Processo n.º 92/2004

Date: 14 de Dezembro de 2004

Assuntos: - Eliminação do instruendo
- Princípio da proporcionalidade

Sumário

Um instruendo que cometer a infração previsto no artigo 238º nº 2 do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurnça por ter praticado o acto de injúria contra o seu superior hieráquico (a este é equiparado o professor) pode ser sempre aplicada uma sanção de suspensão, e em consequência, pode ser eliminada do curso de formação dos militarizados por força do disposto no artigo 6º nº 1 da Lei nº 6/2002, conjugando com o artigo 229º nº 2 do referido EMFSM.

O Relator,

Choi Mou Pan

Processo n.º 92/2004

Recorrente : A

Recorrido: Secretário para a Segurança (保安司司長)

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da

R.A.E.M. :

A, residente em Macau, veio interpor recurso judicial da decisão do Secretário para a Segurança proferida em 31 de Outubro de 2003, que determinou a eliminação do ora Recorrente do Curso de Formação de Instruendos, nos termos do artigo 6º nº 3, da Lei nº 6/2002, e do artigo 29º nº 1alínea 3), do Regulamento Administrativo nº 13/2002, alegando que:

- I. O acto praticado ao abrigo do poder discricionário é susceptível de recurso contencioso sendo sindicável por violação de lei, nela se incluindo a total desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários, nos termos do artigo 21º, nº 1, alínea d), do Código de Processo Administrativo Contencioso.
- II. Por outro lado, o acto praticado no uso de um poder discricionário é ainda vinculado não apenas quanto ao fim, mas ainda por limitações externas, sejam de carácter lógico formal como a escolha de pressupostos isenta de erros

manifestos, sejam de carácter axiológico-normativo como a observância dos limites decorrentes dos princípios da justiça, da imparcialidade e da igualdade, sendo sindicáveis contenciosamente quanto a cada um destes aspectos vinculados.

- III. Como corolário do princípio de justiça, o princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, compreende a congruência, a adequação ou a idoneidade do meio ou da medida para lograr o fim legalmente proposto e, em sentido estrito, engloba a proibição do excesso.
- IV. O Recorrente, reagindo contra a expressão “低能” da professora de mandarim, proferiu as palavras “癡線” (maluca), expressão essa que é vulgarmente utilizada na língua chinesa, sem sentido ofensivo ou injurioso, tendo sido um desabafo do Recorrente, provocado pela expressão ofensiva dessa professora;
- V. O Recorrente pediu logo desculpas, e a professora o desculpou de imediato, aceitando estar perante uma mera reacção natural e não premeditada do Recorrente;
- VI. O comportamento do Recorrente não deve ser qualificado de forma tão grave, não podendo ser incluído na categoria de falta de qualidades humanas e cívicas indispensáveis ao serviço nas Forças de Segurança de Macau, que pudesse implicar logo a decisão de eliminação do CFI, pelo que, esta decisão é totalmente desproporcional ao comportamento praticado pelo Recorrente;

- VII. Acresce que, o Recorrente nunca foi sujeito a nenhum castigo ou pena, sendo esta a primeira e única falta cometida pelo mesmo;
- VIII. Por outro lado, a entidade recorrida não teve em conta os motivos que conduziram a conduta do Recorrente, que teriam de ter sido ponderados, e que levariam forçosamente a uma atenuação do grau de gravidade da conduta do Recorrente;
- IX. Assim, a decisão recorrida corresponde a aplicação de uma pena manifestamente excessiva;
- X. Pelo exposto, conclui-se necessariamente que a decisão recorrida enferma do vício da violação de li, que se traduz na não observância do princípio da proporcionalidade, por total desrazoabilidade e manifesta excessividade no exercício de poderes discricionários;
- XI. A decisão recorrida violou assim o princípios geral de direito, o Princípio da Proporcionalidade, previsto nos artigos 5º do Código do Procedimento Administrativo;
- XII. Deve pois este douto Tribunal anular essa decisão, nos termos do artigo 124º do Código do Procedimento Administrativo e dos artigos 21º e 74º, nº 2, ambos do Código de Processo Administrativo Contencioso.

