

Revista Estudos do I.S.C.A.A., IIª Série, 6/7 (2000/2001)

**O REGIME DE ACESSO À ADVOCACIA À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA**

GONÇALO NUNO C.A. AVELÃS NUNES

avelas.nunes@isca.ua.pt

MESTRE EM DIREITO

DOCENTE UNIVERSITÁRIO

ADVOGADO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

1. NOTA PRÉVIA
 2. DELIMITAÇÃO DO TEMA
 3. INTRODUÇÃO. A ORDEM DOS ADVOGADOS (OA) COMO ASSOCIAÇÃO PÚBLICA
 4. ENQUADRAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA REGRA DA OBRIGATORIEDADE DE INSCRIÇÃO NA OA - ART. .53º DO EOA
 5. A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 156, Nº 1 A) DO EOA: A "CLÁUSULA DA IDONEIDADE MORAL"
 6. A CONSTITUCIONALIDADE DOS REQUISITOS PARA A INSCRIÇÃO COMO ADVOGADO PREVISTO NO ART. 170º DO EOA E NORMATIVOS ANEXOS - O ESTÁGIO DE ADVOCACIA
 7. CONCLUSÃO
- PRINCIPAL BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

APRESENTAÇÃO:

Publico o texto nos exactos termos em que o terminei e entreguei em 12.04.99, no contexto da disciplina de Direito Administrativo do Curso de Mestrado de Direito Público da FDUC 1998/2000, daí que as referências bibliográficas e o projecto de Estatuto por mim apreciado se reportem a essa data.

No momento em que procedo a esta publicação, não poderia deixar de referir que estranhamente a direcção da *Revista da Ordem dos Advogados* recusou a sua publicação por entender que o tema, a própria Ordem dos Advogados e o seu enquadramento jurídico, não cabe na temática da mesma¹.

¹ Este mesmo tema foi e tem sido objecto de alguns artigos publicados pela ROA antes e depois do meu ter sido proposto, curiosamente todos os publicados defendem a perspectiva oficial da OA.

1. NOTA PRÉVIA

Dentro da temática proposta pelo Prof. Doutor Vital Moreira para a disciplina de Direito Administrativo do curso de mestrado, de Direito Público da FDUC 1998/2000 optei por abordar o regime de acesso à advocacia porque, enquanto estudante de direito e advogado estagiário, estas matérias suscitaram o meu empenho sem que no entanto tivesse tido tempo nem porventura preparação para na altura fazer uma abordagem mais "científica" das mesmas.

Para a compreensão do estudo que elaborei, gostaria de fazer uma breve referência às etapas dessa experiência que começou em 1990/91 quando, ainda como estudante da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), fiz parte da comissão *ad-hoc* que em conjunto com a Direcção Geral da Associação Académica de Coimbra (DG/AAC) de então dinamizou a contestação a nível nacional à entrada em vigor do Regulamento dos Centros Distritais de Estágio (RCDE) aprovado pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados (OA) em 21.09.90².

Posteriormente, em 1992, enquanto membro da DG/AAC e no seguimento de um movimento de contestação ao referido RCDE, iniciado pela recém criada Associação Nacional de Advogados Estagiários (ANAE), acompanhei de perto a sua acção e coordenei o apoio das associações de estudantes a essas reivindicações que incidiram sobre : - a existência, legalidade e legitimidade dos exames de cariz eliminatório nos finais dos dois períodos de estágio; - vários aspectos de funcionamento dos mesmos; - a constitucionalidade do art. 156º, nº 1º, a) do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA) - cláusula da idoneidade moral . Esse movimento culminou com o

² Devo referir que os órgãos da OA de então se recusaram a dialogar com as associações de estudante, já que não lhes reconheciam legitimidade para discutir "um assunto interno da Ordem" (apesar de constituir uma das principais saídas profissionais dos estudantes de direito e colidir com direitos fundamentais como se irá ver).

boicote por parte dos advogados estagiários aos referidos exames nas matérias extra deontológicas.

Por fim em 1993, enquanto frequentei o estágio de advocacia, fiz parte da direcção da ANAE que impulsionou um novo movimento de contestação ao EOA e ao RCDE, invocando as mesmas razões dos colegas do ano anterior. Utilizando a mesma forma de contestação, alcançou apenas a alteração de pequenos pormenores de funcionamento do próprio curso de estágio.

Hoje apesar de ser advogado inscrito na OA, em pleno exercício dos meus direitos, a atitude desta face ao estágio e aos recém licenciados, que em grande número saem das inúmeras faculdades de direito, continua a preocupar-me (porventura com maior razão como se irá constatar), motivo que me levou a tentar uma abordagem mais "científica" destas questões.

