

Processo n.º 39/2018

(Autos de recurso contencioso)

Relator: Fong Man Chong

Data: 04/Julho/2019

Assuntos:

- Deficiência de factos constantes da acusação disciplinar
- Nenhum facto alegado e provado subsumível no conceito de *negligência grave* para aplicar o instituto de suspensão de funções (por um período de 80 dias)

SUMÁRIO:

I - A decisão punitiva tem que se basear em factos e provas que possibilitem formular, segundo o princípio da livre apreciação da prova e das regras da experiência comum, um juízo de certeza razoável de que o arguido praticou efectivamente os factos que lhe são imputados. Portanto, a responsabilidade disciplinar administrativa assenta na ideia de que o facto há-de corresponder a uma acção culposa e ilícita, cabendo ao ente disciplinar fazer prova dos factos que integram o ilícito disciplinar

II - A Entidade Recorrida imputa ao Recorrente a violação de 3 deveres profissionais, mas verdadeiramente este violou apenas 2 deveres, então há repercussões na determinação e graduação de sanções! Pois, a gravidade não tem o mesmo peso que a Entidade Recorrida pensava!

III – Nestes termos, há erro na apreciação dos factos e este erro causa erro na

aplicação de direito, porque não há factos suficiente para convocar as normas jurídicas que a Entidade Recorrida aplicou no que toca à alegada violação do dever de obediência! O que é suficiente para imputar o vício da ilegalidade à decisão posta em causa.

IV – Por outro lado, o artigo 236º (**Suspensão de 26 a 120 dias**) do mesmo EMFSM estipula que “a pena de suspensão de 26 a 120 dias é aplicável em caso de negligência grave ou de acentuado desinteresse pelo cumprimento dos deveres profissionais, no caso, não se encontra nenhum facto na acusação disciplinar que demonstre o preenchimento da negligência grave (e não negligência simples) ou acentuado desinteresse pelo cumprimento de dever profissional por parte do Recorrente. Eis mais um aspecto da insuficiência de factos para realizar a imputação nos termos descritos na acusação disciplinar. O que é bastante para anular a decisão recorrida.

O Relator,

Fong Man Chong

Processo n.º 39/2018

(Autos de recurso contencioso)

Data : 04/Julho/2019

Recorrente : B (B)

Entidade Recorrida : Secretário para a Segurança

*

ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA RAEM:

I – RELATÓRIO

B (B), Recorrente, devidamente identificado nos autos, discordando do despacho do Secretário para a Segurança, datado de 05/12/2017, que lhe aplicou a sanção disciplinar de suspensão de funções por 80 dias, veio, em 11/01/2018, interpor o presente recurso contencioso para este TSI, com os fundamentos constantes de fls. 2 a 27, tendo formulado as seguintes conclusões:

(1) 本司法上訴是針對保安司司長於 2017 年 12 月 5 日作出之第 112/SS/2017 號批示，當中包括兩個決定，分別是：1) 駁回上訴人針對副海關關長於 2017 年 11 月 24 日作出不批准上訴人對第 791/DIF/2017 號報告再次澄清及補充證據措施提起的訴願；及 2) 駁回上訴人針對副海關關長於 2017 年 11 月 22 日作出科處上訴人 80 日停職處分提起的訴願。

(2) 本司法上訴是以被上訴行政行為沾染以下瑕疵而提起：i) 因違反第 66/94/M 號法令《軍事化人員通則通則》第 262 條第 1 款之規定而無效；ii) 事實認定錯誤；iii) 欠缺理由說明；及 iv) 違反適度及適當原則。

(3) 關於被上訴行為的第 1)項決定，對於被上訴實體一方面作出不批准上訴人針對上述報告內容存有含糊不清、自相矛盾及不準確之處再次聲稱進行補充調查措施，但與此同時卻在被上訴行政行為

中直接引用該等有問題的報告內容，並構成被上訴行為主要的理由說明部份，故該報告對本案明顯具有決定性，應屬於查明真相的主要措施，故根據《通則》第 262 條第 1 款之規定被上訴之行政行為無效，且不得補正。

(4) 關於被上訴行為的第 2)項決定(科處 80 日停職處分)，由程序開始之初，上訴人已多次明確表明從未作出將國旗倒轉懸掛之行為，並一直盡力從多方面申請搜集證據；且綜觀整個卷宗內的文件及資料，均未能證實上訴人曾作出倒轉懸掛國旗之行為，從而未能支持作出處分的被上訴行為。

(5) 第一、違反調查原則，被上訴之實體沒有採取充份的證據調查措施，以致未能克服本案中種種合理疑問，尤其是沒有採納上訴人針對第 791/DIF/2017 號報告內容中含糊不清的內容提出的補充調查措施、亦沒有針對因證人聲稱的拍攝方式與 IPHONE 電話的相片檔案命名方式不符而採取適當的調查措施、特別是沒有向聲稱發生本案當天透過路環碼頭入境的人士作出詢問等，故被上訴實體已違反《通則》第 258 條第 1 款之規定。

(6) 第二、聲稱發生事件當天，上級的指令及安排存有不當，首先，根據《中華人民共和國國旗法》、第 5/1999 號法律及第 3/1999 號行政法規、第 14/2013 號行政法規第 4 條第 1 款第(八)項及第 21/2001 號行政法規第 15 條之規定得出，在路環碼頭的旗杆並不屬於海關轄下的設施，應由海事及水務局自行管理，故不屬海關管理，亦不屬上訴人的工作範圍。

(7) 即使假設在超出上訴人的工作範圍的情況下，仍然認為上訴人需要服從上級的指令，但當天上級的安排明顯存有不當之處，一方面，根據第 22/2003 號行政法規《敬禮及禮儀規章》第 1 條第 1 款第(二)項、第 41 條及第 42 條之規定，基於國旗具有優先地位，升降國旗儀式的莊嚴性絕對不能低於升降區旗的儀式，故澳門海關在進行國旗升降工作時至少應符合第 22/2003 號行政法規第 42 條所規定的方式，在平常日子中，有關禮儀應在值勤官主持下，由一武裝隊伍執行，以表達對國家的尊重。

(8) 其次，在聲稱發生國旗倒掛事件的當日，按照上級的指示當天路環海關站早更僅安排合共 2 名海關人員當值負責處理整個路環海關站所有的事務，並由當中一人負責懸掛國旗，且沒有任何人員被派駐看守路環碼頭。

(9) 因而，在聲稱發生國旗倒掛時，倘若能夠按照法律規定的方式進行升降國旗儀式及作出人手上的適當安排，不但可以更有效地知悉升旗當時的情況，亦能進一步保障上訴人的辯護權，這樣至少不會使上訴人陷於難以證明其清白的局面-唯一足以反映事實真相的監控錄像亦因期限屆滿已無法提取。

(10) 第三、更重要的是，被上訴實體在作出自由心證評定證據時明顯違反一般經驗法則，在本案中，倘若未能查明在路環碼頭發生的國旗倒掛的確切日期，使到實際作出被指控事實之人員沒有被處分，勢必對上訴人造成不公平，亦無助於維護國家的尊嚴！

(11) 關於涉案相片的拍攝日期及時間，雖然，涉案兩張相片的 EXIF 屬性的資訊及在手提電話內的檔案建立日期均顯示為 2017 年 4 月 21 日，但相片記錄的日期時間並不同於涉案兩張相片的實際拍攝日期時間。