Pede a anulação da decisão recorrida.

Foi a contestação desentranhada por ser extemporaneamente apresentada.

O Digno Magistrado do M^oP^o apresentou o douto parecer que se transcreve o seguinte:

“Vem A impugnar despacho do Secretário para a Segurança da RAEM de 31/10/03 que determinou a sua eliminação do curso de Formação de Instruendos das F.S.M., nos termos do art^o 6^o, n^o 3 da Lei 6/2002 e do art^o 29^o, n^o 1, al 3) do Regulamento Administrativo 13/2002, assacando-lhe, tanto quanto se alcança da respectiva P.I. (já que não apresentou alegações), vício de violação do princípio da proporcionalidade, por total desrazoabilidade e manifesto excesso no exercício de poderes discricionários.

Pese embora não se questione ou ponha em crise, directamente, a veracidade dos pressupostos de facto subjacentes à decisão, entendemos a eles fazer reporte, até pela influência óbvia dos mesmos na apreciação do caso.

É que a descrição dos factos apontada pelo recorrente, designadamente nos pontos 8^o, 9^o e 10^o da respectiva P.I., aparentemente não coincide inteiramente com o que a entidade recorrida tomou como comprovado (cfr ponto 4^o das respectivas alegações).

Uma coisa é o recorrente, perante a abordagem da professora, pelos motivos descritos ter, sem mais, arremessado os manuais ao chão “evidenciando grande e ostensiva irritação”, outra, bem diferente, é tê-la chamado “maluca”, em resposta ao facto de a mesma o ter questionado se era “atrasado mental”.

Pois bem : ao que a própria entidade recorrida expressa, os pressupostos de que partiu derivam essencialmente do relatório apresentado pela professora no Centro de Instrução Conjunto (cfr fls 3 do instrutor apenso).

Ora, de tal comunicação colhe-se que é a própria professora a admitir que, perante a resposta do recorrente justificando ter entregue a folha em

branco no teste por não perceber o ditado (quicá por deficiência no entendimento do mandarim), ela lhe perguntou se ele tinha problema na cabeça, ao que o recorrente terá reagido batendo com os livros e ralhando com ela, podendo-se, pois, concluir que a atitude do recorrente decorreu de uma reacção a tal expressão que, porventura, aquele terá considerado vexatória, até por que proferida na presença dos colegas.

Não se pretende com isto justificar ou arredar a efectiva falta disciplinar praticada pelo recorrente, a qual deve, efectivamente, ser analisada e ponderada tendo em conta que se trata de um instruendo de uma corporação policial, onde a disciplina é palavra de ordem, sendo que essa falta poderá relevar não tanto pela materialidade em si mesma, mas mais pelo que pode revelar em termos do carácter, personalidade e qualidades cívicas e humanas daquele: o que se regista é que o desvalor da actuação do recorrente, a censura pela mesma, deverá ser diferente, consoante os casos.

Ora, do que o despacho em crise expressa, mesmo conjugado com as Informações/Propostas em que ganhou algum estribo (nºs 1746/2003 e 1805/2003), não é possível descortinar, com clareza, se, de facto, se levou em conta a abordagem da professora nos termos em que a própria admite e expressa, isto é, questionando, em frente da classe, a capacidade mental do recorrente, ou se tal não foi levado em conta.

E, das duas uma: ou tal situação foi ignorada, provocando, em nosso critério, erro nos pressupostos subjacentes à decisão já que se trata de matéria relevante para o efeito, ou foi levada em linha de conta e, nessa altura, atendendo a que

- A atitude do instruendo se ficou a dever a reacção, nas circunstâncias anunciadas, não se tratando, pois, de pura manifestação de

insubordinação e indisciplina sem qualquer génese;

- Apesar de se poder considerar que o poderá ter feito por temor, não se poderão desconsiderar, de todo, as várias tentativas do mesmo em demonstrar o seu arrependimento;
- Conforme a própria professora acentua, o recorrente veio, posteriormente, a destacar-se pelos seus progressos, detendo boa atitude, salientando, ela própria, a necessidade de "... dar entusiasmo ao instruendo em causa", vindo o oficial-instrutor a atribuir a classificação de "Bom" ao seu comportamento, quando anteriormente se quedava por "Regular", afigura-se-nos que a pena máxima, de demissão aplicada se apresenta como manifestamente exagerada e desproporcional, justificando-se, assim, por qualquer das vias, a anulação do acto. Este, o nosso entendimento."

