

Processo n.º 172/2000

(Recurso Contencioso)

Data: 28/Novembro/2002

Recorrente: (A)

Recorrido: Secretário para a Segurança

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. A ideia falsa sobre os pressupostos de facto em que se funda a decisão traduzem violação de lei.
4. No processo disciplinar vigora o princípio da culpa, que, assim, se apresenta como um pressuposto subjectivo da infracção disciplinar.
5. Ao decidir, sem autorização, conduzir a lancha, afastando-se do local de vigilância que lhe estava afecto, o canal marítimo Taipa-Coloane, o recorrente comprometeu a segurança pública numa dupla vertente de fiscalização de clandestinos e de trânsito ilegal de mercadorias, violando os deveres de obediência, zelo, apurmo e assiduidade do EMFSM (Estatuto Militarizado das Forças de Segurança de Macau).

6. A pena de demissão não é de aplicação automática, só podendo ser cominada se os factos revelarem um carácter censurável susceptível de inviabilizar a manutenção da relação funcional.
7. O preenchimento da cláusula geral de «inviabilidade da manutenção da relação funcional», constante do nº 1 do art. 238º do EMFSM, constitui tarefa da Administração, a concretizar por juízos de prognose efectuados com grande margem de liberdade administrativa, a qual não é sindicável pelo tribunal, salvo caso de erro grosseiro ou palmar, ou seja, em que a pena fixada se revele, em concreto, manifestamente injusta ou desproporcionada.
8. 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, sendo meramente exemplificativa a enunciação que deles se faz no nº 2 do art. 238º do EMFSM.
9. 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.

10. A proporcionalidade de uma pena disciplinar, 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.

11. 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.

Macau, 28 de Novembro de 2002,

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 172/2000

(Recurso Contencioso)

Data: 28/Novembro/2002

Recorrente: (A)

Recorrido: Secretário para a Segurança

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

I - **RELATÓRIO**

(A), solteiro, maior, natural de Macau, guarda de 1ª classe n.º 5xxx, da Polícia Marítima e Fiscal, Forças de Segurança de Macau, residente em Macau, vem interpor RECURSO CONTENCIOSO do despacho n.º 55/2000 do Exmo. Senhor Secretário para a Segurança, de 9 de Maio de 2000, publicado no Boletim Oficial de Macau, Série II, n.º 22, de 31 de Maio de 2000, exarado no processo de averiguações n.º 67/99-3-AVE, de 13 de Setembro, das Forças de Segurança de Macau, Polícia Marítima e Fiscal, na sequência do qual lhe foi aplicada a pena

disciplinar de demissão,

alegando, em síntese:

O recorrente trabalhou durante sete anos consecutivos na Polícia Marítima e Fiscal, Forças de Segurança de Macau.

Chegou a ser condecorado e a receber um louvor pelo sua actuação no combate à contrafacção.

Descrevendo a forma como ocorreu o acidente com uma lancha da PMF, facto que esteve na origem do processo disciplinar instaurado e que culminou com a sua demissão, refere que, ao tomarem a decisão de se deslocar para irem comer, o recorrente e um outro colega, não podiam representar o acidente como uma consequência directa, necessária ou eventual da sua actuação.

Depois do acidente o recorrente tudo fez para restabelecer a situação anterior, tomando todas as medidas ao seu alcance de forma a minimizar as consequências.

Aliás, o próprio recorrente declarou que tinha tentado parar a embarcação e que a hélice não tinha respondido, continuando a sua marcha normal.

A aposentação compulsiva e a demissão são as penas mais gravosas, exigindo que a relação funcional se tenha tornado inviável.

Da leitura do processo não resulta, como consequência necessária e directa, que o comportamento do ora recorrente tenha inviabilizado a relação funcional.

Nem demonstra a impossibilidade prática, subjectiva e disciplinar da subsistência do vínculo laboral.

Ao ora recorrente não pode ser imputada culpa por a embarcação ter ficado danificada na sequência do acidente, pois tal resulta directamente de esta já não estar nas condições ideais para uma boa navegação.

