

Assuntos:

- infracção disciplinar por provocação da participante
- dever de urbanidade
- art.º 24.º do Código Deontológico
- retorsão do arguido sobre a conduta provocatória da participante
- aplicação analógica do art.º 137.º, n.º 3, alínea b), do Código Penal de Macau
- dispensa da pena
- erro nos pressupostos de direito na imposição da pena disciplinar
- controlo judicial dos limites vinculativos do exercício do poder punitivo

S U M Á R I O

1. Como está provado nos autos que o advogado acusado disciplinarmente subscreveu e remeteu uma carta injuriosa à própria advogada participante durante um período em que o seu estado de saúde se encontrava fragilizado por uma grave e continuada crise nervosa, na sequência da discussão provocada por esta causídica, no

decurso da qual criticou a qualidade de trabalho prestado por aquele numa acção judicial, é de concluir que a prática daquela conduta por parte do arguido, que consubstancia a falta de observância do dever de urbanidade plasmado no art.º 24.º do Código Deontológico, teve por causa directa, necessária e adequada a dita constatada provocação da própria participante.

2. Se bem que a referida conduta provocatória não pudesse fazer excluir a culpa nem a ilicitude na infracção disciplinar em causa, o Conselho Superior da Advocacia deveria ter lançado, nos termos autorizados pelo art.º 9.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil de Macau, à aplicação analógica – evidentemente em favor do mesmo arguido disciplinar – da norma do art.º 137.º, n.º 3, alínea b), do Código Penal de Macau (cujos preceitos são aplicáveis ao processo disciplinar, por força do art.º 65.º do Código Disciplinar), a fim de decidir concretamente da dispensa, ou não, da pena disciplinar a aplicar, em prol da justa composição dos interesses em tensão no processo disciplinar, uma vez que é evidente que tal acto de subscrição e subsequente remessa da carta em questão à advogada participante se reduz, unicamente, a uma verdadeira retorsão do arguido sobre aquela pela sua conduta provocatória.

3. Não tendo assim sucedido, o Conselho Superior da Advocacia errou no acto decisório de aplicação da pena disciplinar

efectiva, por erro na verificação dos pressupostos legais de aplicação da pena, devido precisamente à omissão da ponderação da possibilidade de dispensa da mesma ao arguido.

4. Nestes termos, é de anular contenciosamente o acto punitivo, por vício de violação de lei, traduzido no erro nos pressupostos de direito na imposição da pena disciplinar, erro este que como tal tornou por enquanto prematura a própria decisão de aplicação da pena.

5. E com essa anulação não se está a pretender questionar o mérito (no sentido próprio deste termo, em confronto com o conceito, dele distinto, da legalidade) da opção pela pena disciplinar entretanto aplicada, mas sim tão-só controlar a legalidade *stricto sensu* da verificação dos pressupostos de direito conducentes à aplicação efectiva da pena, pressupostos esses que, sim, já constituem autênticos limites vinculativos do exercício do poder punitivo por parte daquele Órgão Disciplinar, e como tal necessariamente sindicáveis em sede contenciosa.

O relator por vencimento,

Chan Kuong Seng

Processo n.º 163/2005

(Recurso contencioso)

Recorrente: A

Entidade recorrida: Conselho Superior da Advocacia

ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

Para efeitos de decisão do presente recurso contencioso n.º 163/2005 deste Tribunal de Segunda Instância, foi apresentado à discussão deste Colectivo o seguinte douto projecto de acórdão elaborado pelo Mm.º Juiz Relator a quem o presente processo ficou distribuído:

<<[...]

Relatório

1. A, advogado, com os restantes sinais dos autos, veio recorrer da

decisão proferida em 25.05.2005 pelo CONSELHO SUPERIOR DE ADVOGACIA DA ASSOCIAÇÃO DE ADVOGADOS DE MACAU, com a qual lhe foi imposta a pena disciplinar de “advertência” prevista no artº 41º, nº 1, alínea a) do Código Disciplinar dos Advogados.

