

案件編號: 990/2010

合議庭裁判書日期: 2011 年 4 月 28 日

主題：

刑事訴訟標的

調查義務

《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項

法律審

第 122/84/M 號法令

公共部門取得財貨和服務的法律制度

《澳門公共行政工作人員通則》第 29 條

包工合同

私人個體名義

運動創傷治療按摩師

專業執照

第 84/90/M 號法令

第 7/2010 號法律第 24 條第 2 款

《刑法典》第 347 條

濫用職權罪

罪狀主觀要素

不正當利益

法律層面利益

連續犯

徒刑

量刑

裁判書內容摘要

一、 既然原審法庭已在刑事開釋判決書內指明哪些為既證事宜、哪些為未查明事宜，且這兩組事宜的編寫方式，仍能具體容許判決書的讀者知道該法庭已履行了對本刑事案在一審時的整個訴訟標的作出調查和審理的義務，原審判決是不會帶有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所指的「獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判」的瑕疵，即使主要構成該訴訟標的之起訴情事，未獲原審法庭全數認同亦然。

二、 由於起訴書所描述的某些具體情事，純粹是出於起訴機關對相關法律條文的理解，故即使原審法庭最終否定了該等起訴事宜或將之認定為「未審理查明」者，此情況亦不會把該等原本僅屬法律審的事宜改變為屬事實審的情事。

三、 根據經 12 月 28 日第 62/98/M 號法令第 1 條修改的《澳門公共行政工作人員通則》第 29 條第 1 款的規定，政府「部門得按照取得勞務之法律制度，利用以專用印件訂立之包工合同，執行特定或專門性之工作」。

四、 此條文所指的「取得勞務之法律制度」，正是經 5 月 15 日第 30/89/M 號法令修改的 12 月 15 日第 122/84/M 號法令。

五、 雖然第 122/84/M 號法令沒有明確規定要有專業學歷之要求，但這並不必然意味所有即使完全依照此尤其涉及公共部門取得財

貨和服務的法律制度所規範的行政程序、而獲准在包工合同制度下向公共部門或機構提供服務的人士或實體，皆屬合法的包工。

六、 具體而言，原審法庭已查明案中按摩師是以包工合同形式於2003年1月至9月期間（而首六個月的包工合同關係是在嫌犯主動指示下建立或延續的），為當時由嫌犯所領導的某政府局級部門轄下的某中心執行運動創傷治療範疇的工作，職務為執行運動創傷治療，並在該段期間在中心內提供按摩服務，而她從未在澳門衛生局進行任何有關專業執照的註冊及登記，尤其無獲發出任何有關治療及康復範疇的執照。

七、 換言之，該局當時是以包工合同形式，購買了她的服務，而她亦因此根據《澳門公共行政工作人員通則》第29條第2款的明文規定，是以非公共行政工作人員身份，亦即以其不受制於公職制度（包括不受制於任何公共部門或機構的層級從屬管理）的個人身份或私人身份，在該中心內提供涉及運動創傷治療的按摩服務。

八、 由此可見，她是純粹以個人或私人身份在該中心從事運動創傷治療按摩師的活動。由於該活動屬衛生護理範疇，帶有公共利益，所以她必須事先向衛生局申領相關許可才可在澳門以個人身份或私人制度為之（見12月31日第84/90/M號法令第1條第1款和第2款a項、第2條、第4條第1款、第9條第1款和第10條的聯合規定）。

九、 據此，雖然原審法庭已查明她具有一定的專業按摩技能，能舒緩甚至治療病人之痛楚，但她在事先從未領有任何有關治療及康復範疇的按摩師執照的情況下，卻可以以純粹個人或私人身份在位於本

澳的上述中心內從事運動創傷治療按摩師的活動，這情況對她本人而言，已代表其在法律層面的一項不正當利益或不正當好處，即使其因在該中心內從事該活動而賺取的金錢報酬與其之前在芬蘭浴工作時的收入相若亦然。

十、 基上所述，第 84/90/M 號法令的許可制度是適用於本案，另 8 月 30 日第 7/2010 號法律第 24 條第 2 款的規定，因是面向屬於公共部門或機構的編制內的診療技術員，而不能把案中按摩師的非法包工身份合法化或淡化。

十一、 總言之，案中按摩師是在包工合同制度下向上述中心提供服務，故根據《澳門公共行政工作人員通則》第 29 條第 2 款的規定，她正是以私人個體名義在該中心內從事運動創傷治療按摩師的活動。據此，該中心的公共實體性質，礙於此條文的規定，也不能把她在提供運動創傷治療按摩服務時的私人個體名義公共化。

十二、 綜上，由於原審法庭已查明她從未獲上述執照，但在案發時身為局長的嫌犯，在明知她並不具備上述專業資格下，仍故意指示其當時的下級，製作有關以包工合同形式讓她在該中心內提供運動創傷治療按摩服務或延長服務提供期的建議書，並之後在相關文書內親自簽署批准，嫌犯的上述行為已足以顯示其有為她在法律層面獲得不正當利益的意圖，故嫌犯的情況實已完全符合濫用職權罪狀的客觀要素，也尤其符合了此罪狀所要求的其中一個同樣足以入罪的主觀要素，即使嫌犯沒有意圖為自己獲得不正當利益或意圖造成他人有所損失亦然。

十三、事實上，澳門《刑法典》就濫用職權罪，在第 347 條內尤其規定，公務員意圖為自己或第三人獲得不正當利益，或造成他人有所損失，而濫用其職務上固有之權力，則處最高三年徒刑或科罰金。

十四、而立法者在此罪狀內所指的不正當利益，並非一定是金錢利益或財產性利益，也可屬非錢財層面的其他利益或好處。

十五、這樣，上訴庭得把原審法庭所持的有關實質否定以私人身份執行物理治療及康復範疇職務的治療師及按摩師亦受第 84/90/M 號法令所規管和否定此等治療師及按摩師必須具備相關執照的法律見解，修正為此等治療師及按摩師亦受第 84/90/M 號法令所規管、此等治療師及按摩師必須具備相關執照，亦得把原審法庭因其上述法律見解而發表的有關否定嫌犯作出上述行為是意圖為案中按摩師獲得不正當利益和否定嫌犯明知法律禁止和處罰其上述行為的結論性斷言，修正為嫌犯作出上述行為是意圖為該按摩師獲得不正當利益、嫌犯明知法律禁止和處罰其上述行為。

十六、既然嫌犯的上述行為已同時符合濫用職權罪罪狀的客觀和主觀要素，上訴庭得應上訴人檢察院的要求，直接改判嫌犯的濫用職權罪罪名成立。

十七、但與上訴人的見解不同的是，上訴庭認為嫌犯是以連續方式犯下一項濫用職權罪，而非兩項濫用職權罪，因為雖然嫌犯亦有故意指示其下級製作有關把原先包工合同期延長三個月的建議書，並於 2003 年 3 月 3 日在該建議書中作出批准批示，使按摩師的包工合同期能延長至 2003 年 6 月 2 日，但嫌犯在此方面的違法行為仍是針對早已

非法建立的同一包工合同關係，其在實施涉及延長合同期事宜的不法行為時的過錯程度，自然是大大低於在之前首次指示和親自批准與按摩師訂立包工合同時的過錯程度，故得對嫌犯的犯罪行為適用《刑法典》第 29 條第 2 款的連續犯概念。

十八、 上訴庭考慮到嫌犯當時身任政府局長級官員，如選科罰金，是不足以實現涉及一般預防犯罪需要的處罰之目的，故對其科處徒刑。而在具體量刑方面，經尤其綜合衡量嫌犯的犯罪手法屬一般、其犯罪事實的不法性因在犯案時屬局長級的高級公務員而顯得頗高、其在犯罪時的故意程度高、其因時任局長而較一般的公務員身負更大的知法守法義務、其屬初犯、其濫用職權的不法行為沒有導致當時在上述中心內接受案中按摩師治療的人士的健康受損等具體量刑情節，以及考慮到濫用職權罪的一般預防的強烈需要，決定對其以正犯身份和連續方式犯下的一項濫用職權罪處以一年徒刑，但考慮到嫌犯沒有犯罪前科，且其濫用職權的不法行為並沒有導致在該中心內接受該按摩師治療的人士的健康受損，認為僅對嫌犯的犯罪事實作譴責，並以監禁作威嚇，已可適當及足以實現處罰之目的，故准許嫌犯緩刑兩年。

第一助審法官

陳廣勝

澳門特別行政區中級法院

合議庭裁判書

上訴案第 990/2010 號
(刑事上訴卷宗)

上訴人： 檢察院

被上訴人： A

上訴所針對的法院： 初級法院第四刑事法庭合議庭

案件在原審法院的編號： 刑事案第 CR4-10-0052-PCC 號

一、案情敘述

澳門初級法院第四刑事法庭合議庭審理了第 CR4-10-0052-PCC 號刑事案，於 2010 年 10 月 25 日裁定案中嫌犯 A 原遭檢察院指控、後被刑事起訴法庭起訴的以正犯身份和既遂方式犯下的兩項澳門《刑法典》第 347 條所規定懲處的濫用職權罪名，因欠缺罪狀的主觀要素而不成立（詳見卷宗第 900 至第 904 頁背面的一審判決書內容）。

駐原審法庭的助理檢察長針對該份一審刑事開釋判決，向本中級法院提起平常上訴，除了力指載於該判決書第 7 版內的第五和第六項未查明事實與已證事實相互矛盾、原審法庭因而在審查證據方面明顯出錯之外，還力陳雖然案中「明顯存在不正當得益及損害第三人利益之事實」，原審法庭仍作出開釋嫌犯的判決，這意味「原審判決缺乏依據，在說明理

由方面出現不可補救之矛盾，在審查證據方面亦有明顯錯誤」（亦即出現《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a、b 和 c 項所指的三大瑕疵），因此請求上訴庭廢止原審判決，改判嫌犯原被起訴的兩項罪名俱罪成，對每項罪行科處九個月徒刑，在兩罪並罰下處以一年零兩個月的單一有期徒刑，緩刑三年，但倘上訴庭認為不可能對案件直接作出改判時，仍請求上訴庭根據澳門《刑事訴訟法典》第 418 條的規定，把案件發回初級法院重審（詳見卷宗第 910 至第 917 頁背面的上訴狀內容）。

就檢察院的上訴，嫌犯在行使《刑事訴訟法典》第 403 條第 1 款所賦予的答覆權時，主要認為：判決書中的第五項未查明事實內所指的「2003 年 3 月」的日期，已被原審法庭事後更正為「2003 年 6 月 3 日」，故上訴人就此點所主張的上訴理由已不再具意義；而上訴人所指的判決書第六項未查明事實亦沒有與其他既證事實相互矛盾，因為案中並無證據顯示嫌犯曾就 **B** 的聘用事宜上向下級施加壓力，原審法庭在審議證據時並無明顯出錯；案中並無證據顯示嫌犯或 **B** 或第三者曾獲取不正當利益、也無證據顯示澳門特別行政區或.....局.....中心的使用者的利益受損，反而是該中心的使用者的健康情況在具備專業能力的 **B** 的治療下得到好轉、**B** 在該中心內的確並非從事醫生的職務或充當醫生、其所賺取的酬報亦低於醫生的薪俸水平，且 8 月 30 日第 7/2010 號法律第 24 條的行文亦意味本澳公共部門內亦有如 **B** 般不具專業培訓學歷的診療技術人員獲聘用，凡此種種皆印證了嫌犯並沒有犯下濫用職權的罪行；另一方面，原審判決亦不能沾上檢察院在上訴狀內所指的涉及獲證明的事實不足以作出該裁判和裁判理據相互矛盾的瑕疵情況，檢察院不得質疑原審的自由心證；基此，上訴庭應維持原判（詳見卷宗第 928 至第 953 頁的葡文上訴答覆書內容）。