(12) 對此，基於無法證實涉案相片記錄的日期時間是否實際的拍攝日期時間、且第

791/DIF/2017 號報告明確指出相片的 EXIF 屬性資料所記錄的拍攝日期時間及相片檔案在流動電話中的檔案建立日期時間是根據流動話於拍攝相片時所顯示的日期時間而設定的，同時亦肯定了確實有可能發生相片記錄的日期時間與實際拍攝日期時間不一致的情況。

(13) 所以，只能肯定在路環碼頭曾經發生國旗被倒轉懸掛的事實，故除了證人 C 的證言外，沒有任何其他客觀的證據顯示國旗倒掛發生在 2017 年 4 月 21 日。

(14) 關於證人證言方面，首先，對於證人 C 發佈照片的日期與聲稱發生被指控的事實相距超過 70 多天，按照一般經驗法則及證人的聲明，有理由相信證人 C 是基於儲存在其手機內的相片所顯示的日期而認為案發日期是 2017 年 4 月 21 日。

(15) 值得一提的是，在涉案相片發佈後，司法警察局隨即開立第 I.S.2086/2017 號卷宗以調查是否存有刑事犯罪跡象，而證人 C 亦因涉嫌上述案件而被調查。所以，在證人 C 本身亦須面對司法警察局刑事犯罪跡象調查時，其所作的聲明疑點重重，不應該被採信。

(16) 其次，證人 C 補充聲稱當時只見到 1 個人在路環碼頭、路環海關站及相連的大遍空地，但根據海上監察廳的公函所顯示當天 07H50 至 08H30 時段的入境人數為 45 人，由此可見，證人 C 的證言明顯與當時的客觀統計數據不吻合。

(17) 結合證人 C 之年紀、職業及背景，其表示不懂對 IPHONE 作簡單的手動調較操作，令人難以信服。

(18) 更重要的是，按照證人 C 聲稱的在 1 至 2 秒內不是連拍及僅共拍照 2 張照片的此一拍攝過程及載於卷宗第 46 頁第 462/DIF/2017 號報告中所顯示涉案兩張相片檔案名稱(即 IMG_9308 及 IMG_9317)之間卻有 8 個編號差距，明顯與 IPHONE 手提電話的正常相片檔案命名方式不符。

(19) 出現上指不吻合的情況只有兩種可能性，要麼證人 C 的證言不可信，要麼證人用作拍攝涉案相片的手提電話的設置存有誤差！

(20) 倘若證人所言屬實(純粹假設)，唯一能夠解釋的是：在拍攝前，證人 C 當時所使用的 IPHONE 手提電話的日期時間與實際日期時間不符！

(21) 由於 IPHONE 智能電話屬於電子設備，鑒於證人 C 不時外出旅遊，期間有使用拍攝涉案的相片的手提電話，而電子系統的設置及運作亦會受多方面因素影響。

(22) 所以，假設認為證人的證言屬實的情況下，證人 C 的手機設置當時極有可能存有誤差，而證人並沒有發現，致使證人 C 有可能錯誤地認定事發日期。

(23) 此外，即使假設國旗倒掛事件發生在 2017 年 4 月 21 日當天(純粹假設)，但是並不能必然得出走上訴人所為。

(24) 首先，證人 C 聲稱之案發時間並不是上訴人當日升旗的當刻時間。

(25) 每天早上 7 時 45 分至 8 時 30 分的期間為路環碼頭的客流高峰，而旅客及居民經常出入，且在事發期間路環碼頭正值客流高峰期，在只有 2 名當值海關人員工作並結合路環海關站與路環碼頭的地理環境的情況下，上訴人根本沒有空閒亦不可能同時顧及海事及水務局設於路環碼頭的國旗是否有人接近。

(26) 由此可見，於 2017 年 4 月 21 日當天，恰恰在沒有人員看守路環碼頭的情況，任何人士均能輕而易舉避開路環海關站當值的人員的視線且在極短時間內觸碰設於路環碼頭的旗杆及移動國旗，將原本正確展示的國旗倒轉懸掛。

(27) 事實上，倘若有人欲將已正確懸掛的國旗旗幟調轉，只需要不到 5 分鐘的時間便可以完成倒轉國旗旗幟的整個動作，熟習操作的人士需要的時間更是極短。

(28) 因此，因人為因素(不論是惡作劇或貪玩，抑或是其他不明目的)而引致國旗被倒掛的可能性是確實存在的。

(29) 再者，上訴人在路環海關站值班期間均會仔細檢查及禁止橫琴居民或入境人士所攜帶違禁物品而被他們埋怨或指責；然而，對於其他人為因素尤其是他人製造此等惡作劇想達的目的及其出於何種動機，並非上訴人所能證實或估計的。

(30) 眾所周知，國旗被倒轉懸掛是一件十分明顯及極其容易被他人發現的事，即使假設上訴人於 2017 年 4 月 21 日作出被指控之事實(純粹假設)，但直至現時，除了證人 C 一人外，在客流高峰期間並沒有其他人察覺到此等大事，這明顯不合常理。

(31) 除非，國旗在極之短的時間內被其他人倒掛再復原，否則絕不可能只有一人發現，而至今並沒有任何其他人士表示有發現到，不論是從網上、報道、坊間、政府部門的消息(參見卷宗第 117 頁及 118 頁)。

(32) 在本案中，基於證人 C 的證言與卷宗內客觀證據不符，尤其是經比較涉案兩張相片的檔案名稱與 IPHONE 電話的相片檔案命令順序及設置方式、海上監察廳的統計數據等，所以，對於被上訴實體僅以證人 C 的證言及涉案兩張相片而認定上訴人作出被指控的事實明顯違反一般經驗法則。

(33) 另一方面，由於被上訴之行為並未能證實涉案相片所記錄的日期時間與實際拍攝的日期時間一致，且亦未能合理排除國旗被倒轉懸掛可能出於第三人的因素，因而，被上訴之行為欠缺必要及充份的證據支持！

(34) 相反，根據當天值班的同事以及其他人士的聲明，以及治安警察局的公函回覆，所有人均指出當天未發現國旗被倒掛。

(35) 另一方面，與上訴人共事之同事評價上訴人為隨和友善，工作態度認真，負責及願意幫助同事，而且，在執行職務時工作態度認真及細心，對工作熱誠、盡忠職守，尤其於 2016 年 2 月 3 日被授予功績假期及於 2016 年 11 月 14 日被予以嘉獎。

(36) 上訴人於 1994 年 6 月 22 日擔任公職，至今已逾 23 年，一直盡忠職守，至今已累積了 10 多年的工作經驗，且從沒有出錯使國旗倒轉懸掛，故懸掛國旗的工作對上訴人而言已得心應手、十分熟練。

(37) 再加上，在案發時，海事及水務局對路環碼頭的國旗及區旗的旗繩經改良後的操作方式對於有多年升降國旗經驗的、且按相同程序升起路環碼頭的國旗、區旗及關旗的上訴人而言更不可能出現錯誤。

(38) 因而，對於被上訴實體在沒有任何客觀證據證實涉案相片的實際拍攝日期時間、沒有充分考慮本案的所有情節、尤其沒有考慮證人 C 本人曾因刑事犯罪跡象被調查，有關證言對其本人而言亦切身相關、及亦未能克服證人證言的所有疑點的情況下，單純採納證人 C 的證言，並認定上訴人於 2017 年 4 月 21 日執行國旗懸掛工作時作出被指控之事實，明顯欠缺必要及充分的證據！