2. DELIMITAÇÃO DO TEMA

Do vasto leque de problemas que suscitam as ordens profissionais em geral e a OA em especial, três deles têm suscitado a minha atenção especial. São eles: o regime de acesso à advocacia em Portugal; as limitações à publicidade por parte dos advogados; o não reconhecimento por parte da OA das especialidades. No entanto tendo em conta as limitações de tempo e a complexidade inerente a cada um desses assuntos, optei por fazer uma abordagem apenas do primeiro tema indicado.

Dentro deste era minha pretensão poder apresentar, juntamente com a análise da situação interna, uma breve perspectiva comparada das soluções nos países que juridicamente nos estão mais próximos. Devido à dificuldade de em tempo útil conseguir ter acesso a fontes actualizadas sobre estes problemas, essa hipótese teve que ser posta de lado.

A terminar devo precisar que a minha análise vai apenas incidir sobre as soluções normativas posteriores a 1982 - 1ª revisão constitucional (que como se sabe introduziu o nº 3 do art. 268º de então, actual art. 267º, nº 4 da CRP). Com efeito antes dela (i.é.

perante o texto originário da CRP), as associações públicas, ou pelo menos aspectos importantes da sua estrutura, tais como a obrigatoriedade de inscrição à luz do princípio da liberdade de associação - art. 46º da CRP) seriam inconstitucionais. Esta é a opinião sustentada por Gomes Canotilho & Vital Moreira (1978:128 nota V ao art. 46º)³ com a qual estou inteiramente de acordo⁴.

Questão prévia esta que poria inteiramente em causa a lógica de qualquer abordagem que se debruçasse sobre a regulamentação de aspectos dessas mesmas figuras, que em si seriam inconstitucionais.

Neste contexto, a minha análise vai incidir sobre duas questões em particular:

- A. A constitucionalidade do art. 156º, nº 1, a) do EOA: "a cláusula da idoneidade moral";
- B. A constitucionalidade dos requisitos para a inscrição como advogado na OA previstos no art. 170º do EOA e normativos anexos: o Estágio de Advocacia .

Em relação a este segundo tema e dentro do período de tempo por mim acabado de definir, identifico quatro momentos a analisar:

1. O período compreendido entre a aprovação do DL 84/84 até à aprovação do RCDE em 21.09.90;
2. O período de tempo em que o RCDE , aprovado pelo Conselho Geral da OA, esteve em vigor sem que se tenha procedido à alteração do EOA (Setembro 1990 a Setembro 1994);
3. O enquadramento normativo actual com a nova redacção do EOA e do RCDE -2;
4. As propostas de alteração do EOA em discussão na própria OA.

³ Ver neste sentido Vital Moreira (1997a:422ss) e também António da Silva Leal (1979:338).

⁴ Posição esta que não era unanimemente acolhida. V. por ex. Parecer 2/78 da Comissão Constitucional, J Miranda (1993:32), Mário Raposo (1977:431), Leonor Beleza & Teixeira de Sousa (1979:181), que fundamentavam a legitimidade constitucional das associações públicas essencialmente nos princípios da descentralização democrática e da participação na administração pública. art. 6º da CRP:

3. INTRODUÇÃO: A ORDEM DOS ADVOGADOS (OA) COMO ASSOCIAÇÃO PÚBLICA.

Nesta introdução vou sucintamente caracterizar a Ordem dos Advogados (OA) hoje em Portugal. A OA é uma associação pública profissional - uma das espécies dentro da figura mais ampla da administração autónoma não territorial⁵ - art. 267º, nº 4 da CRP - nas palavras de Freitas do Amaral (1994:400) *a pessoa colectiva pública de tipo associativo criada para assegurar a prossecução de determinados interesses públicos pertencentes a um grupo de pessoas que se organizam para a sua prossecução*. É portanto a associação pública que em Portugal agrega os licenciados em direito que exercem advocacia - art. 1º, nº 1 do EOA.

Tal como todas as outras associações públicas profissionais, a OA congrega um conjunto de elementos essenciais típicos dessas organizações. Assim e em primeiro lugar é constituída por um conjunto homogéneo de pessoas que prosseguem interesses e objectivos comuns - art. 3º, nº 1 d) e e), etc. do EOA -: como já referi os licenciados em direito que exercem advocacia .

Foi criada por acto público (acto esse que pode ser coetâneo com a sua criação ou então posterior quando atribui essa qualidade a uma associação privada já existente), neste caso o Decreto 11.715 de 12.06.26, tendo posteriormente sido integrada no Estatuto Judiciário aprovado pelo Decreto 13.809 de 22.06.1927 (sujeito a alterações posteriores), cuja última redacção constava dos art.s 538º a 672º do referido Estatuto Judiciário aprovado pelo DL n.º 44.278 de 14 de Abril de 1962.

Hoje está instituída pelo DL 84/84 de 16 de Março de 1984 (ao abrigo da lei de autorização nº 1/84 de 15 de Fevereiro de 1984), diploma que lhe atribuiu o *status* público e definiu as funções públicas que ela exerce - art. 3º, nº 1 a), b) e f) do EOA.