案件卷宗經移交予中級法院後，駐本院的助理檢察長在依照《刑事訴訟法典》第 406 條的規定對之作出檢閱時，在卷宗第 1006 至第 1011 頁內發表意見書，主要認為：由於嫌犯主動介入涉案的聘用程序，違反了公職人員有關應避免在直接或間接牽涉其個人利益的事宜上作出決策的無私義務，再加上《刑法典》第 347 條的罪狀的主觀要素，祇是「爲自己或第三人獲得不正當利益或造成他人有所損失」的意圖，而不管有關不當利益或損失是否具體出現，且無論如何，該罪狀所指的利益或損失可帶或不帶金錢性，所以上訴庭應裁定上訴理由成立。

其後，經主理本案的裁判書製作人對卷宗完成初步審查和同時組成合議庭的兩名助審法官檢閱卷宗後，本上訴庭於 2011 年 3 月 31 日舉行了《刑事訴訟法典》第 414 條所指的聽證。

由於裁判書製作人提交予合議庭評議的上訴解決方案在表決時不獲通過，本合議庭現須根據 2011 年 4 月 14 日的評議表決結果，透過本份由第一助審法官依照《刑事訴訟法典》第 417 條第 1 款末段規定編寫的裁判書，對檢察院提起的上訴作出判決。

二、 上訴裁判的事實依據說明

本院為審理上訴所涉及的問題，得在此回顧原載於卷宗第 900 至第 904 頁背面的 2010 年 10 月 25 日一審判決書(經原審合議庭於 2010 年 11 月 9 日、在卷宗第 921 頁更正筆誤後)的下列最後版本內容(當中部份證人的姓名於下文省略)：

「裁判書

—

澳門特別行政區刑事起訴法庭起訴：

嫌犯 **A**，男，.....，.....，以既遂形式觸犯兩項澳門《刑法典》第 347 條所規定及處罰之「濫用職權罪」。

*

指控犯罪事實如下：

『約於 2001 年，嫌犯 **A** 認識了在“.....芬蘭浴”擔任按摩技師的 **B**；嫌犯 **A** 十分欣賞 **B** 的按摩技術，但該芬蘭浴內卻經常因 **B** 的客人預約已滿而未能即時安排嫌犯 **A** 獲得後者提供的按摩服務。

2002 年 12 月中旬，爲了隨時可以得到 **B** 的按摩服務，嫌犯 **A** 決定使用其當時擔任澳門.....局局長的權力，遂向其下屬人員，包括.....中心處長 **C** 及.....局.....處處長 **D** 施加壓力，並指示後者須適時安排 **B** 進入.....中心工作，以及辦理相關合同的一切必要手續事宜。

由於在.....中心內執行運動醫學範疇中醫職務的技術員 **E** 的合同於 2003 年 1 月 1 日屆滿而將離職，嫌犯 **A** 遂決定以“填補 **E** 的空缺”爲名義，讓 **B** 進入.....中心工作。

根據 12 月 31 日公佈之第 84/90/M 號法令（經 5 月 18 日之第 20/98/M 號法令修訂）之規定，在澳門從事以私人制度提供衛生護理服務須獲得相關執照的；而治療師及按摩師亦受該法令所規管。

此外，澳門現行法律及衛生局的意見均規定執行物理治療及康復範疇職務的治療師及按摩師更必須具備專業學歷證明、臨床經驗及相關執照的。

根據 **B** 所報履歷，其最高學歷是“.....第.....中學”完成中學課程，但其於 2002 年 11 月 27 日向澳門當局提出的中小學程度學歷認可申請於 2003 年 2 月 27 日被否決。

B 無具備任何有關物理治療及康復範疇的專業學歷，亦從未從事過有關運動創傷範疇的治療工作。

B 從未在澳門衛生局進行任何有關專業執照的註冊及登記，尤其無獲發出任何有關治療及康復範疇的執照。

嫌犯 **A** 明知 **B** 並不具備上述專業學歷、資格及技能，而仍指示.....中心處長 **C** 製作建議書，並指示須以包工合同形式，以“醫生”職程及薪酬聘請 **B**，為.....中心執行運動創傷治療範疇的工作。

2002 年 12 月 21 日（公眾假期）9 時許，嫌犯 **A** 致電.....中心處長 **C**，要求後者於當天返回.....中心，目的是介紹其與 **B** 見面並洽談有關聘請事宜。

2002 年 12 月 23 日，.....中心處長 **C** 按嫌犯 **A** 的指令製作了第 58/...../2002 號建議書，向上級建議以包工合同的形式，並以“醫生”職程及 22,000 澳門元的月薪（按薪俸點 440 計算）聘請 **B**，為.....中心執行運動創傷治療範疇的工作，同時給予了有利意見（見卷宗第 122 頁及第 124 頁、第 146 頁至第 147 頁）。

同日，嫌犯 **A** 在上述建議書中作出同意及批准的批示。

2003 年 1 月 2 日，**B** 在.....中心處長 **C** 的辦公室內簽署了一份包工合同，合同期間為 2003 年 1 月 2 日至 2003 年 3 月 1 日，並得以“醫生”職程為工作聯繫而收取每月 22,000 澳門元薪酬，職務為執行運動創傷治療，學歷為高中畢業（見卷宗第 124 頁及第 145 頁）。

2003 年 1 月 30 日，澳門.....局.....處處長 **D** 按嫌犯 **A** 的指示，在上述第 58/...../2002 號建議書上製作預留撥款的註記，將 **B** 的薪酬納入澳門.....局的財務預算中。

2003 年 2 月 28 日，.....中心處長 **C** 按嫌犯 **A** 的指令製作了第 009/...../2003 號建議書，向上級建議延長 **B** 上述的包工合同三個月，合同期限為 2003 年 3 月 3 日至 2003 年 6 月 2 日，其他合同條件不變；**C** 除給予有利意見外，亦指明 **B** 薪酬所需的費用由.....局本身預算中支付（見卷宗第 141 頁至第 142 頁）。

2003 年 3 月 3 日，嫌犯 **A** 在上述建議書中作出批准的批示。

同日，**B** 簽署了上述合同（見卷宗第 140 頁）。

2003 年 3 月 5 日，澳門.....局.....處處長 **D** 按嫌犯 **A** 的指令製作預留撥款的註記。

2003 年 5 月 28 日，澳門.....局.....處處長 **D** 按嫌犯 **A** 的指令製作了第 11/...../2003 號內部通告，就 **B** 的續約事宜請求.....中心處長 **C** 發表意見（見卷宗第 138 頁）。

2003 年 5 月 29 日，.....中心處長 **C** 按嫌犯 **A** 的指令給予了有利意見（見卷宗第 138 頁）。

2003 年 5 月 30 日，澳門.....局.....處處長 **D** 製作第 86/...../2003 號建議書，向上級建議批准延長 **B** 上述的包工合同三個月，合同期限為 2003 年 6 月 3 日至 2003 年 9 月 2 日，其他合同條件不變；同日，**D** 亦在該建議書上製作了預留撥款的註記（見卷宗第 136 頁、第 137 頁）。

2003 年 6 月 2 日，澳門.....局代局長 **F** 在上述建議書中作出批准的批示。

2003 年 6 月 3 日，**B** 簽署了上述合同（見卷宗第 139 頁）。

2003 年 1 月至 9 月期間，**B** 在.....中心多次為嫌犯 **A** 提供按摩服務；此外，由於嫌犯 **A** 的關係，**B** 亦在該中心內向其他政府人員或非政府人員提供按摩服務。

在上述期間，**B** 已從澳門.....局收下了 8 張面額合共 170,133.30 澳門元的支票作為報酬。

嫌犯 **A** 是在自由、自願及有意識的情況下，故意作出上述行為的。

嫌犯 **A** 身為公務員，濫用其權力及違反其職務上固有之義務，在明知 **B** 不具備擔任上述物理治療及康復範疇職務的任何學歷、資格及有關專業技能的情況下，向下級施加壓力，聘請 **B** 在.....中心執行關乎本澳市民衛生護理素質的工作。

嫌犯 **A** 作出上述行為是意圖為自己及第三人，包括 **B** 及其他曾享用 **B** 提供按摩服務的政府人員或非政府人員獲得不正當利益，且損害了澳門行政當局的公正性及可信性。

嫌犯 **A** 明知法律禁止和處罰其上述行為的。』

*

嫌犯作出書面答辯，否認有關控罪（詳見卷宗第 750 至 771 頁）。

二

本法院依法由合議庭對本案進行公開審理，經查明：

約於 2001 年，嫌犯 **A** 認識了在“.....芬蘭浴”擔任按摩技師的 **B**；嫌犯 **A** 十分欣賞 **B** 的按摩技術。

2002 年 12 月中旬，嫌犯 **A** 以澳門.....局局長的身份，向其下屬人員，包括.....中心處長 **C** 及.....局.....處處長 **D** 指示後者適時安排 **B** 進入.....中心工作，以及辦理相關合同的一切必要手續事宜。

由於在.....中心內執行運動醫學範疇中醫職務的技術員 **E** 的合同於 2003 年 1 月 1 日屆滿而將離職，嫌犯 **A** 遂決定以“填補 **E** 的空缺”為名義，讓 **B** 進入.....中心工作。

根據 12 月 31 日公佈之第 84/90/M 號法令（經 5 月 18 日之第 20/98/M 號法令修訂）之規定，在澳門從事以私人制度提供衛生護理服務須獲得相關執照的。

根據 **B** 所報履歷，其最高學歷是“.....第.....中學”完成中學課程，但其於 2002 年 11 月 27 日向澳門當局提出的中小學程度學歷認可申請於 2003 年 2 月 27 日被否決。

B 無具備任何有關物理治療及康復範疇的專業學歷，亦從未從事過有關運動創傷範疇的治療工作。

B 從未在澳門衛生局進行任何有關專業執照的註冊及登記，尤其無獲發出任何有關治療及康復範疇的執照。

嫌犯 **A** 明知 **B** 並不具備上述專業學歷資格，仍指示.....中心處長 **C** 製作建議書，並指示須以包工合同形式，以澳門幣 22,000 元之薪酬（相當於當時 440 點之公職薪俸點）聘請 **B**，為.....中心執行運動創傷治療範疇的工作。

2002 年 12 月 21 日（公眾假期）9 時許，嫌犯 **A** 致電.....中心處長 **C**，要求後者於當天返回.....中心，目的是介紹其與 **B** 見面並洽談有關聘請事宜。

2002 年 12 月 23 日，.....中心處長 **C** 按嫌犯 **A** 的指令製作了第 58/...../2002 號建議書，向上級建議以包工合同的形式，並以澳門幣 22,000 元之薪酬（相當於當時 440 點之公職薪俸點）聘請 **B**，為.....中心執行運動創傷治療範疇的工作，同時給予了有利意見。

同日，嫌犯 **A** 在上述建議書中作出同意及批准的批示。

2003 年 1 月 2 日，**B** 在.....中心處長 **C** 的辦公室內簽署了一份包工合同，合同期間為 2003 年 1 月 2 日至 2003 年 3 月 1 日，每月收取澳門幣 22,000 元薪酬，職務為執行運動創傷治療，學歷為高中畢業。