Cumpre conhecer.

Foram colhidos os vistos legais dos Mm^{os} Juízes-Adjuntos.

Consideram-se assentes os seguintes factos:

- Segundo o despacho do Exmo Senhor Secretário para a Segurança proferido no dia 27 de Outubro de 2003, procede-se à audiência escrita em relação ao acto desrespeitoso do instruendo das forças de segurança n.º 420/2003, efectuado à professora Lau Ut Lin;
- O recorrente A foi instruendo do Curso de Formação de Instruendos das FSM e estava na primeira fase de instrução

básica a decorrer na Escola Superior das Forças de Segurança de Macau.

- Na manhã de 15 de Outubro de 2003, após a realização de um ditado de mandarim, o recorrente entregou uma folha em branco à professora Lao Ut Lin.
- A mesma professora, aproximou-se dele perguntando o que é que tinha acontecido.
- O recorrente respondeu que não percebeu o que a professora dizia durante as aulas. Tal irritou a professora, que lhe disse se ele estava mentalmente atrasado e o recorrente reagiu-se imediatamente com a palavra “maluca” (em cantonês “痴線”).
- No dia 30 do mesmo mês, a mesma professora apresentou a informação relativa ao respectivo instruendo à autoridade da Escola e sugeriu abrir processo disciplinar contra o mesmo instruendo.
- No mesmo dia pelas 15H00, o respectivo instruendo apresentou os seus articulados e a carta de desculpas através do chefe da secretaria deste centro para a professora.
- Escreveu o recorrente:

“Exma. Senhora Professora Lau

Eu, instruendo das forças de segurança n.º 420, venho por este meio apresentar o meu arrependimento pelo acto desrespeitoso efectuado à Exma. Senhora Professora no dia 15 de Outubro, depois de uma profunda reflexão de vários dias, sinto-me arrependido e reconheço sinceramente os erros,

permite-me apresentar aqui todas as desculpas, desejo dar-me uma oportunidade para que eu possa corrigir os erros e prestar atenção ao meu estudo no futuro, desejando também que possa concluir o curso com os meus colegas e contribuir para a sociedade no futuro, admitindo que não voltarei a efectuar nenhum acto desrespeitoso à professora.

Com os melhores cumprimentos

(assinatura – vide o original)

A

Instruendo das forças de segurança n.º 420”

- E continuou a escrever:

“Após o acontecimento, eu, instruendo n.º 420, reconheço que eu tinha vício e erros após uma reflexão de vários dias. Como agente do corpo das forças de segurança, devo assumir a responsabilidade e melhorar a minha atitude, sinto-me profundamente arrependido. Por isso, solicito ao Secretário para a Segurança e aos chefes para dar me uma oportunidade para corrigir os erros cometidos.

Durante o curso, aprendo não só a disciplina, mas também a importância dos meus familiares. Eu estou com grande anseio pelo desempenho da futura função de agente das forças de segurança, desejando que possa concluir o curso no período previsto com os meus colegas. No futuro, eu tenho que estudar com modéstia e sinceridade, melhorando a minha atitude, contribuindo para a sociedade, nunca voltarei a efectuar

nenhum acto que prejudique o nome do Corpo das Forças de Segurança, muito obrigado.

(assinatura - vide o original)

A

Instruendo das forças de segurança n.º 420

29 de Outubro de 2003”

- E por sua vez, escreveu a professora:

“Exmo Senhor oficial-instrutor

A 4ª brigada tem um grande progresso nesta semana, encontram-se raramente alunos que dormem nas aulas, os alunos são estudiosos e, com a ajuda do chefe da turma, esta brigada tem grande progresso, destaca-se o instruendo n.º 420, ele tem boa atitude, por isso, solicita-se a V. Exa. Dar entusiasmo ao instruendo em causa.