A pena de demissão só deve ser aplicada quando nenhuma outra se revele adequada à reintegração da disciplina violada,

Devendo por isso só ser aplicada quando assenta necessariamente num juízo de impossibilidade de manutenção da relação de emprego.

A decisão que pôs termo à relação laboral não demonstra nem exprime as razões da inviabilidade.

Assim, dever-lhe-ia ter sido aplicada outra pena em lugar da pena de demissão.

Termos em que conclui no sentido de que deve :

- o presente recurso ser julgado procedente, anulando-se o acto recorrido, com todas as consequências legais, devendo por tudo isto ser reconstituída a situação anterior ao acto punitivo.

Respondendo nos autos de processo de recurso contencioso à margem identificados em que é recorrente, o ex-guarda da Polícia Marítima e Fiscal, (B), o Secretário para a Segurança da Região Administrativa Especial de Macau,

alega, fundamentalmente:

O recorrente foi demitido por despacho do Secretário para a Segurança, datado de 9 de Maio de 2000, publicado no Boletim Oficial de Macau, Série II, nº, 22, de 31 de Maio.

Para o efeito prevaleceu-se a entidade ora recorrida dos factos considerados provados no processo disciplinar nº. 67/99 (PMF) e que constam da acusação.

O arguido, no dia 13 de Setembro de 1999 encontrava-se de serviço no canal marítimo Coloane - Taipa (Zona G) e, sem autorização superior, afastou-se do seu posto de serviço, juntamente com o guarda n.º 6xxx (C), em direcção ao Porto Interior.

Foi então que, por razões a que se chega através do resultado produzido, deu lugar a que a embarcação em que seguia embatesse num cabo de amarração, da qual resultou, para além de avultados danos materiais, que o seu companheiro caísse à água de onde acabaria por ser retirado já sem vida.

A explicação para o acidente assenta na imperícia, negligência e incompetência na manobra da embarcação de que se encarregava o

ora recorrente.

O elevado grau do juízo de censura ético-disciplinar configura culpa grave sob a forma de negligência, o que se enfatiza pela cumulação de infracções em que se traduziu a conduta, mormente no que se refere ao abandono do local de patrulhamento, só por si altamente lesivo dos interesses do serviço público cometido à corporação que o arguido integra.

Com efeito, sem justificação válida e aceitável, que apenas poderia relevar se baseada em ordem de serviço legitimamente emanada ou outro motivo ou causa de força maior, o recorrente deixou desguarnecido de vigilância o posto de contacto com o exterior para que estava destacado, desinteressando-se do que pudesse advir de prejudicial ou nefasto para a segurança pública, ou mesmo económica, do território da RAEM.

Ora esta infracção disciplinar de "per si" grave, toca o cerne da missão policial e, justamente por isso, faltas desta natureza vêm merecendo reacções disciplinares severas no âmbito das Forças de Segurança.

No caso presente foi ela cumulada com uma manifestação de incompetência profissional, para a qual o agente da PMF tem preparação específica, ao conduzir negligentemente a embarcação em que seguia o recorrente, na companhia do seu companheiro, cujo resultado manifestamente agravou o juízo de desvalor da conduta.

Não merece, assim, qualquer reparo a qualificação jurídica das

infracções imputadas ao recorrente, reportadas à violação dos deveres de obediência (artigo 6º), zelo (artigo 8º), aprumo (artigo 12º) e assiduidade (artigo 13º) - todos os normativos citados do EMFSM.

Infracções estas que se reconduzem à inconveniência da manutenção do vínculo funcional às FSM, por quebra de confiança geral necessária ao exercício das funções em que o arguido estava provido, interesse jurídico este que é tutelado pela alínea n) do n.º 2 do artigo 238º do mesmo Estatuto.

Na concretização da medida da pena foram tidas em conta as atenuantes e agravantes que expressamente constam do despacho punitivo, designadamente quanto àquelas, a *boa informação do superior*, a *confissão espontânea* da falta e os *louvores* concedidos, referidas no artigo 200º do EMFSM.

