradas, quer dos seus superiores hierárquicos, o que muito contribuiu para o reforço da

camaradagem e se convivência existente na Divisão Mar.

Chamado pelo Comando da Divisão, após o cumprimento do tirocínio de embarque, a desempenhar funções mais exigentes e dado o seu dinamismo, iniciativa, capacidade de trabalho e de gestão de material, para além do espírito de bem servir, o que aliado a uma disponibilidade total, mesmo com prejuízo frequente dos seus merecidos períodos de folga, contribuiu de maneira notória para a reestruturação de Secção de Máquinas, L.A. e Botes, em aquisição de material e equipamento técnico e ainda na optimização das instalações da Divisão Mar, em trabalhos de grande qualidade no âmbito de serralharia e carpintaria, na recuperação de botes de Fiscalização, quer ainda na recuperação e alterações estruturais, sempre que necessárias, em botes apreendidos e agora ao serviço da Divisão Mar.

Pelo exposto é de elementar justiça reconhecer as qualidades morais, sociais e profissionais reveladas, a colaboração e serviços prestados à Divisão Mar, pelo que ao abrigo do artigo 18º do Estatuto Disciplinar das Forças de Segurança de Macau, LOUVE o Guarda n.º XXX, A.

(Louvor concedido pelo Comandante da Div. Mar, em 23/Jun/92, tendo sido considerado pelo Comandante na PMF como dado por si) (O.S. n.º 50 de 10/7/92).”

“1997 – LOUVOR –

Encontra-se ao serviço da Divisão Mar, desde 01/Jun/91, o Guarda n.º XXX – A.

Após ter completado o seu tirocínio de embarque, este agente ofereceu-se para continuar na Divisão, tendo sido colocado na Secção de Apoio, na área da conservação e manutenção de botes de fibra.

Foi nesta área que a sua acção se tornou notória, tendo-se tornado especialista na recuperação, reconversão e adaptações nos botes de fibra, contribuindo decisivamente para as elevadas taxas de segurança e de operacionalidade destes meios navais da PMF.

A sua área de intenação aumentou, com a reestruturação orgânica verificada, na execução de outros trabalhos na áreas de serralharia e carpintaria, sempre com total agrado do Comando.

Agente de grande profissionalismo, com elevados dotes de liderança, legal, possuidor permanentemente de um espírito de bem servir, disponibilizou-se para transmitir os seus conhecimentos profissionais na área da sua intervenção, a outros agentes, tendo-se tornado um excelente formador em trabalhos oficinais com fibra de vidro, de carpintaria e serralharia, sendo hoje bem visível a nova dinâmica existente, com todos os benefícios para o serviço daí inerentes.

Disciplinado e com um relacionamento humano, fácil e agradável, proporcionou a manutenção o reforço do bom ambiente de trabalho e o espírito de equipa e de missão actualmente existente na Divisão Mar, tendo-se tornado um excelente colaborador do Comando.

Assim, desejo manifestar o meu público reconhecimento pela actuação e colaboração prestada ao longo dos últimos 6 anos de serviço ao DPM – Divisão Mar, louvando, ao abrigo do Artigo 215º do

Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau, o Guarda n.º XXX – A.

(Louvor dado pelo Comandante do DPM em 26/05/97, tendo sido considerado pelo Comandante da PMF como dado por si) (O.S. 49 de 20.06.97).”

“1999 – LOUVOR

Presta Serviço no Departamento de Policiamento Marítimo, Divisão Mar, desde 01/Jul/91 e há mais de 1 ano sob o meu comando, o Guarda n.º XXX – A.

A executar trabalhos oficinais da sua especialidade, nomeadamente em trabalhos de recuperação e transformação de botes em fibra e construção de estruturas de apoio, tem permanentemente demonstrado possuir um elevado brio profissional, efectuando as suas tarefas de uma forma metódica, com todos os benefícios daí inerentes para o serviço.

A sua permanente preocupação na optimização dos meios materiais em momentos de maior sobrecarga de serviço, contribuíram para o cumprimento dos objectivos previamente estabelecidos, com consequências muito positivas no cumprimento das missões do DPM/Divisão Mar.

Agente prestável, possuidor de um grande carácter, com a sua lealdade, humildade e espírito de bem servir, tem merecido por parte daqueles que com ele trabalham, os mais favoráveis comentários, contribuindo deste modo para o reforço do bom ambiente existente na

Divisão Mar.

