Processo n.º 663/2007
(Recurso Contencioso)

Data: 12/Fevereiro/2009

Assuntos:

- Recurso hierárquico na pendência de processo disciplinar; seus efeitos

SUMÁRIO:

1. A previsão de recurso hierárquico do despacho que indefira quaisquer diligências probatórias ou outras pressupõe que, antes da decisão final, seja dado conhecimento desse despacho ao respectivo interessado, iniciando-se, então, o prazo para essa impugnação.

2. Mas se não for conhecido e tal vier a inquinar a decisão final aí se deve suscitar a questão.

O Relator,
João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 663/2007

(Recurso Contencioso)

Data: 12 de Fevereiro de 2009

Recorrente: A

Recorrida: Secretária para a Administração e Justiça

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

I - RELATÓRIO

A, melhor identificado nos autos, tendo sido notificado do teor do despacho proferido em 25 de Setembro de 2007 pela Exma. Senhora Secretária para a Administração e Justiça, com base na Informação/Proposta n.º 41/DSAJ/DTJ/2007, que rejeitou o recurso hierárquico entretanto interposto, vem interpor recurso contencioso, concluindo da seguinte forma:

1. No âmbito do processo disciplinar em análise, o ora Recorrente interpôs recurso contencioso do despacho proferido pelo Exmo. Senhor Instrutor, a 28 de Agosto de 2007.

2. Sob o ponto 2 do mencionado despacho de 28 de Agosto de 2007, é julgada

improcedente a arguição de nulidade da Acusação, datada de 5 Junho de 2007 e, bem assim, dos actos de instrução realizados nos autos disciplinares de numeração 01/DSAJ/DTJ/2005, sendo outrossim inferido o pedido de instauração de novo procedimento disciplinar, nos termos da lei;

3. Por Acórdão do Tribunal de Última Instância de 31 de Janeiro de 2007, o acto punitivo de cassação da licença de Notário Privado do ora Recorrente foi anulado com fundamento em violação do disposto no artigo 340º do Código de Processo Penal: o ora Recorrente não havia sido ouvido nos Autos disciplinares de numeração 01/DSAJ/DAT/2005, não lhe tendo sido permitido exercer o seu direito de defesa em face dos factos não descritos e que consubstanciariam a infracção cuja comissão lhe veio a ser imputada na Acusação datada de 28 de Março de 2005.

4. Não obstante, o ora Recorrente veio a ser notificado do teor de nova acusação, datada de 5 de Junho de 2007, de teor substancialmente idêntico ao da anterior, porquanto o Exmo. Senhor Instrutor seguiu o entendimento de que a acusação anterior estava liminarmente (sic) "provada e legalmente justificada";

5. Nos termos do disposto no artigo 340º do CPP, aplicável, subsidiariamente, em virtude do disposto no artigo 277º do ETAPM, indiciada a ocorrência de novos factos que consubstanciem uma alteração substancial dos descritos na acusação, deverá haver lugar a um novo inquérito, no qual deverão ser levadas a cabo novas diligências de investigação, permitindo que, se disso vier a revelar-se ser caso, seja proferida uma acusação (nova) que poderá vir a abranger aqueles mesmos factos.

6. A decisão de não abertura de novo processo disciplinar viola os direitos e garantias de defesa do ora Recorrente: justamente aquelas cujo acautelamento a decisão

proferida pelo Tribunal Superior de Justiça visou acautelar;

7. Ao considerar que os actos praticados na Instrução são válidos e que devem ser aproveitados, não realizando qualquer acto de investigação prévio à dedução de Acusação e dando como pré-provados os novos factos incluídos no acto punitivo de cassação da licença de Notário Privado ocorre, mais uma vez, em violação do direito fundamental de defesa do ora Recorrente, e, em especial, do princípio de presunção de inocência (artigo 29º da Lei Básica);

8. No que ao ponto 8 do despacho de 28 de Agosto diz respeito, constata-se que, não obstante o próprio Instrutor não ter dado por findas as diligências probatórias, considera que o despacho acusatório ,se encontra "... devidamente provado ...", o que, de novo, evidencia a patente violação do princípio de presunção de inocência do ora Recorrente.

9. Face ao imediatamente acima exposto, o despacho de 28 de Agosto de 2007, ao não declarar a nulidade, na parte em que indefere (i) a nulidade da Acusação, datada de 5 de Junho de 2007, e dos actos de instrução realizados, no âmbito do processo disciplinar de numeração 01/DSAJ/DTJ/2005, (ii) e a conseqüente instauração de novo procedimento disciplinar, ofende o conteúdo essencial do direito fundamental de defesa do ora Recorrente e então Arguido, assegurado pelo legislador em toda a extensão do processo disciplinar, e, bem assim, do princípio fundamental da presunção de inocência, por força do disposto no artigo 122º, n.º 2, alínea d), do Código de Procedimento Administrativo, dos artigos 298º, n.º 1 e 326º, ambos do ETAPM, e dos artigos 106º, alínea d) e 107º, n.º 1, alínea d), ambos do Código de Processo Penal.

10. Em face do recurso hierárquico interposto pelo ora Recorrente, a Exma. Senhora Secretária para a Administração e Justiça, decidiu pela rejeição do mesmo, com

fundamento no facto de o mesmo se ter tornado inútil e de finalidade impossível, em virtude da decisão final, entretanto tomada.

11. No entanto, tal justificação não é admissível, atendendo a que a Exma. Senhora Secretária para a Administração e Justiça, não podia desconhecer que durante 11 dias, tanto o Relatório Final como o Recurso Hierárquico, aguardavam, no seu gabinete, pelo seu despacho.

12. Pelo que, e em face do efeito suspensivo do recurso hierárquico em apreço, deveria a Exma. Senhora Secretária para a Administração e Justiça ter tomado posição quanto a este, e só então, ter analisado o Relatório Final e, decidido quanto a uma eventual punição ao ora Recorrente; caso contrário o recurso hierárquico perde o seu efeito útil, em virtude da actuação ou falta dela, por parte desta entidade responsável.

13. Apesar da Exma. Senhora Secretária para a Administração e Justiça ter igualmente alegado a impossibilidade da finalidade do recurso hierárquico, como justificação para o seu indeferimento, verificou-se qual tal não é o caso, uma vez que os pedidos constantes na Defesa e no Recurso Hierárquico são muito semelhantes, o que poderia antes levar à não aplicação de qualquer pena ou, à aplicação ao ora Recorrente, de uma pena menos gravosa, em caso de decisão favorável do recurso hierárquico.

Nestes termos, requer que seja o presente recurso julgado procedente, por provado e por legalmente justificado, com a conseqüente:

a) Declaração de nulidade do despacho de 28 de Agosto de 2007, na parte em que indefere (i) a nulidade da Acusação, datada de 5 de Junho de 2007, e dos actos de instrução realizados, no âmbito do processo disciplinar de numeração

01/DSAJ/DTJ/2005, (ii) e a conseqüente instauração de novo procedimento disciplinar, por violação do conteúdo essencial de um direito fundamental, nos termos da alínea d), do n.º 2 do artigo, 122º do CPA, do artigo 29º, n.º 2, da lei Básica da RAEM, dos artigos 298º, n.º 1 e 229º, n.º 2, ambos do ETAPM, e dos artigos 106º, alínea d), e 107º, n.º 1, alínea d), ambos do CPP;

b) Instauração de novo procedimento disciplinar quanto aos factos e à infracção imputada ao ora Recorrente que não foram descritos na Acusação datada de 28 de Março de 2005;

c) Declaração de nulidade do despacho, por violação do conteúdo essencial de um direito fundamental, nos termos da alínea d) do n.º 2 do artigo 122º do Código de Procedimento Administrativo.