Alegou e, a final, produziu as conclusões seguintes:

- “1. O direito penal vigente da RAEM e o C.P.C.M. são aplicáveis supletivamente no âmbito da interpretação e integração das lacunas do Código Disciplinar dos Advogados, cfr. artº 65º do CDA.*
- 2. A litispendência é uma exceção dilatória de conhecimento oficioso.*
- 3. Desde o milenar jus romanum que ninguém pode ser julgado e condenado duas vezes pelos mesmos factos (daí o brocardo non bis in idem e tal princípio) e porque tal princípio o também vincula o Conselho Superior da Advocacia, este órgão de justiça, ergo, não pode julgar o mesmo arguido duas vezes pela prática dos mesmíssimos factos.*
- 4. A violação do princípio do contraditório – constituem uma nulidade insanável – ora, o facto de uma diligência realizada (que correu, na perspectiva do ora Recorrente de forma favorável) não constar no processo disciplinar consubstancia uma violação desse princípio fundamental enformador de todo o direito sancionatório vigente na RAEM.*
- 5. A provocação é uma causa de exclusão da culpa e não apenas*

uma atenuante geral; ora Conselho Superior da Advocacia deve obediência, salvo melhor e mais douta opinião, ao princípio interpretativo ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus!

6. *O acto recorrido é nulo por violação dos princípios do non bis in idem e do contraditório para além de existência da excepção de litispendência.”*

Pede que seja a referida deliberação sancionatória declarada nula; (cfr. fls. 295 a 299).

*

Em resposta, e em síntese, alega a entidade recorrida que a sua deliberação não padece dos vícios que pelo recorrente lhe são imputados, afirmando ainda confiar que este Tribunal “fará a interpretação e aplicação da Lei que considerar mais adequadas”; (cfr. fls. 306 e 307).

*

Seguiu o processo os seus normais termos, opinando o Exm^o Magistrado do Ministério Público no sentido da improcedência do recurso; (cfr. fls. 325 a 331).

*

Colhidos os vistos, legais dos Mm^{os} Juízes-Adjuntos, cumpre decidir.

Fundamentação

2. Por Acórdão datado de 25.05.2005 do Conselho Superior de Advogacia da Associação de Advogados de Macau, julgou-se provada e procedente a acusação pela infracção ao disposto no art^o 24^o do Código Deontológico – (“dever de urbanidade”) – oportunamente deduzida contra o ora recorrente, impondo-se-lhe a pena de “advertência” prevista no art^o 41^o, n^o 1, alínea a) do Código Disciplinar dos Advogados.

Inconformado, e com os fundamentos expostos nas conclusões atrás transcritas, predente o mesmo recorrente que se declare nula a referida deliberação.

Reflectindo sobre os motivos invocados para tal pedido – e certo sendo que nenhuma “irregularidade” na representação do ora recorrente existe pelo facto de terem os seus mandatários deposto como testemunhas no procedimento que culminou com a decisão ora recorrida (facto que apenas poderá ter relevância a nível disciplinar) – somos de opinião que evidente é a improcedência do presente recurso.

Passa-se pois a expor o porque deste nosso entendimento, apreciando-se as questões pelo recorrente colocadas na mesma ordem que

este as indica.

— Da “litispendência”.

Por definição dada pelo Prof. Alberto dos Reis, “consiste na alegação de que está pendente causa idêntica àquela que novamente se propôs”, (in, “C.P.C. Anot.”, vol. 3º, pág. 91).

Com efeito, atento o disposto no artº 416º e 417º do C.P.C.M., verifica-se a alegada litispendência quando se instaura um processo, estando pendente no mesmo ou em diferente tribunal outro processo entre os mesmos sujeitos, tendo o mesmo objecto e fundado na mesma causa de pedir.

Porém, percorrida toda a alegação apresentada pelo ora recorrente, conclui-se que labora o recorrente em equívoco.