(39) 鑒於被上訴實體在作出被上訴之行為時違反無罪推定及疑罪從無原則，被上訴實體錯誤認定上訴人作出被指控之事實。

(40) 關於欠缺理由說明，基於被上訴之行為的主要及大部份的依據為直接引用司法警察局所作的第 791/DIF/2017 號報告內容及結論，但是該報告內容存有含糊不清、矛盾及不準確之處，且部份結論亦沒有提供客觀證據支持及理由說明。

(41) 因而，被上訴實體一方面承認司法警察局無法證實涉案相片記錄的拍攝日期時間是否實際的拍攝日期，但另一方面又直接引用上述報告內容中不符合邏輯及未經說明理由的結論作為被上訴行為的依據，該理由說明並不連貫及自相矛盾。

(42) 其次，被上訴實體在說明理由時並沒有針對上訴人在訴願中尤其提出證人 C 證言的可信性及證人手提電話當時有可能存有誤差的主張作出分析及解釋，故理由說明明顯並不充分，等同於欠缺理由說明。

(43) 被上訴實體在理由說明部份更引用了不屬法定證據方法的卷宗第 193 頁之記錄。

(44) 而且，對於證人 C 所聲稱之拍攝時間並非上訴人執行升掛國旗工作之時，但仍然由此而認定上訴人於 2017 年 4 月 21 日早上在路環碼頭進行懸掛時錯誤地將國旗倒轉，對此，被上訴之行為沒有給予合理說明！

(45) 最後，對於被上訴實體作出維持科處上訴人 80 日停職處分的決定亦沒有給予合理說明，當中尤其沒有考慮聲稱發生事件當天上級的指令及安排不適當、沒有解釋為何本案所造成的嚴重性比 2017 年 7 月 3 日之同類事件為輕但卻科處較之為重的處分！

(46) 因而，被上訴行政行為因違反欠缺理由說明義務而應根據《行政程序法典》第 124 條予以撤銷。

(47) 倘若法庭不接納時，為看謹慎訴訟之目的，被上訴之行為對上訴人科處 80 日停職處分的決定明顯違反適當及適度原則。

(48) 將本案與 2017 年 7 月 3 日發生的另一起同類事件相比較，尤其對於國旗被倒轉懸掛的時間、造成的即時社會迴響，本案的嚴重性明顯比 2017 年 7 月 3 日為輕。

(49) 對於在 2017 年 7 月 3 日發生的國旗倒掛事件，據澳門日報報導“根據調查結果，兩名涉及本年 7 月不當懸掛國旗事件的海關人員已被科處罰款”，但被上訴實體卻對上訴人科處 80 日的停職處分。

(50) 由此可見，被上訴的行政行為因明顯違反適當及適度原則而應根據《行政程序法典》第 124 條予以撤銷。

* * *

Citada a Entidade Recorrida, o Senhor Secretário para a Segurança veio contestar o recurso com os fundamentos constantes de fls. 43 a 54, tendo formulado as seguintes conclusões:

1) 在被上訴所針對的保安司司長批示中，已清楚說明對有關事實的認定是綜合證人 C 的證言及其當時拍攝的兩片照片而作出。

2) 根據相關的紀律卷宗資料，證人 C 向預審員聲明於 2017 年 4 月 21 日早上，在路環碼頭見到國旗倒掛的情況，並以其手提電話拍攝了兩張相片。

3) 根據司法警察局第 462/DIF/2017 號報告內容，未發現上述兩張相片被人為偽造的跡象。

4) 根據第 462/DIF/2017 號報告，上述兩張相片的拍攝日期及時間為 2017 年 4 月 21 日 8 時 26 分，拍攝地點為本澳路環碼頭東邊附近。

5) 在有關的紀律程序卷宗內已查明，上訴人於 2017 年 4 月 21 日早上負責路環碼頭的懸掛國旗工作。

6) 上訴人提出多項假設，質疑上述兩張相片顯示的拍攝日期及時間不準確，但並沒有提出任何實質證據。

7) 雖然上訴人沒有提出任何實質證據，保安司司長仍命令盡量查明上述兩張相片的拍攝日期及時間是否真確。

8) 此後，司法警察局製作了第 791/DIF/2017 號報告，作為對該局第 462/DIF/2017 號報告的補充。

9) 上訴人指稱司法警察局第 791/DIF/2017 號報告的內容含糊不清、自相矛盾及有不準確之處。

10) 首先，在上訴狀的第 17 點：“接着，該報告亦指出確實存有相片記錄的日期時間與實際拍攝的日期時間不吻合的情況.....”。

11) 經查閱第 791/DIF/2017 號報告，該報告並沒有相關內容。

12) 不存在上訴狀第 18 點所指的含義明顯含糊不清並自相矛盾，只需對司法警察局第 462/DIF/2017 號報告及第 791/DIF/2017 號報告作正常的閱讀理解，便能明白第 791/DIF/2017 號報告第 1 點中所說的“進一步證實 EXIF 屬性的真確性”，是對第 462/DIF/2017 號報告的內容(尤其是 1.4)的補充，是指證實 EXIF 沒有經過修改。

13) 而且，在第 791/DIF/2017 號報告的第 2 點中已清楚表明，兩張相片的 EXIF 屬性資料中所記錄的拍攝日期時間，以及相片檔案在流動電話中的檔案建立日期時間是根據流動電話於拍攝相片時所顯示的日期時間而設定的。

14) 同時，第 791/DIF/2017 號報告的第 3 點中已清楚表明，按目前的鑑定技術，不能追溯證人 C 的手提電話在拍攝相片當時所顯示的日期時間，是否與實際的日期時間相符。

15) 報告內容的含義清晰，並無任何矛盾之處。

16) 關於上訴狀第十九點及第二十點所指的報告不準確之處，該報告從來沒有排除有關的可能性。事實上，只要正常閱讀理解報告的第 2 點內容，便可得知有關情況屬有可能發生。

17) 而且，報告是否有明確指出該情況，並無任何重要性。

18) 關於上訴狀第二十二點提出的質疑，通過對司法警察局第 791/DIF/2017 號報告的第 1 點最後部份，以及第 2 點的最後部份作正常的閱讀理解，便能明白司法警察局人員是指 2017 年 7 月 5 日作出檢驗時該流動電話的日期時間設定與實際日期時間一致，沒有被改動。

19) 綜上所述，有關的報告的內容沒有含糊不清、自相矛盾及不準確之處。

20) 故此，沒有要求司法警察局再次澄清及補充的需要。

21) 被上訴的行為沒有違反《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 262 條第 1 款的規定。

22) 正如上訴人所提及，在相關的紀律程序中，已作出了多項調查措施。

23) 被上訴的行為是根據調查所得的證據，按照一般經驗合理地認定有關事實，沒有違反《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 258 條第 1 款的規定。