(assinatura - vide o original)

Lau Ut Lin

Professora do Mandarin

29 de Outubro de 2003”

- O acto recorrido tem o seguinte teor:

“Despacho n.º 72/SS/2003

Assunto: Demissão de um instruendo que não respeita a uma professora

Interessado: Instruendo n.º 420/2003, A

Anexo: Informação/Proposta da Escola Superior das Forças
de Segurança n.º 1746/2003 e 1805/2003

Em relação ao assunto referenciado em epígrafe, após a audiência escrita, não se verifica nenhum elemento que me conduz a realização de modificação da decisão final relativa ao interessado.

Aliás, na audiência escrita do interessado, o mesmo confessou o facto de que ele tinha blasfemado contra a professora. Acto esse deprecia realmente a educação e a moralidade do instruendo A. Para a Administração, não é possível tolerar este acto vil. Apesar de o interessado ter manifestado o seu arrependimento, não foi possível alterar a minha decisão de demissão do mesmo instruendo.

Neste termo, com base no meu despacho n.º 69/SS/2003 de 27 de Outubro e nos termos do artigo 6º, alínea 3 da Lei n.º 6/2002 e artigo 29º, n.º 1, alínea 3 do Regulamento Administrativo n.º 13/2002, decido demitir A, instruendo n.º 420/2003.

Para os devidos efeitos, o presente despacho entrará em vigor a partir do dia 3 de Novembro de 2003.

Notifique o interessado do presente despacho do qual cabe recurso, nos termos do Código de Processo Administrativo Contencioso, no prazo de 30 dias para o Tribunal de Segunda Instância da Região Administrativa Especial de Macau.

Aos 31 de Outubro de 2003, Gabinete do Secretário para a Segurança.

O Secretário para a Segurança
(assinatura – vide o original)

Cheong Kuoc Vá”

Conhecendo.

Vem A impugnar despacho do Secretário para a Segurança da RAEM de 31/10/03 que determinou a sua eliminação do curso de Formação de Instruendos das F.S.M., nos termos do artº 6º, nº 3 da Lei 6/2002 e do artº 29º, nº 1, al 3) do Regulamento Administrativo 13/2002, com o fundamento de que o acto recorrido enferma do vício de violação do princípio da proporcionalidade, por total desrazoabilidade e manifesto excesso no exercício de poderes discricionários.

Dispõem estes artigos que são aplicadas:

Artigo 6º da Lei 6/2002 (Eliminação do CFI)

“Mediante proposta fundamentada do dirigente sob cuja responsabilidade decorrer a instrução, o Secretário para a Segurança pode determinar a eliminação do instruendo que:

1) Se constitua em alguma das situações previstas no n.º 2 do artigo 229.º do EMFSM;¹

2) Não obtenha aproveitamento em qualquer fase do CFI;

3) Revele não possuir qualidades humanas e cívicas

¹ Artigo 229º (Pessoal em prestação do SST)

1. Ao pessoal em prestação do SST apenas são aplicáveis as penas de repreensão e multa.

2. Os elementos em prestação do SST que cometerem infracções a que, nos termos deste Estatuto, correspondam a pena de suspensão ou superior, ou que sejam punidos com penas cujo somatório exceda 20 dias de multa, são eliminados da fase de preparação.

indispensáveis ao serviço nas Forças de Segurança de Macau;

4) Falte à instrução, seguida ou interpoladamente, por tempo superior a 1/10 dos dias úteis de instrução, salvo se as faltas forem justificadas por doença ou falecimento de familiares e o dirigente responsável por aquela decidir que as mesmas não são impeditivas do prosseguimento de instrução.”

Artigo 29º do Regulamento Administrativo nº 13/2002

(Eliminação do CFI)

“1. Mediante proposta fundamentada do comandante da corporação ou director do organismo onde estiverem apresentados para efeitos de instrução ou estágio, o Secretário para a Segurança pode determinar a eliminação do instruendo que:

1) Se constitua em alguma das situações previstas no n.º 2 do artigo 229.º do EMFSM;

2) Não obtenha aproveitamento em algum dos períodos do CFI;

3) Revele não possuir qualidades humanas e cívicas indispensáveis ao serviço nas FSM;

4) Falte à instrução, seguida ou interpoladamente, por tempo superior a 1/10 dos dias úteis de instrução, salvo se as faltas forem justificadas por doença ou falecimento de familiares e o director ou comandante responsável pela respectiva fase decidir que as mesmas não são impeditivas do prosseguimento da instrução.