2003 年 1 月 30 日，澳門.....局.....處處長 **D** 按嫌犯 **A** 的指示，在上述第 58/...../2002 號建議書上製作預留撥款的註記，將 **B** 的薪酬納入澳門.....局的財務預算中。

2003 年 2 月 28 日，.....中心處長 **C** 按嫌犯 **A** 的指令製作了第 009/...../2003 號建議書，向上級建議延長 **B** 上述的包工合同三個月，合同期限為 2003 年 3 月 3 日至 2003 年 6 月 2 日，其他合同條件不變；**C** 除給予有利意見外，亦指明 **B** 薪酬所需的費用由.....局本身預算中支付。

2003 年 3 月 3 日，嫌犯 **A** 在上述建議書中作出批准的批示。

同日，**B** 簽署了上述合同。

2003 年 3 月 5 日，澳門.....局.....處處長 **D** 製作預留撥款的註記。

2003 年 5 月 28 日，澳門.....局.....處處長 **D** 製作了第 11/...../2003 號內部通告，就 **B** 的續約事宜請求.....中心處長 **C** 發表意見。

2003 年 5 月 29 日，.....中心處長 **C** 給予了有利意見。

2003 年 5 月 30 日，澳門.....局.....處處長 **D** 製作第 86/...../2003 號建議書，向上級建議批准延長 **B** 上述的包工合同三個月，合同期限為 2003 年 6 月 3 日至 2003 年 9 月 2 日，其他合同條件不變；同日，**D** 亦在該建議書上製作了預留撥款的註記。

2003 年 6 月 2 日，澳門.....局代局長 **E** 在上述建議書中作出批准的批示。

2003 年 6 月 3 日，**B**簽署了上述合同。

2003 年 1 月至 9 月期間，**B**在.....中心曾為嫌犯 **A**提供按摩服務；此外，**B**亦在該中心內向其他政府人員或非政府人員提供按摩服務。

在上述期間，**B**已從澳門.....局收下了 8 張面額合共 170,133.30 澳門元的支票作為報酬。

嫌犯 **A**是在自由、自願及有意識的情況下，故意作出上述行為的。

此外，還查明：

- 根據有關刑事紀錄，嫌犯為初犯。
- **B** 具有一定的專業按摩技能，能舒緩甚至治療病人之痛楚。
- **B** 在.....芬蘭浴的每月平均收入約為澳門幣 20,000 元至 25,000 元。

*

未審理查明之事實：

- 有關的芬蘭浴內經常因 **B** 的客人預約已滿而未能即時安排嫌犯 **A** 獲得後者提供的按摩服務。

- 嫌犯 **A** 聘請 **B** 之目的是為了隨時可以得到 **B** 的按摩服務。

- 澳門現行法律及衛生局的意見均規定執行物理治療及康復範疇職務的治療師及按摩師更必須具備專業學歷證明、臨床經驗及相關執照的。

- **B** 是以醫生職程聘請的。

- 2003 年 6 月 3 日，**B** 的續約是根據嫌犯的指令而作出的。

- 嫌犯 **A** 在明知 **B** 不具備擔任上述物理治療及康復範疇職務的任何專業技能的情況下，向下級施加壓力，聘請 **B** 在.....中心執行關乎本澳市民衛生護理素質的工作。

- 嫌犯 **A** 作出上述行為是意圖為自己及第三人，包括 **B** 及其他曾享用 **B** 提供按摩服務的政府人員或非政府人員獲得不正當利益。

- 嫌犯的行為損害了澳門行政當局的公正性及可信性。

- 嫌犯 **A** 明知法律禁止和處罰其上述行為的。
- 其他與已證事實相反之事實。

*

本合議庭經綜合分析嫌犯的聲明及所有證人的證言，以及本卷宗內的有關文件而對上述事實作出認定。

在認定 **B** 具有專業技能方面，有曾接受其按摩治療的病人之證言，分別為.....、.....、.....、.....、.....、.....及.....。此外，還有醫生.....及物理治療師.....和.....的證言，均一致表示 **B** 具有有關專業技能。

主要證人 **C** 在庭審中表示由於已事發多年，很多情節已忘記，且沒法記起當時在廉政公署所作出之證供，但確認當時所說完全是真的。

由於該等證言並非在檢察院和法官面前所作出或確認，故基於現行刑事訴訟法之限制，本合議庭不能在庭審中讀出以喚醒證人之記憶，而沒有在庭審作出審查之證據，是不能採納的。申言之，本合議庭不能以其當時之證供作為形成心證之依據（詳見《刑事訴訟法典》第 336 條及第 337 條之規定）。

上述情況同樣發生在其他部份控方證人身上。

在否定 **B** 是以醫生職程聘請方面，本合議庭是根據公職制度中的醫生職程薪俸點而作出的，後者的起薪點比前者所收取的 440 點為高。

三

澳門《刑法典》第 347 條規定如下：

『公務員意圖為自己或第三人獲得不正當利益，或造成他人有所損失，而在以上各條所規定之情況以外，濫用其職務上固有之權力，或違反其職務所固有之義務者，如按其他法律之規定不科處更重刑罰，則處最高三年徒刑或科罰金。』

從上可見，濫用職權罪的構成要件有：

1. 濫用其職務上之權力，或違反其職務之義務；及
2. 意圖為自己或第三人獲得不正當利益，或造成他人有所損失。

根據已審理查明之事實，嫌犯明知 **B** 不具備專業學歷，仍以包工合同方式，聘請其為.....中心執行運動創傷治療工作。

本合議庭認為，醫學運動創傷康復治療是需要專業的知識和技能才能勝任。嫌犯單憑朋友之言及自己在按摩中獲得良好感覺，沒有以更科學客觀的方式去確定 **B** 是否具有該等專業知識和專業技能下，便聘請其在.....中心擔任按摩治療師的工作，其行為是輕率和不負責任的。

雖然第 84/90/M 號法令只適用於以私人制度提供衛生護理服務，並不適用於公職制度，但我們不能忘記包工合同同樣不適用一般公職制度，而適用取得勞務之法律制度（經第 30/89/M 號法令修改之第 122/84/M 號法令）。

在取得勞務合同的法律制度中，並沒有明確規定要有專業學歷之要求。然而，根據一般經驗法則，作為運動醫學範疇的按摩治療師（非普通按摩師）應具有專業的學歷資格。法律雖然沒有排除沒有學歷但具有實際專業技能之人士擔任有關工作，但前提是必需確保有關人士真的具備該等專業技能，而審查是否真正具有有關專業技能，應以科學及客觀的方式為之，由同一範疇之專業人士作出，而非像嫌犯那樣，單憑個人觀感而為之。

幸好獲聘請之 **B** 女士確實具有一定之專業技能，可以舒緩甚至治療病人之痛楚，才不致於對病人造成損害，從而損害特區政府之聲譽。

在意圖為自己或第三人獲得不正當利益，或造成他人有所損失方面，本合議庭結論如下：

- 雖然 **B** 之薪酬比擁有專業學歷和資格的物理治療師為高（起薪點為 340 點），但與其在.....芬蘭浴工作時的收入相若，故不能認定聘請她是為了其獲得不當利益。
- 沒有充份證據證明嫌犯聘請 **B** 之目的是為了隨時可以得到後者的按摩服務。
- 沒有充份證據證明其他人士因嫌犯的原因而免費獲得 **B** 之按摩服務，從而獲得不當利益。

基於未能證實法定的特定主觀要件，即嫌犯作出聘請 **B** 之決定時，是意圖為自己或第三人獲得不正當利益，或造成他人有所損失，故有關控罪並不成立。

-四

綜合所述，嫌犯 **A** 被控觸犯兩項澳門《刑法典》第 347 條所規定及處罰之「濫用職權罪」，判處罪名不成立。

……」。

三、 上訴裁判的法律依據說明

本院首先須指出，上訴庭除了須依職權審理的事項外，祇須解決上訴人在上訴狀總結部份所具體提出和框劃的問題，而無需分析上訴人在提出這些問題時所主張的每項理由（此一見解可見於本中級法院第 47/2002 號案 2002 年 7 月 25 日合議庭裁判書、第 63/2001 號案 2001 年 5 月 17 日合議庭裁判書、第 18/2001 號案 2001 年 5 月 3 日合議庭裁判書、第 130/2000 號案 2000 年 12 月 7 日合議庭裁判書，和第 1220 號案 2000 年 1 月 27 日合議庭裁判書）。

檢察院在上訴狀的首半部份內容內力陳，一審判決書內第五項的未查明事實與既證事實相互矛盾。

的確，一審判決書的原始版本的第五項未查明事實為「2003 年 3 月，**B** 的續約是根據嫌犯的指令而作出的」；而根據與此相關的既證事實，嫌犯曾指示下級製作有關把 **B** 的包工合同延長三個月的建議書，並於「2003 年 3 月 3 日」「在上述建議書中作出批准的批示」。

然而，原審合議庭在檢察院提交上訴狀後，於 2010 年 11 月 9 日

主動把上述第五項未查明事實內的有關「2003年3月」的日期筆誤更正為「2003年6月3日」。

本院認為，由於針對載於卷宗第725頁的起訴書內的第十九和第二十項涉及2003年5月28日和2003年5月29日之起訴事實，原審法庭在相應的第十八和第十九項既證事實中，並沒有同時認定.....局.....處處長2003年5月28日的內部通告和.....中心處處長2003年5月29日的有利意見均是按嫌犯的指示所作出者，所以B的2003年6月3日的續約當然並非按嫌犯的指令而為之。據此，上述有關日期的筆誤是真正的筆誤，再加上原審法庭是次更正日期的舉措亦沒有導致一審的開釋判決內容發生實質變更，其更正筆誤的決定是符合了《刑事訴訟法典》第361條第1款b項的規定。

如此，檢察院的上述原應被裁定為成立的首個具體上訴問題，面對經更正筆誤後的原審判決內容，便不再具訴訟意義。

檢察院亦在上訴狀前半部份內，主張一審判決書內的第六項未查明事實與相關的既證事實明顯互不相容，故原審法庭在審查證據時實明顯出錯。

本院認為，雖然原審法庭是有把有關「嫌犯A在明知B不具備擔任上述物理治療及康復範疇職務的任何專業技能的情況下，向下級施加壓力，聘請B在.....中心執行關乎本澳市民衛生護理素質的工作」的起訴事實認定為「未審理查明之事實」，但此第六項未查明事實與其他相關的既證事實並非互不相容。

事實上，雖然根據起訴書的內容，嫌犯「明知B並不具備上述專業學歷、資格及技能，而仍指示.....中心處處長.....製作建議書.....」、嫌犯「在明知B不具備擔任上述物理治療及康復範疇職務的任何學歷、資格及有關專業技能的情況下，向下級施加壓力，聘請B在.....中心執行關乎本澳市民衛生護理素質的工作」（見載於卷宗第724頁的第九項起訴事實和第725頁背面的第二十七

項起訴事實)，但根據原審法庭的自由心證，「B具有一定的專業按摩技能，能舒緩甚至治療病人之痛楚」，故原審法庭實質上是把該兩項相關具體起訴事實中涉及技能或專業技能的情事抽出，亦正是這個緣故，原審法庭在第八項既證事實內寫著嫌犯「明知 B 並不具備上述專業學歷資格，仍指示……」，但在第六項未查明事實內則寫著嫌犯「明知 B 不具備擔任……職務的任何專業技能的情況下，向下級施加壓力，聘請……」。