24) 上訴人指其上級的指示及工作安排不當。

25) 卷宗內已查明路環碼頭的旗幟升降工作由當值的海關關員負責。

26) 事實上，工作人員只需在懸掛旗幟的過程中加以注意，並在懸掛旗幟後進行確認，便能避免有關情況發生。

27) 因此，有關的工作安排是否恰當，並不能成為阻卻或減輕其罪過的情節。

28) 上訴人指保安司司長的自由心證明顯違反經驗法則。

29) 如上所述，上訴人質疑有關相片的假設並無法得到證明。

30) 既然如此，沒有任何理由質疑兩張相片的證明力。

31) 上訴人質疑證人 C 的證言。

32) 同樣，上訴人提出的多項假設並沒有任何實質證據支持。

33) 即使 C 曾被司法警察局調查，但未見會影響其所作出證言的可信性。

34) 沒有發現可能令 C 作出不實證言的理由。

35) 此外，亦無發現 C 的證言有任何矛盾、可疑之處。

36) 海關海上監察廳的入境人數記錄顯示的並非具體的入境時間，而根據 C 所述，其當天在路環碼頭逗留的時間不長，故兩者並不存在矛盾。

37) 上訴人尚提出一項假設：在上訴人懸掛正確國旗後，另有人將國旗倒掛。

38) 上訴人的假設同樣欠缺實質證據證明。

39) 在路環碼頭附近設有錄像監控系統，且監控範圍包括路環碼頭的旗桿。雖然有關的錄像監控片段沒有被保留，但上述系統有當值的系統操作人員負責進行監察。倘若確曾有人將已正確懸掛的國旗降下，再將國旗倒掛，有關過程需時，且相當引人注意，錄像監控系統操作人員應能發現有關情況。

40) 此外，上訴狀第 136 點指根據當天值班的 10 名同事的聲明，所有人均指出當天未發現國

旗被倒掛。

- 41) 然而，上訴狀第 136 點的內容並不準確。
- 42) 根據卷宗所載資料，路環九澳海關站分為九澳海關站及路環海關站。
- 43) 九澳海關站與路環海關站在地理位置上並不接近，而路環碼頭則在路環海關站附近。
- 44) 在上指的 10 名關員中，D、E、F、G 4 名關員聲明於事發當日並不曾前往路環碼頭。
- 45) 根據卷宗所載資料，沒有資料顯示 H、I 及 J 3 名關員於事發當日曾身處路環碼頭。
- 46) 此外，K、L 於事發當日雖然在路環碼頭工作，但其上班時間分別為當天下午 4 時及 6 時。
- 47) 實際上，在上指的 10 名關員中，只有一等關員 M 於 2017 年 4 月 21 日早上曾經身處路環

碼頭

48) 上訴狀第 141 點所指的改良，根據卷宗第 66 頁至第 69 頁所載的內容，是於 2017 年 7 月 7 日才出現的。

49) 從卷宗第 114 頁及第 115 頁所載的相片可見，被倒掛的國旗沒有升至最頂部，與卷宗第 6 頁，以及卷宗第 66 頁至第 69 頁所載的內容吻合。

50) 在上訴所針對的批示中已詳細地說明了作出有關認定的依據，雖然上訴人不認同有關理由，但這不代表不充分。

51) 此外，紀律處分的酌科是按具體個案的情節而作出，即使是性質近似的個案，亦會存在不同的情節，影響到有關處分的酌科。

52) 向上訴人科處的處分是根據紀律程序中存在的情節而依法科處。

53) 因此，沒有需要，亦不適宜參考其他的紀律程序的具體處分酌科。

* * *

O Digno. Magistrado do Ministério Público junto do TSI emitiu o seguinte douto parecer (fls. 300 a 303):

Objecto do presente recurso contencioso é o despacho de 5 de Dezembro de 2017, da autoria do Exm.º Secretário para a Segurança, que negou provimento a dois recursos hierárquicos interpostos por **B**, nos quais este punha em causa as decisões do Exm.º Subdirector-geral dos Serviços de Alfândega, de 22 e de 24 de Novembro de 2017, através das quais, respectivamente, lhe fora aplicada a pena disciplinar de 80 dias de suspensão e indeferido pedido visando esclarecimento e produção de prova suplementar no processo

disciplinar.

O recorrente imputa ao acto os diversos vícios que aflora na sua petição de recurso, sintetizados da seguinte forma: preterição de diligências instrutórias essenciais para a descoberta da verdade, o que, ao nível do procedimento disciplinar, substancia a nulidade insuprível prevista no artigo 262.º, n.º 1, do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau (EMFSM); erro na apreciação dos factos; falta de fundamentação; e violação dos princípios da adequação e da proporcionalidade.

Vejamos, abordando de imediato a arguida nulidade procedimental.

Nos termos do artigo 262.º, n.º 1, do EMFSM, *é insuprível a nulidade ... que resulte de omissão de quaisquer diligências essenciais para a descoberta da verdade*. O recorrente entende que o indeferimento do esclarecimento por si requerido, bem como a produção de prova adicional, também por si requerida, a propósito da perícia e explicação anteriormente efectuadas pela Polícia Judiciária, integra aquela nulidade insuprível, pois inviabiliza o esclarecimento total sobre a genuinidade das fotografias com base nas quais foi punido.

Como o despacho recorrido ponderou, louvando-se nas explicações oportunamente fornecidas pela Polícia Judiciária, não foram encontrados indícios de que as fotografias hajam sido forjadas ou que tivessem sido objecto de manipulação, de forma a adulterar a data e hora em que foram captadas as imagens que retratam, tal como não se mostrava viável providenciar outros esclarecimentos técnicos que pudessem suportar um juízo de certeza absoluta sobre a coincidência entre a realidade temporal em que foram captadas as imagens e os dados exibidos no telemóvel que as captou. Isso mesmo acabou por ser reafirmado pelo perito da Polícia Judiciária ouvido em inquirição contenciosa no tribunal, onde asseverou não existir qualquer hipótese verosímil de ter havido manipulação

relativa às fotos, e acrescentando que, se tivesse sido efectuada qualquer alteração de dados, sempre haveria indícios da alteração, o que não foi detectado. Por outro lado, e tal como o despacho recorrido também lembrou, a genuinidade das fotos e o *timing* da sua captação estão atestados testemunhalmente, por C, nenhuma razão havendo para pôr em xeque os seus depoimentos prestados no processo disciplinar e em inquirição contenciosa no tribunal.

Em suma, não foram omitidas diligências essenciais para a descoberta da verdade, pelo que soçobra este primeiro fundamento do recurso.

Em seguida, e sob a epígrafe de erro na apreciação dos factos, o recorrente começa por verberar aquilo a que chama insuficiência da investigação. A seu ver, teria sido violado o princípio do inquisitório, pois que não foram tomadas medidas suficientes de investigação, não foram esclarecidas as questões razoáveis no caso, não foram providenciados os esclarecimentos e a investigação suplementar que ele requereu, nem tão pouco foram inquiridas as pessoas que entraram na Região Administrativa Especial de Macau, através do porto de Coloane, naquele dia a que se reportam os factos.

Dizer que não foram tomadas medidas suficientes de investigação e que não foram esclarecidas questões razoáveis no caso, sem identificar as medidas em falta e as questões não esclarecidas, é manifestamente inócuo para assacar insuficiência de investigação ao procedimento e ao acto recorrido. Quanto aos esclarecimentos e investigação suplementar - aqueles que o recorrente tinha por essenciais para a descoberta da verdade e que, por isso, respaldavam a suscitada nulidade insuprível - já vimos supra que se tratava de diligências desnecessárias ao esclarecimento dos factos, pelo que a sua omissão também não configura a alegada violação do princípio do inquisitório. E quanto à não inquirição das pessoas que entraram, naquele dia, na Região Administrativa Especial de Macau, através do porto de Coloane, crê-se que nenhuma utilidade havia na sua audição. O que iria ser apurado

junto delas consistia em saber se tinham reparado na bandeira nacional e se esta se mostrava correctamente içada. Pois bem, o facto relativo à inversão da bandeira nacional, na data, hora e local considerados, ficou suficientemente demonstrado através das fotografias e da audição da testemunha C, pelo que outras diligências não se perfilavam necessárias para esclarecimento dessa matéria.