Em conclusão:

a) Do despacho punitivo colhe-se todo o processo cognitivo que lhe subjaz e bem assim o juízo de valor que prevaleceu à formação da decisão.

b) Não se vislumbram quaisquer outros vícios que iniquem a validade jurídica do acto impugnado.

Termos em que, se pugna pela manuteção do despacho

recorrido e pela conseqüente negação de provimento ao recurso.

O Digno Magistrado do Ministério Público, emite nos autos douto parecer, sustentando, em síntese, o seguinte:

Vem (A), guarda da Polícia Marítima e Fiscal de Macau, impugnar o despacho do Secretário para a Segurança, assacando-lhe vícios de

- erro nos pressupostos de facto, por, no essencial, entender não se ter comprovado que o acidente em causa se tenha ficado a dever a culpa sua, mas sim ao facto de a embarcação que pilotava "*...não estar nas condições ideais para uma boa navegação*",
- errónea determinação da medida concreta da pena disciplinar aplicada, já que se não divisa que com o seu comportamento o recorrente tenha inviabilizado a relação funcional e
- falta de fundamentação, por a decisão em crise não demonstrar e exprimir as razões daquela inviabilidade.

Contrariamente ao que o recorrente alega, do processo disciplinar no seu conjunto e da prova produzida, quer aí, quer no decurso dos presentes autos, não se mostram comprovados os circunstancialismos alegados, não resultando eventual diminuição da

gravidade dos factos pela presença de quaisquer factores exógenos à conduta daquele, nomeadamente derivados de eventuais deficiências técnicas da embarcação em questão.

Face à factualidade apurada não merece reparo o seu enquadramento normativo/disciplinar, apresentando-se a conduta apurada como efectivamente violadora dos deveres de obediência, zelo, aprumo e assiduidade.

Daí que se não veja que os pressupostos subjacentes à decisão não correspondam, de facto, à realidade.

Se, no que respeita à apreciação da intenção e subsunção dos factos na cláusula geral punitiva, a actividade da Administração está sujeita à sindicabilidade do Tribunal, por se traduzir numa actividade vinculada, já que a subsunção dos factos na previsão legal resulta da correcta interpretação e aplicação da lei, para cuja sindicabilidade está o Tribunal especialmente vocacionado e por tal actividade lhe ser mesmo imposta, o mesmo já se não poderá dizer quanto à aplicação das penas, sua graduação e escolha de medida concreta.

Neste último campo, não há controlo jurisdicional sobre a justeza da medida aplicada dentro do escalão respectivo, em cuja fixação o Juíz não pode sobrepor o seu poder de apreciação ao da autoridade investida do poder disciplinar. A intervenção do Juíz 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 inflingida e a falta cometida.

“*In casu*” não se verifica a referida desproporção ou notória injustiça quanto à aplicação da pena concretamente inflingida ao ora recorrente e dúvidas não se suscitam sobre a inviabilidade da manutenção da relação funcional do ora Recorrente, atenta a gravidade da sua conduta.

Finalmente, afectando a decisão impugnada direitos e interesses legalmente protegidos do Recorrente, impendia, de facto, sobre a recorrida o dever de fundamentação da decisão em crise.

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, designadamente da inviabilidade da manutenção da relação funcional, em ordem a ficar habilitado a defender conscientemente os seus direitos e interesses legítimos, improcedendo, assim, também o assacado vício de forma por falta de fundamentação.

Conclui pelo não provimento do recurso.

*

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 exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito.

*

III - FACTOS

Com pertinência, tem-se por assente a factualidade seguinte:

O recorrente, guarda de 1ª classe da PMF, na sequência do processo disciplinar n.º 67/99 (PMF), foi demitido por despacho do Secretário para a Segurança, datado de 9 de Maio de 2000, publicado no Boletim Oficial de Macau, Série II, n.º, 22, de 31 de Maio, o que se sucedeu à proposta do Comandante da Corporação subscrita por unanimidade dos membros do Conselho de Justiça e Disciplina das Forças de Segurança, reunido nos termos e para os efeitos dos artigos 318º, n.º1, al. e) e 319º do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau (EMFSM), aprovado pelo Dec. Lei n.º 66/94/M, de 30 de Dezembro.