由此可見，在原審法庭所認定和不認定的事實之間，並無檢察院在上訴狀首半部份內所指的明顯互不相容或相互矛盾的情況。

至此，本院還須審理檢察院在上訴狀下半部份內提出的原審判決在圍繞「不正當利益及第三人的利益受損」事宜上的涉及《刑事訴訟法典》第400條第2款的三大瑕疵問題。

檢察院指出，原審判決患有《刑事訴訟法典》第400條第2款a項所指的「獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判」的瑕疵。

然而，本院認為，由於原審法庭已在判決書內指明哪些為既證事宜、哪些為未查明事宜，且這兩組事宜的編寫方式，仍能具體容許判決書的讀者知道該法庭已履行了對本刑事案在一審時的整個訴訟標的作出調查和審理的義務，所以原審判決是不會帶有《刑事訴訟法典》第400條第2款a項所指的瑕疵，即使主要構成該訴訟標的之起訴情事，未獲原審法庭全數認同亦然。

至於檢察院在上訴狀下半部份內所另指的涉及《刑事訴訟法典》第400條第2款b項的「在說明理由方面出現不可補救之矛盾」的瑕疵，本院得重申已於上文所發表的觀點，原審判決的理由說明部份並沒有不可補救的相互矛盾毛病。

對於檢察院在上訴狀下半部份內、就《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所指的「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵而具體主張的上訴理據，本院認為該等上訴理據在本質上並不屬事實審的範疇，而是僅涉及法律審的問題。

的確：

一起訴書的第四點內容指出，「根據 12 月 31 日公佈之第 84/90/M 號法令（經 5 月 18 日之第 20/98/M 號法令修訂）之規定，在澳門從事以私人制度提供衛生護理服務須獲得相關執照的；而治療師及按摩師亦受該法令所規管」，但原審法庭最終否定了治療師及按摩師亦受第 84/90/M 號法令所規管（這是因為原審法庭在判決書的「未審理查明之事實」說明部份的最後一句中實質表示未能查明「其他與已證事實相反之事實」）；

一另起訴書的第五點內容亦指出，「澳門現行法律規定執行物理治療及康復範疇職務的治療師及按摩師更必須具備專業學歷證明、臨床經驗及相關執照」，但原審法庭也把這情事具體視為「未審理查明之事實」（見原審判決書第三項「未審理查明之事實」的內容）。

由於當初的公訴書和其後的起訴書所描述的上述兩點具體情事，純粹是出於控訴和起訴機關對相關法律條文的理解，故即使原審法庭最終否定了該等起訴事宜或將之認定為「未審理查明」者，此情況亦不會把該等原本僅屬法律審的事宜改變為屬事實審的情事。

而原審法庭的上述判斷本身也是奠基於其對適用於包工合同的「取得勞務之法律制度」的法律見解（本院這結論在原審判決的下列載於卷宗第 904 頁首兩段內的具體法律依據說明中得到印證：

「……我們不能忘記包工合同……適用取得勞務之法律制度（經第 30/89/M 號法令修改之第 122/84/M 號法令）。

在取得勞務合同的法律制度中，並沒有明確規定要有專業學歷之要求」）。

鑒於原審法庭的上述法律審結果直接關係到《刑法典》第 347 條的濫用職權罪狀內涉及公務員為第三人獲得不正當利益的意圖的主觀要素成就與否的問題，本院現須分析上述相關法律制度，以判斷原審的上述法律審是否正確。

根據經 12 月 28 日第 62/98/M 號法令第 1 條修改的《澳門公共行政工作人員通則》第 29 條第 1 款的規定，政府「部門得按照取得勞務之法律制度，利用以專用印件訂立之包工合同，執行特定或專門性之工作」。

此條文所指的「取得勞務之法律制度」，正是經 5 月 15 日第 30/89/M 號法令修改的 12 月 15 日第 122/84/M 號法令。

而第 122/84/M 號法令亦真的「沒有明確規定要有專業學歷之要求」，但這並不必然意味所有即使完全依照此尤其涉及公共部門取得財貨和服務的法律制度所規範的行政程序、而獲准在包工合同制度下向公共部門或機構提供服務的人士或實體，皆屬「合法的包工」。

具體而言，在本案中，原審法庭已查明，**B** 是以包工合同形式於 2003 年 1 月至 9 月期間（而首六個月的包工合同關係是在嫌犯主動指示下建立或延續的），為.....局.....中心「執行運動創傷治療範疇的工作」，「職務為執行運動創傷治療」，並在該段期間在中心內「提供按摩服務」，而她「從未在澳門衛生局進行任何有關專業執照的註冊及登記，尤其無獲發出任何有關治療及康復範疇的執照」。

換言之，.....局當時是以包工合同形式，購買了 **B** 的服務，而 **B** 亦因此根據《澳門公共行政工作人員通則》第 29 條第 2 款的明文規定，是以非公共行政工作人員身份，亦即以其不受制於公職制度（包括不受制於任何公共部門或機構的層級從屬管理）的個人身份或私人身份，在該局轄下屬處級的.....中心內提供涉及運動創傷治療的按摩服務。

由此可見，**B** 是純粹以個人或私人身份在該中心從事運動創傷治療按摩師的活動。由於該活動屬衛生護理範疇，帶有公共利益，所以 **B** 必須事先向衛生局申領相關許可才可在澳門以個人身份或私人制度為之（見 12 月 31 日第 84/90/M 號法令第 1 條第 1 款和第 2 款 a 項、第 2 條、第 4 條第 1 款、第 9 條第 1 款和第 10 條的聯合規定）。

據此，雖然原審法庭已查明 **B** 「具有一定的專業按摩技能，能舒緩甚至治療病人之痛楚」，但她在事先從未領有「任何有關治療及康復範疇」的按摩師執照的情況下，卻可以以純粹個人或私人身份在位於本澳的.....中心內從事運動創傷治療按摩師的活動，這情況對她本人而言，已代表其在法律層面的一項不正當利益或不正當好處，即使其因在該中心內從事該活動而賺取的金錢報酬與其之前在「.....芬蘭浴工作時的收入相若」亦然。

基上所述，本院尤其根據《澳門公共行政工作人員通則》第 29 條第 2 款和第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a 項的規定，實不能認同嫌犯有關第 84/90/M 號法令的許可制度並不適用於本案的主張，而嫌犯所指的 8 月 30 日第 7/2010 號法律第 24 條第 2 款也不適用於 **B** 身上（事實上，此條文是面向屬於公共部門或機構的編制內的診療技術員，因此嫌犯不得引用此條文來試圖把 **B** 的非法包工身份合法化或淡化）。

總言之，**B** 是在包工合同制度下向.....中心提供服務，故根據《澳門公共行政工作人員通則》第 29 條第 2 款的規定，她正是以私人個體名義在.....中心內從事運動創傷治療按摩師的活動。據此，該中心的公共實體性質，礙於此條文的規定，也不能把 **B** 在提供運動創傷治療按摩服務時的私人個體名義公共化。故本院不能採納一切有關主張因 **B** 是在屬公共機構的.....中心內提供運動創傷治療按摩服務、而不應被視

為是以個人或私人制度在該中心從事運動創傷治療按摩服務的論調。

綜上，由於原審法庭已查明 **B** 從未獲上述執照，但在案發時身為.....局局長的嫌犯，在明知 **B** 並不具備上述專業資格下，仍故意指示其當時的下級，製作有關以包工合同形式讓 **B** 在.....中心內提供運動創傷治療按摩服務或延長服務提供期的建議書，並之後在相關文書內親自簽署批准，本院認為嫌犯的上述行為已足以顯示其有為 **B** 在法律層面獲得不正當利益的意圖，故嫌犯的情況實已完全符合濫用職權罪狀的客觀要素，也尤其符合了此罪狀所要求的其中一個同樣足以入罪的主觀要素，即使嫌犯沒有意圖為自己獲得不正當利益或意圖造成他人有所損失亦然。

的確，《刑法典》就濫用職權罪，在第 347 條內尤其規定，公務員意圖為自己或第三人獲得不正當利益，或造成他人有所損失，而濫用其職務上固有之權力，則處最高三年徒刑或科罰金。

而立法者在此罪狀內所指的不正當利益，並非一定是金錢利益或財產性利益，也可屬非錢財層面的其他利益或好處（參閱葡萄牙科英布拉大學法學院刑事法律教授兼澳門現行《刑法典》草案起草人 **JORGE DE FIGUEIREDO DIAS** 先生所主編的“**COMENTÁRIO CONIMBRICENSE DO CÓDIGO PENAL – PARTE ESPECIAL**”（書名可中譯為《科英布拉大學對刑法典分則之評釋》）一書的第三冊第 777 頁最後一段至第 778 頁第一段的釋義內容）。

這樣，本院得把原審法庭所持的有關實質否定以私人身份執行物理治療及康復範疇職務的治療師及按摩師亦受第 84/90/M 號法令所規管和否定此等治療師及按摩師必須具備相關執照的法律見解，修正為此等治療師及按摩師亦受第 84/90/M 號法令所規管、此等治療師及按摩師必須具備相關執照，亦得把原審法庭因其上述法律見解而發表的有關否定嫌犯作出上述

行為是意圖為 **B** 獲得不正當利益和否定嫌犯明知法律禁止和處罰其上述行為的結論性斷言，修正為嫌犯作出上述行為是意圖為 **B** 獲得不正當利益、嫌犯明知法律禁止和處罰其上述行為。

既然嫌犯的上述行為已同時符合濫用職權罪罪狀的客觀和主觀要素，本院得應上訴人檢察院的要求，直接改判嫌犯的濫用職權罪罪名成立。

但與上訴人的見解不同的是，本院認為嫌犯是以連續方式犯下一項濫用職權罪，而非兩項濫用職權罪，因為雖然嫌犯亦有故意指示其下級製作有關把原先包工合同期延長三個月的建議書，並於 2003 年 3 月 3 日在該建議書中作出批准批示，使 **B** 的包工合同期能延長至 2003 年 6 月 2 日，但嫌犯在此方面的違法行為仍是針對早已非法建立的同一包工合同關係，其在實施涉及延長合同期事宜的不法行為時的過錯程度，自然是大大低於在之前首次指示和親自批准與 **B** 訂立包工合同時的過錯程度，故得對嫌犯的犯罪行為適用《刑法典》第 29 條第 2 款的連續犯概念。

法院對濫用職權罪可處最高三年徒刑或科罰金。

本院考慮到嫌犯當時身任政府局長級官員，如選科罰金，是不足以實現涉及一般預防犯罪需要的處罰之目的（見《刑法典》第 64 條和第 40 條第 1 款的規定），故得對其科處徒刑。

在具體量刑方面，本院在《刑法典》第 40 條第 1 和第 2 款、第 41 條第 1 款、第 65 條第 1 和第 2 款及第 73 條的指引下，經尤其綜合衡量嫌犯的犯罪手法屬一般、其犯罪事實的不法性因在犯案時屬局長級的高級公務員而顯得頗高、其在犯罪時的故意程度高、其因時任局長而較一般的公務員身負更大的知法守法義務、其屬初犯、其濫用職

權的不法行為沒有導致當時在.....中心內接受 **B** 治療的人士的健康受損等具體量刑情節，以及考慮到濫用職權罪的一般預防的強烈需要，認為對其以正犯身份和連續方式犯下的一項濫用職權罪應處以一年徒刑。

另本院考慮到嫌犯沒有犯罪前科，且其濫用職權的不法行為並沒有導致在.....中心內接受 **B** 治療的人士的健康受損，認為僅對嫌犯的犯罪事實作譴責，並以監禁作威嚇，已可適當及足以實現處罰之目的，故得准許嫌犯緩刑兩年（見《刑法典》第 48 條第 1 和第 5 款的規定）。

四、 判決

綜上所述，中級法院合議庭裁定檢察院的上訴理由僅部份成立，進而改判嫌犯 **A** 是以正犯和連續方式實施了一項《刑法典》第 347 條所定的濫用職權罪，對其處以一年徒刑，緩刑兩年。

鑑於嫌犯曾力主檢察院有關改判罪成的上訴要求完全不成立，嫌犯須為此支付肆個訴訟費用計算單位的司法費。

命令把本裁判書內容告知社會文化司及廉政公署。

澳門，2011 年 4 月 28 日。

(簽名)

第一助審法官兼本裁判書製作人
陳廣勝

(簽名)

第二助審法官
譚曉華

_____(簽名)_____(Vencido. Segue declaração).

原裁判書製作人

José Maria Dias Azedo (司徒民正)

Processo nº 990/2010(*)

(Autos de recurso penal)

Declaração de voto

Como relator, elaborei projecto de acórdão onde propunha a improcedência do recurso e a consequente confirmação da decisão absolutória recorrida.