Pelas qualidades acima mencionadas, louvo o Guarda n.º XXX – A, ao abrigo do Artigo 215º, do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau. (Louvor dado pelo o Chefe do DPM, em 09/Fev/99) (O.S. n.º 7 de 25 /02/99).”

“1990 –

Colocado na classe de comportamento exemplar nos termos da alínea a) do n.º1 do artigo 62º do EDFSM.”

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 do disposto no nº3 do artigo 281º do EMFSM;
- C- Violação do princípio da decisão;
- D –Violação do princípio da adequação e proporcionalidade.

*

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 ocorreu a violação dos disposto no n.º3 do artigo 281º do EMFSM, por se ter

deduzido 2ª acusação sem se mostrar verificado qualquer dos requisitos legais ali consagrados;

Se houve violação do princípio da decisão, em virtude de ter inexistido pronúncia sobre requerimento seu solicitando se aguardasse por decisão judicial, uma vez que o ilícito de que resultou a acção disciplinar havia sido participada também ao Ministério Público;

Se sobreveio violação do artigo 200º do EMFSM, bem como do princípio da proporcionalidade, por, a seu ver, não terem sido devidamente levadas em conta circunstâncias atenuantes, designadamente ter sido louvado por mais que uma vez pelos superiores hierárquicos, ter confessado e colaborado na investigação dos factos, o que, no seu critério, justificaria pena disciplinar menos pesada que a demissão.

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 por omissão de formalidades essenciais de instrução no âmbito do processo disciplinar.

B- Entende o Recorrente que a instrução do processo disciplinar n.º 17/2001 que serviu de base e fundamento fáctico para a prolação do despacho que ora se impugna violou a norma contida no artigo 281º do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau (doravante

abreviado por EMFSM), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/94/M, de 30 de Dezembro. Tal constituiria uma nulidade insuprível que foi tempestivamente arguida nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 262º do EMFSM, na defesa escrita apresentada.

Nos termos do disposto no n.º3 do artigo 281º do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau só haveria lugar a nova acusação após a prolação da primeira perante a verificação de qualquer uma das circunstâncias constitutivas de uma alteração substancial dos factos ou da sua qualificação jurídica.

No caso "sub judice", entende o Recorrente que não se mostram reunidos ou verificados quaisquer um dos requisitos legais para a dedução da nova acusação previstos no n.º3 do artigo 281º do EMFSM.

Esta desconformidade fáctico processual com o normativo legal regulador tornaria os actos processuais praticados cronologicamente posteriores desconformes e nulos, tendo, em momento e sede próprios (nos termos da defesa escrita apresentada em 10 de Setembro de 2001) sido suscitada nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 262º do EMFSM.

Com efeito, o ilustre instrutor do processo disciplinar não fundamentou a necessidade de nova acusação, nem ordenou a produção de prova complementar nesta fase de defesa (pois, se assim fosse devia a defesa ter sido notificada já que o processo deixou de ser secreto, e nesta fase de defesa vigora o princípio do contraditório), nem tão pouco

ordenou a produção da prova requerida pela defesa e dela nem sequer se pronunciou, tal como a lei exige.

À face do exposto, a dedução da nova (segunda) acusação terá violado o disposto no n.º3 do artigo 281º do EMFSM, ferindo o despacho recorrido do vício de violação de lei, que o toma anulável.

Vejamos então.

Dispõe o artigo 281º do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau (doravante abreviado por EMFSM), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/94/M, de 30 de Dezembro: “1. Finda a produção da prova oferecida pelo arguido, podem ainda ordenar-se, em despacho fundamentado, novas diligências que se tornem indispensáveis para o completo esclarecimento da verdade.

2. Se das diligências efectuadas resultarem factos novos, o processo deve ser facultado outra vez ao arguido, ainda que não exista matéria nova de acusação, a fim de o mesmo se pronunciar, querendo, sobre o valor probatório desses elementos.

3. Quando essas diligências revelem novos factos puníveis praticados pelo arguido ou circunstâncias diferentes da sua comissão ou que possam influir na respectiva qualificação e avaliação, deverá o instrutor deduzir novos artigos de acusação no prazo e nos termos previstos no n.º 2 do artigo 274.º, seguindo--se os demais termos do processo disciplinar.”