Em 12 de Setembro de 1999, foi destacado – das 19 horas à 1 hora – com o seu colega (C) (guarda n.º 6xxx) para a Zona

Marítima “G” (canal marítimo Coloane – Taipa) no cumprimento de funções.

Segundo alega, cerca da meia noite, os dois colegas em conversa chegaram à conclusão que estavam com fome.

No seguimento da conversa decidiram deslocar-se para a Zona A (Porto Interior) sem terem sequer pensado numa prévia autorização do comando.

Na sequência desta deslocação, já no canal marítimo do Porto Interior passaram pelo meio de duas embarcações e, quando se aproximaram o suficiente para que o pudessem visualizar, repararam na existência de um cabo, fora de água, que amarrava as duas embarcações.

Não tendo conseguido imobilizar a lancha, deu-se o embate com o aludido cabo, tendo o colega caído à água. Foi socorrido pela tripulação de um bote da República Popular da China e, retirado da água, na sequência desse acidente, veio a falecer.

O recorrente deslocou-se ao Porto Interior, abandonando o seu posto de serviço e zona de fiscalização que lhe estava adstrita, sem se munir da necessária autorização superior.

Na altura do acidente, estava içado o sinal tropical nº 1.

O recorrente conduzia a lancha na zona do fundeadouro e não no canal marítimo do Porto Interior para evitar encontrar a lancha de fiscalização.

Do exame feito nos autos à referida embarcação e no que respeita à sua fluutuabilidade, dinâmica e capacidade de controle, regista-se o seguinte a fls 57 a 58:

“... No momento em que se procedeu ao exame, o bote W-1 já tinha 8 anos de idade em serviço, a aparência do casco não estava perfeita, encontrando-se caída alguma pintura e o casco riscado, pelo que a situação do casco estava muito mal, todavia, a fibra de construção interior ainda estava segura e confiante, a fluutuabilidade e a construção do bote não se tinham apartado de um critério de segurança por causa do envelhecimento e dos anos do bote em serviço...

...Depois de ocorrido o acidente, naquele dia, verificou-se o motor de popa e respectivas peças de controle de aceleração, encontrando que a sua qualidade estava boa e tudo estava a operar normalmente.

A direcção do bote é principalmente controlada pelo controle da roda de leme da ponte do governo, encontrou-se a ponte de governo do bote W-1 separado da sua posição original por causa do choque violento depois de ocorrer o acidente. Quando se procedeu ao exame do controle da roda de leme e respectivas partes acessórias, verificou-se que essas partes estavam em boa situação e operavam normalmente”

No aludido processo disciplinar, a final, foi proferido o seguinte

despacho:

*“Nos presentes autos de processo disciplinar vem suficientemente provado que o arguido, **guarda de 1ª classe n.º 5xxx, (A)**, da Polícia Marítima e Fiscal, cerca das 00H15 do dia 13 de Setembro de 1999, encontrava-se a serviço no canal marítimo Coloane-Taipa (Zona G) e, sem autorização superior, afastou-se do seu posto de serviço, juntamente com o guarda n.º 6xxx (C) em direcção do Porto Interior. Por razões não suficientemente apuradas, mas que, na ausência de outra explicação, se presume se ficar a dever a sua imperícia, negligência e incompetência na condução da embarcação, deu lugar a que esta embatesse num cabo de amarração donde resultou a queda deste último militarizado à água, de onde viria a ser retirado sem vida. Do acidente resultaram ainda avultados danos materiais.*

A conduta do arguido é de extrema gravidade, não só pelo resultado trágico que teve (morte de um colega), mas também pela forma como protagonizou os factos, designadamente ao decidir, sem autorização, conduzir a embarcação sinistrada. Embora demonstre arrependimento sincero, a verdade é que os danos causados são irreparáveis.