A Exma Senhora Secretária para a Administração e Justiça do Governo da Região Administrativa Especial de Macau, entidade recorrida, veio apresentar a sua contestação, dizendo, em síntese:

1. O despacho, ora impugnado, de 25-09-2007, de rejeição do recurso hierárquico do despacho, de 28-08-2007, do Senhor Instrutor do processo disciplinar instaurado ao recorrente, não viola o conteúdo essencial de nenhum direito fundamental, nem nenhuma disposição legal ou princípio, mormente aqueles que invoca na sua P.R., como seja, o «direito fundamental de defesa do ora arguido» e o «princípio da presunção de inocência do arguido»;

2. Nos termos do disposto na alínea e) do artigo 160.º do CPA, o recurso

hierárquico deve ser rejeitado quando ocorra qualquer causa que obste ao seu conhecimento;

3. *Constituiu causa que obstou o conhecimento do recurso a aplicação, em 24-09-2007, ao ora recorrente da pena disciplinar de cassação de licença, prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 66/99/M, de 1 de Novembro;*

4. *Tal como entende a doutrina, cabe na alínea e) do artigo 160.º do CPA a «ocorrência de qualquer facto superveniente que tome inútil ou impossível a finalidade a que o recurso se destinava» (Lino Ribeiro e José Cândido de Pinho, Anotado e Comentado, edição Fundação Macau e SAFF, 1998, pág. 881);*

5. *Ao contrário do que alega o recorrente, não estava a entidade recorrida vinculada no caso em apreço a decidir do recurso hierárquico antes de proferir a decisão final do processo disciplinar, porquanto o disposto no artigo 341.º, n.ºs 1, 2 e 4, do ETAPM, não era de aplicar em face das pretensões do recorrente nesse recurso que decidiu interpor em 10-09-2007 após ter apresentado defesa escrita e de terem sido inquiridas todas as testemunhas por si indicadas;*

6. *As pretensões do recorrente formuladas na sua defesa escrita e analisadas pelo Senhor Instrutor em 28-08-2007 - « a) a nulidade da acusação, datada de 05-06-2007, e dos actos de instrução realizados, no âmbito do processo disciplinar n.º 01/DSAJ/DTJ/2005, e a consequente instauração de novo procedimento disciplinar, nos termos da lei, e caso assim não se entenda b) que seja declarada a nulidade da prova obtida pela recolha do depoimento testemunhal prestado pelos Ilustres Advogados, Senhores Drs. **B** e **C**, com a consequência de que, não sendo possível apurar qual o contributo dessa mesma prova para a decisão acusatória, a mesma seja revogada e os Autos arquivados por conclusão absolutória, e, ainda que assim possa vir a não entender-se c) seja o despacho acusatório julgado improcedente,*

por não provado e por legalmente não justificado, com idêntica consequência » - eram pretensões a decidir pela entidade recorrida aquando e na decisão final do processo disciplinar, tal como este se encontra configurado na nossa ordem jurídica;

7. Ademais, para efeitos de aplicação do disposto no artigo 341.º, n.ºs 1, 2 e 4, do ETAPM, não é possível caracterizar as opiniões que o Senhor Instrutor emitiu em 28-08-2007, como actos administrativos, tal como prescreve o artigo 110.º do CPA: «consideram-se actos administrativos as decisões dos órgãos da Administração que ao abrigo de normas de direito público visem produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta»;

8. O despacho do Senhor Instrutor, onde consta a sua opinião sobre as pretensões do recorrente para cuja resolução não tinha competência decisória (pontos 1 a 9), bem como a informação da prorrogação dos prazos do procedimento em causa (pontos 10 a 14), só pode ser caracterizado como um despacho de mero expediente, com vista a assegurar o andamento regular do processo disciplinar e a enformar a decisão final do mesmo;

9. Como acentuam Gomes Canotilho e Vital Moreira nos actos preparatórios «não existem efeitos externos ou existem apenas efeitos prodrómicos de um acto procedimental que só se toma acto decisório através de acto conclusivo do procedimento.» (Constituição da República Portuguesa Anotada, 1993, pág. 939);

10. De facto, cabia antes à entidade recorrida decidir sobre a instauração do processo disciplinar, no uso das competências que lhe foram delegadas pelas Ordens Executivas n.ºs 11/2000 e 6/2005, e ao abrigo do disposto no artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 66/99/M, de 1 de Novembro, e não ao Senhor Instrutor;

11. E, ainda, como dispõe o n.º 1 do artigo 338.º do ETAPM competia à entidade

recorrida, antes da decisão final, analisar o processo disciplinar que lhe foi remetido (por força do n.º 5 do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 66/99/M, de 1 de Novembro). Análise que englobou, entre outros, a averiguação do cumprimento da lei quanto à dedução da acusação e dos actos de instrução, como seja a recolha da prova;

12. Acresce que a pretensão do recorrente assinalada pelo Senhor Instrutor no seu despacho de 28-08-2007 pela letra d) - «sejam entregues ao arguido o arquivo, os carimbos e os selos brancos notariais» - não tinha necessariamente de ser decidida antes da decisão final do processo disciplinar, como alega o recorrente, pois também fora do alcance do disposto no artigo 341.º, n.ºs 1, 2 e 4, do ETAPM;

13. Os objectos pretendidos tinham sido retirados ao recorrente, não no âmbito de uma providência do instrutor destinada a acautelar a recolha dos meios de prova, mas antes fruto da aplicação da medida de suspensão preventiva, que produziu efeitos a partir de 28-03-2005 (fls. 443, 444 e 455 do p.d.), e da pena de cassação da licença, em 01-08-2005;

14. A entidade recorrida considerou em face do relatório final remetido em 06-09-2007, assim como do pedido de declaração de impedimento do instrutor, e do recurso hierárquico interposto pelo recorrente em 10-09-2007, com data de entrada no seu Gabinete de 13-09-2007, que outra coisa não faria sentido. Ou seja, decidiu rejeitar o recurso hierárquico em vez de analisar - nomeadamente se o recorrente preenchia à data as condições necessárias para o exercício da actividade de notário privado, entre outras, as previstas nas alíneas b), c) e d) do n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 66/99/M, de 1 de Novembro - e eventualmente deferir a pretensão do recorrente para logo depois, como efeito legal da pena aplicada, tornar impossível tal entrega;

15. Nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 66/99/M, de

1 de Novembro: «As penas de cassação de licença inabilitam os notários privados, excepto em caso de reabilitação, para o futuro exercício da função notarial, pública ou privada»;

16. Nos n.ºs 5 e 6 do artigo 14.º do mesmo diploma estabelece-se que nos 5 dias imediatos à cessação do exercício de funções em virtude de aplicação de pena disciplinar é obrigatoriamente remetido à Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça o cartão de identificação de notário privado e a insígnia retirada do cartório notarial. E na alínea d) do artigo 22º desse Decreto-Lei se dispõe: «Os livros e documentos dos notários privados punidos disciplinarmente são sempre transferidos para a posse dos substitutos»;

17. Como entendem, entre outros, Lino Ribeiro e José Cândido de Pinho: «A rejeição do recurso radica numa análise de índole adjectiva aqui alinhadas (artigo 152.º do CPA de 1994 a que corresponde o artigo 160.º do CPA actualmente em vigor), feita pelo órgão competente para a decisão do recurso. Esta apreciação é necessariamente prévia ou anterior ao conhecimento da matéria substantiva contida no recurso hierárquico. Só se avançará para o conhecimento do fundo, isto é, do tema da impugnação, se não ocorrer qualquer dos motivos de rejeição ora em estudo» (ob. cit., pág. 879);

18. Pelo que encontra-se desprovida de qualquer fundamento a ideia do recorrente inserida na P.R. de que a entidade recorrida se conformou, baseou ou concordou com o teor da Informação/Proposta n.º 41/DSAJ/DTJ/2007, de 12-09-2007, onde exarou o seu despacho ora impugnado;

19. A decisão recorrida não está, pois, ferida de nulidade, sendo válida e legal;

20. Pelo que, face à apresentação de provas documentais que se dão aqui por integralmente reproduzidas e que se anexa, se dá por despiciendo formular mais alegações,

deixando à consideração de V. Exa. tecer os juízos de valor que entender por mais justos, tendo em vista a procura da justiça.

Nestes termos entende que deve ser mantida a decisão recorrida e negado provimento ao recurso.

O Recorrente sintetiza as suas alegações facultativas :

A) No âmbito do processo disciplinar em causa, o ora Recorrente interpôs Recurso Hierárquico do douto Despacho proferido pelo Exmo. Senhor Instrutor, a 28 de Agosto de 2007, por o mesmo conhecer do mérito quanto a todos os pedidos, a final, deduzidos pelo ora Recorrente na Defesa pelo mesmo apresentado, Recurso esse que veio a ser rejeitado por douto Despacho de 25 de Setembro último e do qual ora se recorre.

B) Por Acórdão do Tribunal de Última Instância de 31 de Janeiro de 2007, o acto punitivo de cassação da licença de Notário Privado do ora Recorrente foi anulado com fundamento em violação do disposto no artigo 340º do Código de Processo Penal: o ora Recorrente não havia sido ouvido nos Autos disciplinares de numeração 01/DSAJ/DAT/2005, não lhe tendo sido permitido exercer o seu direito de defesa em face dos factos não descritos e que consubstanciariam a infracção cuja comissão lhe veio a ser imputada na Acusação datada de 28 de Março de 2005.