Ora, da formulação deste preceito não decorre necessariamente a taxatividade da formulação de uma nova acusação apenas quando se verificarem os requisitos previstos no n.º3 daquela norma, sendo possível

sempre que se esteja perante qualquer insuficiência de pronúncia capaz de prejudicar o exercício do direito de defesa do arguido ou, qualquer outra que, no entendimento da entidade competente, contribua para o aperfeiçoamento do libelo.

É entendimento pacífico que não existe impedimento de ordem legal que no mesmo processo disciplinar, sobre os mesmos factos e em que o arguido é o mesmo, seja deduzida nova acusação, desde que dada ao acusado a oportunidade de ele se defender da mesma.¹

Não se vê razão para que a entidade detentora do poder disciplinar, se se aperceber de qualquer irregularidade, imprecisão ou vaguidade, susceptível de gerar uma nulidade ou irregularidade por vício de forma ou outro, não empreenda a repetição do processado, sanando os vícios, ordenando a reformulação da nota de culpa, de forma até a garantir os próprios direitos de defesa do visado pelo procedimento. E foi isso o que aconteceu exactamente nos presentes autos, como se alcança de fls. 105 do p.a., por decisão da Comissão Disciplinar.

“A decisão determinativa da reabertura do processo disciplinar para efeitos de dedução de nova acusação contra o arguido não passa de um acto meramente regulador, ordenador, disciplinador ou rectificador de carácter pré-decisório e apenas incidente sobre a relação procedimental, e, por isso, enquadrável nas categorias dos actos jurídicos de instrução e

¹ - Acs. do STA de 4/3/99, proc. 36632; de 10/12/98, proc.37808; de 3/6/98, proc. 33085; de 3/6/98, proc.41503, <http://www.dgsi.pt>

outros análogos, ou de actos preparatórios, instrumentais, ou procedimentais que nem de per si molestam ou afectam de forma negativa a esfera jurídica do acusado.”²

Nos presentes autos, em conformidade com o entendimento acima expresso, foi deduzida uma nova peça acusatória, a que o arguido respondeu, e cujo teor impugnatório não deixou de ser considerado na decisão final punitiva.

Não é verdade que não tenham sido atendidas as provas apresentadas com a sua contestação à 2ª acusação, ainda que por remissão para as requeridas na resposta à primeira acusação, diligência a que se procedeu (cfr. fls 106 e sgs do p. a.) com excepção da acareação, porquanto não foram identificados os factos objecto da acareação nem sequer qual dos indivíduos que colaborou com o arguido na sua actividade delituosa e que deveria ser acareado, o que era de sua responsabilidade e não de promoção oficiosa.

Acresce que, não obstante, a anulação tácita da primeira acusação, como efeito necessário da sua substituição por uma segunda acusação, tal não significa que se apague dos autos toda a prova que tenha sido produzida, sob pena de se praticarem actos inúteis com todas as desvantagens para a economia e celeridade processual.

² - Ac. do STA de 17/1/95, proc. 34713, , <http://www.dgsi.pt>

C- Alega ainda o impetrante, que, no que tange à oportunidade na instauração do processo disciplinar, na sua defesa escrita, requereu ao abrigo do disposto no artigo 263º do EMFSM, uma vez que o ilícito de que resultou a acção disciplinar foi igualmente participado ao Ministério Público para exercício da acção penal, que a decisão final do processo disciplinar fosse proferida posteriormente, aguardando pela decisão judicial. Porém, o despacho de que ora se impugna ignorou por completo este pedido, omitindo, assim, pronunciar-se sobre algo relevante que fora foi requerido.

Ter-se-á violado, assim, o princípio da decisão consagrado no artigo 11º do Código do Procedimento Administrativo.

O princípio da decisão consagrado no artigo 11º do CPA (Código do Procedimento Administrativo) diz respeito à tutela de um interesse de um particular no âmbito da competência do órgão administrativo, consagrando o dever de uma resposta, nomeadamente, a qualquer petição, representação, reclamação ou queixa, formuladas em defesa da legalidade ou do interesse geral.