2. A entidade responsável pela fase de instrução respectiva deve providenciar a actualização das faltas junto da DSFSM, para

efeitos administrativos.”

Embora o recorrente não pôs em causa a veracidade dos factos que se serviam dos pressupostos da decisão de eliminação, a apreciação da questão da violação do princípio de proporcionalidade no exercício do poder discricionário pressupõe a apreciação da questão se se verifica o erro nos pressupostos de facto e de direito.

Como se sabe, um acto administrativo válido pressupõe satisfação dos seguintes requisitos:

- A determinação ou escolha dos pressupostos do acto. A indicação vinculada e discricionária dos pressupostos. As noções vagas e os conceitos técnicos.
- A ocorrência dos factos que constituem o pressuposto do acto administrativo.
- Os factos realmente ocorridos devem subsumir-se no pressuposto indicado na lei ou escolhido pelo órgão.²

A ilegalidade dos pressupostos gera o vício de violação de lei e esta ilegalidade é genericamente designada pela doutrina e jurisprudência como erro sobre os pressupostos, porque, em regra, a ilegalidade deriva de o órgão administrativo julgar erroneamente que existem os pressupostos.

Considera-se que, em geral, há violação de lei por ilegalidade dos

² Mário Esteves de Oliveira, Direito Administrativo, Vol. I, Lisboa, 1980, pp. 443 a 448.

pressupostos nas seguintes situações:³

a) Se os pressupostos do acto estão fixados vinculativamente poderemos ter:

1 - um erro sobre os pressupostos, se o órgão administrativo julga que o pressuposto do seu acto é um, quando a lei indica efectivamente outro (*como no caso em que sanciona A porque faltou ao serviço quando o pressuposto legal daquela sanção é a desobediência*);

2 - um erro de facto sobre os pressupostos, se o órgão administrativo dá como ocorridos factos que realmente não ocorreram (*como no caso em que sanciona A porque faltou e verifica-se que A não faltou*);

3 - Um erro de direito sobre os pressupostos, se o órgão dá como subsumíveis no pressuposto legalmente definido, factos que ocorreram, mas que não são susceptíveis dessa qualificação jurídica ou técnica (*como no caso em que sanciona A porque faltou e a justificação apresentada não é suficiente quando o atestado médico apresentado por A deve qualificar-se como a justificação suficiente exigida por lei*).

b) Se os pressupostos são de escolha discricionária, poderemos ter:

1 - um erro de facto sobre os pressupostos, e portanto, violação de lei, se o órgão dá como verificados factos que realmente não ocorreram;

2 - um erro de direito sobre os pressupostos, se o órgão, tendo-se vinculado a um conceito jurídico ou técnico ao escolher o pressuposto, dá como subsumíveis no conceito escolhido factos que não são

³ Mário Esteves de Oliveira, Direito Administrativo, Vol. I, Lisboa, 1980, pp. 565 a 566.

qualificáveis como tal.

Nestas modalidades dos erros nos pressupostos (de facto e de direito), a doutrina e a jurisprudência tem entendido que o erro nos pressupostos só é relevante no plano da actividade discricionária.⁴

E neste Tribunal de Segunda Instância também tem consignado nos vários acórdãos que o erro nos pressupostos de facto reconduz-se à mera violação de lei nos actos vinculados mas assume autonomia se o acto é discricionário, ou seja, o mesmo (o erro) só releva no plano da actividade discricionária, com esse *nomen juris*. Se não, haverá violação de lei, como vício exclusivo dos momentos vinculados do acto administrativo.⁵

Em caso concreto, o ora recorrente foi eliminado nos termos do artigo 6º nº 3 da Lei nº 6/2002 e artigo 29º nº 2 do Regulamento Administrativo nº 13/2002 que reporta por revelar não possuir qualidades humanas e cívicas indispensáveis ao serviço nas Forças de Segurança de Macau.