C) Anulado o acto punitivo de cassação da licença de Notário Privado do então Arguido e do ora Recorrente, cabia ao Instrutor, em execução da decisão anulatória i) substituir o acto anulado por outro que seja válido; ii) suprimir os efeitos do acto anulado; e iii) eliminar os actos consequentes do acto anulado, o que, in casu, não ocorreu.

D) Acresce que, nos termos do disposto no artigo 340º do CPP, aplicável, subsidiariamente, em virtude do disposto no artigo 277º do ETAPM, indiciada a ocorrência de novos factos que consubstanciem uma alteração substancial dos descritos na acusação, deve haver lugar a um novo inquérito, no qual deverão ser levadas a cabo novas diligências de investigação, permitindo que, se disso vier a revelar-se ser caso, seja proferida uma acusação (nova) que poderá vir a abranger aqueles mesmos factos.

E) Sucede, porém, que, e não obstante a anulação do primitivo acto punitivo, por Acórdão lavrado pela mais alta Instância Jurisdicional, não foi instaurado um novo processo disciplinar quanto aos novos factos e à nova qualificação imputada, e, em 5 de Junho de 2007, o ora Recorrente é notificado de nova acusação, de teor substancialmente idêntico ao da anterior, porquanto o Exmo. Senhor Instrutor seguiu o entendimento de que a acusação anterior estava liminarmente (sic) "provada e legalmente justificada"

F) Em face do que, na sua Defesa escrita o ora Recorrente arguiu a nulidade da Acusação, datada de 5 Junho de 2007 e, bem assim, dos actos de instrução realizados nos Autos disciplinares de numeração 01/DSAJ/DTJ/2005, requerendo, por consequência, a instauração de novo processo disciplinar, nos termos da lei, o que veio a ser inferido no duto Despacho lavrado pelo Exmo. Senhor Instrutor em 28 de Agosto, sob o ponto 2.

G) O Exmo. Senhor Instrutor no duto Despacho datado de 28 de Agosto de 2007, pronuncia-se sobre o mérito da Defesa, decidindo e indeferindo nulidades e, bem assim, pedidos expressamente formulados pelo ora Requerente, no duto Despacho produzido em 28 de Agosto de 2007, antes da elaboração do Relatório Final em 3 de Setembro de 2007, para os quais não se encontrava munido de competência, violando os princípios da isenção, precisão, objectividade e legalidade, que pautam, ou devem reger, acima de tudo e durante

todo o processo disciplinar, a actuação do Instrutor do processo.

H) Ao considerar que os actos praticados na Instrução são válidos e que devem ser aproveitados, não realizando qualquer acto de investigação prévio à dedução de Acusação e dando como pré-provados os novos factos incluídos no acto punitivo de cassação da licença de Notário Privado o douto Despacho datado de 28 de Agosto viola o direito fundamental de defesa do ora Recorrente, e, em especial, o princípio de presunção de inocência (artigo 29º da lei Básica).

I) Outrossim, no douto Despacho de 28 de Agosto de 2007, não obstante o próprio Instrutor não ter dado por findas as diligências probatórias, ao afirmar-se que o Despacho Acusatório se encontra "... devidamente provado ...", viola-se o princípio fundamental de presunção de inocência reconhecido a todo e qualquer Arguido, nos termos proclamados no artigo 29º da lei Básica da RAEM, ferindo o sobredito Despacho de 28 de Agosto de nulidade, nos termos da alínea d), do n.º 2, do artigo 122º, do Código de Procedimento Administrativo, o que desde já, como a final, se requer.

J) Em face do supra consignado, o sobredito Despacho ao manifestar-se, com carácter decisório, sobre os pedidos formulados pelo ora Recorrente na sua Defesa escrita, i) não declarando a nulidade da Acusação, datada de 5 de Junho de 2007, e dos actos de instrução realizados, no âmbito do processo disciplinar de numeração 01/DSAJ/DTJ/2005, (ii) e a conseqüente instauração de novo procedimento disciplinar, ofende o conteúdo essencial do direito fundamental de defesa do ora Recorrente e então Arguido, assegurado pelo legislador em toda a extensão do processo disciplinar, e, bem assim, do princípio fundamental da presunção de inocência, por força do disposto no artigo 122º, n.º 2, alínea d), do Código de Procedimento Administrativo, dos artigos 298º, n.º 1 e 326º, ambos do ETAPM,

e dos artigos 106º, alínea d) e 107º, n.º 1, alínea d), ambos do Código de Processo Penal.

K) Acresce o facto de, havendo, à data da interposição do presente Recurso, um Acórdão do Tribunal de Última Instância que anulou a decisão punitiva de cassação de licença de Notário Privado, o ora Recorrente não alcança, não aceitando, o desconhecimento invocado pelo Exmo. Senhor Instrutor da apreensão do carimbo, selo branco e arquivo notarial pertença daquele, consubstanciando, tal actuação, uma vez mais, uma violação do princípio da presunção de inocência de que ora Recorrente tem sido, invariavelmente, impedido de beneficiar.

L) Constata o ora Recorrente, para sua grande, inquietação, que o douto Despacho ora em crise é antecedido de Parecer emitido pelo Director da DSAJ, datado de 12 de Setembro de 2007, no qual singelamente se consigna a concordância com a Informação/Proposta n.º 41/DSAJ/DTJ, produzida, na mesma data, pelo Autor do acto objecto do Recurso Hierárquico interposto pelo ora Recorrente e rejeitado pela Recorrida.

M) Postula o artigo 46º, n.º 1, alínea g), do Código do Procedimento Administrativo, concretizando um princípio de transparência, uma proibição de intervenção do autor do acto hierarquicamente recorrido, a qual se deve cingir a esclarecer ou a sustentar a decisão recorrida, obviando-se, desse modo, a que sua intervenção influencie a decisão a tomar, afectando, condicionando ou afeiçoando a liberdade de decisão e a ponderação imparcial de quem deve decidir.

N) O douto Despacho datado de 28 de Agosto de 2007, proferido pelo Exmo. Senhor Instrutor, é um verdadeiro acto administrativo, nos termos do artigo 110º do Código do Procedimento Administrativo, pois como o seu próprio Autor a clara na Informação/Proposta n.º 41/DSAJ/DTJ, de 12 de Setembro último, o referido Despacho teve

por objecto **responder** às nulidades arguidas e aos pedidos formulados pelo ora Recorrente em sede de Defesa, tanto mais que aos mesmos não foi reconhecido provimento.

O) Assim, e diversamente do propugnado pela ora Recorrida, o douto Despacho de 28 de Agosto não consubstancia um qualquer acto opinativo ou uma reflexão sobre uma pretensão formulada pelo ora Recorrente, nem, outrossim, um acto de mero expediente com vista a assegurar o andamento regular do processo, mas sim um acto que define, e definiu, categoricamente, a posição jurídica do ora Recorrente e então Arguido nos Autos Disciplinares em causa, afectando, directa e irremediavelmente, os direitos, garantias e interesses do mesmo no decurso do citado processo, sendo, por isso e em si mesmo, um acto recorrível.

P) E ainda que se sufrague que o sobredito Despacho foi proferido por quem não tinha competência decisória, tal não significa que esse acto não é um acto decisório insusceptível de impugnação por falta de lesividade, mas, tão-só, que é um acto administrativo que padece do vício de incompetência.

Q) Sucede, porém, que o Recurso Hierárquico interposto pelo ora Recorrente do douto Despacho datado de 28 de Agosto de 2007, veio, porém, a ser rejeitado pela ora Recorrida, com fundamento no facto de o mesmo se ter tornado inútil e de finalidade impossível, em virtude da decisão final nos Autos Disciplinares ter sido, entretanto, tomada.

R) Tal justificação não é, todavia, admissível, porquanto a Exma. Senhora Secretária para a Administração e Justiça, não podia desconhecer que durante 11 dias, o Relatório Final e o Recurso Hierárquico interposto do douto Despacho lavrado pelo Exmo. Senhor Instrutor, em 28 de Agosto de 2007, aguardavam, no seu gabinete, pelo seu Despacho.

S) Pelo que, e em face do efeito suspensivo do recurso hierárquico em apreço, e, bem assim, em obediência a superiores princípios norteadores da actividade administrativa, de legalidade, isenção, imparcialidade e objectividade, a ora Recorrida deveria, diversamente do perseguido, ter optado por apreciar a Petição de Recurso Hierárquico, em primeiro lugar, e, conseqüentemente, suspenso a decisão final, até que o primeiro fosse decidido.