Improcede, por isso, a aventada insuficiência da investigação.

Questiona ainda o recorrente a adequação das ordens superiores relativas ao içar da bandeira. Entende, por um lado, que os respectivos mastros não são administrados pelos Serviços de Alfândega, pelo que não deveria ter recaído sobre si a tarefa de hastear e arriar a bandeira nacional; e assevera, por outro, que a cerimónia de hasteamento da bandeira nacional não observou, por falta de pessoal, as solenidades exigidas regulamentar e legalmente.

Independentemente do acerto ou desacerto desta alegação, não se vislumbra como possa a matéria ter interferido no acto administrativo sujeito a escrutínio e sua validade. O recorrente estava escalado para, entre outras, realizar a tarefa de hasteamento da bandeira e respondeu à convocatória, efectuando o serviço distribuído, e fazendo-o segundo as formalidades habituais. Não questionou a escala e as tarefas envolvidas, não pôs em causa as formalidades, nem invocou a ineptidão para o exercício daquela tarefa, pelo que era sua obrigação efectuar o trabalho de que foi incumbido e fazê-lo com eficiência, correcção e aprumo. Por isso, uma hipotética ilegalidade das ordens superiores no tocante a distribuição de serviço, além de não ser adequadamente causal da infracção apurada, em nada interfere com a validade do acto punitivo e do despacho recorrido que o confirmou. Também esta alegação se mostra inconsequente.

Depois, o recorrente põe em xeque o acerto da convicção formada pela entidade

recorrida, dizendo que se detecta violação das regras da experiência.

Não creio que tenha razão. O que se passa é que o recorrente faz uma leitura “desconfiada” e especulativa das provas, duvidando de tudo aquilo que não evidencie uma certeza irrefutável e invocando hipóteses não demonstradas nem demonstráveis. Por exemplo, o recorrente lança dúvidas sobre o depoimento de C porque este diz que apenas viu uma pessoa na ponte cais de Coloane no momento em que presenciou a bandeira hasteada de forma invertida, quando é certo que há um ofício no procedimento a dar conhecimento de que, entre as 7:50 horas e as 8:30 horas de 21 de Abril de 2017 passaram 45 pessoas pelo posto de migração. Pois bem, para o raciocínio do recorrente ter algum valor argumentativo era necessário que a testemunha tivesse estado a presenciar a bandeira e a ponte cais entre as 7:50 horas e as 8:30 horas e referenciasse o seu depoimento a tal período temporal. Mas apresentam-se evidentemente diversas as realidades com que lida a testemunha e o recorrente. A argumentação deste abrange um período de 40 minutos; o depoimento da testemunha circunscreve-se a um momento pontual de observação e de captação fotográfica, que pode raiar o instantâneo. Outro exemplo: o recorrente socorre-se de um hipotético erro na configuração do telefone para pôr em causa a data das fotografias. Mas trata-se de mera suposição do recorrente, que não passa de uma especulação de probabilidade, sem qualquer respaldo no processo, que obviamente não pode servir para pôr em causa a livre apreciação das provas efectuada pela entidade recorrida. Mais um último exemplo: a possibilidade, também hipotética, igualmente colocada pelo recorrente, de alguém, no curto espaço de tempo que mediou entre o içar da bandeira e a captação fotográfica desta, ter arriado a bandeira e ter voltado a hasteá-la, desta feita “de pernas para o ar”. Trata-se de mais uma hipótese meramente especulativa, que evidentemente não serve para pôr em xeque a apreciação das provas levada a cabo no procedimento, a partir da qual não resultam

afrontados os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*.

Improcede também este fundamento do recurso e, conseqüentemente, todos os vícios alegados a coberto do capítulo do erro na apreciação dos factos.

Segue-se o vício de forma por falta de fundamentação.

Nos termos do artigo 115.º do Código do Procedimento Administrativo, a fundamentação *deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas que constituem neste caso parte integrante do respectivo acto*, equivalendo à sua falta *a adopção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do acto*.

A partir deste inciso legal, a doutrina e a jurisprudência vêm apontando a relatividade do conceito e vincando que o que importa é que, perante o acto, um destinatário médio fique inteirado da motivação da decisão, das razões que levaram a Administração a decidir da forma como decidiu e não doutra. No caso vertente, afigura-se que o dever de fundamentação se mostra suficientemente cumprido, quer no plano factual, quer na vertente do direito, com suficiente e esclarecida explicitação dos factos, da sua relevância jurídico-disciplinar e das normas que justificam e demandam a pena aplicada, que o acto manteve, bem como dos motivos de não acolher as diligências complementares requeridas pelo recorrente. É o bastante. O mais que o recorrente pretendia ver versado em sede de fundamentação já não tem propriamente a ver com a falta/insuficiência da fundamentação como questão de forma, mas entra no mérito dos fundamentos. Ora, não é isso o que se exige e pretende acautelar com a fundamentação, a qual se cumpre desde que evidencie, como sucede e se viu, uma exposição das razões de facto e de direito que determinaram a prática

do acto, independentemente da correcção substancial dos fundamentos invocados.

Igualmente improcede este vício.

Finalmente, vem invocada a violação dos princípios da adequação e da proporcionalidade, insurgindo-se o recorrente contra a pena de suspensão que lhe foi aplicada por a reputar excessiva quando comparada com a pena de multa aplicada a dois outros militarizados por ocorrência semelhante.

Crê-se que, também aqui, lhe falece a razão.

Há, na verdade, similitude nos casos, mas estritamente circunscrita ao aspecto objectivo do hastear da bandeira nacional de forma invertida. Quanto às circunstâncias da ocorrência das infracções disciplinares e quanto às atenuantes a considerar e seu relevo detectam-se diferenças assinaláveis entre os dois casos, justificativas de diversas punições, pelo que a mera análise comparativa da veste externa dos dois casos não serve para alicerçar a violação daqueles princípios.

De resto, como o Tribunal de Última Instância tem vindo a decidir, a aplicação pela Administração de penas disciplinares, dentro das espécies e molduras legais, é, em princípio, insindicável contenciosamente, salvo nos casos de erro manifesto, notória injustiça ou violação dos princípios gerais do Direito Administrativo, o que, no caso, não se divisa ter sucedido - cf., v.g., acórdão de 28 de Julho de 2004, Processo 27/2003.

Improcede, assim, o vício de violação dos princípios da adequação e da proporcionalidade.

Termos em que, na improcedência dos invocados vícios, o nosso parecer vai no sentido do não provimento do recurso.

* * *

Foram colhidos os vistos legais.

Cumpre analisar e decidir.