Vejamos.

Alega o recorrente que “interpôs recurso contra o *Conselho Superior de Advogacia da deliberação de 11.03.2005 junto do Tribunal Administrativo do R.A.E.M. – Processo nº 318/05-AM – e, por douta sentença de 01 de Junho de 2005, foi ordenada a remessa dos autos ao Venerando Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.*”; (cfr. fls. 21).

Ora, certo sendo que o dito processo remetido a este T.S.I. não é o presente, importa aqui consignar – como aliás bem saberá o recorrente – que tal processo de recurso foi já julgado, por despacho que o rejeitou e que se encontra transitado em julgado – cfr. fls. 38 dos Autos de Recurso Contencioso neste T.S.I. registado sob o nº 151/2005 – pelo que, independentemente do demais, (e como adiante se verá melhor), adequado não é considerar-se como verificada a alegada excepção.

— Da violação ao “princípio non bis in idem”.

A máxima invocada pelo recorrente encerra o princípio de direito penal que proíbe que uma pessoa julgada por determinado facto possa ser novamente perseguida ou responsabilizada por esse mesmo facto.

Não obstante dúvidas não haver quanto a aplicabilidade do referido princípio à situação dos presentes autos que tem como origem um processo disciplinar instaurado ao ora recorrente, (o “Processo Disciplinar nº 16/01/CSA”), manifesto é que, também na parte em questão, improcede o recurso.

De facto, considera o recorrente que no mesmo processo disciplinar – o acima referido – foi já julgado e por deliberação da ora recorrida de 11.03.2005 condenado na pena disciplinar de advertência.

Todavia, uma vez mais, e como se demonstrará, labora em

equivoco.

Na verdade, a referida “deliberação punitiva” mais não é do que a que em causa está no presente recurso.

Basta pois ver o teor do ofício que ao recorrente foi enviado em 30.05.2005, onde, como assunto se indicava “Notificação do acórdão de 25.05.2005”, e, no qual consta no §1º do seu texto o seguinte:

“Nos termos dos artigos 28º e 40º, nº 1, alínea a) do Código Disciplinar dos Advogados, notifica-se V. Exª do acórdão proferido, em 25/05/2005, nos autos de Processo Disciplinar nº 16/01/CSA, julgado na reunião de 11/03/2005, devidamente assinado pelos membros do CSA, cuja cópia se junta”; (cfr., fls. 272, com sub. nosso).

Perante o exposto, e sem necessidade de mais alongadas considerações, bem se vê que equivocado está o ora recorrente assim como do porque da improcedência de ambas as questões atrás apreciadas.

Continuemos.

— Da violação ao “princípio do contraditório”.

A questão é a seguinte.

Afirma o recorrente que requereu uma acareação (cfr. fls. 390 do

processo disciplinar em causa), e que a mesma “*foi ordenada a fls. 393 e, posteriormente realizada mas ... Nos autos não consta a acareação*”; (cfr. fls. 297).

Por sua vez, alega a entidade recorrida que a dita acareação não chegou a ser ordenada, tendo o Sr. Instrutor do processo decidido apenas que se faria tal diligência “sendo caso disso”.

Posteriormente, tendo-se considerado alcançado o objectivo que se pretendia com a referida acareação, prescindiu-se da mesma.

Perante isto, “quid iuris”?

Da análise feita aos autos, confirma-se a versão apresentada pela entidade recorrida, não sendo de se considerar que em momento algum foi a requerida acareação deferida. Assim, e certo sendo que ao recorrente cabia a prova do que alega – e que não fez – impõe-se concluir que foi a diligência em causa considerada inútil e tácitamente indeferida.

Não tendo o recorrente reagido em tempo oportuno, apenas nos cabe agora dizer que inexistente qualquer violação ao princípio do contraditório, improcedendo também na parte em questão o presente recurso.

— Da alegada “causa de exclusão da culpa”.