T) Não obstante, e à revelia do efeito de subida suspensivo do recurso, a Exma. Senhora Secretária para a Administração e Justiça optou antes por decidir, em primeiro lugar, a aplicação da pena de cassação de licença ao ora Recorrente e só então, debruçar-se sobre o recurso hierárquico, fazendo, por essa via, e de modo consciente, com que este, conseqüentemente, perdesse o seu "efeito útil", fabricando, com tal actuação, causa justificativa para recusar o recurso hierárquico interposto.

U) Sucede, porém, que, a inutilidade do Recurso Hierárquico, por consubstanciar necessariamente um facto superveniente, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 160º, alínea c), do Código do Procedimento Administrativo, só seria defensável se a respectiva petição tivesse dado entrada, ou tivesse chegado ao conhecimento da Exma. Senhora Secretária para a Administração e Justiça, em momento posterior à análise feita ao Relatório Final e conseqüente decisão punitiva, ou, até ainda, após a expedição e/ou recepção da decisão punitiva, o que por razões de experiência comum não é, sequer, cogitável, no presente caso.

V) Ao que acresce que, sendo os pedidos constantes na Defesa e no Recurso Hierárquico muito semelhantes, o que poderia, inclusive, levar à não aplicação de qualquer pena, ou à aplicação ao ora Recorrente de uma pena menos gravosa, em caso de decisão

favorável do recurso hierárquico, o que, os princípios da imparcialidade, isenção, legalidade e objectividade imporiam, e impõem - mas que resultam, incontornavelmente, violados com a actuação seguida pela ora Recorrida - a alegada impossibilidade da finalidade que o Recurso Hierárquico visava, e visa, alcançar não colhe, resultando, com efeito, parecer rotundamente inverso.

W) Em face de todo o acima explanado, resulta, por conseguinte, que o douto Despacho recorrido corporiza um acto nulo (artigo 122, n.º 2, alínea d) do CPA), porquanto, revelando-se ofensivo do conteúdo nuclear dos direitos fundamentais do ora Recorrente enquanto Arguido, obsta ao pleno exercício do seu direito de recurso de Decisões que afectam os seus legítimos direitos e interesses, como proclamado no artigo 36º da lei Fundamental da RAEM.

Nestes termos requer que seja o presente recurso julgado procedente, por provado e por legalmente justificado, com a consequente:

a) Declaração de nulidade do douto Despacho datado de 25 de Setembro de 2007, ora recorrido, com a consequente admissão do Recurso Hierárquico interposto pelo ora Recorrente do Despacho datado de 28 de Agosto último,

Com a consequente:

b) Declaração de nulidade do despacho de 28 de Agosto de 2007, na parte em que indefere (i) a nulidade da Acusação, datada de 5 de Junho de 2007, e dos actos de instrução realizados, no âmbito do processo disciplinar de numeração 01/DSAJ/DTJ/2005, (ii) e a consequente instauração de novo procedimento disciplinar, por violação do conteúdo essencial de um direito fundamental, nos termos da alínea d),

do n.º 2 do artigo, 122º do CPA, do artigo 29º, n.º 2, da lei Básica da RAEM, dos artigos 298º, n.º 1 e 229º, n.º 2, ambos do ETAPM, e dos artigos 106º, alínea d), e 107º, n.º 1, alínea d), ambos do CPP;

c) Instauração de novo procedimento disciplinar quanto aos factos e à infracção imputada ao ora Recorrente que não foram descritos na Acusação datada de 28 de Março de 2005;

d) Declaração de nulidade do despacho, por violação do conteúdo essencial de um direito fundamental, nos termos da alínea d) do n.º 2 do artigo 122º do Código de Procedimento Administrativo;

Nas suas alegações finais formula a entidade recorrida a seguinte síntese conclusiva:

1. Mantém-se todo o conteúdo da contestação oportunamente apresentada;

2. Os novos vícios arguidos pelo recorrente, em sede de alegações facultativas, não são de conhecimento superveniente, pelo que, em face do prescrito no artigo 68.º, n.º 3 do Código de Processo Administrativo Contencioso, não devem ser conhecidos por esse douto Tribunal;

3. Não existe, nem alega o recorrente, qualquer facto que determine a imputação agora ao acto recorrido daquilo que diz violado, nomeadamente, nas Conclusões G), I), K), M), S), V) e W);

4. O fundamento que serve de base à invocação pelo recorrente da violação do

princípio da transparência e da imparcialidade escrito na Conclusão L), já era de conhecimento do recorrente aquando da entrada da sua P. R. nesse douto Tribunal;

5. O recorrente junta à sua P. R. a Informação/Proposta n.o 41/DSAJ/DTJ/2007, de 12-09-2007, identificando-a como documento 2;

6. Contudo, reafirma-se que o acto que ora se recorre foi de rejeição do recurso hierárquico;

7. Como entendem, entre outros, Lino Ribeiro e José Cândido de Pinho: «A rejeição do recurso radica numa análise de índole adjectiva aqui alinhadas (artigo 152.º do CPA de 1994 a que corresponde o artigo 160.º do CPA actualmente em vigor), feita pelo órgão competente para a decisão do recurso. Esta apreciação é necessariamente prévia ou anterior ao conhecimento da matéria substantiva contida no recurso hierárquico. Só se avançará para o conhecimento do fundo, isto é, do tema da impugnação, se não ocorrer qualquer dos motivos de rejeição ora em estudo» (ob. cit., pág. 879);

8. A entidade recorrida ao proferir a decisão, de 24-09-2007, entendeu que não existia nenhuma das irregularidades ou ilegalidades do processo disciplinar alega das pelo recorrente na sua defesa escrita datada de 02-07-2007, que eram aliás idênticas àquelas que o recorrente alegou no recurso hierárquico que decidiu interpor em 10-09-2007;

9. O que já é afirmado pelo recorrente a fls. 49. da P.R.;

10. Ora, como dispõe o n.º 1 do artigo 338º do ETAPM compete à entidade recorrida antes da decisão final analisar o processo disciplinar que lhe é remetido (aplicável por força do n.º 5 do artigo 20º do Decreto-Lei n.º 66/99/M, de 1 de Novembro);

11. *Análise essa que engloba, entre outros, a averiguação do cumprimento da lei quanto à dedução da acusação e dos actos de instrução, como seja a recolha da prova;*

12. *Ademais, não existem as limitações temporais invocadas pelo recorrente quanto à valoração da prova efectuada pelo instrutor no despacho que proferiu;*

13. *A valoração da prova feita pelo instrutor em 28-08-2007 decorrente do princípio da livre apreciação da prova que vigora em processo disciplinar;*

14. *Não se vislumbra, pois, onde foram violados os «princípios da transparência, imparcialidade, isenção, legalidade, objectividade e precisão», o «princípio da presunção de inocência reconhecido a todo e qualquer arguido, nos termos proclamados no artigo 29º da Lei Básica» ou o «pleno exercício do seu direito de recurso de Decisões que afectam os seus legítimos direitos e interesses, como proclamado no artigo 36º da Lei Fundamental da RAEM», como pretende fazer crer o recorrente, nomeadamente, nas Conclusões G), I), K), M), S), V) e W) das suas alegações facultativas.*

15. *O acto recorrido não se encontra ferido de ilegalidade, não padecendo de nulidade.*

Nestes termos propugna pela manutenção da decisão recorrida.

O Digno Magistrado do MP emite o seguinte douto parecer:

Vem A impugnar o despacho de 23/9/07 da Secretária para a Administração e Justiça que, em sede disciplinar, rejeitou recurso hierárquico interposto do despacho de 28/8/07 do instrutor, assacando-lhe vícios de afronta do conteúdo essencial do direito de

defesa e do princípio da presunção de inocência, a que, em sede de alegações, acrescenta a ofensa dos princípios da imparcialidade e transparência, isenção, legalidade, objectividade e precisão.

Duas notas iniciais:

- Sendo certo que o que subjaz à invocação dos novos vícios assacados em sede de alegações já era conhecido do recorrente à data de interposição do recurso, não se tratando, pois, de matéria de conhecimento superveniente, não deixa, contudo, de ser verdade também que essa matéria já havia sido alegada e carreada em sede de petitório inicial, não se tratando, pois, propriamente de invocação de "novos fundamentos do pedido" (n.º 3 do art. 68º, CPAC), mas tão só de nova roupagem" jurídica dos mesmos fundamentos inicialmente invocados.

Seja como for, a situação subjacente não deixará de ser escrutinada, se necessário e isso o que importa.

- Por outra banda, nos termos do art. 20º do C.P.A.C. "Excepto disposição em contrário, o recurso contencioso é de mera legalidade e tem por finalidade a anulação dos actos recorridos ou a declaração da sua nulidade ou inexistência jurídica".