* * *

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 excepções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

* * *

III – FACTOS

São os seguintes elementos, extraídos do processo principal e do processo administrativo com interesse para a decisão da causa:

- Contra o Recorrente foi instaurado um processo disciplinar, tendo sido elaborada a respectiva acusação com o seguinte teor:

(一)

根據路環九澳港海關站 2017 年 4 月 21 日工作輪值表，載明嫌疑人 B 於 2017 年 4 月 21 日在路環碼頭的值勤時間為早上七時至下午四時，而關員 L 的值勤時間為 4 月 21 日下午四時至 4 月 22 日凌晨一時。(卷宗第 10 頁)

(二)

根據工作安排，嫌疑人 B 負責在 2017 年 4 月 21 日早上 8 時在路環碼頭執行升掛國旗和區旗

的工作。(卷宗第 38 頁、第 51 頁、第 53 頁、第 54 頁和第 54 頁背頁)

(三)

根據證人 C 提供的聲明，在 2017 年 4 月 21 日早上 8 時許懸掛在路環碼頭上的國旗是倒轉的。

(卷宗第 63 頁)

(四)

經司法警察局作出的調查，證實存於 C 手機內於 2017 年 4 月 21 日早上 8 時許拍攝到在路環碼頭上倒轉懸掛國旗的兩張照片是真確的。(卷宗第 43 頁至第 48 頁)

(五)

經司法警察局作出的調查，證實 C 於 2017 年 7 月 4 日約 14 時 21 分在 FACEBOOK 上載了上述其中一張照片。(卷宗第 43 頁至第 48 頁)

(六)

上述事件被新聞媒體廣泛報道，對國家、特區政府和部門的聲譽、尊嚴和形象方面造成了損害。

(七)

在紀律調查中，嫌疑人 B 不承認在 2017 年 4 月 21 日早上在路環碼頭倒轉懸掛國旗的過失，並提出了三項反駁的理由。(卷宗第 54 頁和第 55 頁)

(八)

經進行必要的調查措施後，嫌疑人 B 所提出的辯解，都不足以推翻認定其倒轉懸掛國旗的事實，尤其在短時間內不可能有任何人觸碰國旗。(卷宗第 56 頁至第 63 頁、第 66 頁和第 70 頁)

(九)

嫌疑人上述的過失行為，明顯抵觸了第 5/1999 號法律《國旗、國徽及國歌的使用及保護》第三條的規定。

(十)

嫌疑人 B 上述的行為，確定違反了《通則》第六條第二款 a)項(服從義務)、第八條第一款(熱

心義務)、第十二條第二款 f)項(端莊義務)規定之義務。

(十一)

嫌疑人 B 的行為，沒有加重情節，適用《通則》第二百條第二款 b)項、f)項及 h)項規定的減輕情節。

(十二)

綜上所述，歸責予嫌疑人 B 作出的上述違紀行為，應根據《通則》第二百一十九條 d)項和第二百三十六條之規定，處以二十六日至一百二十日之停職處分。

Foi proferida a decisão punitiva pela entidade competente pela qual ao ora Recorrente foi aplicada a sanção de suspensão de funções por período de 80 dias.

- Discordando desta decisão junta da Entidade Recorrida foi interposto recurso hierárquico necessário, tendo a mesma proferido o seguinte despacho:

第 112/SS/2017 號批示

事由：訴願

訴願人：海關一等關員編號 6****，B

卷宗編號：海關紀律程序卷宗編號 21/2017-1.1-DIS

被訴願的行為：副海關關長不批准訴願人針對司法警察局第 791/DIF/2017 號報告再次作澄清及補

充的請求的批示；

副海關關長對訴願人科處 80 日停職處分的批示

訴願人就副海關關長下列的兩個行為一併提起訴願：

1) 副海關關長於 2017 年 11 月 24 日作出不批准訴願人針對司法警察局第

791/DIF/2017 號報告再次作澄清及補充的請求的批示。

2) 副海關關長於 2017 年 11 月 22 日就題述紀律程序作出批示，科處訴願人 80 日停職的處分。

經查閱卷宗資料，題述紀律程序源於 2017 年 7 月在網路上出現的一張相片，相片中顯示路環碼頭發生國旗被倒轉懸掛的情況。經司法警察局調查，有關相片是由市民 C 所拍攝，C 聲明於 2017 年 4 月 21 日上午 8 時許在路環碼頭目睹國旗被倒轉懸掛的情況，故以其流動電話拍攝了兩張相片，而兩張相片所記錄的拍攝日期時間為 2017 年 4 月 21 日 8 時 26 分。

根據司法警察局第 462/DIF/2017 號報告內容(載於卷宗第 45 頁及第 46 頁，報告內容在此視為完全轉錄)，上述兩張相片未發現被人為偽造的跡象。

經調查發現，訴願人於 2017 年 4 月 21 日早上負責路環碼頭的旗幟懸掛工作，但訴願人聲稱沒有將國旗倒轉懸掛，質疑有關照片的拍攝日期時間是否真確，或者是另有他人將國旗倒轉懸掛。

為進一步查明事實真相，應訴願人的聲請，要求司法警察局就上述報告內容作出澄清及補充，司法警察局因而製作了第 791/DIF/2017 號報告(載於卷宗第 187 頁及第 188 頁，報告內容在此視為完全轉錄)。

關於上述第 1 點的訴願，經查閱第 791/DIF/2017 號報告內容，已清楚地回應了訴願人要求澄清的事宜(載於卷宗第 91 頁)，尤其是該報告內已說明相片資料所記錄的拍攝日期時間是根據流動電話於拍攝時所顯示的日期時間而設定，而按照目前的鑑定技術，並不能追溯受檢流動電話在拍攝涉案照片當時，其所顯示的日期時間是否與實際日期時間存有差異。

基此，上述報告並不存在訴願中所指的仍有缺漏及部份內容含糊不清的問題，故沒有需要再次要求司法警察局澄清及補充。

關於上述第 2 點的訴願，雖然司法警察局表示無法證實相片記錄的拍攝日期時間是否實際的拍攝日期時間，然而，第 791/DIF/2017 號報告亦說明了在預設情況下，受檢的流動電話會與電訊網絡營運商所提供的日期時間進行自動同步，除非有人於拍攝前故意關閉了流動電話的

時間自動同步功能，並將電話日期時間調成另一日期時間，否則流動電話拍攝的相片所記錄的拍攝日期時間會與實際的日期時間保持一致。

同時，上述報告書亦指出，司法警察局於 2017 年 7 月 5 日對 C 的流動電話進行檢驗時，該流動電話顯示的日期時間是與實際日期時間一致，而且沒有跡象顯示該流動電話的日期時間曾經被人故意改動。

根據司法警察局第 462/DIF/2017 號及第 791/DIF/2017 號兩份報告的內容，以及比對證人 C 的證言(載於卷宗第 63 頁及背頁、第 113 頁及背頁、第 193 頁，在此視為完全轉錄)。C 在拍攝有關相片後一直沒有公開，直至 2017 年 7 月 3 日才公開相片，其目的只是希望引起關注，而且二人並不認識，因此，按照一般經驗，C 沒有誣陷訴願人的動機及意圖，故本人認為 C 的證言可信。綜合 C 的證言及其當時所拍攝的兩張照片，足以證明於 2017 年 4 月 21 日上午 8 時 26 分在路環碼頭曾發生國旗倒轉懸掛的情況。

儘管訴願人提出不能排除有人在其懸掛國旗後，將國旗降下再倒轉懸掛的可能性，但這僅為訴願人在沒有任何憑證下作出的假設，並沒有任何證據可證明訴願人的假設屬實。根據一般經驗，倘有其他人士將國旗降下再倒轉升起，有關行為相當引人注目，按照訴願人所闡述的推論，當時理應有人目睹有關情況。

綜上所述，已有充分證據證明訴願人於 2017 年 4 月 21 日早上在路環碼頭進行懸掛國旗工作時，錯誤地將國旗倒轉懸掛，有關行為違反了經 12 月 30 日第 66/94/M 號法令核准的《澳門保安部隊軍事化人員通則》(下稱《通則》)第 6 條第 2 款 a)項的服從義務、第 8 條第 1 款的熱心義務及第 12 條第 2 款 f)項的端莊義務。