No “ponto 5” das suas conclusões afirma o recorrente que:

“A provocação é uma causa de exclusão da culpa e não apenas uma atenuante geral; ora Conselho Superior da Advocacia deve obediência, salvo melhor e mais douta opinião, ao princípio interpretativo ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.”

E, nas anteriores alegações, que:

“Os eventuais factos praticados pelo recorrente foram resultado de provocação da colega participante – cfr. fls. 9 do acórdão – (Doc. n° 3) pelo que ou devem ter a sua natural consequência jurídica como causa de exclusão da culpa – neste sentido fls. 194 dos autos – (Doc. n° 2) ou causa de exclusão de ilicitude previstos nos artºs 30º e segs. do C.P.M..

A conduta e expressões do recorrente resultaram de várias perturbações que não foram consideradas censuráveis por qualquer dos Colegas ouvidos – fls. 206 a 223 – (Doc. n° 2) ou qualquer dos pareceres dos professores junto aos autos – fls. 202 a 205 – (Doc. n° 2).”

Face ao assim alegado, também aqui é dizer que carece o recorrente de razão.

As “causas que excluem a ilicitude e a culpa” vem previstas nos artºs 30º a 38º do C.P.M., e, da leitura que aos mesmos fazemos conclui-se que não tem a alegada “provocação” tal natureza, (mais não nos cabendo dizer já que nem o próprio recorrente especifica qual a “causa” que considera verificada).

Da mesma forma, provado estando que redigiu e enviou o ora recorrente uma carta com “expressões injuriosas” e que constituíam um “ataque pessoal” ao seu destinatário também advogado, nenhum reparo merece a decisão que, considerando inobservado o seu “dever de urbanidade”, o puniu com a pena de “advertência”, prevista no artº 41º, nº 1, al. a) do Código Disciplinar de Advogados como a “mais leve”, pois que, como sabido é, em relação ao poder punitivo em causa, apenas perante erros grosseiros pode o Tribunal exercer censura.

Decisão

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

Custas pelo recorrente com 8 UC de taxa de justiça.

[...]>> (cfr. o teor do mesmo douto projecto de acórdão, e *sic*).

Entretanto, como da deliberação feita sobre essa mesma douda minuta de acórdão saiu vencido o Mm.º Juiz Relator seu autor quanto à solução aí propugnada para a questão de “causa de exclusão da culpa”, e, como tal, também em relação à decisão final de improvimento pelo mesmo proposta para o recurso contencioso, cumpre decidir deste recurso nos termos constantes do presente

acórdão definitivo, lavrado pelo primeiro dos juízes-adjuntos em conformidade com a posição de vencimento.

Para o efeito, não é de repetir aqui, por ocioso, o já materialmente veiculado na parte do relatório da douta minuta de acórdão já acima transcrita, bem como o aí proposto para a solução concreta das questões de litispendência e de violação ao princípio *non bis in idem* e ao princípio do contraditório, inclusivamente arguidas pelo ora recorrente na sua petição, posto que todo o teor material do dito relatório e o materialmente preconizado pelo Mm.º Juiz Relator em todas essas questões já foram objecto de votação unânime favorável deste Colectivo, e como tal corporizam a pronúncia definitiva deste Tribunal sobre elas (sendo, por outra banda, também certo que não houve nenhuma irregularidade na representação judiciária do ora recorrente na presente lide contenciosa, nos termos já judiciosamente vistos pelo Digno Magistrado do Ministério Público no seu douto parecer emitido em sede de vista final a fls. 325 e seguintes).

Resta, pois, decidir da última questão posta pelo recorrente na sua petição, qual seja, a de saber se a constatada provocação sobre ele exercida pela advogada Dr.ª Manuela António possa ser considerada como uma causa de exclusão da culpa ou da ilicitude

da sua conduta “injuriosa” contra essa mesma participante do processo disciplinar em cuja sede acabou por ser punido pela entidade recorrida com pena de advertência.