Desta forma, os tribunais administrativos ou funcionando como tal, exercem uma função de controlo e não de substituição da Administração, não constituindo aqueles uma Administração de grau mais elevado, não podendo o juiz ir além da declaração de invalidade ou anulação do acto impugnado, daqui decorrendo que o pedido a formular apenas poderá consistir na declaração de inexistência, nulidade ou anulação do acto recorrido: qualquer outro pedido, ter-se-à como legalmente inadmissível.

No caso vertente, o recorrente, na al. b) do seu pedido no petitório inicial e al. c) das alegações, requer a "Instauração de novo procedimento disciplinar quanto aos factos e à infracção imputada ... que não foram descritos na Acusação datada de 28 de Março de 2005".

Como é evidente, à luz dos princípios supra mencionados, tal pedido é legalmente inadmissível, sob pena de afronta do princípio da separação de poderes, devendo, conseqüentemente, ser liminarmente rejeitado.

Posto isto, o acto em crise, em sede de apreciação hierárquica, rejeitou recurso interposto do "despacho" do instrutor do processo disciplinar de 28/8/07, o qual havia denegado, ou, pelo menos, emitido opinião nesse sentido, pretensão do recorrente no sentido de obter a declaração de nulidade da acusação disciplinar de 5/6/07 e da prova obtida através de alguns depoimentos, a improcedência do libelo acusatório actual e a entrega do arquivo, carimbos e selos brancos notariais apreendidos, fundando-se aquela rejeição "... por se tornar inútil e impossível a finalidade a que o mesmo se destina, em face da decisão final do processo disciplinar que correu termos contra o recorrente proferida em 24/9/07".

Diga-se, desde já, que, pese embora a situação vertente se não enquadre taxativamente em qualquer das situações de rejeição de recurso expressamente previstas nas alíneas a) a d) do art. 160º, CPA, a mesma, a registar-se, configura, na verdade, "outra causa que obsta ao conhecimento do recurso", nos termos da al. e) do mesmo preceito, já que, bem vistas as coisas, se tratará de facto superveniente a tomar impossível a finalidade a que o recurso hierárquico se destinava.

Restará, pois, aquilatar se ocorrem, de facto, tais premissas,

O "despacho" do instrutor, que o acto ora em questão apreciou em sede de recurso hierárquico, constitui, no máximo e só relativamente a alguns "ítems", mera decisão interlocutória no domínio do procedimento disciplinar, sendo que o recurso ao mesmo atinente, de acordo com o previsto no art. 341º, ETAPM terá efeito meramente devolutivo, devendo subir com o relatório do instrutor, já que, atento o que é escrutinado no mesmo, nos não encontramos face a decisão cuja retenção o possa tomar inútil ou contendendo com eventual escusa ou recusa do instrutor (cfr. art. 341º, nº 2, parte final e nºs 3 e 4 e Manuel Leal-Henriques, "Manual de Direito Disciplinar", 2005, fls. 269 e 270).

Ou seja: no caso que nos ocupa, o recurso do "despacho" do instrutor não tinha efeito suspensivo, razão por. que, bem se agiu ao prosseguir normalmente com o procedimento disciplinar até final.

É claro que a entidade recorrida poderia (e, quiçá, deveria), antes dessa decisão resolver aquele recurso, com as questões inerentes.

Optou, porém, por não o fazer, antes proferindo decisão final naquele procedimento.

Perante tal, o que haverá que concluir é que, com essa decisão final (cfr. fls. 64), a recorrida, anuindo ao conteúdo do relatório final apresentado pelo instrutor e concordando com o enquadramento jurídico-disciplinar do arguido, acabou por proferir decisão a resolver o conteúdo do recurso do despacho interlocutório a que se vem aludindo.

Poder-se-à questionar se o não deveria ter feito autónoma e previamente, mas o certo é que acabou por fazê-lo em sede de decisão final.

E, quanto a isso, não ficou o recorrente desprotegido : aquela circunstância de não

decisão autónoma do despacho interlocutório não obsta e não obstou a que o recorrente pudesse invocar como fundamentos válidos do recurso contencioso do respectivo acto final punitivo, os vícios assacados ao acto interlocutório, como vícios procedimentais que se repercutem no acto final, inquinando este em termos de conduzir à sua anulação, não impedindo o tribunal de conhecer desses vícios e de, com tais fundamentos, anular o acto punitivo contenciosamente impugnado (cfr. neste sentido, ac. do STA de Portugal de 21/3/96, proc. 038904).

Ignoramos se o recorrente, no âmbito do recurso contencioso que interpôs da decisão final sancionatória, esgrimiou ou não com aqueles vícios imputados ao despacho do instrutor : certo é que o poderia ter feito, em nada ficando, pois, prejudicados os seus direitos ou interesses legítimos.

E, certo é também que, nos assinalados parâmetros, à entidade recorrida, após proferida a decisão final sancionatória, não restaria alternativa senão rejeitar o recurso hierárquico apresentado, já que sempre se teria de considerar que a matéria em questão se encontrava resolvida no âmbito daquele despacho final.

Daí que se nos afigure não merecer provimento o presente recurso.

Foram colhidos os vistos legais.

II - PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Este Tribunal é o competente em razão da nacionalidade,

matéria e hierarquia.

O processo é o próprio e não há nulidades.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciária e são dotadas de legitimidade “*ad causam*”.

Não há outras exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito.

III - FACTOS

Com pertinência, têm-se por assentes os factos seguintes:

No âmbito do processo disciplinar instaurado contra o recorrente, perante o requerido por este foi proferido pelo Senhor Instrutor o seguinte despacho:

“1. Na Defesa escrita apresentada pelo arguido, a fls. 923 a 1117 dos autos, este requereu:

a) a nulidade da Acusação, datada de 5 de Junho de 2007, e dos actos de instrução realizados, no âmbito do processo disciplinar n.º 01/DSAJ/DTJ/2005, e a consequente instauração de novo procedimento disciplinar, nos termos da lei, e caso assim não se entenda

b) que seja declarada a nulidade da prova obtida pela recolha do depoimento testemunhal prestado pelos Ilustres Advogados, Senhores Drs. **B** e **C**, com a consequência de que, não sendo possível apurar qual o contributo dessa mesma prova para a decisão acusatória, a mesma seja revogada e os Autos arquivados por conclusão absoluta, e, ainda que assim possa vir a não entender-se

c) seja o despacho acusatório julgado improcedente, por não provado e por legalmente não justificado, com idêntica consequência, e

d) sejam entregues ao Arguido o arquivo, os carimbos e os selos brancos notariais.

2. Relativamente ao requerido pelo arguido na **alínea a)** do ponto anterior, mantém-se o entendimento exposto e fundamentado no despacho com data de de 5 de Junho, notificado ao arguido no dia 6 desse mês, e que aqui se dá por reproduzido.

3. Quanto ao requerido pelo arguido na **alínea b)** do ponto 1, é certo que o Código Deontológico da Associação dos Advogados de Macau, homologado pelo Despacho n.º 121/GM/92, de 31/12/92, determina no artigo 7.º, n.º 1 que a obrigação do segredo profissional apenas cessa " (...) *em tudo quanto seja expressamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes, mediante prévia autorização da Associação dos Advogados*".

4. Ora, tais autorizações, no caso dos testemunhos dos Ilustres Advogados, Senhores Drs. **B e C**, não constam do processo disciplinar supra identificado.

5. E, assim sendo, determina o art. 6º daquele Código Deontológico que todas as provas obtidas de declarações feitas por advogado com violação do segredo profissional são nulas, como requiere o arguido.

6. Mas, tal não afecta a decisão acusatória, tanto mais que esses testemunhos foram obtidos na instrução, ou seja, nos termos do n.º 1 do artigo 329º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau (ETAPM), a fase que

compreende um *"conjunto de averiguações e diligências destinadas a apurar a existência de uma infração disciplinar e a determinar os seus agentes e a responsabilidade deles, recolhendo todas as provas em ordem a proferir uma decisão fundamentada"* e a Acusação de 5 de Junho p.p. deduzi da contra o arguido não se fundamentou na inquirição daquelas testemunhas.

7. Aliás, *"dado o carácter informal e sumário que o legislador quis imprimir à tramitação do processo disciplinar - ajustado ao fim a que se destina e limitado ao necessário para atingir essa finalidade - devem dispensar-se formalismos rígidos, embora garantindo, como é óbvio, a autenticidade e genuinidade dos processos de obtenção dessa mesma prova"* (Dr. Manuel Leal Henriques, in *"Procedimento disciplinar"*, pág. 264, 3ª edição).