A OA, como qualquer corporação pública, detém poder de auto governo exercido pelos seus órgãos legitimamente eleitos - art. 7º do EOA - e não está sujeita a qualquer poder de instrução ou de direcção

⁵ V. Vital Moreira (1997a:369ss).

por parte de nenhum órgão da administração, podendo assim dizer-se que goza também de autodeterminação. Por força do art. 199º d) da CRP e como qualquer órgão da administração autónoma, está unicamente sujeita ao poder de tutela por parte do governo⁶. Por último, a OA possui uma estrutura interna baseada nos seus membros e obedece ao princípio da democraticidade na formação dos seus órgãos - art. 267º, nº 4 *in fine* da CRP⁷.

A OA, além das funções públicas supra referidas, exerce ainda funções que correspondem a interesses privados dos seus membros - art 3º alíneas c), d), e), i) do EOA. Esta característica da dualidade de interesses que a OA prossegue é comum a todas as ordens profissionais e permite distingui-las, quer dos outros órgãos do estado, quer dos particulares, justificando assim que muitos grupos profissionais almejem este enquadramento institucional.

Ambivalência que no entanto levanta dúvidas a alguns autores que questionam a legitimidade de certos sectores profissionais gozarem do privilégio de se organizarem em forma de entidade pública e, paralelamente ser-lhes facultada a possibilidade de poderem exercer funções privadas^{8 9}.

Tais dúvidas, numa perspectiva constitucionalmente adequada, são ultrapassadas ao definir-se que a prossecução de interesses

⁶ Poder esse que no entanto não tem sido exercido em Portugal, o que acarreta uma inconstitucionalidade face ao teor do art. 267º, nº 4 da CRP v. Vital Moreira (1997c:21).

⁷ Princípio democrático que é hoje um princípio fundamental no regime jurídico-constitucional das associações públicas e a da sua própria noção. Essa importância afere-se a dois níveis: ao nível da legitimidade democrática da sua génese - a administração autónoma não existe por autógenese, só existe por determinação constitucional ou por reconhecimento legislativo; e ao nível do aqui referido funcionamento democrático e organização interna. Sobre estas questões e os problemas de legitimação e da adequação entre o interesse geral e os interesses particulares dos grupos organizados em associações públicas, v. Vital Moreira (1997a:222ss).

⁸ Ver neste sentido Vital Moreira (1997a:389). Pode ver-se aqui também referências às teses publicistas e às teses associativistas.

⁹ Em termos de conformação destas figuras com o princípio da igualdade ver Vital Moreira (1997a:232).

privativos dos grupos é legítima se estes tiverem sido convertidos em interesses públicos ou então, quando a prossecução desses interesses privativos do grupo não prejudicar a prossecução dos interesses públicos e aqueles que estiverem reservados a entidades particulares - art. 267º, nº 4 da CRP. Em último termo, no caso de conflito, deve optar-se sempre pelo princípio de que uma associação pública como a OA, não poderá prosseguir interesses particulares que sejam incompatíveis com os interesses públicos que ela prossegue¹⁰.

Esta dualidade constitui em si uma vantagem para ambas as partes, para o estado porque se liberta da necessidade de regulamentar e fiscalizar o exercício de profissões que considera importantes mas que devido à sua natural independência e especificidade técnica,¹¹ são por natureza difíceis de controlar; para os grupos profissionais assim organizados, porque são eles próprios que regulamentam e fiscalizam o exercício da sua actividade e por outro lado permite-lhes potenciar a defesa dos seus interesses particulares.

O EOA obedece também a outros princípios: a regra da unicidade - art. 1º do EOA (só existe uma associação pública de advogados em Portugal podendo no entanto haver outras associações privadas de advogados); a obrigatoriedade de inscrição para o exercício da advocacia¹² - art. 53º do EOA ; a autonomia normativa¹³ - art. 1º, nº 2 do EOA. Segundo Vital Moreira (1997a:385) estes elementos já não podem ser considerados elementos necessários para a definição das associações públicas profissionais, apesar de serem muito comuns às mesmas¹⁴.

Para terminar esta breve caracterização devo acrescentar que a OA prossegue as quatro funções típicas de qualquer associação pública profissional (Vital Moreira:1997c:6ss) a saber: representação e defesa da profissão face ao exterior - art. 3º, nº1d) do EOA; apoio

¹⁰ V. sobre esta problemática Vital Moreira (1997a:388ss; 1997b:265; 1997c:9,10) .

¹¹ Aquelas profissões a que Jorge Miranda (1993:45) chama profissões livres e não já só as profissões liberais.

¹² V. sobre este aspecto ponto 4 deste trabalho.

¹³ Sobre o poder regulamentar da administração autónoma e seus limites v. ponto 5 deste trabalho e Vital Moreira (1997a:180ss.)