經審閱及分析題述卷宗，預審程序的進行符合法律規定，而在根據《通則》第 232 條的規定，考慮了該通則所列的一般標準、違法行為的性質及嚴重性、違法者的職級或職位、過錯程度、個人品格、文化水平及任何不利或有利於嫌疑人的情節，以及《通則》第 236 條的規定後，本人認為科處訴願人的處分屬適當及適度。

基於此，本人行使第 111/2014 號行政命令賦予的權限，並根據《通則》第 292 條第

3 款，以及 10 月 11 日第 57/99/M 號法令核准的《行政程序法典》第 161 條的規定，駁回本訴願，並維持被訴願的兩個批示。

著令通知訴願人得就本批示向中級法院提起司法上訴。

二零一七年十二月五日於澳門特別行政區保安司司長辦公室。

保安司司長

XXX

* * *

IV – FUNDAMENTOS

Neste recurso contencioso interposto pelo Recorrente são suscitadas essencialmente as seguintes questões que importa, em princípio, analisar e resolver:

1) - Preterição de diligências instrutórias essenciais para a descoberta da verdade, o que, ao nível do procedimento disciplinar, substancia a nulidade insuprível prevista no artigo 262.º, n.º 1, do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau (EMFSM);

2) - Erro na apreciação dos factos;

3) - Falta de fundamentação; e

4) - Violação dos princípios da adequação e da proporcionalidade.

*

Comecemos pela primeira questão:

Preterição de diligências instrutórias essenciais para a descoberta da verdade, o que, ao nível do procedimento disciplinar, substancia a nulidade

insuprível prevista no artigo 262.º, n.º 1, do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau (EMFSM).

Neste ponto, alinhamos a posição do Digno. Magistrado do MP junto deste TSI quando teceu as seguintes dought considerações pertinentes:

“Nos termos do artigo 262.º, n.º 1, do EMFSM, *é insuprível a nulidade ... que resulte de omissão de quaisquer diligências essenciais para a descoberta da verdade*. O recorrente entende que o indeferimento do esclarecimento por si requerido, bem como a produção de prova adicional, também por si requerida, a propósito da perícia e explicação anteriormente efectuadas pela Polícia Judiciária, integra aquela nulidade insuprível, pois inviabiliza o esclarecimento total sobre a genuinidade das fotografias com base nas quais foi punido.

Como o despacho recorrido ponderou, louvando-se nas explicações oportunamente fornecidas pela Polícia Judiciária, não foram encontrados indícios de que as fotografias hajam sido forjadas ou que tivessem sido objecto de manipulação, de forma a adulterar a data e hora em que foram captadas as imagens que retratam, tal como não se mostrava viável providenciar outros esclarecimentos técnicos que pudessem suportar um juízo de certeza absoluta sobre a coincidência entre a realidade temporal em que foram captadas as imagens e os dados exibidos no telemóvel que as captou. Isso mesmo acabou por ser reafirmado pelo perito da Polícia Judiciária ouvido em inquirição contenciosa no tribunal, onde asseverou não existir qualquer hipótese verosímil de ter havido manipulação relativa às fotos, e acrescentando que, se tivesse sido efectuada qualquer alteração de dados, sempre haveria indícios da alteração, o que não foi detectado. Por outro lado, e tal como o despacho recorrido também lembrou, a genuinidade das fotos e o *timing* da sua captação estão atestados testemunhalmente, por C, nenhuma razão havendo para pôr em xeque os

seus depoimentos prestados no processo disciplinar e em inquirição contenciosa no tribunal.”

Pelo que, é da nossa conclusão que não foram omitidas diligências essenciais para a descoberta da verdade, pelo que soçobra este primeiro fundamento do recurso, julgando-se improcedente o mesmo.

*

Relativamente à 2ª questão: erro na apreciação dos factos

A acusação disciplinar imputa ao Recorrente a violação dos 3 deveres profissionais:

- Violação do dever de obediência, previsto no artigo 6º/2-a) do EMFSM;
- Violação do dever de zelo, previsto no artigo 8º/1 do EMFSM;
- Violação do dever de aprumo, previsto no artigo 12º/2-f) do EMFSM.

Vejamos um por um.

O dever de obediência encontra-se previsto no artigo 6º do EMFSM, que tem o seguinte teor:

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;

- c) Cumprir, como estiver determinado, as penas aplicadas;
- d) Ser moderado na linguagem, não se referir a superior hierárquico por forma a denotar falta de respeito ou censura, nem consentir que subordinado seu o faça;
- e) Aceitar alojamento, alimentação, artigos de uniforme, equipamento e armamento distribuídos nos termos regulamentares e receber os vencimentos, remunerações e outros abonos legalmente atribuídos

No caso vertente, discute-se a responsabilidade disciplinar administrativa em que o facto há-de corresponder a uma acção culposa e ilícita, sendo certo que cabe ao ente disciplinar fazer prova dos factos que integram o ilícito disciplinar.

Não restam dúvidas que a decisão punitiva tem que se basear em factos e provas que possibilitem formular, segundo o princípio da livre apreciação da prova e das regras da experiência comum, um juízo de certeza razoável de que o arguido praticou efectivamente os factos que lhe são imputados.

É certo que nada obsta a que o Tribunal sobreponha o seu juízo de avaliação ao perfilhado pela Entidade Recorrida, mas também é certo que na fixação dos factos pressupostos de aplicação de penas disciplinares, a Administração detém uma ampla margem de livre apreciação da prova.

Neste ponto, pergunta-se, qual lei, regulamentos ou instruções que foram concretamente violados pelos factos imputados ao Recorrente/arguido?

A violação do dever de obediência pressupõe a existência de ordens concretas dadas no âmbito de serviços (sendo certo que na acusação disciplinar

foi invocado o artigo 3º da Lei nº5/1999, de 20 de Dezembro, mas o desrespeito por este normativo encaixa mais no dever de zelo do que neste dever em análise, ponto este que veremos mais adiante).

Nenhum destes elementos foi CONCRETAMENTE alegado e provado na acusação disciplinar!

De realçar que não bastam alegações abstractas, quer no domínio fáctico nem no jurídico. Por exemplo, não pode afirmar que o arguido violou o artigo 1º e seguintes do EMFSM!!

Pelo que, perante o quadro fáctico desenhado pela Entidade Recorrida, não há elementos fácticos concretizadores para imputar ao Recorrente a violação do dever de obediência!

*

Quanto ao dever de zelo, dispõe o artigo 8º do EMFSM:

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

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

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

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

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

d) Dar, em tempo oportuno, o devido andamento às solicitações, pretensões e reclamações que lhe sejam apresentadas, informando-as, quando necessário, com vista à solução justa que devam merecer;

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

f) Não fazer uso de armas, salvo nos termos previstos neste Estatuto;

g) Não reter para além do tempo indispensável objectos ou valores que não lhe pertençam;

h) Não destruir, inutilizar ou, por qualquer forma, desviar do seu destino legal artigos pertencentes ao serviço ou a terceiros;

i) Não se intrometer no serviço de outros agentes ou autoridades, prestando-lhes, no entanto, o auxílio solicitado, salvo tratando-se da prática de actos nitidamente ilegais, dos quais deve ser dado, de imediato, conhecimento superior;

j) Não consentir que outrem se apodere das armas e equipamentos que lhe tiverem sido distribuídos ou estejam a seu cargo, entregando-os prontamente sempre que um superior hierárquico lho determine;

l) 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;

m) Recompensar os seus subordinados, quando o merecerem, pelos actos por eles praticados ou propor superiormente a recompensa adequada, se a julgar superior à sua competência;

n) Punir, no âmbito da sua competência, os seus subordinados pelas infracções que cometerem;

o) 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;

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

Ora, a acusação disciplinar invocou o n.º 1 do artigo 8.º acima citado.