8. Quanto ao deduzido pelo Arguido na **al. c)** da Defesa, não se concorda que o despacho acusatório seja improcedente, porque se entende que o mesmo se encontra devidamente provado e legalmente justificado, pelo que se entendeu que o processo disciplinar devia prosseguir os seus trâmites.

9. Relativamente aos objectos mencionados na **alínea d)** do ponto 1, não cabe a este instrutor pronunciar-se sobre o requerido, uma vez que não se encontram apreendidos quaisquer objectos ao abrigo do processo disciplinar supra identificado, em consequência do Acórdão do Tribunal de Última Instância, proferido no âmbito do processo n.º 52/2006.

10. Cumpre, ainda, referir que na Defesa apresentada pelo arguido foram arroladas 6 (seis) testemunhas.

11. Uma vez que não foi possível efectuar a inquirição da totalidade das testemunhas, na data previamente marcada, por falta de duas delas, agendou-se uma outra data, para nova inquirição das faltosas, já concretizada, com o intuito de salvaguardar a efectivação do direito de defesa do arguido.

12. Para isso, tomou-se necessário prorrogar o prazo de 20 dias estabelecido no n.º 1 do artigo 336º do ETAPM.

13. Além disto, e uma vez produzida a prova oferecida pelo arguido, poderia vir a revelar-se pertinente proceder a novas diligências indispensáveis para a descoberta da verdade, nos termos previstos do n.º 2 do artigo 336º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau (ETAPM).

14. Nesse sentido, solicitou-se a competente autorização à Exm^a Secretária para a Administração e Justiça, para prorrogar aquele prazo de 20 dias, mencionado no ponto 12, o que veio a merecer aprovação, no sentido de o prorrogar, no limite até ao dia 3 de Setembro do ano em curso (fls. 1160).

Macau, aos 28 de Agosto de 2007

O Instrutor”

O recurso veio a ser instruído com a seguinte informação :

“(…)

DOS FACTOS

2. No processo disciplinar supra identificado o signatário foi nomeado instrutor, por despacho de Sua Ex.^a a Secretária para a Administração e Justiça, de 18 de Maio passado (doc. n.º 3 em anexo) do processo disciplinar supra identificado.

3. Mas é oportuno recordar os factos que antecederam esta nomeação.

4. A nomeação do signatário como instrutor foi efectuada na sequência do requerimento de recusa apresentado pelo arguido relativamente ao instrutor que o antecedeu, o que mereceu acolhimento superior, por despacho de Sua Ex.^a a Secretária para a Administração e Justiça de 23 de Março de 2007 (vide. doc. n.º 3 em anexo).

5. Faz-se notar que este instrutor, mencionado no ponto anterior, tinha sido nomeado após ter sido proferido o Acórdão de 31 de Janeiro de 2007, do Tribunal de Última Instância (TUI), no âmbito do processo n.º 52/2006, que negou provimento ao recurso, apresentado por Sua Ex.^a a Secretária para a Administração e Justiça, do Acórdão de 1 de Junho de 2006 do Tribuna, de Segunda Instância.

6. É que este Tribunal tinha dado, por sua vez, provimento ao recurso apresentado pelo arguido do acto punitivo de cassação da sua licença de notário privado, decidido por Sua Ex.^a a Secretária para a Administração e Justiça, declarando nulo o acto administrativo, com o fundamento de falta de audiência do arguido.

7. Por isso, inconformada com esta decisão judicial, Sua Ex.^a a Secretária para a Administração e Justiça interpôs recurso jurisdicional para o Tribunal de Última Instância (TUI).

8. Porém, após julgamento, o TUI negou provimento ao recurso apresentado, por considerar que o acto punitivo aditou factos não constantes da

acusação e imputou uma nova infracção (violação do disposto no artigo 16.º do Código do Notariado) ao arguido correspondente a factos novos, pelo que nos termos do artigo 340.º do Código de Processo Penal, aqui aplicável subsidiariamente, era imprescindível ter ouvido o arguido para se poder defender da nova infracção.

9. Assim, aquele douto acórdão, concluiu que o processo disciplinar enfermava "de nulidade insuprível, a que se refere o artigo 298.º, n.º 1 do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau (ETAPM)", embora acrescentando que uma nulidade procedimental não integra nulidade do acto administrativo, concluindo pela anulabilidade do acta punitivo por considerar que não tinha sido ofendido o conteúdo essencial de qualquer direito fundamental.

10. Na sequência do exposto, entendeu o signatário, como instrutor, que nada obstava a que se observassem os termos procedimentais no mesmo processo disciplinar, a partir da fase que padeceu o vício, no entender do TUI, que conduziu à anulação.

11. Disto foi dado conhecimento ao arguido em 6 de Junho de 2007, conforme fls. 894 a 898 dos autos do processo disciplinar (doc. n.º 4 em anexo).

12. Neste sentido, entendeu-se dever produzir uma nova acusação, ora datada de 5 de Junho p.p., da qual constassem os factos e a infracção imputada que não foram descritos na Acusação datada de 28 de Março de 2005 (fls. 461 a 472 dos autos), mas que constavam do relatório final que conduziu ao acto punitivo de cassação da licença de notário privado do Sr. Dr. A e que foi considerado anulável, nos termos definidos pelo TUI (conforme referido no ponto 8. anterior).

13. Na Defesa do arguido (fls. 925 a 1120 dos autos), este arrolou 6 (seis) testemunhas, tendo, ainda, requerido:

a) a nulidade da Acusação, datada de 5 de Junho de 2007, e dos actos de instrução realizados, no âmbito do processo disciplinar n.º 01/DSAJ/DTJ/2005, e a consequente instauração de novo procedimento disciplinar, nos termos da lei, e caso assim não se entenda

b) que seja declarada a nulidade da prova obtida pela recolha do depoimento testemunhal prestado pelos Ilustres Advogados, Senhores Drs. **B** e **C**, com a consequência de que, não sendo possível apurar qual o contributo dessa mesma prova para a decisão acusatória, a mesma seja revogada e os Autos arquivados por conclusão absolutória, e, ainda que assim possa vir a não entender-se

c) seja o despacho acusatório julgado improcedente, por não provado e por legalmente não justificado, com idêntica consequência, e

d) sejam entregues ao Arguido o arquivo, os carimbos e os selos brancos notariais.

14. Face à gravidade dos factos de que o arguido vinha acusado e à complexidade do respectivo processo disciplinar, julgou-se indispensável proceder à inquirição da totalidade das testemunhas arroladas pelo arguido, pelo que se revelou necessário proceder à prorrogação do prazo de 20 dias estabelecido no n.º 1 do art. 336º do ETAPM, uma vez que duas das testemunhas tinham faltado e destas, uma delas, só à terceira tentativa foi possível notificar.

15. Esta proposta mereceu aprovação superior, dilatando-se, assim, o prazo

de forma a concluir a produção de prova oferecida pelo arguido, tendo em vista permitir a completa e total efectivação do direito de defesa do arguido (doc. n.º 5 em anexo).

16. A última testemunha arrolada pela defesa foi ouvida no dia 6 de Agosto.

17. Concluída a produção de prova oferecida pelo arguido na sua defesa, entendeu-se que não se justificava ordenar quaisquer novas diligências.

18. Consequentemente, o signatário, como instrutor, produziu o despacho, com data de 28 de Agosto, do qual o arguido, ora apresenta recurso hierárquico.

DO PARECER

19. O despacho de 28 Agosto proferido pelo instrutor, signatário desta informação/proposta, teve por objectivo responder às questões suscitadas pelo arguido na sua defesa e informá-lo da necessidade que se verificou de prorrogar o prazo estabelecido pela lei para a produção da prova oferecida pelo arguido na sua defesa e para ordenar outras diligências que (o instrutor), então, entendesse indispensáveis para apurar a verdade.

21. É pacífico na doutrina que o instrutor de um processo disciplinar deve mover a sua actuação, entre outros, "*(...) pelo princípio da verdade material ou da livre apreciação das provas (liberdade dada ao instrutor de usar dos meios investigatórios indispensáveis à descoberta da verdade e de ajuizar os seus resultados)*".

22. Do exposto resulta que o signatário não vislumbra na fundamentação aduzida pelo arguido, no recurso hierárquico que ora apresenta, argumentação nova e válida que justifiquem uma alteração do entendimento expresso, como instrutor, quer no despacho e na Acusação, ambos com data de 5 de Junho último, quer no despacho proferido em 28 de Agosto.

23. Por isso, propõe-se que o recurso hierárquico ora apresentado pelo arguido seja considerado improcedente por Sua Ex.^a a Secretária para a Administração e Justiça. À consideração superior de V. Ex.^a.