O arguido afectou, com a sua conduta, de forma muito grave, a disciplina da corporação, porquanto, para além dos resultados produzidos, da sua conduta, resultou como consequência lógica o prejuízo da vigilância a que estava afecto no seu posto de serviço, o

canal marítimo Taipa-Coloane.

Com a sua conduta violou os deveres das alíneas a) do n.º 2 do artigo 6º, e) e l) do n.º 2 do artigo 8º, c) do n.º 2 do artigo 12º, e b) do n.º 2 do artigo 13º, o que, conjugado com o disposto no artigo 238 do n.º 2 al. n), todos do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau, aprovado pelo Dec. Lei n.º 66/94/M, de 30 de Dezembro, agravada pelas circunstâncias das al. b) e l) do n.º 2 do artigo 201º do mesmo Estatuto, sendo que apenas o favorecem as atenuantes das al. e), h), e i) do n.º 2 do seu artigo 200º.

*Nestes termos, ouvidos, sucessivamente, o Conselho Disciplinar da Corporação e o Conselho de Justiça e Disciplina das Forças de Segurança de Macau, puno o arguido, de acordo com a competência que me advém do disposto no artigo 4º do Regulamento Administrativo n.º 6/1999 e a Ordem Executiva n.º 13/2000, com a pena de **DEMISSÃO**, com os fundamentos de facto e de direito já invocados e ainda com referência ao disposto os artigos 224º e 238º n.º 2 da al. n) do citado Estatuto.*

Notifique.

9 de Maio de 2000

O Secretário para a Segurança”

O recorrente serviu a Polícia Marítima e Fiscal durante sete anos consecutivos.

Ingressou naquela Força de Segurança em 29 de Março de 1993, tendo sido nomeado para o 2º escalão da Polícia Marítima e

Fiscal em 12 de Outubro de 1995.

Em 5 de Maio de 1999, quando se encontrava de serviço, o recorrente, como patrão de bote de fiscalização, devido aos ventos e correntes fortes deixou o bote encalhar e, logo após o seu desencalhe pôs o motor do bote a trabalhar, não tomando quaisquer providências para verificar se o bote tinha sofrido algum dano, tendo provocado avaria irreparável no motor. Pelo que veio a ser punido com a pena de quatro dias de multa.

Em 5 de Março de 1999 – na sequência de a sua equipa ter interceptado em 17/2/99 três embarcações motorizadas que transportavam VCDS contrafeitos e material pirotécnico – foi condecorado e recebeu um elogio.

O ora recorrente declarou no âmbito do processo de averiguações – fls 58 e 66 do processo instrutor - sentir-se arrependido e triste, que não tinha informado o seu superior da sua saída do posto de serviço, que tal infringia os regulamentos disciplinares, que entrou no fundeadouro e não navegou no canal marítimo do Porto Interior para evitar encontrar a lancha de fiscalização D-5.

O recorrente alegou ainda que perdeu repentinamente o controle da vedeta (cfr. fls 72), assume nos autos a materialidade da sua conduta que apelida de “lapso”, pelo que “pede desculpas” e se disponibiliza à aceitação dos castigos disciplinares.

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.

*

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 ter tido culpa na produção do acidente, pois que este resultou directamente do facto de a embarcação não estar nas condições ideais para uma boa navegação.

Invoca-se ainda uma errónea determinação da medida concreta da pena, já que a demissão se traduz na pena mais grave, exigindo que a relação funcional se tenha tornado inviável, só devendo ser aplicada quando nenhuma outra pena se revele adequada à reintegração da disciplina violada.

Os próprios factos que motivaram a abertura do processo disciplinar e o comportamento anterior e posterior do recorrente não são de molde a a justificar a aplicação de tal sanção.

Por último, só devendo ser aplicada a pena de demissão quando a relação funcional for inviável, sendo este o fundamento da decisão recorrida, esta devia ter sido fundamentada no sentido de a demonstrar e justificar, pelo que enfermaria do vício de falta de forma, por falta de fundamentação.