¹⁴ Em sentido contrário, considerando-os elementos essenciais, R. Soares (1991:164).

aos seus membros - art. 3º, nº 1c) e e) do EOA.; regulação e disciplina da profissão - art. 3º b) e f) do EOA); outras funções administrativas que lhe sejam atribuídas - art. 3º, nº 1, g) e h) *in fine* do EOA.

Em resumo e segundo aquele autor (1997a:382) a OA é *uma pessoa colectiva de direito público, de natureza associativa, criada como tal por acto do poder público, que desempenha tarefas administrativas próprias relacionadas com os interesses dos seus próprios membros, e que, se governa a si mesma mediante órgãos próprios que emanam da colectividade dos seus membros, sem dependência de ordens ou orientações governamentais, embora normalmente sujeitos a uma tutela estadual.*

4. ENQUADRAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA REGRA DA OBRIGATORIEDADE DE INSCRIÇÃO NA OA - ART. 53º DO EOA.

Começarei por abordar a questão da obrigatoriedade de inscrição - art. 53º do EOA - já que esta define o enquadramento das outras questões que me proponho aqui analisar.

Esta problemática¹⁵ foi e é ainda objecto de grande discussão. Em termos constitucionais tem a ver com o conteúdo do direito da liberdade de associação - art. 46º da CRP - e com a aceitação da tese segundo a qual as associações públicas estavam abrangidas por esse direito ou, pelo contrário de se defender que por serem públicas e tendo em conta o seu regime essas figuras estão fora do âmbito de protecção do referido direito.

Direito de liberdade de associação¹⁶ que, como se sabe, abrange fundamentalmente três vertentes: a liberdade positiva de associação, ou seja o direito de livremente se constituírem associações, e a liberdade de filiação em associações já existentes; a liberdade da associação autonomamente se organizar e prosseguir os seus fins; a

¹⁵ Nesta abordagem irei seguir de perto (mais uma vez) Vital Moreira (1997a:447ss).

¹⁶ V. Gomes Canotilho & Vital Moreira (1993:255ss); Vital Moreira (1997a:427ss), Leonor Beleza & Teixeira de Sousa (1979:164ss.).

liberdade negativa de associação, ou seja, o direito de não se fazer parte de uma associação e de se sair dela livremente.

Tendo em conta as características das associações públicas e o conteúdo (sucintamente definido) do referido direito de liberdade de associação, existem várias perspectivas de enquadramento da questão da inscrição obrigatória nas associações públicas: para a primeira, as associações públicas não são associações, assim a questão não se põe ao nível da liberdade de associação; na segunda, para as associações públicas fica totalmente excluída a liberdade positiva e negativa de associação já que para a prossecução desses fins não pode haver liberdade privada de associação; uma terceira perspectiva defende que só se poderia falar de liberdade negativa de associação havendo liberdade positiva de associação, como nas associações públicas esta não existe não fará sentido colocar a questão da liberdade negativa de associação neste contexto.

Como se pode constatar, qualquer uma destas perspectivas nem sequer questiona a conformidade da inscrição obrigatória - todas a aceitam - já que defendem que essa questão quando referida às associações públicas, não releva para efeitos de direito de liberdade de associação, nomeadamente da liberdade negativa de associação e portanto, é perfeitamente legítimo que em sede de associações públicas o legislador institua essa regra.

A minha perspectiva, acompanhando de perto Gomes Canotilho & Vital Moreira (1993:260), é totalmente oposta. Assim e num primeiro momento lógico, parto do pressuposto de que *as associações públicas não deixam de ser associações, não estando à margem da liberdade de associação* - Vital Moreira (1997a:456ss) ¹⁷. *É sempre*

¹⁷ Como se percebe adopta-se aqui a perspectiva de Vital Moreira (1997a:427ss, 433ss) em relação ao problema prévio a este que se coloca, que é o da relação entre as associações públicas e o direito da liberdade de associação, nomeadamente a questão da existência e limites da criação estadual de associações públicas. Segundo Vital Moreira (obra e loc. cit.) *A criação de associações públicas traduz-se portanto numa ingerência do Estado na liberdade de associação dos particulares, pelo que carece de adequada justificação constitucional, não apenas quanto à própria possibilidade de criação de associações públicas, mas também quanto aos limites decorrentes das regras constitucionais que consentem a limitação de direitos*

necessário que a filiação obrigatória se revele como uma medida necessária e proporcional à consecução do referido objectivo e ela só é admissível quando se revele indispensável para alcançar um fim público relevante, que sem ela não poderia ser conseguido ou só poderia ser com muito maiores dificuldades. Em resumo a filiação obrigatória é portanto sempre uma restrição da liberdade negativa de associação, que de resto se traduz reflexamente numa restrição da liberdade positiva de associação (autor e loc. cit.).

Em relação à questão concreta que aqui me ocupa, constata-se que o legislador optou por tornar obrigatória a inscrição na OA, para se poder exercer advocacia, e fê-lo não porque teria que ser assim, mas porque ponderando os interesses em causa, considerou que tal era necessário para a prossecução dos interesses públicos relevantes, nomeadamente a boa administração da justiça e defesa dos direitos dos cidadãos.

Tais interesses determinam que a advocacia, profissão livre e independente por excelência (que assim deve continuar), deva ser enquadrada numa associação pública, que por ser de inscrição obrigatória, permite um melhor controle dos seus membros, assegurando uma melhor e mais adequada prossecução dos fins pretendidos, sem ser necessário a sua publicização enquanto profissão.

Em resumo, a inscrição obrigatória é já ela mesma uma restrição ao direito de liberdade negativa de associação de qualquer pessoa que pretenda exercer advocacia em Portugal.

Por outro lado é hoje perfeitamente aceite pela doutrina que a filiação obrigatória, se por um lado constitui um dever e um ónus, por outro atribui também um *direito à filiação*, ou seja, a associação pública criada pelo estado e à qual este atribuiu (nos casos em que tal se justifique) a característica da filiação obrigatória, como é o caso da OA, não pode recusar a inscrição, salvo por razões previstas na lei e constitucionalmente autorizadas.

fundamentais. No mesmo sentido v. Gomes Canotilho & Vital Moreira (1993:260), percepção que não é seguida pela maior parte da doutrina em Portugal, v. R. Soares (1991:164), Freitas do Amaral (1994,411), J. Miranda (1986:70).

Neste sentido e nas palavras de J. Miranda (1994:233), *para os profissionais colegiados não se trata apenas de um dever (ou ónus) de inscrição. Trata-se também de um verdadeiro direito. Eis as duas faces da mesma realidade - a obrigação (ou ónus) e o direito - pois que, se, para se poder desenvolver licitamente a actividade profissional é preciso estar inscrito na ordem ou câmara, em compensação todo aquele que reúna as condições legais tem o direito de dela fazer parte. O art. 47º, nº 1 da Constituição é hoje o título constitucional de um e outro aspecto.* Quer dizer que estamos perante aquilo a que Vital Moreira (1997a:461) chama o *princípio de porta aberta* e que ele próprio define nos seguintes termos: *Isso (direito à filiação)¹⁸ decorre tanto do direito à associação face a um regime de monopólio associativo, como da liberdade de profissão ou outra liberdade implicada (se só se pode exercer uma profissão estando inscrito, então têm direito a inscrever-se todos os que tiverem os pressupostos do exercício da profissão).*

5. A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 156º, Nº1 A) DE EOA: A "CLÁUSULA DA IDONEIDADE MORAL".

O art. 156. nº 1º a) do EOA aprovado pelo DL 84/84 de 16 de Março estatui, como requisito para inscrição na OA, uma avaliação prévia da idoneidade moral do candidato.

Como já referi, não ponho em causa a constitucionalidade da obrigatoriedade de inscrição na OA como condição necessária para se exercer a profissão de advogado em Portugal. O que está agora em causa é saber se a "cláusula da idoneidade moral" viola ou não o direito à liberdade de escolha de profissão art. 47º da CRP

Está-se portanto perante um problema de confrontação de um diploma legal com um preceito constitucional consagrador de um direito fundamental, mais especificamente de um Direito Liberdade e Garantia (DLG) - art.s 17º e ss da CRP .

Assim sendo, e para se proceder a uma correcta análise desta questão, ter-se-á de recorrer à problemática do regime jurídico

¹⁸ Parênteses meu.

constitucional dos direitos fundamentais em geral e mais precisamente ao regime especial dos DLG, já que em relação ao direito à liberdade de escolha de profissão, pela sua inserção sistemática na CRP - Título II-, não há dúvida alguma que constitui um direito fundamental ao qual a constituição atribuiu o estatuto de DLG.

Seguindo de perto Gomes Canotilho (1998:347ss, 1117ss), dentro de uma metódica correcta de direitos fundamentais, analisarei a constitucionalidade do art. 156º, nº 1 a) do EOA face ao art. 47º da CRP¹⁹.

Para o efeito ter-se-á que definir primeiro qual o âmbito de protecção da norma do art. 47º, ou seja qual o conteúdo do direito de liberdade de escolha de profissão.

Segundo Gomes Canotilho & Vital Moreira (1993:260ss) este direito abrange duas componentes²⁰: - uma negativa que determina que ninguém pode ser forçado a escolher ou exercer qualquer profissão, nem ser impedido de escolher e exercer uma profissão desde que preencha os requisitos necessários; - uma positiva em que este abrange o direito à obtenção dos requisitos legalmente exigíveis para o exercício de determinada profissão e o direito às condições de acesso em situação de igualdade em qualquer profissão.

Como resulta deste enunciado, o direito em questão abrange vários níveis de realização a saber: - o direito à obtenção das habilitações necessárias para o seu exercício; - o direito de ingresso na profissão; - o direito ao exercício da profissão; - o direito à progressão na carreira profissional. É portanto um direito de natureza complexa que abrange várias componentes.

A maioria da doutrina²¹ aceita no entanto que este direito não consagra *uma garantia institucional das profissões livres ou seja e para que isso fique claro que não é inconstitucional nem a atribuição de um estatuto público a certas profissões, nem muito menos, a submissão de certas profissões a um estatuto mais ou menos*

¹⁹ V. sobre o regime específico dos DLG, Gomes Canotilho & Vital Moreira (1993:139ss); ou dos mesmos autores (1991:93ss).

²⁰ Neste mesmo sentido pode ver-se também J. Miranda (1988:155ss).

²¹ Ver também neste sentido J. Miranda (1993:50, nota 62).

publicamente condicionado ou vinculado (advocacia, medicina, etc.) através das ordens profissionais (Gomes Canotilho&Vital Moreira 1993:262).

Não há duvida portanto que o facto de existir a OA e a necessidade de se ser nela inscrito para se poder exercer advocacia, só por si não viola o direito à liberdade de escolha da profissão. Porém já pode existir violação da constituição se os requisitos para a inscrição não respeitarem o regime jurídico, constitucionalmente definido para as restrições aos DLG.

Para terminar a definição (ainda que sucinta) do conteúdo do art. 47, será necessário acrescentar que estamos perante um DLG que é constitucionalmente definido, é certo mas *sob reserva de lei restritiva*²² ou seja, existe uma autorização legal de restrição que visa a protecção de bens ou interesses constitucionalmente protegidos neste caso enquadráveis na expressão da própria CRP *pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade* - art. 47º, nº 1 *in fine*.

Será portanto nesta sede que se terá de avaliar a conformidade da "cláusula da idoneidade moral" com os requisitos materiais e formais das normas legais restritivas em casos de DLG *sob reserva de lei restritiva*.

Antes no entanto será necessário referir que - como defendem Gomes Canotilho&Vital Moreira (1993:263) - *a liberdade de conformação do legislador depende porém do nível em que a restrição se verificar* e no presente caso está-se ao nível do direito de inscrição ou de ingresso na OA,²³ que por sua vez constitui condição necessária para exercer a profissão de advogado.

A este nível, como reconhecem todos os autores,²⁴ é legítimo estabelecer requisitos de ordem subjectiva tais como licenciatura em

²² Gomes Canotilho & Vital Moreira (1993:263).

²³ Ver Gomes Canotilho&Vital Moreira (1993:263); J. Miranda (1988:154).

²⁴ Ver Gomes Canotilho&Vital Moreira (1993:263); J. Miranda (1988:155, 156).

direito,²⁵ idade mínima, etc., mas todos eles têm sempre que ser constitucionalmente justificados.

Tendo consciência *que a liberdade de profissão atinge o seu máximo de intensidade nas chamadas profissões livres ou profissões cujo exercício implica a liberdade individual e colectiva concernente ao domínio de uma ciência e de uma técnica especialmente elevadas*²⁶ (J. Miranda, 1988:157), ter-se-ão que identificar os valores e bens constitucionalmente protegidos que tornam necessária esta restrição.

Neste caso e perante o teor do art. 47º *in fine*, seria a necessidade de evitar que pessoas com menos boa formação moral tivessem acesso a uma profissão que, pelas razões apontadas assume grande importância no próprio plano do funcionamento do estado de direito.

Só que isto não basta, já que essas restrições têm também que obedecer ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou princípio da proibição do excesso - art. 18º, nº 2 da CRP - ou seja, devem ser adequadas ou apropriadas à prossecução desse fim; devem ser necessárias ou exigíveis no sentido de não existir outro meio para atingir o objectivo pretendido; e proporcionais em sentido estrito, estabelecidas na justa medida.

Parece-me não ser o caso. O legislador ao criar a "cláusula da idoneidade moral" não respeitou o supra referido princípio da proibição do excesso, já que, perante o direito à inscrição supra descrito, tal cláusula viola de forma desproporcionada o direito de liberdade de escolha de profissão, atingindo a *extensão e o alcance do*

²⁵A necessidade de se possuir uma licenciatura em cursos jurídicos por qualquer das universidades portuguesas autorizadas oficialmente a conceder licenciaturas (art. 161º, nº 1 do EOA), constitui um requisito de natureza subjectiva, mas em que a OA se limita a administrativamente conferir a veracidade do título apresentado pelo candidato. Este requisito consiste numa restrição adequada, necessária e proporcional para salvaguarda dos valores em causa, garantindo que quem vai exercer a actividade de advogado, considerada importante para o bom funcionamento de mecanismos essenciais de um estado de direito, possui a formação técnica especializada para poder desenvolver de forma independente e autónoma a profissão de advogado. Neste sentido v. Pacheco de Amorim (1992:42ss).

²⁶ Sobre a diferença entre profissões livres e profissões liberais v. J. Miranda (1993:45).

conteúdo essencial do preceito constitucional - art. 18º, nº 3 da CRP -, tanto mais quando tal solução não é necessária já que dispõe de outros meios para atingir de forma adequada e justa esse mesmo fim.

Tais meios criou-os já o próprio legislador quando definiu um conjunto de sanções aplicáveis aos advogados (incluindo os estagiários), pela prática de infracções. Algumas delas tipificam factos que em si evidenciam (eles sim e não nenhum discricionário e apriorístico juízo de valor) a falta de idoneidade moral do advogado ou advogado estagiário. Esses factos quando provados, acarretam a aplicação de sanções (por parte da OA) adequadas a salvaguardarem os interesses em causa.

Apesar de ser perfeitamente admissível que a lei²⁷ fixe requisitos subjectivos para o deferimento do direito à inscrição, estes, não obstante terem que ver com a pessoa do candidato, não podem atribuir a qualquer órgão da administração e por maioria de razão no presente caso a um órgão da OA, o poder de levar a cabo uma avaliação absolutamente subjectiva - em clara violação do princípio da adequação - como seja aquela que permitiria determinar que um candidato não possui "idoneidade moral" (o que quer que isso seja!) para ser advogado²⁸.

É que, entenda-se, quando se fala em requisitos subjectivos quer-se dizer que têm a ver com a pessoa do candidato mas que em si mesmos têm que ser passíveis de uma avaliação totalmente objectiva ou, nas palavras de J. Miranda (1988:161), *quanto às «restrições inerentes à sua própria capacidade», têm de ser restrições objectivas a um duplo título: como restrições traçadas não em razão de certa e determinada pessoa, mas em razão de uma pluralidade indefinida de*

²⁷ Já que e como se disse só a lei pode definir essas restrições, ou nas palavras de J. Miranda (1988:160) *as restrições têm de ser legais, não podem der instituídas por via regulamentaria ou por acto administrativo.*

²⁸ É de lembrar que mesmo em relação ao poder regulamentar das Ordens confrontado com direitos fundamentais e DLG, a posição dos autores é clara na definição dos seus limites ao não admitirem regulamentos autónomos nessas matérias v. por ex. Gomes Canotilho & Vital Moreira (1993:154, nota V). Sobre este assunto v. infra pp.25 e ss.

peçoas; e como restrições apuradas, segundo padrões igualmente objectivos, por órgãos ou agentes independentes.

Neste sentido, as normas legais definidoras das restrições constitucionalmente admitidas em sede de liberdade de escolha de profissão, com a qual neste caso colide a necessidade de inscrição na OA - lembre-se que existe aqui um verdadeiro direito à inscrição - não podem conceder qualquer poder discricionário ao órgão da administração ou, ainda nas palavras de J. Miranda (1994:233, II b)²⁹ *a inexistência de poder discricionário (da OA)*³⁰ *de recusar a inscrição* por parte das ordens profissionais, é conteúdo necessário do direito de pertencer à OA que por sua vez é incindível do dever de inscrição.

Mais evidente se torna este juízo quando se constata que com a aprovação do RCDE de 1990 e posteriormente com o RCDE-2 de 1994, a apreciação dessa "idoneidade moral" caberá num primeiro momento ao patrono, que para tal deve atestá-la num relatório da sua competência - art.s 10º, nº 2 e 14º do RCDE; art.s 10º, nº 2 e 14º do RCDE-2.

Está-se na presença de uma norma legal que remete a definição de um requisito fundamental para o exercício do direito à liberdade de escolha de profissão (o direito à inscrição na associação pública OA já que, como se viu, vigora aqui o regime de inscrição obrigatória), para um juízo totalmente subjectivo a levar a cabo por uma única pessoa - o patrono (potencial concorrente) - que tem como única habilitação para tal o facto de exercer advocacia há pelo menos cinco anos.

Como resulta do que acabei de expor, entendo que o art. 156º, nº1 a) do D.L. 84/84 de 16 de Março de 1984 é inconstitucional por violar o regime dos DLG previsto no art. 18º, nº 2 e 47º da CRP, nomeadamente porque não respeita o princípio da proibição de excesso e porque utiliza conceitos indeterminados, absolutamente subjectivos, que delegam no órgão administrativo um poder

²⁹ Do mesmo autor e no mesmo sentido v. 1993:51; 1986:87. Ou o parecer da Comissão Constitucional 2/78, pp179, in Pareceres da Comissão Constitucional, 4º Vol, INCM 1979.

³⁰ Parênteses meu.

discricionário violador do regime constitucional dos DLG, desrespeitando assim neste último sentido o princípio da reserva de lei em sede de DLG - art.s 18º, nº 2 e 165, nº 1 b).

O art. 156º, nº 1 a) do EOA sofre portanto de um vício de inconstitucionalidade material por violação dos referidos art.s 18º, nº 2, 47º e 165º, nº 1 a) da CRP.