Vencido que fiquei, passo a expor como me preparava para decidir, acompanhando de perto, e ainda que abreviando, o referido projecto de acórdão.

1. O Digno Magistrado do Ministério Público requereu o julgamento de A, arguido com os sinais dos autos, imputando-lhe a prática, como autor e em concurso real, de 2 crimes de “abuso de poder” p. e p. pelo art. 347º do C.P.M.; (cfr., fls. 904 a 904-v que como as que se vierem a referir, dão-se aqui como reproduzidas para todos os efeitos legais).

*

Realizada a audiência de julgamento, proferiu o Colectivo do T.J.B. Acórdão

* Processo redistribuído em 10.01.2011.

julgando improcedente a acusação deduzida e absolvendo o arguido dos imputados crimes; (cfr., fls. 904 a 904-v).

*

Inconformada com o assim decidido, a Exm^a Magistrada do Ministério Público recorreu, motivando para, a final, produzir as conclusões seguintes:

- “1. Há contradição no duto acórdão quanto ao reconhecimento dos factos provados, que o que se teve não provado está em desconformidade com o que realmente se provou, retirando-se de um facto tido como provado uma conclusão logicamente inaceitável, pelo que, nos termos do artº 400º, n.º2, al. c) do Código de Processo Penal, o duto acórdão padece de vício de erro notório na apreciação das provas.*
- 2. O benefício ilegítimo indicado no crime de abuso de poder, p. p e pelo art. 347º do Código Penal não é necessariamente benefício de carácter patrimonial.*
- 3. A lei exige que o referido benefício seja ilegítimo, a remuneração obtida pela senhora B através do acto ilegítimo do arguido, em si própria, já é um benefício ilegítimo.*
- 4. Mesmo que os meritíssimos juízes do Tribunal de Segunda Instância não estejam de acordo com o entendimento do supracitado benefício ilegítimo, de acordo com os factos provados no duto acórdão, também podem mostrar a existência de benefício ilegítimo.*
- 5. A senhora B obteve benefício ilegítimo, quer na receita auferida, quer no tempo de descanso, quer na dignidade do referido cargo.*

6. *Em comparação com o mesmo serviço de massagem recebido pelo arguido na Sauna "....." e no Centro de, há diferente de várias centenas quanto à despesa, bem como, na qualidade como chefe, o arguido pode ter mais facilidades na obtenção do serviço prestado pela senhora B, tudo isso constituiu o seu benefício pessoal.*
7. *De acordo com a consciência comum, esse benefício pode nos levar a crer que é um motivo para impulsionar o arguido ao praticar o acto.*
8. *O acto também causou prejuízo a terceiro incluindo E, outros terapeutas na área de traumatologia desportivas, pessoal de enfermagem, até a fé pública e credibilidade do governo da RAEM.*
9. *Conforme o seu cargo e suas experiências, o arguido pode prever absolutamente a ocorrência do prejuízo, tendo o mesmo ainda agido deliberadamente.*
10. *Considera o Ministério Público que, entre os fundamentos invocados no acórdão quanto à negação de existência da obtenção de benefício, o 1.º fundamento que diz respeito à receita próxima violou o disposto no art.º 400º, n.º2, al. a) do Código de Processo Penal; quanto ao 2º fundamento respeitante à negação de obtenção para o arguido próprio de benefício, é contrário à consciência comum e às regras de experiências, bem como está em desconformidade com os factos provados, violando assim o disposto no art.º 400º, n.º2, al. b) e c) do Código de Processo Penal; e quanto ao 3º fundamento, mesmo que o seja provado, não se pode dar por provada a inexistência dos elementos objectivos constitutivos de crime, pois, o Tribunal a quo ignorou os prejuízos causados pelo acto do arguido a E, a outros terapeutas de traumatologia desportiva, ao pessoal de enfermagem e ao governo da RAEM.*

11. *Uma vez que o Tribunal a quo não tem um fundamento suficiente quanto à inexistência de elementos objectivos de crime, o que, evidentemente é contrário às regras de experiências e à consciência comum, estando em desconformidade com os factos provados, sendo assim, há erro notório na apreciação das provas, o acórdão padece dos vícios previstos no art.º 400º, n.º2, al. a) b) e c) do Código de Processo Penal.”; (cfr., fls. 909 a 917 e 984 a 1001).*

*

Em resposta, assim conclui o arguido recorrido:

- “1. *Por despacho de fls. 921, o Tribunal “a quo” corrigiu a sentença de forma a rectificar o lapso patente na data mencionada no segundo facto não provado, indicado na motivação de recurso do Ministério Público, passando agora a constar, nesse facto, a data de 3 de Junho de 2003;*
2. *Não foi dado como provada a existência de uma imposição ou de pressão exercida para que os senhores C e D contratassem a senhora B;*
3. *Exercer pressão ou impor uma conduta implica, obviamente, um comando de conteúdo intrínseco positivo e predeterminado, que não equivale nem se coaduna com a mera indicação ou instrução para preparar uma proposta;*
4. *O Tribunal “a quo” manteve o texto do facto não provado, sem o limitar ou fraccionar, uma vez que o seu teor, lido globalmente, não contraria nenhum facto dado como provado;*
5. *A alegada contradição entre os apontados factos é, de todo, irrelevante para o*

resultado da matéria de facto a que chegou o Tribunal;

6. *O erro notório na apreciação da prova nada tem que ver com eventual desconformidade entre a decisão de facto do julgador e aquela que teria sido a do próprio Recorrente;*
7. *O erro notório, como vício da decisão, só existirá e será relevante quando um homem médio, perante o que consta da decisão recorrida, por si só, ou conjugada com as regras da experiência, facilmente se dá conta que o Tribunal violou as regras da experiência comum na apreciação que fez das provas ou que se baseou em juízos ilógicos, arbitrários ou contraditórios para proferir a decisão;*
8. *Por outro lado, sendo um vício da decisão, o erro terá que resultar do texto da mesma, apreciada na sua globalidade, no seu todo, avaliando-se se o juízo formulado revela uma apreciação manifestamente incorrecta, desadequada, baseada em juízos ilógicos, arbitrários e, de todo, insustentáveis;*
9. *Assim, não se vislumbra o vício de erro notório na apreciação da prova assacado pelo Recorrente ao Tribunal a quo, pois, vistos em global e de modo crítico todos os elementos dos autos sob os padrões das regras da experiência da vida humana, não se afigura ostensivamente desrazoável o resultado do julgamento da matéria de facto a que chegou o Tribunal;*
10. *Divergindo da convicção do Tribunal assim formada, poderia o Ministério Público, uma vez que a prova se encontra documentada, ter impugnado a matéria de facto e fazer valer o seu ponto de vista, trazendo à colação as provas que, em seu entender, justificariam decisão diversa da recorrida;*
11. *Ora, a matéria de facto não foi impugnada, com base em erro de julgamento e, não*

tendo sido impugnada, a mesma só pode ser modificada ao abrigo dos vícios do art. 410.º, n.º 2, do Cód. Proc. Penal (que, in casu, não se verificam), devendo estes resultar do texto da própria sentença e não de elementos extrínsecos, como aqueles a que o Recorrente faz constante apelo ao longo da sua motivação;

12. O crime de abuso de poder caracteriza-se por ser um crime intencional para cuja verificação se exige o dolo específico. Ou seja, não basta verificar apenas o abuso de poder, para existir este crime é necessário que se verifique uma vontade dirigida a causar um prejuízo ou a obter um benefício ilegítimo;
13. Ao contrário do que alega o Ministério Público, não foi demonstrado, não ficou provado, nem se pode concluir que o Recorrido, a senhora B ou terceiros tenham obtido um benefício ilegítimo, nem que tenha sido causado um prejuízo à Região Administrativa Especial de Macau ou aos utentes do Centro de;
14. O único benefício que os utentes do Centro obtiveram com os tratamentos da senhora B foi a declarada melhoria do seu estado de saúde, benefício que é inteiramente legítimo;
15. Ficou provado, ao contrário do que alega o Ministério Público, que o anterior salário mensal da senhora B era de MOP20.000,00 a MOP25.000,00;
16. Não se provou que, ao contrário do mencionado na motivação, a senhora B exercesse funções como médica no Centro de, ou, sequer, que se fizesse passar como tal, da mesma forma que não se provou que o anterior terapeuta E fosse médico, à data da sua contratação;
17. Ficou sobejamente provada a competência profissional da senhora B, pois a decisão recorrida refere que «Quanto ao valor técnico-profissional de B, foram

ouvidos os pacientes dela, a saber,,,,, e Para além disso, foram ainda ouvidos os depoimentos do médico e terapeutas e Todos disseram que B possuía competência técnico-profissional.»;

- 18. O índice 440, relativo às MOP22.000,00 do salário da tarefa, corresponde ao valor auferido pela categoria de técnico principal de 3.º grau do 3.º escalão do regime da carreira de diagnóstico e terapêutica, conforme estava previsto na Lei n.º 10/95/M, de 31 de Julho;*
- 19. Também a Lei n.º 7/2010, de 30 de Agosto que revogou a Lei n.º 10/95/M, estabelece que o índice 440 corresponde à remuneração do técnico de 1.º classe do 3.º escalão;*
- 20. Bastará atentar às tabelas remuneratórias das carreiras médicas, estabelecido na Lei n.º 10/2010, de 30 de Agosto, para se perceber que os salários dos técnicos são inferiores aos dos médicos;*
- 21. Importante é salientar que o novo Regime da Carreira de Técnico de Diagnóstico e Terapêutica (a já referida Lei n.º 7/2010), que se aplica aos técnicos de todos os Serviços e Organismos Públicos desta Região, estipula no artigo 24.º que a lei também se aplica aos técnicos que se encontrem em funções e que não reúnem condições de formação e qualificação profissional;*
- 22. Circunstância que demonstra, com evidência, que a contratação da senhora B, não foi caso único em Macau, pois a previsão do artigo 24.º da Lei n.º 7/2010 salvaguarda, precisamente, as contratações de outros técnicos de terapêutica de Serviços Públicos desta Região, que, tal como a senhora B, foram contratados sem possuírem condições de formação e qualificação profissional;*

23. *Neste cenário, o acto praticado pelo Recorrido, visando intervir rapidamente numa situação de carência de serviço que exigia medidas urgentes, não configura, nem pode configurar um crime de abuso de poder;*
24. *O contrato de tarefa tem, como se sabe, características específicas e excepcionais que, precisamente pela sua singularidade (que foge à regra comum do sistema de contratação na função pública), permitem a contratação de quem não possui as qualificações para o normal exercício da função;*
25. *Tanto é assim que, face à sua excepcionalidade, o contrato de tarefa nem sequer confere ao contraente particular a qualidade de agente ou cria qualquer vínculo entre a Administração e o Tarefeiro;*
26. *Ao alegar que as provas não são suficientes para provar ou não provar um determinado facto, o Ministério Público está, na motivação, a elaborar sobre uma questão que não contende com a insuficiência da matéria de facto, mas sim com a insuficiência da prova, que não pode ser objecto de sindicância nos termos do artigo 114.º do Código de Processo Penal, onde se consagra a liberdade de apreciação da prova e a liberdade de formação da convicção;*
27. *A extensa argumentação do Ministério Público, sobre o desvalor da decisão recorrida, serve apenas para denunciar a declarada divergência do Recorrente quanto à convicção que o Tribunal formou com base na prova produzida;*
28. *A insuficiência para a decisão da matéria de facto provada consiste numa carência de factos que permitam suportar uma decisão dentro do quadro das soluções de direito plausíveis, e que impede que sobre a matéria da causa seja proferida uma decisão segura, o que, manifestamente, não se verifica no caso sub judice;*

29. *Por seu turno, só se verifica contradição insanável da fundamentação quando, de acordo com um raciocínio lógico, seja de concluir que essa fundamentação justifica uma decisão precisamente oposta ou quando, segundo o mesmo tipo de raciocínio, se possa concluir que a decisão não fica esclarecida de forma suficiente, dada a colisão entre os fundamentos invocados, o que, claramente, também não sucede na decisão recorrida.”; (cfr., fls. 928 a 953).*

*

Admitido o recurso com efeito e modo de subida adequadamente fixados, vieram os autos a este T.S.I..

*

Em sede de vista, juntou o Exm^o Procurador-Adjunto o seguinte douto Parecer:

“Acompanhamos, em termos essenciais, as judiciosas considerações da nossa Exma. Colega.

E apenas vamos tentar complementá-las num ou noutro ponto.

Vejamos.

Está em causa, no tipo descrito no art. 347º do C. Penal, “a autoridade e credibilidade da Administração ao ser afectada a imparcialidade e eficácia dos seus serviços” (cfr. ac. deste Tribunal, de 23-02-2006, proc. n.º. 32/2005).

E assume particular relevância, nesse âmbito, “pela ameaça que apresenta para o bem jurídico protegido, a violação por parte do funcionário do dever de isenção...” (cfr. Paula Ribeiro de Faria, Comentário Conimbricense, III, 776).

De acordo com o n.º 3 do art. 279º do ET APM, esse dever “consiste em não retirar vantagens que não sejam devidas por lei, directas ou indirectas, ou outras, das funções que exercem, actuando com imparcialidade e independência em relação aos interesses e pressões particulares de qualquer índole, na perspectiva do respeito pela igualdade dos cidadãos”.

Resulta, pois, do dever em foco, “a proibição de as autoridades administrativas praticarem actos ou tomarem decisões sobre assuntos em que estejam pessoalmente interessadas, directa ou indirectamente, e, em consequência, o dever de se absterem de intervir no procedimento, acto ou contrato administrativo em causa” (cfr. Maria Teresa de Melo Ribeiro, O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública, 169 - sublinhado acrescentado).

Ora, no caso “sub Júdice”, como sublinha a Magistrada recorrente, o arguido interveio activamente nos actos em apreço, violando o dever que sobre ele impendia.

Provou-se, aliás, que o fez “de forma livre, voluntária e consciente”.

Relativamente ao tipo subjectivo de ilícito, impõe-se, liminarmente, uma explicitação.

O crime de abuso de poder é, conforme se sabe, um crime de intenção ou de resultado cortado (cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal, 905).

Nos chamados crimes de intenção, o tipo legal exige, para além do dolo do tipo, a intenção de realização de um resultado, que não integra o respectivo tipo objectivo.

E, na hipótese vertente, o elemento subjectivo adicional é a “intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício ilegítimo ou de causar prejuízo a outras pessoas”.

É irrelevante, entretanto, que o benefício ou o prejuízo se tenham concretizado (cfr.loc.cit.).

O que importa, na verdade, é que se verifique o referido elemento subjectivo.

O douto acórdão deu como não provada aquela “intenção”.

Não se mostra, todavia, que tenha sido feita, nesse âmbito, a necessária investigação.

Cremos, desde logo, que o Tribunal Colectivo não atentou na irrelevância da produção do resultado.

Parece resultar da decisão, com efeito, que a conclusão da falta de intenção se retirou da inverificação do resultado.

E esse facto reflectiu-se na averiguação dos motivos que presidiram à actuação do arguido.

O que é que o moveu?

Porque se afastou dos seus deveres?

O acórdão impugnado, a nosso ver, não responde cabalmente.

Para além disso, como se salienta na motivação do M^oP^o, não se tiveram em conta, na decisão, as diversas vertentes dos conceitos de benefício ilegítimo e de prejuízo.

E tal benefício, na realidade, é “toda a vantagem que o sujeito activo pretende retirar da sua actuação, e que em concreto poderá assumir natureza patrimonial ou não patrimonial” (ac. cit.).

Do mesmo modo, em relação ao prejuízo, não se exige uma “ dimensão patrimonial” (cfr. Paula Ribeiro Faria, loco cit.).

Há que chamar à colação, ainda, uma outra questão.

As “intenções especiais”, nos crimes de resultado cortado, não se identificam, como se viu, com a “ intenção” (como forma de dolo).

Afigura-se-nos, contudo, que lhes são aplicáveis as mesmas regras.

E, nessa perspectiva, o designado “dolo específico” compadece-se, também, com qualquer das modalidades de dolo - incluindo o eventual.

E essa modalidade não foi, de facto, objecto de ponderação.

As situações apontadas, de falta ou deficiência de investigação, integram o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto (cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, 3ª Ed., 1052 - em consonância com a Jurisprudência portuguesa aí referenciada).

O que equivale a afirmar que se divisam, dentro do objecto do processo, lacunas no apuramento da matéria de facto necessária a uma decisão de direito adequada.

E antolha-se, por outro lado, na esteira das criteriosas explicações da Ilustre recorrente, o vício do erro notório na apreciação da prova.

A não comprovação da aludida “intenção” - nos termos em que ocorreu, sem uma adequada especificação ou explicação - não se compatibiliza, realmente, em nosso juízo, com a factualidade dada como assente - nomeadamente em sede da violação do dever de isenção”; (cfr., fls. 1006 a 1011).

2. Deu o Colectivo do T.J.B. como provados os factos seguintes:

“Por volta do ano 2001, o arguido A conheceu B(B) que exercia funções de massagista na Sauna "....." (.....芬蘭浴); O arguido apreciava muito a técnica de massagem de B,

Em meados de Dezembro de 2002, o arguido A, na qualidade como presidente do Instituto do, deu instruções ao seu pessoal subordinado incluindo o chefe do Centro de C (C) e o chefe da divisão D(D), tendo ainda dado instruções ao segundo para arranjar oportunamente B a trabalhar no Centro de, bem como tratar das demais formalidades necessárias sobre o respectivo contrato.

Uma vez que o técnico E (E) que exercia funções no Centro de como médico de medicina tradicional chinesa na área de, iria desligar do serviço em 1 de Janeiro de 2003 por terminar o prazo do seu contrato, o arguido A, por sua vez, determinou, em nome de "preenchimento da vaga de E", deixar B trabalhar no Centro de

Nos termos do D.L n.º84/90/M, publicado em 31 de Dezembro (alterado pelo D.L n.º20/98/M, de 18 de Maio), a prestação de cuidados de saúde em Macau, em regime individual, necessita de respectiva licença;

Segundo o currículo apresentado por B, a mesma tinha como habilitações máximas o curso do ensino secundário completo na "Escola n.º8 da Cidade de", tendo, contudo, sido indeferido em 27 de Fevereiro de 2003, o seu pedido de reconhecimento de habilitações do ensino primário e secundário formulado em 27 de Novembro de 2002, junto da autoridade de Macau.

B não possui nenhuma habilitação profissional respeitante à área de terapia física e de tratamento de reabilitação, nem exerceu funções de terapeuta na área de traumatologia desportiva.

B nunca efectuou, junto dos Serviços de Saúde, inscrição e registo sobre licença profissional, em particular, não lhe foi emitida qualquer licença que diz respeito à área de terapia física e de tratamento de reabilitação.

O arguido A tinha perfeito conhecimento de que B não possui as supracitadas habilitações profissionais, tendo dado ainda instruções ao chefe de Centro de C para elaborar proposta, indicado ainda que fosse contratada B pelo contrato de tarefa, com retribuição de MOP\$22.000 (correspondente ao então índice 440 do vencimento dos trabalhadores da), para exercer funções na área de traumatologia desportiva no Centro de

No dia 21 de Dezembro de 2002, por volta das 21H00 (feriado público), o arguido A telefonou ao chefe do Centro de C, exigindo-lhe que voltasse ao centro, a fim de apresentar-lhe B e discutir questões sobre a sua contratação.

No dia 23 de Dezembro de 2002, o chefe do Centro de C, conforme as instruções dadas pelo arguido A, elaborou a proposta n.º58/CMD/2002, tendo sugerido ao superior hierárquico para contratar B, pelo contrato de tarefa, com retribuição de MOP\$22.000 (correspondente ao então índice 440 do vencimento dos trabalhadores da), para exercer funções na área de traumatologia desportiva no Centro de, tendo dado, ao mesmo tempo, um parecer favorável.

No mesmo dia, o arguido A proferiu o despacho de concordância e autorização na referida proposta.

No dia 2 de Janeiro de 2003, B, no gabinete do chefe do Centro de C, assinou um contrato de tarefa, pelo período de 2/1/2003 até 1/3/2003, para auferir mensalmente uma retribuição no valor de MOP\$22.000, ao exercício de funções de traumatologia desportiva, com habilitações literárias de ensino secundário completo.

No dia 30 de Janeiro de 2003, o chefe da divisão D, conforme as instruções dadas pelo arguido A, fez um averbamento de cabimentação de verba na supracitada proposta n.º58/CMD/2002, integrando assim a retribuição de B no orçamento financeiro do Instituto do

No dia 28 de Fevereiro de 2003, o chefe do Centro de C, conforme as instruções dadas pelo arguido A, elaborou a proposta n.º009/CMD/2003 propondo ao superior hierárquico, a prorrogação do contrato de tarefa de B pelo período de três meses, contados desde 3 de Março até 2 de Junho de 2003, sem alteração das outras condições estipuladas no contrato; Para além de dar um parecer favorável, C também indicou que as retribuições de B seriam suportadas pelo orçamento do Instituto do

No dia 3 de Março de 2003, o arguido A proferiu o despacho de autorização na supracitada proposta.

No mesmo dia, B assinou o supracitado contrato.

No dia 5 de Março de 2003, o chefe da Divisão D fez um averbamento de cabimentação de verba.

No dia 28 de Maio de 2003, o chefe da Divisão D elaborou a nota interna n.º11/DAF/2003 solicitando a emissão de parecer, junto o chefe do Centro de C, quanto à renovação do contrato de B.

No dia 29 de Maio de 2003, o chefe do Centro de C proferiu o parecer favorável.

No dia 30 de Maio de 2003, o chefe da Divisão D elaborou a proposta n.º86/DSF/2003, propondo ao superior hierárquico, a prorrogação do contrato de tarefa de B pelo período de três meses, contados desde 3 de Junho até 2 de Setembro de 2003, sem alteração das outras condições estipuladas no contrato; No mesmo dia, D também fez um averbamento de cabimentação de verba na referida proposta.

No dia 2 de Junho de 2003, o presidente do Instituto do substituto F (F) proferiu o despacho de autorização na supracitada proposta.

No dia 3 de Junho de 2003, B assinou o supracitado contrato.

No período entre Janeiro e Setembro de 2003, no Centro de, B prestou serviço de massagem ao arguido A; Além disso, no centro B também prestou serviço de massagem para outro pessoal governamental e não governamental.

No supracitado período, B já recebeu, do Instituto do, oito cheques no valor total de MOP\$170.133,30 como remuneração.

O arguido A agiu de forma livre, voluntária e consciente ao praticar os supracitados actos.

- De acordo com o respectivo certificado de registo criminal, o arguido é primário.*
- B possui determinadas habilidades profissionais de massagem, conseguindo aliviar e curar as dores de pacientes.*
- B, na Sauna ".....", auferia mensalmente um salário cerca de MOP\$20.000 a 25.000,00.”*

Seguidamente, e como “factos não provados”, indicou o Acórdão recorrido os seguintes:

- “- *Na sauna, o arguido A não conseguia obter de imediato o serviço de massagem prestado por B por esta sempre ter sido reservada previamente por clientes daquela sauna.*
- *Ao contratar B, o arguido A tinha finalidades de obter o serviço de massagem prestado por B a todo o tempo,*
- *De acordo com a lei vigente em Macau e os pareceres dos Serviços de Saúde, os terapeutas e massagistas, no exercício de profissão de terapia física e de tratamento de reabilitação, devem possuir certificados de habilitações académicas e profissionais, experiência clínica e respectiva licença,*
- *B foi contratada pela carreira de médico.*
- *A renovação do contrato de B foi feita em Março de 2003* de acordo com as instruções dadas pelo arguido. *Essa data foi alterada para: 3 de Junho de 2003 (de acordo o despacho, a fls.921).*
- *O arguido, bem sabendo que B não possui quaisquer habilidades profissionais ao exercer as supracitadas funções respeitantes à área de terapia física e de tratamento de reabilitação, ainda exerceu pressões sobre o seu pessoal subordinado para contratar B para exercer funções sobre qualidade dos cuidados de saúde de residentes de Macau, no Centro de*
- *Ao praticar os supracitados actos, o arguido A tinha intenção de obter interesses ilegítimos para si e para terceiro incluindo B e outro pessoal governamental ou não governamental que chegaram a receber os serviços de massagem prestados por B.*

- *Os actos do arguido prejudicaram a justiça e a credibilidade da Administração de Macau.*
- *O arguido A tinha perfeito conhecimento de que os seus actos eram proibidos e Bidos por lei.*
- *Outros factos contrários aos factos provados.”; (cfr., fls. 901-v a 903 e 970 a 978).*

3. Resulta da motivação e conclusões do Exmo. Recorrente que é o mesmo de opinião que incorreu o Colectivo a quo nos vícios previstos no art. 400º, n.º 2, al. a), b) e c) do C.P.P.M., ou seja, dos vícios de “insuficiência da matéria de facto provada para a decisão”, “contradição insanável de fundamentação”, e “erro notório na apreciação da prova”.

— Comecemos pelo assacado vício de “insuficiência...”.

Pois bem, em relação ao vício em questão, tem este T.S.I. repetidamente afirmado que o mesmo apenas ocorre quando o Tribunal omite pronúncia sobre “matéria objecto do processo”; (cfr., v.g. o recente Acórdão de 24.02.2011, Processo n.º 785/2010).

E, sem esforço, conclui-se que não incorreu o Colectivo do T.J.B. no imputado vício, pois que não omitiu pronúncia sobre “matéria objecto do processo”, tendo, antes, (e como de uma mera leitura ao Acórdão recorrido se constata), apreciado toda aquela

matéria, elencando a que resultou provada e não provada, e fundamentando, em termos que se nos mostram adequados, tal decisão.

Assim, e ociosas nos parecendo, outras considerações sobre a questão, à vista está a solução.

Diz também o Ilustre Procurador Adjunto que deu-se no Acórdão recorrido como não provado que o arguido agiu com “intenção”, (dolo), mas que “não se tiveram em conta as diversas vertentes dos conceitos de benefício ilegítimo e de prejuízo” e que não foi igualmente “objecto de ponderação” a actuação do arguido a título de “dolo eventual”.

Ora, sem prejuízo do muito respeito por entendimento em sentido diverso, não nos parece que se possa acolher o assim afirmado.

Com efeito, e em sede de “factos não provados” consignou expressamente o Colectivo a quo que não se provou que:

— “Ao contratar B, o arguido A tinha finalidade de obter o serviço de massagem prestado por B a todo tempo”, e que,

— “Ao praticar os supracitados actos, o arguido A tinha intenção de obter interesses ilegítimos para si e para terceiro incluindo B e outro pessoal governamental ou não governamental que chegaram a receber os serviços de massagem prestados por B”.

Por sua vez, em sede de fundamentação, consignou-se no Acórdão recorrido que:

“Quanto à obtenção para si ou terceiro de benefício ilegítimo ou de causar prejuízo a outra pessoa, o presente Tribunal Colectivo concluiu da forma seguinte:

—Embora B tenha uma retribuição relativamente mais elevada de que os terapeutas com habilitações literárias e qualificações profissionais (índice 340), receita essa próxima com aquela que ganhava na Sauna “.....”, pelo que, não se deu por provado que a contratação dela era para obter para si benefício ilegítimo.,

—Não há prova suficiente de que a contratação de B pelo arguido tenha finalidades de que o último possa obter o serviço de massagem a todo o tempo.

—Não há prova suficiente de que o outro pessoal, por causa do arguido, receba o serviço de massagem oferecido pela senhora, de forma gratuita e de tal modo a obter para si benefício ilegítimo”, e, daí extraiu a seguinte conclusão,

“Uma vez que não se consegue provar os elementos objectivos específicos legalmente fixados, ou seja, não se provou que o arguido, ao contratar a senhora B, já tivesse intenção de obter para si ou terceiro, benefício ilegítimo, ou de causar prejuízo a outra pessoa, assim sendo, não procedem os factos criminosos que ao arguido são imputados”, assim decidindo pela sua absolvição dos 2 crimes de “abuso de poder” pelos quais estava acusado”; (cfr., fls. 981-v a 982).

Perante isto, razoável não parece considerar-se que não teve o Colectivo a quo em conta “as diversas vertentes dos conceitos de benefício ilegítimo e de prejuízo”, e que “não ponderou o dolo do arguido na modalidade de dolo eventual”.

Tais considerações, em nossa opinião, (e com o devido respeito) não passam de “apreciações subjectivas”, sem apoio no teor do acórdão recorrido e extraídas, cremos nós, de uma inadequada leitura feita ao decidido e que de forma alguma se pode acolher.

Para além disto, não se pode olvidar que, ao Tribunal cabe emitir pronúncia sobre os factos da acusação, (e contestação se houver), e se o fez da forma que no caso fez, fundamentando, como se viu, tal decisão, adequada não é a censura que lhe é feita.

É verdade que, querendo, podia (e, quiçá, melhor seria que) o Colectivo a quo se pronunciasse expressamente quanto ao “dolo eventual do arguido”.

Porém, não constando tal “modalidade de dolo” no libelo acusatório, adequado não nos parece o entendimento que mesmo assim devesse sobre o mesmo emitir pronúncia, havendo que concluir que na decisão que proferiu foi o mesmo ponderado.

Assim, e ociosas nos parecendo, outras considerações sobre a questão, avancemos.

— Passemos para a alegada “contradição insanável”.

Ora, tal vício tem sido entendido como aquele que ocorre quando “*se constata incompatibilidade, não ultrapassável, entre os factos provados, entre este e os não*

provados ou entre a fundamentação probatória e a decisão; (cfr., v.g. no Acórdão deste T.S.I. de 27.01.2011, Proc. n° 634/2010).

No caso, (e ainda que apelidando de “erro notório na apreciação da prova”) diz o Exmo. Magistrado do Ministério Público na sua motivação de recurso o que segue:

“Segundo o douto acórdão do presente processo, há dois factos não provados, a saber:

1. O arguido, bem sabendo que B(B) não possui quaisquer habilidades profissionais ao exercer as supracitadas funções respeitantes à área de terapia física e de tratamento de reabilitação, ainda exerceu pressões sobre o seu pessoal subordinado para contratar B para exercer funções sobre qualidade dos cuidados de saúde de residentes de Macau, no Centro de

2. A renovação do contrato de B foi feita em Março de 2003 de acordo com as instruções dadas pelo arguido.

*

Evidentemente, existe contradição entre esses dois factos e os factos provados no acórdão, em particular, os dois factos não correspondem aos factos provados seguintes:

1. Em meados de Dezembro de 2002, o arguido A, na qualidade como presidente do Instituto do, deu instruções ao seu pessoal subordinado incluindo o chefe do Centro de C (C) e o chefe da divisão D(D) ,tendo ainda dado instruções ao segundo para arranjar oportunamente B a trabalhar no Centro de, bem como tratar das demais formalidades necessárias sobre o respectivo contrato.

2. O arguido A tinha perfeito conhecimento de que B não possui as supracitadas habilitações profissionais, tendo dado ainda instruções ao chefe de Centro de C para elaborar proposta, indicado ainda que fosse contratada B pelo contrato de tarefa, com retribuição de MOP\$22.000 (correspondente ao então índice 440 do vencimento dos trabalhadores da), para exercer funções na área de traumatologia desportiva no Centro de

3. No dia 23 de Dezembro de 2002, o chefe do Centro de C, conforme as instruções dadas pelo arguido A, elaborou a proposta n.º58/CMD/2002, tendo sugerido ao superior hierárquico para contratar B, pelo contrato de tarefa, com retribuição de MOP\$22.000 (correspondente ao então índice 440 do vencimento dos trabalhadores da), para exercer funções na área de traumatologia desportiva no Centro de, tendo dado, ao mesmo tempo, um parecer favorável.

4. No mesmo dia, o arguido A proferiu o despacho de concordância e autorização na referida proposta.

5. No dia 28 de Fevereiro de 2003, o chefe do Centro de C, conforme as instruções dadas pelo arguido A, elaborou a proposta n.º009/CMD/2003 propondo ao superior hierárquico, a prorrogação do contrato de tarefa de B pelo período de três meses, contados desde 3 de Março até 2 de Junho de 2003, sem alteração das outras condições estipuladas no contrato;

6. No dia 3 de Março de 2003, o arguido A proferiu o despacho de autorização na supracitada proposta.

7. No mesmo dia, B assinou o supracitado contrato.

*

No duto acórdão, não foi extraída parte dos factos não provados, mas sim considerou por não provada toda a frase seguinte: “O arguido A, bem sabendo que B não possui quaisquer habilidades profissionais ao exercer as supracitadas funções respeitantes à área de terapia física e de tratamento de reabilitação, exerceu pressões sobre o seu pessoal subordinado ao contratar B para exercer funções sobre qualidade dos cuidados de saúde de residentes de Macau, no Centro de”, sem dúvida, esse acto fez com que os factos provados e não provados no acórdão se contradizem entre si.

Após feita uma comparação entre a supracitada frase e os factos provados no acórdão, evidentemente, podemos verificar as seguintes dúvidas: Afinal de contas, se o arguido A tinha conhecimento ou não de que B não possui quaisquer habilidades profissionais ao exercer as supracitadas funções respeitantes à área de terapia física e de tratamento de reabilitação? Se o arguido A tinha contratado B ou não para exercer funções sobre qualidade dos cuidados de saúde de Macau, no Centro de?

Porém, esses factos são indicados nos factos provados.

Como existe evidentemente contradição entre os factos provados e os não provados, o que causa ao duto acórdão que padeça de vício de erro notório na apreciação da prova.

Quanto aos segundos factos não provados acima referidos: “A renovação do contrato de B foi feita em Março de 2003 de acordo com as instruções dadas pelo arguido”, evidentemente, já que nos factos provados, foi dado como provado que o chefe do Centro de C, em 28 de Fevereiro de 2003, conforme as instruções dadas pelo arguido A, elaborou a proposta de prorrogação do contrato de tarefa de B pelo período de três meses e finalmente foi o arguido A quem proferiu o despacho de autorização, fazendo

com que o contrato pudesse ser prorrogado. Então, como se pode negar o facto de o contrato de B ter sido feito em Março de 2003 de acordo com as instruções dadas pelo arguido.”?

Como o supracitado erro é um erro ostensivo, de tal modo evidente que não passa despercebido ao comum dos observadores, que o que se teve como não provado está em desconformidade com o que realmente se provou, retirando-se assim uma conclusão logicamente inaceitável”.

Pois bem, quanto à data de “Março de 2003” como data “da renovação do contrato de B”, visto está que foi lapso de escrita, já oportunamente rectificado, e como impugnada também não foi a dita rectificação, nada mais se mostra de acrescentar sobre o ponto em questão.

Quanto à contradição no que toca ao “conhecimento das habilitações profissionais da referida B”, cremos que é a mesma evidente.

De facto, em sede de matéria de facto provada consta que “o arguido A tinha perfeito conhecimento de que B não possui as supracitadas habilitações profissionais...”, e em sede de factos não provados consta também que “o arguido, bem sabendo que B não possui quaisquer habilidades profissionais...”.

Porém, certo sendo que apenas comete o crime de “abuso de poder” que era imputado ao arguido “o funcionário que, fora dos casos previstos nos artigos anteriores,

abusar de poderes ou violar deveres inerentes às suas funções, com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício ilegítimo ou de causar prejuízo a outra pessoa...”, (cfr., art. 347º do C.P.M.), e visto que está que provado não foi o dolo do arguido, valerá a pena o reenvio para novo julgamento quanto ao segmento ora em contradição?

Cremos que de sentido negativo deve ser a resposta.

Com efeito, que alteração na decisão pode daí vir a ocorrer se o reenvio é limitado a tal segmento da matéria de facto e se provado não está o dolo do arguido?

Todavia, visto que vem também assacado o vício de “erro notório” no que toca a esta “matéria”, nada melhor do que debruçarmo-nos desde já sobre a mesma.

— Do vício de “erro notório”.

Pois bem, sobre tal maleita da “decisão da matéria de facto”, repetidamente tem este T.S.I. afirmado que:”

“O erro notório na apreciação da prova existe quando se dão como provados factos incompatíveis entre si, isto é, que o que se teve como provado ou não provado está em desconformidade com o que realmente se provou, ou que se retirou de um facto tido como provado uma conclusão logicamente inaceitável. O erro existe também quando se

violam as regras sobre o valor da prova vinculada ou as legis artis. Tem de ser um erro ostensivo, de tal modo evidente que não passa despercebido ao comum dos observadores.”

De facto, “É na audiência de julgamento que se produzem e avaliam todas as provas (cfr. artº 336º do C.P.P.M.), e é do seu conjunto, no uso dos seus poderes de livre apreciação da prova conjugados com as regras da experiência (cfr. artº 114º do mesmo código), que os julgadores adquirem a convicção sobre os factos objecto do processo.

Assim, sendo que o erro notório na apreciação da prova nada tem a ver com a eventual desconformidade entre a decisão de facto do Tribunal e aquela que entende adequada o Recorrente, irrelevante é, em sede de recurso, alegar-se como fundamento do dito vício, que devia o Tribunal ter dado relevância a determinado meio probatório para formar a sua convicção e assim dar como assente determinados factos, visto que, desta forma, mais não se faz do que pôr em causa a regra da livre convicção do Tribunal.”; (cfr., v.g., Ac. de 27.01.2011, Proc. nº 470/2010, do ora relator).”

Na situação sub júdice diz o Exmo. Magistrado do Ministério Público que:

“Entre os fundamentos invocados no acórdão quanto à negação de existência da obtenção de benefício...quanto ao 2º fundamento respeitante à negação de obtenção para o arguido próprio de benefício, é contrário à consciência comum e às regras de experiências, bem como está em desconformidade com os factos provados, violando assim o disposto no art.º 400º, n.º2, al. b) e c) do Código de Processo Penal; e

quanto ao 3º fundamento, mesmo que o seja provado, não se pode dar por provada a inexistência dos elementos objectivos constitutivos de crime, pois, o Tribunal a quo ignorou os prejuízos causados pelo acto do arguido a E, a outros terapeutas de traumatologia desportiva, ao pessoal de enfermagem e ao governo da RAEM”.

Admitindo-se que a questão possa comportar outro entendimento, (que se respeita), não se mostra de acompanhar o afirmado pelo Exmo. Recorrente.

Desde já quanto aos *“prejuízos causados pelo acto do arguido E, a outros terapeutas de traumatologia desportiva, ao pessoal de enfermagem e ao governo da RAEM”*, há que ter em conta que no Acórdão recorrido se deu (expressamente) como não provado que *“ao praticar os supracitados actos, o arguido A tinha intenção de obter interesses ilegítimos para si e para terceiro incluindo B e outro pessoal governamental ou não governamental que chegaram a receber os serviços de massagem prestados por B”*.

Tendo presente tal matéria de facto (não provada) e os termos em que foi deduzida a acusação, não nos parece que tivesse o Tribunal a quo que se referir (expressamente) aos prejuízos que o Exmo. Recorrente tão só agora alega, (sendo de se dar aqui como reproduzido o que atrás se consignou sobre tal “questão”).

Quanto ao “2º fundamento”, vejamos , parecendo-nos haver equívoco.

Como se disse, o vício de “erro notório” é um vício típico da “decisão da matéria de

facto”.

Atento os termos em que a questão vem posta, em relação ao “fundamento”, evidente será então que em causa não está o dito vício.

Mas seja como for, e independentemente do demais, mostra-se-nos de consignar que não vemos “como” ou “em que termos” se terá incorrido no vício em causa por não se ter dado como provada a “intenção” ou “obtenção de benefício por parte do arguido”.

Com efeito, não se pode esquecer que provado (também) não ficou que:

- *“Na sauna, o arguido A não conseguia obter de imediato o serviço de massagem prestado por B por esta sempre ter sido reservada previamente por clientes daquela sauna”, e que*
- *“Ao contratar B, o arguido A tinha finalidades de obter o serviço de massagem prestado por B a todo o tempo”.*

4. Nestes termos, (e provado não estando o dolo do arguido), julgava pois improcedente o recurso interposto.

5. Atento o entendimento assumido pelos meus Exmos. Colegas, (e reafirmando-se que sem dolo não há crime de “abuso de poder”), não se deixa de consignar o que segue:

Em síntese, considerou-se no douto Acórdão que antecede que dada a natureza do contrato – “contrato de tarefa” – celebrado com B, a mesma prestou serviços de massagem no Centro de em “nome individual ou pessoal”, e que, assim, à mesma era de se aplicar o regime legal previsto no Decreto Lei n.º 84/90/M de 31 de Dezembro, o qual exige o “licenciamento” para o exercício da profissão de massagista, (cfr., art. 1º e 4º do dito diploma legal), com isto concluindo-se que agiu o arguido com intenção de obter benefícios ilegítimos, (ainda que para terceiros), desta forma chegando-se ao juízo condenatório proferido.

Ora, é, certamente, um ponto de vista.

Contudo, outra é a nossa perspectiva.

Importa ter presente que no preâmbulo do aludido Decreto Lei n.º 84/90/M se afirma expressamente que com o mesmo se pretende actualizar as “*condições do exercício da actividade prestadora de cuidados de saúde por entidades privadas*”, consagrando-se também no seu art. 1º, n.º 1, que “o presente diploma regula o licenciamento para o exercício da actividade privada de prestação de cuidados de saúde no território de Macau”.

E, assim, não obstante a “natureza do contrato”, (“contrato de tarefa”), celebrado, não nos parece de olvidar que a referida B foi contratada para exercer funções no Centro de, organismo pertencente ao Instituto dos de Macau, e que, como se sabe, constitui uma “entidade pública”.

Aliás, mostra-se de consignar ainda que evidente é a diferença entre a situação de uma massagista que trabalha por conta própria ou num estabelecimento privado, (v.g., uma clínica privada), e a de uma outra que exerce funções numa unidade de prestação de cuidados de saúde integrada no sistema de saúde pública, como é o caso dos autos.

Aquela, desenvolve a sua actividade por sua conta e risco, (ou da sua entidade empregadora, caso trabalhe por conta outrem), mas à margem de qualquer controlo directo e permanente das autoridades públicas. Daí, e compreensivelmente, a exigência de um prévio “licenciamento” a fim de se garantir a sua aptidão técnico-profissional.

Nesta última, assim não é.

Aqui existe um “controlo prévio”, aquando da contratação, e, ainda que verdade seja que “o contrato de tarefa não confere qualquer vínculo funcional à Administração, não estando o particular outorgante sujeito ao regime da função pública, designadamente a subordinação hierárquica”, (cfr., art. 29º, n.º 2 do E.T.A.P.M.), inegável nos parece que não deixa de haver um “acompanhamento permanente” do trabalho realizado pela entidade contratante, (“in casu”, evidente, dado até que o trabalho era – diariamente – prestado no Centro de).

Daí que, em nossa opinião, o prévio “licenciamento” seja apenas exigido para o “*exercício de actividades de prestação de cuidados de saúde em regime privado*”, não

sendo pois de se considerar (legalmente) exigível na situação dos autos.

Com efeito, não é a “natureza do contrato” ou quiçá, o seu “nomen iuris”, que torna o exercício de funções, melhor, “tarefas” públicas, num organismo público, numa “actividade privada”, (própria de uma entidade privada).

Como adverte M. Caetano, *“não importa o carácter público ou privado do título pelo qual o indivíduo exerce a sua actividade”*; (cfr., “Manual de Direito Administrativo”, Vol. II, página 693).

Aliás, adequado é também ter presente que o art. 29º do E.T.A.P.M. que prevê o “contrato de tarefa” encontra-se inserido no Título II do referido Estatuto, sobre o *“exercício de funções públicas”*.

Por fim, e seja como for, não se alcança como é que considerando-se, (em nossa opinião, indevidamente), necessário o licenciamento para o exercício de funções de massagista ao abrigo de um contrato de tarefa no Centro de, se chega à conclusão que o arguido agiu com dolo, daí se avançando para a inversão da decisão proferida recorrida, com a consequente condenação do arguido.

Macau, aos 28 de Abril de 2011

José Maria Dias Azedo