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 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, ressalvando sempre

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

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

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, 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 relação funcional.²

B- 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*”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

² - Ac. STA de 8/7/93, in AD 385,8

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

⁴ - Freitas do Amaral, ob. Cit., 392

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 apenas em sede de actividade discricionária.⁶

De qualquer modo, no caso “sub judice”, o erro, segundo se alega, teria resultado de uma deformação da vontade, por causa da ignorância ou do conhecimento defeituoso do órgão decisor, e sempre relevaria em sede de anulação do acto.

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

O acidente ter-se-á dado, não por negligência do recorrente,

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

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

mas sim porque a embarcação não estaria nas melhores condições de navegabilidade. As consequências gravosas resultantes do acidente, a morte do outro guarda que seguia na embarcação e os danos causados não se podem imputar a uma conduta dolosa do agente já que a embarcação não reagiu tecnicamente ao abrandamento.

Acresce o facto de a sua conduta não poder ser qualificada como dolosa, pois para ser dolosa era necessário que existisse representação ou elemento intelectual, vontade ou elemento volitivo e atitude ou elemento emocional. O recorrente não actuou com a intenção de criar um dano (dolo directo ou intencional), não representou o facto como consequência necessária da sua conduta (dolo necessário), nem tão pouco se conformou com o resultado possível (dano) da sua conduta (dolo eventual). O recorrente e o seu colega não representaram como efeito das suas condutas, a morte de um deles, o dano no barco e a desobediência a ordens superiores, nem sequer representaram que o facto de se deslocarem para ir comer seria entendido como a violação dos deveres de obediência, zelo, aprumo e assiduidade.

Ora, neste particular, resulta claramente da factualidade apurada nos autos, que não assiste razão ao recorrente, pois que o barco se encontrava em condições seguras de navegabilidade, quer sob o ponto de vista da flutuabilidade, quer da dinâmica, quer da

capacidade de controle.

Vista a parte técnica da embarcação, ainda em sede dos pressupostos de facto, vejamos agora a conduta 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, se o recorrente diz não se ter verificado conduta dolosa, muito embora atribua a causa do acidente a uma deficiência mecânica que não vem comprovada, o certo é que nada refere quanto à conduta negligente, relativamente à forma como conduziu a embarcação e de modo a evitar que a mesma tivesse embatido no cabo de amarração, circulando numa zona de fundeadouro e não no canal marítimo, vendo que à sua frente estavam duas embarcações e um cabo que as ligava, fora de água, e do qual se apercebeu. Navegava fora da zona a que estava adstrito, sem autorização, numa zona indevida, para evitar a lancha de fiscalização do Porto Interior, quando estava içado o sinal tropical nº1, com visibilidade prejudicada – é o que resulta das próprias declarações do recorrente, a fls 57 e 58 do processo

instrutor.

Se por um lado alega que perdeu repentinamente o controle da vedeta (cfr. fls 72), não é menos verdade que o recorrente assume nos autos a materialidade da sua conduta, que apelida de “lapso”, pelo que “pede desculpas” e se disponibiliza à aceitação dos castigos disciplinares que configura.

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 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. Ora, ponderando a factualidade descrita e provando-se o normal funcionamento da embarcação e que a perda de controle não se ficou a dever a falha técnica, vistas as condições de tempo e lugar, não é difícil concluir-se pela desatenção, imperícia e falta de destreza conducentes àquela falta de cuidado a que alude o artigo 14º do C. Penal, subsidiariamente aplicável, *ex vi* art. 277º do E.T.A.P.M..

Com a conduta referida o recorrente conduzia a lancha nas condições descritas com manifesta inconsideração e falta de destreza, não prevenindo o embate com o cabo de amarração, numa zona de navegação não aconselhável, o que não justifica qualquer falta de controle da viatura.

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 circular naquele lugar, para mais com desrespeito pelas regras que lhe impunham que ali se não tivesse deslocado.

Mas não foi apenas a ocorrência do acidente que motivou a sanção aplicada.