O Instrutor”

Interposto recurso hierárquico sobre tal despacho, sobre ele recaiu o parecer seguinte:

“Exma. Senhora
Secretária para a Administração e Justiça

Concordo com a presente informação e o parecer apresentado.

À consideração superior de V. Ex.^a.

Macau, aos 12 de Setembro de 2007

O Director da DSAJ,”

Tendo o recurso vindo a ser decidido da seguinte forma:

“No uso das competências que me foram delegadas pelas Ordens Executivas n.ºs 11/2000 e 6/2005, e tendo presente o disposto no art. 160º, al. e), do Código do Procedimento Administrativo, rejeito o recurso hierárquico em causa, por se tornar inútil e impossível a finalidade a que o mesmo se destinava em face da decisão final do processo disciplinar que correu termos contra o recorrente proferida em 24/09/2007.

À DSAJ para notificar o recorrente.

A Secretária para a Administração e Justiça.

25/09/2007”

No processo disciplinar, em termos de decisão final foi proferido o seguinte despacho:

“1. Analisado o processo disciplinar, considero provados os factos imputados ao arguido, designadamente os constantes dos n.ºs 27 a 32 do Relatório Final, e concordo com o enquadramento jurídico-disciplinar do comportamento do arguido que é feito neste mesmo relatório.

2. Estes factos constituem infracções disciplinares graves que provocaram grave perturbação para a segurança jurídica da RAEM e desprestígio para a relevante profissão notarial e demonstram uma completa ausência de competência para o exercício das funções, o que inviabiliza a manutenção da sua actividade de notário privado.

3. Assim, no uso das competências delegadas pelas Ordens Executivas n.ºs 11/2000 e 6/2005, e ao abrigo do disposto no artigo 19º do Decreto-Lei n.º 66/99/M (Estatuto dos Notários Privados), aplico ao arguido, Dr. A, notário privado, a pena disciplinar de cassação de licença, prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 18º do mesmo decreto-lei.

4. Junte-se cópia do Relatório Final que aqui dou por integrado e notifique-se o arguido nos termos legais.

A Secretária para a
Administração e Justiça
Florinda da Rosa Silva Chan

24/09/2007”

IV – FUNDAMENTOS

1. Vem o recorrente impugnar o despacho de 23/9/07 da Secretária para a Administração e Justiça que, em sede disciplinar, rejeitou recurso hierárquico interposto do despacho de 28/8/07 do instrutor, assacando-lhe vícios de afronta do conteúdo essencial do direito de defesa e do princípio da presunção de inocência, a que, em sede de alegações, acrescenta a ofensa dos princípios da imparcialidade e transparência, isenção, legalidade, objectividade e precisão.

Não obstante a complexidade que parece ter sido imprimida ao presente processo, importa atentar no facto de que o objecto do presente

recurso é o despacho que desatendeu as questões suscitadas no Inquérito disciplinar e que, na óptica do arguido eram susceptíveis de viciarem fatalmente o procedimento empreendido, pela razão simplesmente aduzida de que esse conhecimento se mostrava inútil e prejudicado, tornando-se inútil e impossível a finalidade a que o mesmo se destinava em face da decisão final proferida no processo disciplinar.

Observa-se que o objecto do recurso é o despacho onde se decidiu não conhecer do recurso por as finalidades do mesmo se terem tornado impossíveis e inúteis.

Daqui se retira que perde, desde logo, sentido o pedido do recorrente em pretender a nulidade do despacho que indeferiu a nulidade da acusação e dos actos de instrução e a consequente instauração de novo procedimento disciplinar, pela razão simples de que esse pedido não foi sequer apreciado e não enforma o conteúdo do despacho recorrido.

2. Não obstante a anulação de um primeiro acto punitivo, por acórdão do TUI, não terá sido instaurado um novo processo disciplinar quanto aos novos factos e à nova qualificação imputada, e, em 5 de Junho de 2007, o ora recorrente é notificado de nova acusação, de teor substancialmente idêntico ao da anterior, porquanto o Exmo. Instrutor seguiu o entendimento de que a acusação anterior estava liminarmente *"provada e legalmente justificada"*

O ora Recorrente, na defesa que apresentou, arguiu a nulidade da acusação, datada de 5 Junho de 2007 e, bem assim, dos actos de

instrução realizados nos Autos disciplinares de numeração 01/DSAJ/DTJ/2005, requerendo, por consequência, a instauração de novo processo disciplinar, nos termos da lei, o que veio a ser inferido no douto Despacho lavrado pelo Exmo. Senhor Instrutor em 28 de Agosto de 2007.

É sobre estas questões que a entidade recorrida em sede de recurso hierárquico decidiu não decidir vista a dita prejudicialidade.

Tentando simplificar o que parece complicado, o objecto do presente recurso prende-se de certa forma com os efeitos do recurso interposto em que se vêm arguir tais nulidades procedimentais e viciantes do processo disciplinar.

Assim, importará saber se o recurso tem efeito devolutivo ou suspensivo; se suspensivo, importará conhecer previamente dessas questões, só podendo o processo prosseguir depois de decididas. Ora sabe-se que não foi isso que aconteceu, tendo vindo o processo disciplinar a seguir o seu curso normal e a ser proferida decisão final punitiva de cassação de licença de notário privado. Se devolutivo, o processo podia prosseguir, devendo essas questões ser apreciadas aquando da interposição do recurso da decisão final. A questão que se pode colocar é a de saber se o conhecimento deste recurso é prévio ao do recurso final, se concomitante, ou se as questões aqui colocadas devem ser suscitadas também no recurso final.

Adiante se verá.

3. Duas notas a título prévio importa ainda referir.

Levanta a entidade recorrida a questão de se terem suscitado em sede de alegações facultativas novas questões que, por não serem de conhecimento superveniente, seriam insusceptíveis de invocação.

Como se sabe, se o que subjaz à invocação dos novos vícios assacados em sede de alegações já era conhecido do recorrente à data de interposição do recurso, tal não deve ser consentido (n.º 3 do art. 68º, CPAC).

Já não assim se se tratar de matéria de conhecimento superveniente

Mas se essa matéria já havia sido alegada anteriormente pelo recorrente e este se limita a desenvolver apenas os princípios enunciados, então não se vê razão para que tal não seja admitido.

A matéria alegada será, pois, analisada nesta perspectiva.

4. A outra questão prende-se com a natureza e objecto do recurso contencioso.

Nos termos do art. 20º do C.P.A.C. *"Excepto disposição em contrário, o recurso contencioso é de mera legalidade e tem por*

finalidade a anulação dos actos recorridos ou a declaração da sua nulidade ou inexistência jurídica".

Estamos perante um contencioso de anulação e não de substituição.

Desta forma, o contencioso administrativo exerce uma função de controlo e não de substituição, não podendo o Tribunal substituir-se à Administração e ir além da declaração de invalidade ou anulação do acto impugnado, daqui decorrendo que o pedido a formular apenas poderá consistir na declaração de inexistência, nulidade ou anulação do acto recorrido.

No caso vertente, o recorrente, na al. b) do seu pedido no petitório inicial e al. c) das alegações, requer a *"Instauração de novo procedimento disciplinar quanto aos factos e à infracção imputada ... que não foram descritos na Acusação datada de 28 de Março de 2005"*.

Ora, face à aludida natureza do presente recurso, tal pedido é legalmente inadmissível, sob pena de afronta do princípio da separação de poderes, devendo, conseqüentemente, ser rejeitado, pelo que dele não se curará.

5. Assim se entra na questão de fundo do presente recurso e se

prende com o pedido de declaração de nulidade do aludido despacho.

O acto em crise, da Exma Senhora Secretária para a Administração e Justiça, de 25/9/2007, em sede de apreciação hierárquica, rejeitou recurso interposto do "*despacho*" do instrutor do processo disciplinar de 28/8/07, o qual havia denegado, ou, pelo menos, emitido opinião nesse sentido, pretensão do recorrente no sentido de obter a declaração de nulidade da acusação disciplinar de 5/6/07 e da prova obtida através de alguns depoimentos, a improcedência do libelo acusatório actual e a entrega do arquivo, carimbos e selos brancos notariais apreendidos, fundando-se aquela rejeição "*... por se tornar inútil e impossível a finalidade a que o mesmo se destina, em face da decisão final do processo disciplinar que correu termos contra o recorrente proferida em 24/9/07*".

Vejamos se o despacho de rejeição do recurso padece dos vícios que lhe são assacados.