O que a lei pretende é que, por um lado, deixa um poder discricionário na consignação factos pertinentes e relevantes para a decisão, por outro lado, faz vincular o órgão administrativo pela

⁴ J. Cândido de Pinho, Manual Elementar de Direito Administrativo, Centro de Formação de Magistrados, 1996, p. 109.

⁵ Neste sentido, entre outros, os Acórdãos deste T.S.I. de 27 de Janeiro de 2000 do processo nº 1176, de 17 de Maio de 2001 do Processo nº 205/2000.

aplicação do disposto legal, com a devida conclusão demonstradora da falta das “qualidades humanas e cívicas indispensáveis ao serviço nas Forças de Segurança da região”.

Escreveu-se no acto recorrido, “... na audiência escrita do interessado, o mesmo confessou o facto de que ele tinha blasfemado contra a professora. Acto esse deprecia realmente a educação e a moralidade do instruendo A. Para a Administração, não é possível tolerar este acto vil. Apesar de o interessado ter manifestado o seu arrependimento, não foi possível alterar a minha decisão de demissão do mesmo instruendo.”

Dos autos resulta constatar que, nomeadamente da comunicação elaborada pela própria professora, perante a resposta do recorrente justificando ter entregue a folha em branco no teste por não perceber o ditado em mandarim, ela lhe perguntou se ele tinha problema na cabeça (*significa que se está mentalmente atrasado*), ao que o recorrente terá reagido com a palavra “maluca”, batendo com os livros e ralhando com ela.

Perante tal facto, podendo-se embora concluir que a atitude do recorrente tivesse, de algum modo, sido provocado pela palavra vexadora da professora, até por que esta foi proferida na presença dos colegas, não podemos deixar de afirmar a alto grau da censurabilidade do seu comportamento, enquanto era instruendo nas Forças de Segurança, um instituto militarizado.

Sabemos que o Curso de Formação de Instruendos se destina,

como afirma o artigo 1º da Lei nº 6/2002, à preparação básica, nas vertentes técnica e cívica, de pessoal militarizado para o ingresso nos quadros de pessoal das corporações das Forças de Segurança da Região e que estava o instruendo na corporação de Forças de Segurança, onde a disciplina é palavra de ordem.

Aí, exige uma disciplina mais rigorosa, nomeadamente na formação da personalidade e a qualidades humanas e cívicas dos instruendos, para que qualquer um dos instruendo, após graduado, possam ser um bom exemplo, física e moralmente, perante a sociedade e demonstrar a sua capacidade de exercer as funções que lhe são confiadas na protecção dos direitos e interesses dos cidadãos.

É uma exigência essencial e indispensável que um instruendo se mantém um comportamento correcto, sem qualquer deficiência, se não, como é que ele pode, depois, comportar-se perante um cidadão na comunidade em que se encontraria, com certeza, situações piores?

A conduta do recorrente demonstra manifestamente uma falta da qualidade humana e cívica indispensável ao serviço nas Forças de Segurança, e assim, verifica-se a situação prevista no nº 3 do artigo 6º da Lei nº 6/2002 e no artigo 29º do Regulamento Administrativo nº 13/2002.

Nestes termos, afigura-se ser uma correcta aplicação da lei, e pena aplicada ser proporcionada.

Mesmo que se considera ser exagerada a pena, pode sempre aplicar o artigo 6º nº 1 da Lei 6/2002 e a al. 1) do nº 1 do artigo 29º do

Regulamento Administrativo nº 13/2002, conjugando o artigo 229º do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança, pois a conduta do recorrente é subsumível ao artigo 238º nº 1 al a) do EMFSM.

Assim sendo, é de manter-se o acto recorrido.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em negar provimento ao recurso, mantendo o acto recorrido nos termos acima consignados.

Custas pelo recorrente, sem prejuízo do benefício do apoio judiciário do recorrente.

Atribui à Ilustre Advogada Estagiária a remuneração em MOP\$1500,00.

Macau, RAE, aos 14 de Dezembro de 2004

Choi Mou Pan (Relator)

João A. G. Gil de Oliveira

Lai Kin Hong