Ao decidir, sem autorização, conduzir a aludida lancha, pelos motivos referidos e nas aludidas circunstâncias, afastando-se do local de vigilância que lhe estava afecto, o canal marítimo Taipa-Coloane, o recorrente comprometeu a segurança pública numa dupla vertente de fiscalização de clandestinos e de trânsito ilegal de mercadorias, violando os deveres de obediência (artigo 6º, nº2, a)), zelo (artigo 8º, nº2, l) e e)), apurmo (artigo 12º, nº2, c)) e assiduidade (artigo 13º, nº2, b) do EMFSM (Estatuto Militarizado das Forças de Segurança de Macau).

A referência a tais violações levanta duas ordens de questões.

A primeira traduzir-se-ia 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.

Não se deixará de referir que se tem por dever de obediência o que se consagra no artigo 6.º do EMFSM ao prescrever que “1.

O dever de obediência consiste no estrito cumprimento das leis e regulamentos e no acatamento e cumprimento pronto das ordens e instruções dos seus legítimos superiores, dadas em matéria de serviço e na forma legal.

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

a) Cumprir as leis, regulamentos e instruções relativas ao serviço;

b) Acatar prontamente as ordens transmitidas pelos plantões, guardas, rondas, patrulhas e outros postos de serviço;

...”

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:

(...)

Cumprir, com diligência, as ordens dos superiores hierárquicos relativas ao serviço;

(...)

Não destruir, inutilizar ou, por qualquer forma, desviar do seu

destino legal artigos pertencentes ao serviço ou a terceiros;

(...)

Manter-se vigilante e diligente no seu local ou posto de serviço, por forma a contribuir para a tranquilidade e segurança das pessoas, bens e instituições públicas ou privadas;

(...)

Não usar nem permitir que outrem use ou se sirva de instalações ou quaisquer outros bens pertencentes à Administração, cuja posse, gestão ou utilização lhe esteja confiada, para fim diferente daquele a que se destinam, desde que para tal não exista a necessária autorização;

(...)

Zelar pelos interesses dos seus subordinados e dar conhecimento através da via hierárquica dos problemas de que tenha conhecimento e àqueles digam respeito.”

Dever de aprumo, no artigo 12º “1. O dever de aprumo 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 aprumo, o militarizado deve, designadamente:

(...)

Não praticar acções contrárias à ética, à deontologia funcional, ao brio ou ao decore das FSM;

(...)

Não praticar qualquer acção ou omissão que possa constituir ilícito criminal ou contravencional.”

E quanto à assiduidade, o art. 13º do mesmo estatuto estabelece: ”1. O dever de assiduidade consiste em comparecer regular e continuamente ao serviço.

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

- a) Não se constituir na situação de ausência ilegítima, deixando, injustificadamente, de comparecer ao serviço;
- b) Não se ausentar do posto de serviço ou de local onde, por motivos funcionais, deva permanecer, a não ser quando devidamente autorizado, ou quando, no exercício das suas funções, deva efectuar de imediato diligências que possam conduzir ao esclarecimento de qualquer acto de natureza criminal”

No entanto, como a questão referente à aludidas violações não vem posta em causa, questão que sempre conduziria ao vício decorrente da errada subsunção jurídica aos factos praticados, dela não se curará com mais desenvolvimento, na convicção de, que ainda aí, o despacho recorrido fez correcta aplicação do direito aos factos praticados.

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

A pena de demissão 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. 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.

O preenchimento da cláusula geral de «inviabilidade da manutenção da relação funcional», constante do nº 1 do art. 238º do EMFSM, constitui tarefa da Administração, a concretizar por juízos de prognose efectuados com grande margem de liberdade administrativa, a qual não é sindicável pelo tribunal, salvo caso de erro grosseiro ou palmar, ou seja, em que a pena fixada se revele, em concreto, manifestamente injusta ou desproporcionada.⁷

O poder disciplinar é discricionário, muito embora tenha aspectos vinculados, sendo um deles o que se relaciona com a qualificação jurídica dos factos reais.⁸ E no preenchimento da cláusula geral de inviabilidade de manutenção da relação funcional há uma vinculação da Administração, embora compatível com

⁷ - 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, entre outros

⁸ - Ac. do TCA, proc. 2118/98, <http://www.dgsi.pt>

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”⁹, sendo meramente exemplificativa a enunciação que deles se faz no n.º 2 do art. 238.º 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.¹⁰ 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.