6. Se é verdade que a situação vertente não se enquadra taxativamente em qualquer das situações de rejeição de recurso expressamente previstas nas alíneas a) a d) do art. 160º, CPA, na perspectiva do Digno Magistrado do MP, a mesma não deixa de configurar "*outra causa que obsta ao conhecimento do recurso*", nos termos da al. e) do mesmo preceito, na medida em que se trata de facto superveniente a tomar impossível a finalidade a que o recurso hierárquico

se destinava.

É verdade que o despacho do Senhor Instrutor, de 28/8/2007, que o acto ora sob recurso contencioso apreciou em sede de recurso hierárquico, se bem que se tivesse pronunciado sobre algumas questões que foram colocadas pelo arguido no âmbito do processo disciplinar, a saber,

“- a declaração de nulidade do despacho, na parte em que indefere

i) a nulidade da Acusação, datada de 5 de Junho de 2007, e dos actos de instrução realizados no âmbito do processo disciplinar n.º 01/DSAJ/DAT/2005,

ii) e a conseqüente instauração de novo procedimento disciplinar, por violação do conteúdo essencial de um direito fundamental, nos termos da alínea d) do n.º 2 do artigo 122.º do Código de Procedimento Administrativo, do artigo 29.º, n.º 2 da lei Básica da RAEM, dos artigos 298.º, n.º 1 e 229.º1, n.º 2 do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau (ETAPM) e dos artigos 106.º, alínea d) e 107.º, al. d), ambos do Código do Processo Penal,

- instauração de novo procedimento disciplinar quanto aos factos e à infracção imputada ao ora recorrente que não foram descritos na Acusação datada de 28 de Março de 2005,

- que seja ordenada a entrega imediata ao ora Recorrente, e arguido do processo disciplinar, dos carimbos e dos selos notariais que se encontram apreendidos ao abrigo dos presentes Autos disciplinares, pedido que vai formulado sem prejuízo de outros direitos e mecanismos de tutela que ao ora Recorrente quanto a tal possam assistir,”

não deixou de constituir mera decisão interlocutória no

domínio do procedimento disciplinar, sendo que o recurso ao mesmo atinente, de acordo com o previsto no art. 341º, ETAPM tem efeito meramente devolutivo, devendo subir com o relatório do instrutor, já que, atento o que é escrutinado no mesmo, nos não encontramos face a decisão cuja retenção o possa tornar inútil ou contendo com eventual escusa ou recusa do instrutor.

A partir desta constatação sustenta-se que como o recurso do "*despacho*" do instrutor não tinha efeito suspensivo, por essa razão bem terá agido a entidade recorrida ao prosseguir normalmente com o procedimento disciplinar até final.

7. Dir-se-á que a lei - o referido art. 341º, n.º 2 do ETAPMA - determina um momento de subida para esse recurso gracioso, o que pressupõe o seu conhecimento antes de proferida a decisão final. De outro modo, a lei diria que esse recurso subiria a final ou nada diria sendo essa a decorrência normal do efeito devolutivo do recurso.

Não se tratando, neste caso, nem de multa nem de repreensão escrita o recurso devia ter subido com o relatório do instrutor. E se sobe com o relatório e não já com a decisão final daí se teria de retirar o efeito suspensivo a partir desse momento, sob pena de se ter por completamente inútil a diferença de regimes ali estabelecido.

Pretende-se que, nos casos mais graves, a entidade administrativa, antes de punir, pondere nas questões suscitadas no âmbito do processo disciplinar.

Só que não foi isso que aconteceu. A entidade administrativa puniu e não se pronunciou expressamente sobre essas questões suscitadas a montante.

Pode-se supor que ao decidir punir, tacitamente fez uma apreciação das ditas questões e não as aceitou como relevantes ou não as ponderou sequer.

Ora, é aqui que reside o fulcro da questão: saber se a entidade administrativa era obrigada a pronunciar-se e se esse não conhecimento invalida o procedimento subsequente e até a decisão final.

Duas posições são possíveis. Uma, no sentido de que esse recurso gracioso é de conhecimento obrigatório e o processo deve-se suspender a partir daí, ou seja do momento do relatório. Outra, que vai no sentido de se entender, de acordo com a natureza devolutiva desse recurso gracioso que o processo pode prosseguir, de acordo, aliás, a uma conformidade com a natureza administrativa do procedimento, em que os recursos gratuitos normalmente são facultativos e onde se depara com a possibilidade do indeferimento tácito em sede de requerimentos ou reclamações.

Inclinamo-nos para esta segunda perspectiva.

8. Se é certo que a gravidade das sanções leva a que não se profira decisão final sem que decididas previamente as questões que

foram colocadas pela defesa, não é menos certo que se se avança para a punição sem que elas sejam conhecidas, como se disse acima, é porque se entende que essas questões não relevam, se indeferem tacitamente.

Mas, prevenindo a hipótese de terem sido esquecidas, ainda aí o interessado não fica desprotegido, sempre podendo, a propósito da impugnação final, suscitar essas questões que não foram apreciadas e o deviam ter sido.

Aliás, tal como se refere no douto parecer do Digno Magistrado do MP, *é claro que a entidade recorrida poderia (e, quiçá, deveria), antes dessa decisão resolver aquele recurso, com as questões inerentes.*

Poder-se-á questionar se o não deveria ter feito autónoma e previamente, mas o certo é que acabou por fazê-lo em sede de decisão final.

Optou, porém, por não o fazer, antes proferindo decisão final naquele procedimento.

É verdade que se pode concluir - ainda servindo-nos das palavras do Digno Magistrado do MP - que, *com essa decisão final a entidade a recorrida, anuindo ao conteúdo do relatório final apresentado pelo instrutor e concordando com o enquadramento jurídico-disciplinar do arguido, acabou por proferir decisão a resolver o conteúdo do recurso do despacho interlocutório a que se vem aludindo, o que torna inútil o conhecimento do recurso interposto previamente.*

A previsão de recurso hierárquico do despacho que indefira quaisquer diligências probatórias ou outras pressupõe que, antes da decisão final, seja dado conhecimento desse despacho ao respectivo interessado, iniciando-se, então, o prazo para essa impugnação. Mas se não for conhecido e tal vier a inquinar a decisão final aí se deve suscitar a questão.

9. A circunstância de não decisão autónoma do despacho interlocutório não obsta a que o recorrente pudesse invocar, como fundamentos válidos do recurso contencioso do respectivo acto final punitivo, os vícios assacados ao acto interlocutório, como vícios procedimentais que se repercutem no acto final, inquinando este em termos de conduzir à sua anulação, não impedindo o tribunal de conhecer desses vícios e de, com tais fundamentos, anular o acto punitivo contenciosamente impugnado.

Não se compreende muito bem que se venha a decidir o recurso da decisão final quando prévia, lógica e cronologicamente importaria conhecer do recurso interlocutório, sem sequer se remeter para algum conhecimento que ali tenha sido feito dessas mesmas questões. Só que aí a lei devia ser clara, dizendo que o efeito desse recurso era suspensivo e as únicas situações contempladas são as previstas no n.º 4 do artigo 341º do ETAM, onde não se inclui a situação presente (que nem integra a última parte do n.º 2, nem o n.º 3 do citado preceito).

Prevê-se assim a existência de uma fase graciosa precedendo a subida do recurso hierárquico final, na qual se permite ao autor do acto revogá-lo, alterá-lo ou mantê-lo, mas que perante a falta de clareza das disposições em apreço se tem como facultativa.

10. O incumprimento daquele preceito, pode viciar, é certo, o procedimento porque impede a formação esclarecida da vontade do órgão administrativo com competência para decidir o recurso na via hierárquica.

Afectará eventualmente a decisão final.

Mas, quanto a isso, ainda como diz o Digno Magistrado do MP “não ficou o recorrente desprotegido: aquela circunstância de não decisão autónoma do despacho interlocutório não obsta a que o recorrente pudesse invocar como fundamentos válidos do recurso contencioso do respectivo acto final punitivo, os vícios assacados ao acto interlocutório, como vícios procedimentais que se repercutem no acto final, inquinando este em termos de conduzir à sua anulação, não impedindo o tribunal de conhecer desses vícios e de, com tais fundamentos, anular o acto punitivo contenciosamente impugnado”.

Nesta conformidade o recurso não deixará de improceder.

V - DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em negar provimento ao presente recurso contencioso, seja na parte em que se peticiona a conformação de um dada actuação à Administração, seja na parte de declaração de nulidades do despacho.

Custas pelo recorrente, com taxa de justiça de 6 UCs

Macau, 12 de Fevereiro de 2009,

João A. G. Gil de Oliveira

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong