Recurso nº 287/2004

Data: 23 de Março de 2006

- Assuntos: - Processo disciplinar contra advogado
- Audição do arguido
- Princípio do contraditório
- Matéria nova

Sumário

1. Resultou matéria nova no acórdão recorrido, matéria esta que não tinha sido articulada na acusação nem no relatório final e com o qual terá influência na decisão final e que é desfavorável ao arguido, de modo que se devia proceder a audição da arguida ao abrigo do princípio do contraditório.

2. A garantia de defesa do arguido não impõe a sua audição após a inquirição de testemunhas por ele oferecidas, se da realização dessa diligência, previamente notificada, não resultou qualquer facto novo com o qual terá influência na decisão final, que lhe fosse desfavorável, mas já ofende o dever de audição e com ele o princípio do contraditório, integrando a nulidade insuprível a não notificação do resultado de tais diligências ao arguido, se com as mesmas se decidir alterar o que previamente conste da referida acusação ou relatório.

3. Ao contrário ao alegado do arguido na sua contestação que “a requerente do apoio judiciário nunca tomou a iniciativa de a contactar após a notificação da nomeação oficiosa”, a entidade recorrida, como órgão colegial com competência de julgamento, deu como

“provado apenas que a patrocinada chegou “a falar por via telefónica, com uma funcionária do escritório da participada deixando-lhe o número do seu aparelho de ‘Pager’ ”, o que permite concluir que este não pode deixar de ser uma matéria nova em relação aos factos constantes da acusação e do relatório final cuja consignação impõe uma audição prévia do arguido.

O Relator,
Choi Mou Pan

Recurso nº 287/2004

Recorrente: (A)

Recorrido: Conselho Superior da Advocacia (律師業高等委員會)

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M. :

I. (A), advogada inscrita na Associação dos Advogados de Macau, recorreu, em contencioso, a deliberação proferida pelo Conselho Superior de Advocacia, de 17/10/2003, no processo disciplinar, no qual lhe foi aplicada uma pena disciplinar de advertência, por quanto, concluindo que:

- “1. Mostram-se verificados os pressupostos processuais para o presente recurso, a recorribilidade do acto, a tempestividade do recurso e da alegação, o interesse legítimo da recorrente e a competência do Venerando TSI.
2. Na sua contestação escrita, a recorrente defendeu que o conteúdo essencial da infracção disciplinar que lhe foi imputada está na não propositura da acção sem fundamento justificativo, ficando ela descaracterizada nas situações em que, mau grado o não oferecimento da justificação, a acção era inviável ou tenha ocorrido qualquer circunstância justificativa da não propositura da acção.

3. Defendendo, no caso concreto, a ocorrência de uma circunstância justificativa para a não propositura da acção, qual seja, a de que nunca foi procurada pela interessada no apoio judiciário e a não comunicação dessa circunstância descaracterizadora da infracção como um dever instrumental cuja não observância não adquire a dignidade disciplinar que tem o não cumprimento do corpo essencial da obrigação legal.
4. A decisão recorrida aceitou, implicitamente, a tese da recorrente mas eliminou, no caso concreto, essa circunstância excludente do tipo de ilícito através do acrescentamento de um facto reconhecidamente não constante da acusação: o de que a interessada no apoio judiciário contactou telefonicamente com uma funcionária do escritório da arguida.
5. Facto que a decisão recorrida considera permitir afastar o pressuposto da falta de colaboração do patrocinado como fundamento do pedido de escusa.
6. Daqui resulta que a entidade recorrida, no julgamento que faz da infracção disciplinar, se sustentou também no facto que considerou provado de que a beneficiária do patrocínio judiciário contactou telefonicamente o escritório da recorrente.
7. Tal *iter* cognoscitivo violou de forma frontal, ostensiva e patente, nas suas várias incidências, princípios elementares do direito disciplinar – fundamento da reclamação por

nulidade da decisão do CSA oportunamente apresentada e agora decidia em desfavor da aqui recorrente.

8. Desde logo, o princípio da acusação, que impõe que o órgão punitivo não possa conhecer e punir com base em factos que não constem da acusação.
9. Dando como provado um facto não constante da acusação (e que expressamente fora dado como não provado pelo Instrutor no seu Relatório Final), o CSA violou aquele princípio (confundindo o seu papel de órgão decisório com o de órgão instrutor).
10. Tal como, aliás, os princípios da estrutura contraditória do processo disciplinar e da audiência e da defesa do qual resulta que não se pode alterar (modificar ou ampliar) a fisionomia ou os fundamentos da acusação sem se ter dado ao arguido a possibilidade de se pronunciar (sobre esses novos elementos).
11. Na verdade, não sendo inócuo o facto de a beneficiária do patrocínio judiciário ter contactado com o escritório da arguida, impunha-se que lhe tivesse sido dada a oportunidade de o contraditar.
12. A recorrente estruturou a sua defesa no pressuposto da relevância que assumira (a seu ver) o facto do seu escritório não ter sido contactado pela beneficiária do apoio judiciário (facto não dado por provado na acusação), certo sendo que se teria defendido de outro modo se contasse com o novo facto.

13. A decisão recorrida violou, nomeadamente, os art.ºs 10.º do C. Disciplinar aplicável e os princípios da acusação, da estrutura contraditória do processo disciplinar e da audiência e defesa, incorrendo na nulidade do art.º 360.º, alínea b) do C.P.Penal aplicável *ex vi* art.º 65.º, alínea a) do C. Disciplinar.

Pedido

Nos Termos e com os fundamentos expostos e contando com o douto suprimento desse Venerando Tribunal, deve ser julgado procedente o recurso, reconhecido o vício imputado e anulada a deliberação recorrida, com todas as consequências legais.

Para tanto, requer a notificação da entidade recorrida para responder, querendo, e para, de qualquer modo, juntar aos autos o processo administrativo instrutor (caso ele se não mostre já junto). ”

Pede a procedência do recurso e a anulação da deliberação recorrida.

Contestou a entidade recorrida, que alegou, em síntese, o seguinte:

- “1. O artigo 5º da petição carece de ser complementado com os seguintes factos:
 - a. A recorrente foi nomeada patrona oficiosa de (B), no processo de apoio judiciário nº. 1412/99 do, então 4º.

- Juízo do Tribunal Judicial de Base, por despacho proferido no referido processo em 1 de Novembro de 1999;
- b. Como se não mostrasse intentada a acção que era objecto do referido processo, o Meritíssimo Juiz do 4º. Juízo proferiu novo despacho, em 18 de Fevereiro de 2000 ordenando a notificação da arguida com vista a indagar se a acção já tinha sido intentada;
 - c. Este despacho foi notificado à arguida por carta registada que lhe foi enviada em 22 de Fevereiro de 2000;
 - d. Como não houvesse resposta da parte da arguida, foi proferido novo despacho pelo Meritíssimo Juiz em 22 de Março de 2000, substituindo a arguida por outra advogada, Dr^a. (C);
 - e. A arguida não intentou a acção de que havia sido incumbida no referido processo de apoio judiciário;
 - f. Nem em qualquer altura do processo respondeu ou informou o Tribunal da razão porque o não fizera.
2. A posição sustentada pela recorrente funda-se num pressuposto errado;
 3. Os factos alegados pela recorrente na sua defesa e que a serem dados como provados integrariam uma causa justificativa do comportamento por ela assumido não ficaram demonstrados;

4. Entendeu-se que apenas ficara provado que a patrocinada chegou a falar por via telefónica com uma funcionária do escritório da participada, deixando-lhe o seu aparelho *pager*;
5. Dai a conclusão de que não se mostra verificada a invocada causa justificativa;
6. Quem suscitou a questão da ausência do contacto com o escritório da recorrente por parte da patrocinada foi a mesma recorrente;
7. Entendeu-se que não ficara provada a situação invocada pela recorrente mas apenas o referido na Conclusão n.º 4;
8. Os factos constantes da acusação e dados como provados eram e são suficientes para integrar a falta imputada à recorrente;
9. Com a referência ao facto referido na conclusão quarta o Acórdão punitivo pretendeu significar que não se mostrava verificada a causa justificativa invocada pela recorrente;
10. Inexiste qualquer contradição entre o Acórdão punitivo e o que apreciou a reclamação das nulidades do mesmo aresto;
11. No direito disciplinar vigora o princípio da livre convicção do julgador o qual não está limitado à vinculação temática;
12. Não foram violados os princípios e as disposições legais invocados pela recorrente;

Termos em que se entende que deve ser negado provimento ao presente recuso.”

O Digno Magistrado do M^oP^o deu o seu douto parecer, que se transcreve o seguinte:

“Vem (A), advogada, impugnar a deliberação do Conselho Superior de Advocacia que, na sequência de processo disciplinar, lhe aplicou pena de advertência, prevista na al a) do n^o 1 do art^o 41^o do Código Disciplinar, assacando-lhe, tanto quanto colhemos da respectiva P.I. (já que não apresentou alegações), vícios de violação de lei, por afronta do art^o 10^o do C. Disciplinar, dos princípios da acusação, da estrutura contraditória do processo disciplinar e da audiência e defesa, sustentando ainda a ocorrência da nulidade do art^o 360^o, al b) do CPP, aplicável “ex vi” do art^o 65^o, al c) do C. Disciplinar.

Creemos assistir-lhe alguma razão, se bem que não exactamente nos mesmos termos em que a mesma a pretende.

Vejamos:

O cerne do por aquela argumentado prende-se, no essencial, com o facto de, no seu critério, na apreciação que conduziu à decisão sancionatória, se ter levado em conta e dado como provado facto – existência de contacto telefónico entre a interessada no apoio judiciário e o escritório da recorrente – que não constava da acusação disciplinar e, ainda no dizer da recorrente, expressamente dado como não provado pelo instrutor no relatório final.

Antes de mais, sob pena de laborarmos com erro nos pressupostos, convirá apurar se o que se argumenta corresponde à realidade. E, se é verdade que tal factualidade não consta efectivamente da acusação, já não vemos em que parte do relatório final a recorrente alcança a declaração expressa ou implícita de não comprovação da mesma: ali,

apenas vislumbramos a referência, por parte do instrutor, ao facto dessa circunstância ter sido invocada pela defesa, não se conseguindo descortinar onde ou por que forma a mesma tenha sido dada como provada ou não provada, tendo-se o instrutor, em boa verdade, limitado a expressar, tão só isso mesmo, isto é, que a matéria em questão fora suscitada pela defesa, acrescentando apenas, a tal propósito que “... não foi possível de confirmação, visto que a mesma interessada não se lembrava nas suas declarações prestadas se o tivesse feito ou não”.

De todo o modo, como se deixou referido, corresponde à verdade (e, nem sequer tal é contestado pela recorrida) que essa facticidade não foi levada à acusação.

Mas...teria que o ser? Não nos parece.

O instrutor deduziu a acusação com base nos factos que considerava devidamente indiciados. Não constando aquela matéria do libelo, tal só poderá significar que o respectivo autor a não considerou como consolidada, quer num, quer noutro sentido, como, mais tarde, já em sede de relatório final e após produzida a prova, manteria tal postura, limitando-se, como se viu, a dar fé da invocação da mesma por parte da defesa.

Restaria, assim, a este nível, apurar se para a subsunção e integração jurídicas operadas, a menção dos factos em questão se revelaria imprescindível ou essencial.

Ora, cremos que nem a recorrente pretenderá ir tão longe: os factos descritos na acusação são, por si, suficientes e adequados para a subsunção e integração jurídicas operadas, tendo a recorrente tido a devida oportunidade de os contestar, não se vendo, pois, onde ocorra o

assacado vício de afronta do princípio da acusação, ou mesmo da “estrutura contraditória” do processo disciplinar, sendo, aliás, no escrupuloso respeito da mesma que a recorrente acabou por carrear para o processo a matéria em causa como integrante da sua defesa.

E, é inegável a relevância dessa matéria: ainda que se entenda (como é o nosso caso) que, mesmo a comprovar-se, aquela circunstância não seria passível, por si, de descaracterizar o ilícito disciplinar imputado, não constituindo, pois, circunstância excludente do tipo desse ilícito, a verdade é que tal factualidade invocada – falta de contacto da interessada do apoio judiciário – contendaria seriamente com a aferição da responsabilidade disciplinar da arguida, não devendo, obviamente, o desvalor a considerar ser mesmo consoante se comprovasse ou não tal circunstância.

Ora, pese embora a mesma nunca tenha sido considerada ou dada como assente, quer em sede de acusação, quer do relatório final, por parte do instrutor, a deliberação ora em crise no “item” referente aos “factos provados” expressa ter resultado “Provado apenas que a patrocinada chegou a faltar por via telefónica, com uma funcionária do escritório da participada deixando-lhe o numero do seu aparelho – “Pager”, acrescentando, já em sede de apreciação da infracção disciplinar que “tal facto omitido, quer pela defesa, que pela acusação, permite, desde logo, afastar o pressuposto da falta e colaboração do patrocinado como fundamento do pedido de escusa...”.

Ou seja: a deliberação em questão apreciou a matéria, dando como provado o inverso do alegado pela recorrente, relativamente à falta e contacto por parte da patrocinada.

E, poderia perfeitamente fazê-lo. Tratando-se, como se trata, de matéria aduzida pela defesa, a respectiva apreciação integra-se na prerrogativa do órgão competente para a apreciação e valoração da prova dos factos integradores da infracção disciplinar face aos elementos relevantes constantes do processo, não constituindo tal, como pretende a recorrente, matéria de ampliação da acusação.

Em nosso entender, a questão é outra e prende-se com a violação do disposto no artº 93º, CPA.

A audiência dos interessados, prevista naquele normativo para os procedimentos administrativos em geral, constitui, juntamente com o princípio da participação enunciado no artº 10º daquele preceito legal, a concretização do modelo de Administração aberta, que impõe a participação dos particulares, bem como das associações representativas na formação das decisões que lhes digam respeito.

Desta forma, antes de ser tomada a decisão final do procedimento, os particulares devem ter acesso, através de notificação própria, a todos os elementos necessários para que fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, devendo ser informados, nomeadamente sobre os sentido provável desta (cfr artºs 93º e 94º do CPA).

Claro está que a exigência em apreço não pode ser erigida como regra absoluta e universal em todas as situações em que a Administração tem o dever de tomar uma decisão, inexistindo ou sendo a mesma dispensável, nos casos expressamente consignados nos artºs 96º e 97º do diploma em análise.

Não sendo, manifestamente, caso integrável em qualquer das alíneas do artº 96º, respeitantes à “inexistência” de audiência,

constatar-se-à também o não ser relativamente à al a) do artº 97º, pois que, pese embora a questão em relevo tenha sido introduzida pela própria interessada na sua defesa, a mesma nunca teve a possibilidade de ser confrontada e de se pronunciar, designadamente sobre as provas produzidas, “maxime” sobre o depoimento da testemunha (B) no qual a entidade recorrida manifestamente fundou a sua convicção (antagónica ao propugnado pela recorrente) relativamente à matéria.

E, se existem situações em que o princípio da audiência dos interessados assume dimensão qualificada, já que está em causa o direito de defesa, essas serão as dos processos de natureza disciplinar ou sancionatória, que têm como consequência a restrição ou eliminação dos direitos dos administrados ou a aplicação de sanções, como é o caso, em que a falta de audiência constitui nulidade insuprível (cfr. neste sentido, entre outros, Acs do anterior T.S.J., de 10/11/99 e 16/11/99, in “Jurisprudência...” - 1998 - II Tomo, págs 253 e 282).

Desta forma, nos processo sancionadores, o princípio da audiência deverá ser cumprido oficiosamente pela Administração, mesmo que o procedimento administrativo o não consagre especificamente ou mesmo que o administrado não requeira o seu cumprimento.

Dos elementos constantes quer do processo, quer do instrutor, não alcançamos ter a Administração encetado qualquer diligência no sentido de levar a cabo tal audiência, ou, sequer, de a tentar já que, conforme resulta da própria deliberação em escrutínio, após a audição das testemunhas o processo foi remetido pelo instrutor à recorrida, com o respectivo relatório final, a que se seguiu, sem mais, aquele acto.

Foi, pois, “in casu”, postergado, de forma absoluta, o direito de defesa do recorrente de contraditar a posição da Administração, razão por que, por ocorrência de vício de forma de norma procedimental, somos a pugnar pelo provimento do presente recurso.”

II. Pressupostos processuais

Este Tribunal é o competente.

As partes são dotadas as personalidades e capacidades judiciárias e são regulamente patrocinadas.

Inexiste nulidades, exceções e irregularidades que impedem o conhecimento do mérito da causa.

Não há também nulidades secundárias.

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

Cumprе conhecer.

III. Fundamentação

1. De facto

Tem o seguinte teor o acto recorrido, o Acórdão proferido em unânime pela entidade recorrida:

“Acórdão

Os membros do Conselho Superior de Advocacia deliberaram, por unanimidade, na 2^a. Sessão da reunião do Conselho de 10 de Outubro de 2003,

realizada em 17 de Outubro de 2003, no processo disciplinar, na forma comum, n.º 5/00/CSA, instaurado por deliberação do mesmo Conselho de 29 de Abril de 2002, em que é arguida,

(A), Advogada inscrita na Associação de Advogados de Macau, com domicílio profissional em Macau, na Avenida Infante D. Henrique, n.º xx, , 4.º andar.

Nos termos e com os fundamentos seguintes:

Relatório

- 1.1 O presente processo tem por base uma participação recebida em 28 de Março de 2000 na Associação dos Advogados de Macau, subscrita por (D), Juíza em exercício no Tribunal Judicial de Base da Região Administrativa Especial de Macau, contra (A), Advogada devidamente inscrita e em exercício na Região Administrativo Especial de Macau, em que se comunica para os fins tidos por convenientes da não propositura da acção de divórcio e da não justificação do facto ao Tribunal pela arguida que tinha sido nomeada defensora oficiosa, nos termos do DL n.º 41/94/M, de 1 de Agosto (fls. 2 a 7).
- 1.2 Em 17 de Abril de 2000, deu entrada no Conselho Superior de Advocacia (CSA) o Ofício n.º C-3/99 do Presidente da Direcção da Associação dos Advogados de Macau, remetendo o expediente referido em 1.1 (fls. 3).
- 1.3 Por Despacho do Presidente do CSA de 7 de Junho de 2000 foi o processo distribuído ao Dr. (J), não tendo sido realizado o expediente de remessa do processo.

- 1.4 Por deliberação do CSA de 29 de Abril de 2002 foi de novo redistribuído o processo disciplinar, na forma comum, a que foi atribuído o nº 5/00 e designado Instrutor, (I), Advogado inscrito e em exercício na Região Administrativa Especial, o que lhe foi comunicado pelo Ofício nº 05/02 de 8 de Maio de 2002 (fls. 2).
- 1.5 Foram efectuadas as comunicações a que se refere o nº 2 do artigo 21º do Código Disciplinar dos Advogados em 20 de Maio de 2002 com o envio das respectivas cartas registadas (fls. 11 a 19).
- 1.6 No dia 17 de Setembro de 2002 foi ouvida a participada em auto de declarações (fls. 20 e 21).
- 1.7 No dia 6 de Fevereiro de 2003 foi inquirida a testemunha (H), empregada do escritório da participada (fls. 22).
- 1.8 No dia 25 de Fevereiro de 2003 o instrutor fez o processo concluso ao Conselho juntamente com o Relatório elaborado ao abrigo do nº 1 do artigo 24º do Código Disciplinar dos Advogados, propondo o arquivamento do processo disciplinar (fls. 25 a 28-A).
- 1.9 Em 28 de Fevereiro de 2003 foi deliberado reenviar o processo ao Instrutor para proferir despacho de acusação prosseguindo a instrução uma vez que a existência de falta disciplinar está devidamente provada, sendo o mesmo remetido pelo ofício nº 24/03 do CSA (fls. 29).
- 1.10 Em 20 de Abril de 2003 foi proferida pelo Instrutor a acusação contra a participada (A) (fls. 30 a 32).

- 1.11 Em 24 de Abril foi a arguida notifica da acusação (fls. 33).
- 1.12 A fls. 36 a 37 foi junta procuração de constituição do Dr. (G) como advogado da arguida, tendo igualmente sido requerido o exame do processo disciplinar por 24 horas.
- 1.13 De fls. 39 a fls. 45 é junta a defesa escrita da arguida subscrita pelo Advogado constituído e junto igualmente o rol de testemunhas (fls. 45).
- 1.14 Em 5 de Maio de 2003, pelo ofício nº 48/03 é enviado ao Instrutor pela Presidente do CSA o registo disciplinar da arguida.
- 1.15 A fls. 48 a arguida junta a certidão do trânsito em julgado da Acção de Divórcio Litigioso para que tinha sido nomeada defensora oficiosa para efeitos de insterposição da respectiva acção.
- 1.16 No dia 24 de Junho foram ouvidas em auto de declarações as testemunhas indicadas pela arguida, Dr. (E), Advogado, com escritório em Macau na Av. Mário Soares, Edifício XX, xº andar e Dr. (F), Advogado, com escritório em Macau na Avenida da Amizade, nº x, xº andar “x”, Edifício “XX” (fls. 52 a 54).
- 1.17 No dia 26 de Junho foi ouvida em auto de declarações (B), divorciada, natural de Macau, residente na Avenida Tamagnini Barbosa, Edifício Jardim Cidade Nova, Bloco XX, xº andar x, em Macau, autora da Acção de Divórcio Litigioso e beneficiária do patrocínio judiciário (fls. 55 a 61).

1.18 Em 10 de Outubro de 2003 foi o processo remetido pelo Instrutor ao CSA com o respectivo Relatório Final, nos termos do artigo 37º do Código Disciplinar dos Advogados (fls. 62 a 66).

Acusação

Em despacho de acusação de 20 de Abril de 2003, foi a arguida acusada dos seguintes factos:

1. A arguida foi nomeada patrona oficiosa de (B), no processo de apoio Judiciário nº 1412/99, do 4º Juízo do Tribunal Judicial de Base, por despacho proferido no referido processo em 1 de Novembro de 1999.
2. O referido despacho foi notificado por carta registada enviada em 22 de Novembro de 1999.
3. A referida nomeação tinha por objecto a instauração duma acção de divórcio litigioso, a qual deveria ser intentada no prazo de trinta dias seguintes à notificação da nomeação e, se não o fizesse, deveria justificar o facto, nos termos do nº 2 do artigo 12º do D.L. nº 41/94/M, de 1 de Agosto.
4. Como se não mostrasse intentada a acção que era objecto do referido processo, o Meritíssimo Juiz do 4º Juízo proferiu novo despacho, em 18 de Fevereiro de 2000 ordenando a notificação da arguida com vista a indagar se a acção já tinha sido intentada.
5. Este despacho foi notificado à arguida por carta registada que lhe foi enviada em 22 de Fevereiro de 2000.

6. Como não houvesse resposta da parte da arguida, foi proferido novo despacho pelo Meritíssimo Juiz em 22 de Março de 2000, substituindo a arguida por outra advogada, Dr^a. (C).
7. A arguida não intentou a acção de que havia sido incumbida no referido processo de apoio judiciário.
8. Nem, em qualquer altura do processo respondeu ou informou o tribunal da razão porque o não fizera.

Imputa o instrutor à arguida a prática de actos que integram infracção passível de sanção disciplinar, qual seja a violação dos deveres previstos no nº 3 do artigo 1º do Código Deontológico, bem como dos deveres consignados no nº 2 do artigo 12º do Decreto-Lei nº 41/94/M de 1 de Agosto.

Defesa

A arguida (A) apresentou a sua defesa, nos termos e com os fundamentos seguintes:

I. Descaracterização da Infracção Disciplinar

1. Condizem com a verdade os factos (embora não a cubram inteiramente) descritos na acusação de fls. 31 e seguintes, a elas correspondendo (sem a parte descoberta) o enquadramento jurídico deles feito naquela peça processual.
2. Acontece porém, que a requerente de apoio judiciário - mau grado notificada de que a ora contestante fora nomeada sua patrona - nunca contactou o seu escritório, quer telefónica, quer pessoalmente, conforme demonstrado nos autos, nomeadamente com base no depoimento da testemunha (H), a fls. 22 dos autos.

3. Facto que não foi levado à acusação contra si deduzida a que, sem pôr embora em causa a factualidade imputada, altera substancialmente a dignidade que lhe foi atribuída naquela peça processual.
4. Embora possa admitir-se que ao advogado pode caber um papel no desencadeamento do contacto com o patrocinado, a verdade é que se tem entendido, uniformemente, que a falta da iniciativa por parte do requerente do apoio judiciário – após a notificação da nomeação oficiosa, obrigatória em face do preceituado no n.º 2 do artigo 21.º do diploma regulador do apoio judiciário – constitui um fundamento de escusa do advogado nomeado.
5. O que significa que a ora contestante poderia, invocando esse fundamento, ter requerido escusa do patrocínio para que fora nomeada nos termos prescritos no artigo 28.º alínea c) do DL n.º 41/99/M, de 1 de Agosto, sendo de admitir que lhe houvesse sido concedida essa escusa.
6. E sendo embora certo que a contestante não formulou esse pedido de escusa dentro do prazo de trinta dias nem ofereceu qualquer justificação para o facto (mesmo após notificação expressa da Mm. Juiz para esse efeito) – factos de que, de todo o modo, se penitencia – a verdade é que o preenchimento da infracção que lhe é imputada tem como conteúdo essencial a não propositura da acção sem fundamento justificativo (indiciador de descaso perante a obrigação legal).
7. O que, no caso, se não observou e sendo certo que a lei sublinha enfaticamente o dever de colaboração do interessado (cfr, citado

artº 21º, nº 2, parte final do D.L. nº 41/94/M, de 1 de Agosto), sendo razoável supor que o advogado nomeado (embora podendo fazê-lo) não tem obrigação de tomar iniciativa para a obtenção dessa colaboração.

8. Sendo verdade o que se deixa consignado, haveria, então, que introduzir um tal facto no elenco dos factos apurados, o que colocaria em causa a relevância disciplinar da situação imputada à contestante, desvalorizando-a.
9. E conduzindo à conclusão inversa de que tais factos não consubstanciaram já a infracção disciplinar que lhe é atribuída.
10. E isso porque se afigura que a não comunicação (em situação de justificação para a escusa) constitui um dever instrumental cuja não observância, por si só, não adquire a dignidade disciplinar que tem o não cumprimento do corpo essencial da obrigação legal.
11. A ser assim entendido, impôr-se-ia a absolvição da contestante e o conseqüente arquivamento do processo.

- Assim não se entendendo -

B. Caracterização de infracção disciplinar

BI. Modo de Estar na Profissão; Circunstâncias; Tempo Decorrido

12. A falta observada está absolutamente em contraste com o modo de estar da contestante no exercício da profissão.
13. Nunca, antes, tendo acontecido situação idêntica nem, depois, se tendo repetido uma tal falta.
14. Ela foi fruto de um conjunto de circunstâncias devidas a culpa da contestante em resultado de falhas de agendamento do seu

secretariado que ditaram o seu silêncio perante a obrigação de comunicação que sobre si impendia.

15. Quando se trata de uma profissional que colocou sempre o maior cuidado e empenho nas causas que lhe foram atribuídas oficiosamente, na convicção que sempre assumiu da relevância do papel do advogado nessa área funcional de assistência aos que não dispõem de meios para assegurar por si próprios os custos globais de uma providência judicial.
16. A falta foi cometida entre Novembro de 1999 e Fevereiro de 2000 e, portanto, há mais de 3 anos, sendo certo que decidi, desde então, tomar a iniciativa de contactar o interessado logo que notificada da nomeação.

BII. Necessidade/ Desnecessidade da Aplicação da Pena

17. Na aplicação das penas - diz o artigo 42º do Código - deve atender-se aos antecedentes profissionais e disciplinares do arguido, ao grau de culpabilidade, às consequências da infracção e a todos as circunstâncias agravantes ou atenuantes.
18. A contestante não tem antecedentes nem, no caso, operam agravantes.
19. Se em relação ao grau de culpabilidade nada se pode articular em sua defesa, já se não pode dispensar de invocar o quadro das circunstâncias supra-descritas.
20. Sendo, além disso, certo que as consequências concretas da sua falta (na perspectiva da interessada) não tiveram expressão, pois lhe foi nomeada outra patrona, nada havendo nos autos que sugira

que aquela não logrou os objectivos pretendidos (com excepção do tempo do seu exercício) com o recurso ao sistema de apoio judiciário.

21. O que, tudo (dando-se por demonstrado o quadro invocado), permite equacionar, em sua defesa a questão da oportunidade da aplicação de uma pena disciplinar à contestante num momento em que – face ao tempo entretanto decorrido – tudo aponta para a desnecessidade daquela.
22. Isto é, para um quadro circunstancial em que a aplicação de pena nada acrescentaria à interiorização e à consciencialização assumidas pela – e em função da – falta observada.
23. Quadro exemplarmente fixado pelo Exm^o Instrutor quando, em duto despacho de fls. 27, fez reflectir que o mero desencadeamento do processo terá constituído factor de “alarme” suficiente aos fins de prevenção especial e tornando dispensável a pena (e propondo mesmo, e em conformidade com o raciocínio assumido e exposto, o arquivamento dos autos).
24. Uma tal solução de dispensabilidade da pena (dando-se por bons, porque por verificados, os pressupostos que se deixaram enunciados) tem assento legal face à aplicação supletiva do direito penal vigente na RAEM por remissão do C. Disciplinar, art. 65.º, al. a)).
25. Sendo, em consequência, subsidiariamente aplicável ao presente processo disciplinar as regras gerais na determinação e fixação das penas daquele ramo do direito e, por força disso – com as necessárias adaptações – o instituto da dispensa de pena regulado

no artigo 68.º do C. Penal, a cuja filosofia está subjacente a ponderação de razões de prevenção em articulação com a ilicitude e culpa concretas e com a existência, extensão e reparação de danos emergentes da infracção.

26. Instituto que permite declarar a expressão da culpa sem penalizar (para além dessa declaração) o agente da infracção.

C. Pedido

Termos em que, e contando com o douto suprimento de V. Exa., se requer:

- a) a absolvição da contestante (na prevalência de entendimento que descaracteriza a infracção disciplinar); ou
- b) a dispensa da pena (na prevalência do entendimento contrário)

A arguida requereu a inquirição das testemunhas indicadas a fls. 45, que prestaram os depoimentos de fls. 51 a 60 dos autos.

Dos Factos Provados

Dos elementos de prova constantes dos autos resultam provados os seguintes factos:

1. A arguida foi nomeada patrona oficiosa de (B), no processo de Apoio Judiciário nº 1412/99, do 4º Juízo do Tribunal Judicial de Base, por despacho proferido no referido processo em 1 de Novembro de 1999.
2. O referido despacho foi notificado por carta registada enviada em 22 de Novembro de 1999.

3. A referida nomeação tinha por objecto a instauração duma acção de divórcio litigioso, a qual deveria ser intentada no prazo de trinta dias seguintes à notificação da nomeação e, se não o fizesse, deveria justificar o facto, nos termos do nº 2 do artigo 12º do D.L. nº 41/94/M, de 1 de Agosto.
4. Provado apenas que a patrocinada chegou “a falar por via telefónica, com uma funcionária do escritório da participada deixando-lhe o número do seu aparelho de “Pager” .
5. Como se não mostrasse intentada a acção que era objecto do referido processo, o Meritíssimo Juiz do 4º Juízo proferiu novo despacho, em 18 de Fevereiro de 2000 ordenando a notificação da arguida com vista a indagar se a acção já tinha sido intentada.
6. Este despacho foi notificado à arguida por carta registada que lhe foi enviada em 22 de Fevereiro de 2000.
7. Como não houvesse resposta da parte da arguida, foi proferido novo despacho pelo Meritíssimo Juiz em 22 de Março de 2000, substituindo a arguido por outra advogada, Dr^a. (C).
8. A arguida não intentou a acção de que havia sido incumbida no referido processo de apoio judiciário.
9. Nem, em qualquer altura do processo, respondeu ou informou o tribunal da razão porque o não fizera.

Posto isto, cumpre decidir.

Não vêm alegadas quaisquer nulidades ou excepções, nomeadamente a prescrição do procedimento disciplinar.

Da verificação da infracção disciplinar

Imputa o instrutor à arguida o desrespeito da obrigação definida no nº 2 do artigo 12º do D.L. nº 41/94/M, de 1 de Agosto, na sequência de não ter intentado no prazo legal, a acção cível no âmbito do pedido de apoio judiciário em que a arguida foi nomeada patrona oficiosa, nem ter apresentado qualquer justificação ao Juiz do processo.

A arguida defendeu-se com base nos seguintes argumentos:

1. Descaracterização da infracção disciplinar, porquanto em sede de patrocínio judiciário a não colaboração do beneficiário do apoio judiciário fundamenta a escusa do patrono.

Das declarações da beneficiária do patrocínio judiciário a fls. 55 e seguintes, resulta que aquela contactou telefonicamente com uma funcionária do escritório da arguida a quem deixou o seu número de aparelho “pager”.

Tal facto, omitido, quer pela defesa, quer pela acusação, permite, desde logo, afastar o pressuposto da falta de colaboração do patrocinado como fundamento do pedido de escusa, o que aliás nunca chegou a verificar-se e se se tivesse verificado, muito provavelmente, não se teria dado início ao presente processo disciplinar.

Improcede, pois, o argumento da defesa da inexistência de ilícito disciplinar, pelo contrário, os factos provados demonstram que houve violação da obrigação constante do nº 2 do artigo 12º do Decreto-Leo nº 41/94/M, de 1 de Agosto, de intentar no prazo legal a acção cível de divórcio litigioso, no âmbito de um pedido de patrocínio judiciário.

2. Dispensa da pena

Verificada a infracção, não existindo causas extintivas do procedimento disciplinar, não tendo sido arguidas quaisquer nulidades ou excepções, não procede o pedido de dispensa da pena. A "Dispensa de pena" regulada pelo artigo 68º é uma "sanção especial do Direito Penal, cuja particularidade consiste na condenação do réu pelo delito cometido, sem que se lhe imponha a pena" - (cf. Anotação ao artigo 68º do Código Penal de Macau de Leal Henriques e M. Simas Santos, pg. 183).

Ora, sendo uma sanção especial do direito penal não pode ser aplicada automática e mecanicamente ao processo disciplinar, nem pode ser essa a interpretação a dar ao artigo 65º do Código Disciplinar.

Em matéria de sanções não existe qualquer lacuna ou omissão no Código Disciplinar, que tipifica as penas disciplinares (artigo 41º), que ficam assim sujeitas a *numerus clausus*, insusceptível de interpretação extensiva ou analógica.

A arguida é primária.

Aqui chegados aqui, conclui-se:

Com os factos descritos cometeu a arguida, nestes autos, culposamente, uma infracção disciplinar por não cumprimento do disposto no n.º 2 do artigo 12º do Decreto-Lei n.º 41/99/M, de 1 de Agosto, o que consubstancia violação dos seus deveres profissionais e deontológicos, designadamente, o cumprimento pontual e escrupuloso dos deveres consignados no n.º 3 do artigo 1º do Código Deontológico, infracção que foi decidido punir, por este Conselho Superior de Advocacia, com a pena de Advertência, prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 41º.

Registe-se e notifique-se.”

A recorrente foi arguir a nulidade perante a entidade recorrida alegando que:

“(A), arguida nos autos supra e à margem epigrafados, notificada que foi, no passado dia 1 de Dezembro de 2003, do acórdão punitivo desse Conselho, não se conformando com ele, vem, nos termos permitidos pelos arts. 36.º, al. a) 40.º, n.º 3 e 47.º do Código Disciplinar dos Advogados, arguir a sua nulidade, o que faz nos termos e com os fundamentos seguintes:

1. Por não ter intentado uma acção de divórcio litigioso, para que tinha sido nomeada patrona oficiosa, foi a arguida acusada de ter violado os seus « deveres profissionais e deontológicos, designadamente, o cumprimento pontual e escrupuloso dos seus deveres consignados no n.º 3 do artigo 1.º do Código Deontológico, bem como os deveres previstos no n.º 2 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 41/94/M, de 1 de Agosto » (cfr. Acusação, a fls. 31 e ss. dos autos de processo disciplinar).
2. Em sua defesa, a arguida, veio afirmar, entre outras coisas relevantes, que a requerente do apoio judiciário, autora na acção a instaurar, nunca contactou o seu escritório, quer telefónica, quer pessoalmente (cfr. Defesa escrita, a fls. 39 e ss. dos autos referidos e auto de declarações da arguida a fls. 20 dos autos), facto este que foi firmemente corroborado pelas testemunhas Sra. (H) (cfr. auto de inquirição a fls. 22 e s.) e Dr. (E) (cfr. auto de inquirição a fls. 51 e s.).

3. E foi por considerar que este comportamento revelado pela beneficiária do patrocínio judiciário constituía fundamento justificativo bastante para a não propositura da acção que a arguida, na sua defesa escrita, propugnou pela inexistência da infracção disciplinar que lhe era imputada.
4. E do depoimento prestado pela testemunha (B), a beneficiária do patrocínio judiciário, quando perguntada sobre se chegou a contactar com a arguida, resulta apenas e de forma muito nebulosa o seguinte: «que já não se lembra ... que chegou a falar por via telefónica com uma funcionária do escritório da participada, deixando-lhe o número do seu aparelho “Pager”» (cfr. auto de inquirição a fls. 55 dos autos), auto de inquirição este que nunc chegou a ser assinado pela testemunha, já que alegou que só assinaria o respectivo auto se estivesse redigido em língua chinesa e que voltaria mais tarde para o assinar, o que nunca aconteceu.
5. Facto este que não pode deixar de inquinar de invalidade o referido auto, uma vez que a sua validade não pode deixar de estar dependente da assinatura da inquirida, é o que decorre dos princípios gerais de direito. Com efeito, se, para o juiz, se fulmina com nulidade a sentença não assinada por aquele (cfr. 360.º, al. a) do Código de Processo Penal), por maioria de razão, o será para o auto de inquirição de uma simples testemunha.
6. Do Relatório final do processo disciplinar resulta que não foi possível apurar se a interessada do pedido de apoio judiciário, a Sra. (B), contactou ou não, telefónica ou pessoalmente, o escritório da arguida, «visto que a mesma interessada não se lembrava nas suas nas suas declarações prestadas se o tivesse feito ou não» (cfr.

alínea c) do ponto 8 do Relatório final do Sr. Instrutor, a fls. 62 e ss. dos autos).

7. No acórdão punitivo, na parte em que responde à questão suscitada pela defesa da descaracterização da infracção disciplinar, afirma-se o seguinte: « Das declarações da beneficiária do patrocínio judiciário a fls. 55 e seguintes, resulta que aquela contactou telefonicamente com uma funcionária do escritório da arguida a quem deixou o seu número de aparelho "pager". / Tal facto, omitido, quer pela defesa, quer pela acusação, permite, desde logo, afastar o pressuposto da falta de colaboração do patrocinado como do pedido de escusa, o que aliás nunca chegou a verificar-se e se se tivesse verificado, muito provavelmente, não se teria dado início ao presente processo disciplinar. / Improcede, pois, o argumento da defesa da inexistência de ilícito disciplinar, pelo contrário, os factos provados demonstram que houve violação da obrigação constante do n.º 2 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 41/94/M, de 1 de Agosto, de intentar no prazo legal a acção cível de divórcio litigioso, no âmbito de um pedido de patrocínio judiciário » .
8. Do que resulta, pois, que o Conselho Superior da Advocacia, no julgamento que faz da existência da infracção disciplinar e da pena disciplinar que aplica à arguida, se sustentou também no facto, que considerou provado, de que a beneficiária do patrocínio judiciário contactou, telefonicamente, com uma funcionária do escritório da arguida, a quem deixou o seu número de aparelho "pager".

9. Mas ao adoptar este *iter* cognoscitivo e decisório, o Conselho Superior da Advocacia, com a prolação deste seu acórdão punitivo, violou, nas suas várias incidências, de forma frontal, ostensiva e patente, princípios elementares do direito disciplinar.
10. Desde logo, o princípio da acusação, que impõe que o órgão punitivo não possa conhecer e punir com base em factos que não constem da acusação (cfr. art.º 360.º, al. b) do Código de Processo Penal, ex vi do 65.º, al. a) do Código Disciplinar dos Advogados). Ora, no caso em análise, o Conselho Superior da Advocacia, dando como provado o facto da beneficiária do patrocínio judiciário ter contactado telefonicamente o escritório da arguida, facto que não consta da acusação e que expressamente foi dado como não provado pelo Instrutor do processo disciplinar no seu Relatório final, violou, flagrantemente, este princípio, confundindo, inexplicavelmente, o seu papel de órgão punitivo com o papel de órgão instrutor, que, obviamente, não podem caber ao mesmo órgão.
11. Depois, e em íntima ligação com o referido anteriormente, o princípio da audiência e da defesa (que é também um direito fundamental), que determina que não se possa alterar (modificar ou ampliar) a fisionomia ou os fundamentos do ataque disciplinar, que a acusação incorpora, sem se ter dado ao arguido oportunidade de se pronunciar sobre esses novos elementos.
12. Na verdade, não sendo inócuo, no caso dos autos, o facto de a beneficiária do patrocínio judiciário ter contactado com escritório da arguida, impunha-se que à arguida fosse dada a oportunidade de se defender dessa imputação e de demonstrar a não realidade

desse facto, o que não seria difícil tendo em conta os termos dubitativos em que esse facto é afirmado pela beneficiária do patrocínio judiciário, tendo, inclusive, o Sr. Instrutor do processo disciplinar concluído expressamente pela sua não produção.

13. De resto, é esta a posição unânime da doutrina e jurisprudência sobre este particular, referindo-se da jurisprudência portuguesa, e tão-só a título exemplificativo, do Tribunal Central Administrativo, que é o tribunal com a competência-regra para conhecer destes casos, os acórdãos n.ºs 682/98, de 29 de Outubro de 1998; 3726/99, de 6 de Julho de 2000; 1695/98, de 12 de Julho de 2000 e 4703/00, de 20 de Julho de 2002 (cfr. www.dgsi.pt).
14. Entendendo esta doutrina e jurisprudência que a integração de factos não constantes da acusação deduzida contra o arguido, que fundamentam a aplicação de pena disciplinar, sem que sobre eles tivesse sido assegurado ao arguido o direito de audiência e defesa, constitui nulidade insuprível.
15. E o mesmo se estabelece no Código Disciplinar dos Advogados (cfr. art.º 36.º al. a)), ao consagrar que a falta de audiência do arguido constitui nulidade insanável.

É nos termos supra-equacionados que se deixam arguidas as nulidades do acórdão punitivo desse douto Conselho Superior.”

Pelo acórdão de 20 de Maio de 2004, foi julgada improcedente a arguição de nulidade nos seguintes termos e fundamentos:

“Acórdão

Os membros do Conselho Superior da Advocacia deliberaram, por maioria qualificada, na Reunião do Conselho de 20 de Maio de 2004, na reclamação de arguição de nulidade do Acórdão de 17 de Outubro de 2003, proferido no processo disciplinar n.º 5/00/CSA, sob a forma comum, em que é arguida,

(A), Advogada inscrita na Associação de Advogados de Macau, com domicílio profissional em Macau, na Avenida Infante D. Henrique n.º xx, , 4º andar,

Nos termos e com os fundamentos seguintes:

Da Nulidade do Acórdão Punitivo:

Na reclamação do despacho punitivo vêm arguidas as seguintes nulidades:

1. Inexistência de assinatura no auto de inquirição de testemunha;
2. Violação de princípios fundamentais do direito disciplinar: Princípio da Acusação, Princípio da Audiência e Princípio da Defesa.

A) Inexistência de Assinatura de Auto de Inquirição de Testemunha.

A falta de assinatura de auto de inquirição de testemunha está expressamente regulada no artigo 85.º do Código Processo Penal, aplicável *ex vi* artigo 65.º do Código Disciplinar dos Advogados, que estabelece que “No caso de qualquer das pessoas cuja assinatura for obrigatória não puder ou se recusar a prestá-la, a autoridade ou o funcionários presentes declaram no auto essa impossibilidade ou recusa e o motivo que para elas tenha sido dada”.

No auto de inquirição da testemunha (B), beneficiária de Apoio Judiciário, a fls. 55 a 60, consta a assinatura do instrutor e da secretária do

processo e ainda a menção da pretensão da testemunha de só querer assinar o depoimento por si prestado em língua chinesa, não o tendo feito posteriormente por meras dificuldades de agenda identificadas no processo.

A lei não comina com a nulidade a falta de assinatura da testemunha, valendo aqui o princípio da tipicidade.

A lei processual penal não atribui qualquer diminuto ao valor do depoimento não assinado pela testemunha, mas assinado pelo oficial presente.

Termos em que improcede a nulidade ora arguida.

B) Violação dos Princípios Fundamentais do Direito Disciplinar:

Princípio da Acusação, Princípio da Audiência e Princípio da Defesa.

No que se refere à violação do princípio da acusação diz, e bem, a arguida que o órgão punitivo não pode conhecer e punir com base em factos que não constem da acusação.

Com efeito o despacho punitivo ora impugnado segue milimetricamente os factos dados como provados na acusação a saber.

- a. não propositura no prazo legal pela arguida da acção de divórcio litigioso para que tinha sido nomeada pelo Tribunal,
- b. inexistência de qualquer justificação perante o Tribunal.

Estes e só estes foram os factos objecto da participação do Exm.^o Senhor Doutor Juiz do Tribunal de Base de Macau, estes e só estes foram os factos provados na acusação e estes foram os únicos factos que o julgador atendeu para efeitos da determinação e qualificação da infracção disciplinar.

No caso *sub judice*, os factos imputados à arguida, por ela aceites na sua factualidade, provados nos autos de processo disciplinar, “integram infracção

passível de sanção disciplinar, qual seja a violação dos deveres previstos no n.º 3 do artigo 1.º do Código Deontológico, bem como os deveres consignados no n.º 2 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 41/94/M, de 1 de Agosto”, cf. Acusação de fls. 32)

Apreciação da Prova:

Já no que respeita à apreciação da prova, o julgador disciplinar, tal como julgador penal (cf. artigo 65.º do CDA) não estão limitado à vinculação temática.

A vinculação temática a que está sujeito o Julgador disciplinar diz respeito aos factos que possam alterar substancialmente a acusação. Não podem ser carreados para os autos factos que possam alterar substancialmente a acusação ou que possam implicar a alteração substancial das penas.

Mas, de outra banda, no processo disciplinar, a autoridade que detém o poder de punir é livre de qualificar os factos, podendo punir o arguido por infracção diversa da acusação. (Cf. Ac. STA 7-03-1985, A.D. 288, pg. 1329 e BMJ 351-442)

Tal não afecta o direito de audiência do arguido.

Vigora ainda o princípio da livre apreciação da prova no julgamento disciplinar.

É ao julgador disciplinar que compete fazer o saneamento dos factos que tenham sido trazidos aos autos pela defesa e que devam ser objecto de julgamento e cabe ao julgador ponderar cada meio de prova carreado para o processo.

Se a versão de cada uma das partes é contrária, o julgador deve fazer o saneamento dos factos constantes da defesa e da acusação, ao nível dos factos

considerados provados, ponderando a valoração de cada meio de prova seguindo o princípio da livre convicção do julgador em matéria penal.

Assim, a prova dos factos ou factos integradores da infracção disciplinar é determinada pela convicção do julgador face aos elementos relevantes que constam do processo. (Ac. STA 07-12-1984, A.C. 282, 1329)

O acórdão ora impugnado limitou-se, em matéria de prova, a seguir estas regras, não existindo por isso nulidade do despacho punitivo por introdução de factos que alterassem substancialmente a acusação.

Qualificação do Ilícito Disciplina:

In casu, o tipo de ilícito disciplinar materializou-se com o simples facto de a arguido não ter intentado a acção de divórcio no prazo legal e sem que alguma justificação fosse dada ao Tribunal.

O despacho punitivo não se afasta em matéria de determinação dos factos integrantes da infracção disciplinar da acusação e do Relatório Final do Instrutor.

Os factos provados no processo disciplinar constantes da Acusação (cfr. fls. 31 e 32 dos autos), no Relatório Final do Instrutor (cfr. fls. 65 e 66), e no Acórdão punitivo (cf. Fls. 77, 78) são os mesmos - falta, no prazo legal, de propositura da acção, pelo patrono nomeado, sem apresentação de justificação atendível e foram amplamente valorados pela defesa, em obediência aos princípios da acusação, da audiência, da defesa e do contraditório.