Pressupõe-se, em princípio, um procedimento desencadeado pelo particular e não já um procedimento de iniciativa oficiosa, como é o processo disciplinar, em que o princípio da iniciativa instrutória não deixa de estar presente, sem embargo do indispensável direito de defesa e da salvaguarda da lesão de direitos e interesses legítimos do interessado a

quem a ausência de decisão pode prejudicar.³ Note-se, contudo, que não está aqui em causa proferir ou deixar de proferir a decisão concernente à punição do agente, mas tão somente uma medida que visa sobrestar na decisão disciplinar até que fosse proferida a decisão penal, medida essa que está na livre disponibilidade da entidade administrativa, razão por que não se vê em que medida o direito do requerente tenha sido violado, na certeza de que sempre podia exercer amplamente o seu direito de defesa no processo disciplinar.

Acresce que não se pode afirmar que sobre aquela pretensão em concreto tenha inexistido pronúncia, já que a prossecução do procedimento disciplinar, sem suspensão do mesmo, é por si só indicativa da denegação daquele desiderato formulado pelo particular.

Não se vê, pois, postergada qualquer formalidade essencial pelo mero facto de não ter existido pronúncia, em sede disciplinar, relativamente à pretensão do Recorrente para que a decisão a esse nível aguardasse decisão judicial, já que o procedimento disciplinar é independente do procedimento criminal que possa ser instaurado pelos mesmos factos (n.º1 do artigo 263.º do EMFSM e n.º1 do artigo 287.º do ETAPM).

D- No que concerne à alegada violação do princípio da adequação e proporcionalidade, sustenta o Recorrente que uma vez que

³ - Esteves de Oliveira e outros, CPA Anot., 2001, 127

tem naturalmente o direito e o interesse na manutenção do vínculo jurídico-laboral que o une à Administração, esta, ao escolher a aplicação de uma pena disciplinar de carácter expulsivo - a demissão -, não avaliou correctamente quer o longo tempo de serviço por si prestado à Administração Pública, quer o facto de ter sido louvado por mais de uma vez pelos seus superiores hierárquicos durante o seu desempenho, quer, ainda, a postura de confissão dos factos e uma atitude de colaboração activa que assumiu durante a fase de instrução.

Em face das circunstâncias fácticas e atenuativas acima referidas, a entidade recorrida deveria ter optado pela aplicação de uma pena disciplinar de carácter correctivo e não expulsiva - assim se equilibrando a necessidade de correcção sancionadora ao agente infractor e aos objectivos a prosseguir pelo serviço público a que pertencia.

Não o fazendo, o despacho que ora se impugna desrespeitou o princípio da proporcionalidade que se acha consagrado na norma contida n.º2 do artigo 5º do CPA, e na norma contida no artigo 200º, n.ºs 1 e 2, alíneas b), e), e h) do EMFSM que assim foram violados, o que importa a sua anulabilidade.

No que em concreto diz respeito à violação do princípio da proporcionalidade, dispõe o n.º 2 do artigo 5º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º57/99/M, de 11 de Outubro, que “... as decisões da Administração que colidam com direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares só podem afectar essas posições em

termos adequados e proporcionais aos objectivos a realizar”.

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:

a) Agredir, injuriar ou desrespeitar gravemente superior hierárquico, colega, subordinado ou terceiro, em local de serviço ou em público;

b) Usar de poderes de autoridade não conferidos por lei ou abusar dos poderes inerentes às suas funções excedendo os limites do estritamente necessário, quando seja indispensável o uso dos meios de coerção ou de quaisquer outros susceptíveis de ofenderem os direitos do cidadão;

c) Encobrir criminosos ou prestar-lhes qualquer auxílio que possa contribuir para frustrar ou dificultar a acção da justiça;

d) Por virtude de falsas declarações causar prejuízo a terceiros ou favorecer o descaminho de armamento;

e) Praticar ou tentar praticar acto demonstrativo da perigosidade da sua

permanência na instituição ou acto de desobediência grave ou de insubordinação, bem como de incitamento à desobediência ou insubordinação colectiva;

f) Praticar de forma frustrada, tentada ou consumada crime de furto, roubo, burla, abuso de confiança, peculato, concussão, extorsão, peita, suborno e corrupção, associação de malfeitores, consumo e tráfico de estupefacientes, falsificação de documentos e pertença a sociedade secreta;

g) Tomar parte ou interesse, directamente ou por interposta pessoa, em qualquer contrato celebrado ou a celebrar por qualquer serviço da Administração Pública;