Nos termos citados, o dever de zelo consiste em conhecer as normas legais regulamentares e as instruções dos seus superiores hierárquicos, bem como possuir e aperfeiçoar os seus conhecimentos técnicos e métodos de trabalho de modo a exercer as suas funções com eficiência e correcção.

A lei invocada na acusação disciplinar é a Lei n.º 5/1999, de 20 de Dezembro. Concretamente dito, foi invocado o seu artigo 3.º (**Respeito devido aos símbolos e representações nacionais**), que tem o seguinte teor:

Os símbolos e representações nacionais devem ser objecto de respeito e consideração.

Efectivamente os factos imputados ao Recorrente, uma vez negligentemente cometidos, constituem uma violação do dever de zelo.

Prosseguindo, passemos a ver o 3.º dever, cuja violação foi imputada também ao Recorrente.

O **dever de aprumo** encontra-se previsto no artigo 12.º do EMFSM, que tem a seguinte redacção:

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:

a) Cuidar em todas as circunstâncias da sua boa apresentação pessoal e apresentar-se devidamente uniformizado e equipado, segundo as normas estabelecidas;

b) Manter em formatura uma atitude firme e correcta, não lhe sendo permitido conversar nem fazer observações ou comentários;

c) Tratar da limpeza e conservação dos artigos de fardamento, armamento, equipamento ou qualquer outro material que lhe tenha sido distribuído ou esteja a seu cargo;

d) Não actuar, quando uniformizado, em quaisquer espectáculos públicos sem autorização superior, nem assistir a eles sempre que isso possa afectar a sua dignidade pessoal ou funcional;

e) Não criar situações de dependência incompatíveis com a liberdade, imparcialidade, isenção e objectividade do desempenho do cargo, nomeadamente através da contracção de dívidas ou da assunção de compromissos que não possa normalmente satisfazer;

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

g) Evitar actos ou comportamentos que possam prejudicar o vigor e a aptidão física ou intelectual, nomeadamente o consumo excessivo de bebidas alcoólicas, bem como o consumo de quaisquer outras substâncias nocivas à saúde;

h) Cultivar a boa convivência, a solidariedade e a camaradagem entre os elementos das FSM;

i) Não frequentar casas de jogo de fortuna e azar ou estabelecimentos congéneres, excepto quando autorizado ou no exercício das suas funções;

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

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

m) Não alterar o plano de uniformes e não usar distintivos que não pertençam à sua graduação, nem insígnias ou condecorações não superiormente autorizadas;

n) Não utilizar a sua condição de agente da autoridade para quaisquer fins publicitários de natureza privada;

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

Neste ponto, parece sim, uma vez que os factos imputados são tidos como verdadeiros, eles prejudicam a imagem da Corporação a que o Recorrente tem pertencido, pondo em causa o brio e decoro das FSM.

Sendo assim, a Entidade Recorrida imputa ao Recorrente a violação de 3 deveres profissionais, mas verdadeiramente este violou apenas 2 deveres, então há repercussões na determinação de sanções! Afinal de contas, a gravidade não tem o mesmo peso que a Entidade Recorrida pensava!

Chegados aqui, a nossa conclusão é que há erro na apreciação de factos e este erro causa erro na aplicação de direito, porque não há factos suficiente para convocar as normas jurídicas que a Entidade Recorrida aplicou no que toca à alegada violação do dever de obediência! O que é suficiente para imputar o vício da ilegalidade à decisão posta em causa.

Por outro lado, ainda nesta matéria, o artigo 232º (**Medida e graduação das penas**) do EMFSM manda:

Na aplicação das penas atender-se-á aos critérios gerais enunciados nos artigos seguintes, à natureza e gravidade da infracção, à categoria ou posto do infractor, ao grau de culpa, à sua personalidade, ao seu nível cultural e a todas as circunstâncias que militem contra ou a favor do arguido.

Depois, o artigo 236º (**Suspensão de 26 a 120 dias**) do mesmo EMFSM estipula:

A pena de suspensão de 26 a 120 dias é aplicável em caso de **negligência grave** ou **de acentuado desinteresse pelo cumprimento dos deveres profissionais.**

No caso, não encontramos nenhum facto na acusação disciplinar que demonstre o preenchimento da **negligência grave** (e não negligência simples) ou acentuado desinteresse pelo cumprimento de dever profissional por parte do Recorrente. Eis mais um aspecto da insuficiência de factos para realizar a imputação nos termos na acusação disciplinar.

Na procedência de fundamentos para anular a decisão recorrida, ficando prejudicado o conhecimento dos demais vícios assacados à decisão ora recorrida, nomeadamente o de falta de fundamentação e da violação do princípio de proporcionalidade.

Pelo expendido, julga-se procedente o recurso, anulando a decisão punitiva da Entidade Recorrida.

*

Síntese conclusiva:

I - A decisão punitiva tem que se basear em factos e provas que possibilitem formular, segundo o princípio da livre apreciação da prova e das regras da experiência comum, um juízo de certeza razoável de que o arguido praticou efectivamente os factos que lhe são imputados. Portanto, a responsabilidade disciplinar administrativa assenta na ideia de que o facto há-de corresponder a uma acção culposa e ilícita, cabendo ao ente disciplinar fazer prova dos factos que integram o ilícito disciplinar

II - A Entidade Recorrida imputa ao Recorrente a violação de 3 deveres profissionais, mas verdadeiramente este violou apenas 2 deveres, então há repercussões na determinação e graduação de sanções! Pois, a gravidade não tem o mesmo peso que a Entidade Recorrida pensava!

III – Nestes termos, há erro na apreciação dos factos e este erro causa erro na aplicação de direito, porque não há factos suficiente para convocar as normas jurídicas que a Entidade Recorrida aplicou no que toca à alegada violação do dever de obediência! O que é suficiente para imputar o vício da ilegalidade à decisão posta em causa.

IV – Por outro lado, o artigo 236º (**Suspensão de 26 a 120 dias**) do mesmo EMFSM estipula que “a pena de suspensão de 26 a 120 dias é aplicável em caso de negligência grave ou de acentuado desinteresse pelo cumprimento dos deveres profissionais, no caso, não se encontra nenhum facto na acusação disciplinar que demonstre o preenchimento da negligência grave (e não negligência simples) ou acentuado desinteresse pelo cumprimento de dever profissional por parte do Recorrente. Eis mais um aspecto da insuficiência de factos para realizar a imputação nos termos descritos na acusação disciplinar. O que é bastante para anular a decisão recorrida.

*

Tudo visto e analisado, resta decidir.

* * *

V - DECISÃO

Em face de todo o que fica exposto e justificado, os juízes do TSI acordam em **julgar procedente o presente recurso**, anulando-se o despacho punitivo recorrido (que manteve, em sede de recurso hierárquico necessário, a decisão da

suspensão de funções por 80 dias aplicada ao Recorrente).

*

Sem custas.

*

Notifique e Registe.

*

RAEM, 04 de Julho de 2019.

(Relator)

Fong Man Chong

(Primeiro Juiz-Adjunto)

Ho Wai Neng

Mai Man Ieng

(Segundo Juiz-Adjunto)

José Cândido de Pinho