Do elenco dos factos considerados provados pelo julgador, só os acima transcritos, foram avaliados em sede de configuração do ilícito disciplinar e da pena aplicável.

Já na determinação e na medida da pena foi avaliado o comportamento da arguida, o seu registo disciplinar sem qualquer sanção disciplinar anterior.

O facto considerado provado pelo julgador, que consta do depoimento de fls. 55 dos autos, em nada alterou substancialmente a qualificação dos factos e a pena proposta pelo Instrutor.

Não tem pois fundamento a nulidade nos termos em que vem invocada pela arguida.

Termos em que se consideram totalmente improcedentes as nulidades arguidas.

Registe-se e notifique-se.”

Conhecendo.

1. A recorrente impugna a decisão recorrida, em primeiro lugar, pela violação do princípio da acusação, por ter dado como provado um facto não constante da acusação (e que expressamente fora dado como não provado pelo Instrutor no seu Relatório Final), o CSA violou aquele princípio, confundindo o seu papel de órgão decisório com o de órgão instrutor.

Seguidamente em consequência da primeira questão, a entidade recorrida viola o princípio do contraditório por não ter a recorrente a oportunidade de pronunciar-se antes de dar como provado facto não constante da acusação.

O que cabe apreciar é de saber se a entidade recorrida pode inserir facto que não consta da acusação, se esta inserção impõe a audiência nova

da recorrente e se a falta desta audição da parte da arguida ora recorrente da recorrente implica a violação do princípio do contraditório.

Como estas questões contendem com a mesma ocorrência, não podemos apreciá-las separadamente.

Vejamos.

O alegado “novo facto” que não tinha sido elencado na acusação é o facto que consta do facto dado como provado (artigo 4º) no Acórdão recorrido, onde se diz que “[p]rovado apenas que a patrocinada chegou “a falar por via telefónica, com uma funcionária do escritório da participada deixando-lhe o número do seu aparelho de ‘Pager’ “.

Desde início, o que a recorrente alegou não é o facto em si mas sim a entidade recorrida tinha admitido (tacitamente) a tese da recorrente mas eliminou a circunstância excludente do tipo do ilícito da conduta da recorrente através do acrescentamento de um facto não constante da acusação.

Divide-se em duas partes da questão, revertendo a ordem das questões, pela sua lógica: uma, se antes de dar como provado este facto impõe à prévia audição da arguida ora recorrente? Outra, se a entidade recorrida pode dar como provado este facto que não consta da acusação?

2. Como se sabe, o Código Disciplinar dos Advogados (CDA, 1995) prevê um procedimento disciplinar próprio, sendo subsidiariamente aplicáveis as disposições no Direito Penal.

O procedimento disciplinar de advogados é composto pelas fase de instrução, acusação e defesa e julgamento, e tem estrutura contraditória, estando a sua tramitação em geral e os actos instrutórios em particular

subordinados ao princípio do contraditório, sob pena de nulidade total ou parcial (artigo 10º do CDA).

Constituem nulidades insanáveis a falta de audição do arguido e a omissão de quaisquer diligências essenciais à descoberta da verdade ou susceptíveis de pôr em causa as garantias de defesa do arguido (artigo 36º do CDA).

In casu, não havendo embora lugar à notificação do arguido para “alegação complementar” por não se tiverem ocorrido novas diligências (artigo 33º a 34º do CDA), resultou matéria nova no acórdão ora recorrido, matéria esta que não tinha sido articulada na acusação nem no relatório final e com o qual terá influência na decisão final e que é desfavorável à arguida ora recorrente, de modo que se devia proceder a audição da arguida ao abrigo do princípio do contraditório.

Concretizemos.

A recorrente, tendo sido ouvida para tomar declaração na fase de instrução, foi notificada do teor da acusação, ao que apresentou a sua contestação, incluindo o rol de testemunhas, em conformidade com o procedimento previsto nos artigos 26º e seguintes do CDA. Seguindo esta contestação, o instrutor procedeu a inquirição das testemunhas arroladas pela recorrente.

Concluída a fase de acusação e defesa, o instrutor apresentou o relatório final, mantendo-se os factos consignados na acusação, apesar da alegação da arguida ora recorrente que a interessada do apoio judiciário nunca a tinha contactado.

Na fase de julgamento (artigos 38º e ss do CDA), a entidade recorrida deu como provado facto em conformidade com o depoimento

da testemunha, nomeadamente a patrocinada no processo de apoio judiciário que correu termos no Tribunal Judicial de Base.

Efectivamente, a arguida ora recorrente alegou na sua contestação que “a requerente do apoio judiciário nunca tomou a iniciativa de a contactar após a notificação da nomeação oficiosa, o que constitui um fundamento de escusa do advogado nomeado”.

Ao contrário deste facto invocado, a entidade recorrida, como órgão colegial com competência de julgamento, deu como provado (no artigo 4º dos factos provados) aquele referido facto, no sentido contrário ao alegado da arguida ora recorrente, ou seja, “provado apenas que a patrocinada chegou “a falar por via telefónica, com uma funcionária do escritório da participada deixando-lhe o número do seu aparelho de ‘Pager’ ”.

A arguida alegou um facto no sentido negativo, mas a entidade recorrida, em vez de não o dar como provado, deu como provado o facto no sentido positivo. Perante tal podemos concluir que, este não pode deixar de ser uma “matéria nova em relação aos factos constantes da acusação e do relatório final”.

Em termos gerais, a garantia de defesa do arguido não impõe a sua audição após a inquirição de testemunhas por ele oferecidas, se da realização dessa diligência, previamente notificada, não resultou qualquer facto novo com o qual terá influência na decisão final, que lhe fosse desfavorável,¹ mas já ofende o dever de audição e com ele o princípio do contraditório, integrando a nulidade insuprível a não

¹ Acórdão do STJ de Portugal de 17 de Novembro de 1992, in www.dsgi.pt.

notificação do resultado de tais diligências ao arguido,² se com as mesmas se decidir alterar o que previamente conste da referida acusação ou relatório.

Para a arguida, tinha apenas perspectiva de não ser dado como provado o facto alegado para sua defesa, já não que a entidade recorrida venha a dar como provado o facto no sentido contrário. Enquanto este facto no sentido contrário ao seu alegado não estava na acusação, trata-se de uma decisão de facto surpresa, de modo que viola o princípio do contraditório se não tiver a arguida oportunidade de pronunciar-se sobre o mesmo antes da decisão.

Deve-se assim anular o acto recorrido anulado, dando provimento ao recurso, ficando prejudicada a apreciação do outro vício.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em conceder o provimento ao recurso interposto por (A), anulando o acto recorrido.

Sem custas por não são devidas.

Macau, RAE, aos 23 de Março de 2006

Choi Mou Pan (Relator) – José Maria Dias Azedo – Lai Kin Hong

Magistrado do M^o. P^o. presente - Victor Manuel Carvalho Coelho

² Acórdão do STJ de Portugal de 2 de Novembro de 1988, in www.dsgi.pt.