E a este propósito, é de relembrar aqui que na deliberação punitiva ora em crise, foi designadamente escrito na parte final do seu texto, com correspondência aos factos aí dados por assentes mormente sob as alíneas f) e g), que:

– <<O arguido subscreveu e remeteu a carta em questão durante um período em que o seu estado de saúde se encontrava fragilizado por uma grave e continuada crise nervosa, na sequência da discussão provocada pela própria participante, no decurso da qual criticou a qualidade de trabalho prestado por aquele numa acção judicial.

Milita, assim, a favor do arguido a atenuante de provocação.>> (cfr. o teor literal da parte final da deliberação punitiva em causa, e com sublinhado agora por nós posto).

Desta feita, é de concluir que a prática da ali verificada infracção disciplinar por parte do arguido ora recorrente contra aquela causídica, e consistente na falta de observância do dever de urbanidade plasmado no art.º 24.º do Código Deontológico, teve por causa directa, necessária e adequada a aludida constatada provocação da mesma participante.

Assim sendo, urge indagar da consequência legal dessa conduta provocatória da participante do processo disciplinar, *maxime* em

sede da aplicação efectiva da pena disciplinar, sendo líquido que nomeadamente por força da norma expressa do art.º 65.º do Código Disciplinar dos Advogados, são inclusivamente aplicáveis, de modo supletivo, no âmbito da interpretação e integração das lacunas deste Código, o direito penal vigente em Macau.

Ora, se bem que também consideremos que a referida conduta provocatória não tenha a pretendida virtude de fazer excluir a culpa nem a ilicitude na infracção disciplinar em questão, já nos é evidente que a entidade recorrida, ao decidir como decidiu a final no texto da sua deliberação ora sob impugnação, não chegou a ponderar a hipótese da dispensa da pena de advertência, entretanto concretamente optada como a pena disciplinar mais leve prevista no art.º 41.º, n.º 1, do Código Disciplinar dos Advogados.

É que perante o quadro fáctico dado por provado na sua deliberação, a entidade recorrida deveria ter lançado, nos termos autorizados pelo art.º 9.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil de Macau, à aplicação analógica – evidentemente em favor do arguido disciplinar ora recorrente – da norma do art.º 137.º, n.º 3, alínea b), do Código Penal de Macau (cujas normas são aplicáveis ao processo disciplinar, por força do art.º 65.º do referido Código Disciplinar), a fim de decidir concretamente da dispensa, ou não, da pena de advertência a aplicar, em prol da justa composição dos interesses em tensão no processo disciplinar vertente (uma vez que se nos apresenta evidente que o acto de subscrição e subsequente

remessa da carta em questão à advogada participante dos autos se reduz, unicamente, a uma verdadeira retorsão do arguido sobre aquela pela sua conduta provocatória, que o tornou fragilizado no seu estado de saúde...).

E como não foi assim que sucedeu, realizamos que a entidade recorrida errou no acto decisório de imposição da pena disciplinar de advertência, por erro na verificação dos pressupostos legais de aplicação da pena efectiva de advertência, devido precisamente à omissão da ponderação da possibilidade de dispensa da mesma pena ao arguido.

Nestes termos, e ainda com base em argumentos algo diversos dos concretamente alegados pelo recorrente, é de anular, sob a égide do art.º 74.º, n.º 6, do Código de Processo Administrativo Contencioso, o mesmo acto punitivo, por vício de violação de lei, traduzido no erro nos pressupostos de direito na imposição da pena de advertência, erro este que como tal tornou por enquanto prematura a própria decisão de aplicação dessa pena efectiva.

E nota-se que com isso não se está a pretender questionar o mérito (no sentido próprio deste termo, em confronto com o conceito, dele distinto, da legalidade) da opção pela pena de advertência, mas sim tão-só controlar a legalidade *stricto sensu* da verificação dos pressupostos de direito conducentes à aplicação efectiva desta pena, pressupostos esses que, sim, já constituem

autênticos limites vinculativos do exercício do poder punitivo por parte da entidade recorrida, e como tal necessariamente sindicáveis em sede contenciosa.

Dest' arte, acordam em anular o acto punitivo sob impugnação no presente recurso contencioso.

Sem custas no presente recurso contencioso, dada a isenção da entidade recorrida.

Macau, 24 de Novembro de 2005.

Chan Kuong Seng
(Relator por vencimento)

Lai Kin Hong
(Segundo Juiz-Adjunto)

José Maria Dias Azedo – vencido nos termos da declaração que segue
(Relator do processo)

Declaração de voto

Vencido.

Dando como reproduzido o teor do projecto que na sessão de 17.11.2005 submeti à apreciação da conferência (e que se encontra transcrito no Acórdão que antecede), e perante o entendimento pelos meus Exm^{os} Colegas assumido, considero oportuno aqui deixar consignados os motivos que me levaram a não subscrever a decisão de anulação da deliberação objecto do presente recurso.

Como resulta do que explanado está a fls. 11 e segs. do aresto prolatado, entendeu-se que a “provocação” na sequência da qual desenvolveu o arguido ora recorrente a conduta que originou a decisão recorrida, constitui, por analogia ao preceituado no artº 137º, nº 3, al. b) do C.P.M., uma circunstância viabilizadora da dispensa da pena que àquele foi imposta, e, considerando-se que na decisão sancionatória se omitiu a ponderação de tal possibilidade, deu-se por verificado o vício de violação de lei na modalidade de erro nos pressupostos de direito, com base no qual se decidiu pela referida anulação.

Sem quebra do muito respeito devido ao mérito e bondade de tal raciocínio, não me parece porém adequado o assim entendido que – para além de partir de um “pressuposto” que não se me afigura de forma alguma confirmado, (o de que a recorrida “*não chegou a ponderar a hipótese da dispensa da pena*”) – em nossa opinião, assenta em equívoco, poisque ainda que for força da aplicação subsidiária do direito penal, admissível seja a “dispensa da pena” em processo disciplinar, deu-se excessivo relevo aos factos que integram a mencionada “provocação”, equiparando-se indevidamente tal circunstância à “retorsão” prevista no citado artº 137º nº 3, al. b) do C.P.M., olvidando-se, também, o que estatuído está na alínea b) do nº 1 do artº 66º do mesmo código.

O instituto da dispensa da pena em casos de retorsão tem, na sua génese, situações em que “o agente agiu em desforço perante ofensa recebida, e exclusivamente com a intenção de repelir ou retribuir a agressão de que foi vítima”; (cfr., L. Henriques e S. Santos in, “C.P. Anot.”, pág. 371).

Atento ao que documentam os autos, afigura-se-me inadequado considerar que ao subscrever e remeter a carta em questão (com

“expressões injuriosas” e “ataques pessoais” e que originou o processo disciplinar no âmbito do qual foi o recorrente punido), estava o mesmo a “retorquir” às “críticas” que lhe tinham sido dirigidas no âmbito de uma discussão dias antes tida; (uma coisa é uma crítica ao trabalho desenvolvido, outra, a acusação de se angariar clientes recorrendo a funcionários judiciais; cfr. fls. 497 e 18 a 24).

Compreende-se o (provado) “estado de saúde” que envolveu tal conduta, mas, independentemente do demais, nomeadamente, do elemento da actualidade, cremos que não é de se menosprezar o critério da proporção.

Por sua vez, mostra-se-me ainda que na decisão em causa se terá olvidado que a “*provocação injusta*” ou “*ofensa imerecida*”, são expressamente previstas como circunstâncias que, nos termos do artº 66º, nº 1, al. b) do C.P.M., apenas podem levar à “atenuação especial da pena”, o que, também por aí, nos leva a entender que inadequada é a censura que com a decisão prolatada se fez à decisão recorrida.

Macau, aos 24 de Novembro de 2005

José Maria Dias Azedo