h) Violar segredo profissional ou cometer inconfidência de que resulte prejuízo para o Território ou para terceiros;

i) Se constituir na situação de ausência ilegítima durante 5 dias seguidos ou 10 interpolados, dentro do mesmo ano civil;

j) Aceitar, directa ou indirectamente, dádiva, gratificação ou participação em lucros ou outras vantagens patrimoniais, em resultado do lugar que ocupa, ainda que sem o fim de acelerar ou retardar qualquer serviço ou expediente;

l) Abusar habitualmente de bebidas alcoólicas ou consumir ou traficar estupefacientes ou substâncias psicotrópicas;

m) For cúmplice ou encobridor de qualquer crime previsto nas alíneas anteriores:

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 240^a:

” 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”

A punição com a pena expulsiva de demissão aplicada ao arguido assenta em factos provados e na sua maioria confessados, constituindo tais factos grave violação do dever funcional, tal como se explicita e fundamenta no respectivo despacho punitivo, sendo eles susceptíveis de inviabilizar por completo a confiança geral da hierarquia na conduta profissional do arguido, designadamente quando ela afronta

claramente o núcleo de atribuições da instituição que servia, ou seja da PMF.

Importará indagar 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.

Relação funcional refere-se a 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.⁴ 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 tribunal 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.⁵

⁴ - Ac. STA, proc. 41159, de 24/9/98, <http://www.dgsi.pt>

⁵ - 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

O poder disciplinar é discricionário, muito embora tenha aspectos vinculados, sendo um deles o que se relaciona com a qualificação jurídica dos factos reais.⁶ 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”⁷, 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.⁸ Se o comportamento imputado ao arguido atingir um grau de desvalor que quebre, definitiva e irreversivelmente, a confiança que deve existir entre o

⁶ - Ac. do TCA, proc. 211898, <http://www.dgsi.pt>

⁷ -Ac do STA de 6/2/92, proc. 28309, <http://www.dgsi.pt>

⁸ -Ac do STA de 30/1194, proc. 32500, <http://www.dgsi.pt>

serviço e o agente, deve considerar-se inviabilizada a manutenção da relação funcional.

Vem assacada ao Recorrente a violação de um conjunto de deveres que afecta gravemente aquela confiança e descredibiliza a Corporação. Como assinala e bem a entidade recorrida, “o controle do trânsito de mercadorias é uma das competências contidas no âmbito das atribuições alfandegárias cometidas à ex-PMF (hoje Serviço de Alfândega) sendo, de todo, inadmissível que um agente investido naqueles serviços viole as regras por cujo respeito e salvaguarda é imperioso colocar todo o seu empenho e dedicação. Trata-se de uma questão de serviço público na qual confia a população em geral, e que o arguido, com o seu comportamento violou de forma insustentável ao colaborar directamente no tráfico ilegal de mercadorias, revelando total desconformidade e falta de enquadramento com o dever funcional.”

Não fere qualquer sensibilidade a interpretação que se faz de que inviabiliza a manutenção da relação funcional a actuação reiterada de um guarda da PMF que vem a ser detectado em flagrante acto de contrabando de carne de porco, que fez entrar em Macau, através de posto fronteiriço, sem prévia sujeição a inspecção sanitária e sem licença de importação, agindo com o intuito de compensação pecuniária e, acompanhando a alegação douta do MP, “afrontando, desta forma, a ética e dignidade de uma corporação a quem precisamente cumpre garantir a fiscalização do cumprimento da legislação aduaneira relativa às operações de comércio externo, inviabilizando por completo a confiança geral da

hierarquia na sua conduta profissional. Daí que, mesmo levando em conta as circunstâncias pretendidas pelo Recorrente, se apresente a medida aplicada como justa e adequada.”

A proporcionalidade de uma pena disciplinar só pode ser impugnada com base em erro grosseiro ou manifesto.⁹

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.¹⁰

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.

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

¹⁰ - João Caupers, in Int. ao Dto Administr., 2001, 80

V - DECISÃO

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

Custas pelo Recorrente fixando a taxa de justiça em 4 UCs.

Macau, 26 de Junho de 2003,

João A.G. Gil de Oliveira (Relator)

Chan Kuong Seng

Lai Kin Hong