Vem assacada ao recorrente a violação de um conjunto de

⁹ -Ac do STA de 6/2/92, proc. 28309, <http://www.dgsi.pt>

¹⁰ -Ac do STA de 30/1194, proc. 32500, <http://www.dgsi.pt>

deveres, traduzida numa conduta de efeitos altamente gravosos e de repercussão enorme na imagem e aprumo 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, - donde se evidencia o abandono do posto de fiscalização por uma razão de satisfação de uma necessidade que, embora básica, era previsível e podia ser atempadamente prevenida; desobediência às ordens recebidas, conduzindo a vedeta por local desaconselhável para evitar o confronto com outro patrulhamento, porventura, tudo evidenciando uma condução imprevidente e desadequada da embarcação, com consequências nefastas para a sorte do outro guarda, vista alguma diminuição de visibilidade, mas, no entanto, considerando a percepção atempada do referido cabo à tona de água, não se prevenindo o embate, - 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.

Ainda que imperfeitamente expresso pelo recorrente, não se mostra que tenha sido violado o princípio da proporcionalidade. O recorrente limita-se a alegar que a pena não se mostra adequada ou proporcionada ao comportamento que adoptou.

Conforme já se referiu, a proporcionalidade de uma pena

disciplinar só pode ser impugnada com base em erro grosseiro ou manifesto.¹¹

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.¹²

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- O último fundamento utilizado pelo recorrente nas alegações é o decorrente da violação do artigo 107º do CPA (Código de Procedimento Administrativo) e, assim, vício de forma, por ofensa quanto aos requisitos da fundamentação.

Para tanto, alude ao dever de fundamentar a decisão

¹¹ - Ac do STA de 28/9/99 – Rec. 40991, <http://www.dgsi.pt>

¹² - João Caupers, in Int. ao Dto Administr., 2001, 80

justificativa da inviabilidade da relação funcional, alegando que não se fez prova no processo dessa inviabilidade. Aliás, para além dessa alegação reafirmada por várias vezes nas conclusões finais, mais nada acrescenta o recorrente a propósito desta matéria.

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.¹³

Ora, percorrendo a nota de culpa, o relatório final e a decisão punitiva, não vemos como possa toda a descrição da situação de

¹³ -Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves e Pacheco Amorim, in CPA comentado, 2001, 591

facto e dos fundamentos de direito sofrer de alguma das vicissitudes relativas à 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, não só pelo resultado trágico da morte de um colega, mas também pela forma como protagonizou os factos, ao decidir, sem autorização, conduzir a embarcação sinistrada, afectando a disciplina da corporação, pois, para além dos danos produzidos, prejudicou a vigilância a que estava afecto no seu posto de serviço. E a essa avaliação não foi alheia a ponderação das atenuantes resultantes da confissão, elogio anterior e boa informação dos superiores e das agravantes decorrentes do cometimento em acto de serviço e na presença de outros, da reincidência, em vista do seu cadastro disciplinar (cfr. fls 47 v. do Proc. Instrutor, em resultado de avaria irreparável em motor na sequência de um encalhe de embarcação).

Nesta conformidade, sem necessidade de maiores desenvolvimentos, resta decidir

V - DECISÃO

Nos termos e fundamentos expostos, acordam em **negar provimento ao recurso**.

Custas pelo recorrente, fixando a taxa de justiça em 5 Ucs.

Macau, 28 de Novembro de 2002,

João A. G. Gil de Oliveira (Relator) – Chan Kuong Seng – Lai Kin Hong

Magistrado do M.º P.º. presente - Victor Manuel Carvalho Coelho