6. A CONSTITUCIONALIDADE DOS REQUISITOS PARA A INSCRIÇÃO COMO ADVOGADO PREVISTOS NO ART. 170º DO EOA E NORMATIVOS ANEXOS - O ESTÁGIO DE ADVOCACIA.

Passo agora à análise da segunda questão que me propus abordar ou seja, a constitucionalidade dos requisitos para a inscrição como advogado previstos no art. 170º do EOA e normativos anexos - o estágio de advocacia.

Como supra referi, irei abordar esta temática em relação a quatro períodos de tempo distintos, já que as realidades normativas foram evoluindo importando assim diferentes abordagens.

a) Período compreendido entre a aprovação do DL 84/84 e a aprovação do RCDE em 21.09.90.

Durante este período de tempo o estágio da advocacia como requisito para o deferimento do pedido de inscrição na OA estava regulado, nos seus aspectos essenciais, pelo art. 170º do EOA que por sua vez remetia para os art.s 165º e 166º do mesmo diploma, e pelo Regulamento da Inscrição de Advogados e Candidatos aprovado pelo Conselho Geral em 07.01.1943 (RIAC) e posteriormente pelo Regulamento de Inscrição de Advogados e de Advogados estagiários aprovado pelo Conselho Geral da OA em 07.07.1989 (RIAA).

Destes preceitos resultava um modelo de estágio cujas linhas fundamentais passo a definir

O estágio tinha a duração de 18 meses e compreendia dois períodos distintos.

O primeiro de três meses, a desenvolver essencialmente junto dos centros distritais de estágio, tendo como objectivo *um aprofundamento de natureza essencialmente prática dos estudos ministrados nas universidades e o relacionamento com as matérias directamente ligadas à prática da advocacia* - art. 163º, nº 2 EOA; esses objectivos seriam alcançados através da frequência de seminários de natureza prática relacionados com as matérias directamente ligadas à advocacia - art. 165º, nº 1 EOA, seminários esses que poderiam ser de presença obrigatória ou facultativa e davam lugar à redacção de relatórios por parte do estagiário³¹.

O segundo período de estágio, com a duração de quinze meses - art. 163º, nº 1 do EOA, a decorrer essencialmente no escritório do patrono (continuando no entanto a orientação geral a caber aos serviços de estágio) tinha como *objectivo uma apreensão da vivência da advocacia através do contacto pessoal com o normal funcionamento de um escritório* - art. 163º, nº 3 do EOA. Na prática consistia no exercício de actos forenses por parte do estagiário, de acordo com a sua competência específica - art. 166º, nº 1 a) e 164º do EOA; na participação nos processos para que tenha sido nomeado defensor officioso³² - art. 166º, nº 1, b) e 167º e 168º do EOA. Competia igualmente ao estagiário a redacção de uma alegação de recurso, a enviar mensalmente para o serviço de estágio respectivo - art. 166º, nº 1, c) do EOA - e apresentar até ao final do segundo período uma dissertação sobre deontologia profissional - art. 166º, nº 1, d) do EOA.

Era um estágio de índole essencialmente informativa, com o objectivo *de familiarizar o advogado com os actos mais usuais da prática forense e bem assim, inteirá-lo dos direitos e deveres dos advogados* - art. 163º, nº 4 do EOA, que de acordo com o art. 170º fazia depender o deferimento do pedido de inscrição - art. 3º, nº 5 do

³¹ Os regulamentos dos diferentes centros distritais de estágio definiam o número de presenças obrigatórias para se ter aproveitamento.

³² Nomeações essas organizadas pelos serviços de estágio, tendo os referidos regulamentos instituído um número mínimo de diligências judiciais por parte do advogado estagiário, incluindo as officiosas como requisito de aproveitamento.

RIAA e art. 3º e 5º do RIAC - da prática de um conjunto de actos objectivamente avaliáveis e a um controlo de presenças e empenhamento no mesmo.

Na sua estrutura e objectivos este modelo de estágio constituía uma restrição ao direito de inscrição na associação publica OA. Mas uma restrição que se afigurava perfeitamente compatível com os normativos constitucionais relevantes. Acompanhamos a este respeito Pacheco de Amorim (1992:56) quando defende que o legislador *estabeleceu um procedimento administrativo da instrução de estágio adequado, necessário e proporcional ao interesse público em jogo, limitado a um controlo de presença ou de frequência do estagiário no primeiro período, e a uma simples verificação do efectivo exercício da sua competência específica no segundo período.*

b) O período de tempo em que o RCDE, aprovado pelo conselho Geral da OA, esteve em vigor sem que se tenha procedido à alteração do EOA (Setembro de 1990 a Setembro de 1994).

Dentro do quadro legal acabado de definir que como se viu estatuiu um estágio de advocacia conforme à constituição (salvo a cláusula de idoneidade moral aqui já analisada, que no entanto é independente do estágio em si), a OA aprovou em sessão do Conselho Geral de 21-09-90 um regulamento que intitulou Regulamento dos Centros Distritais de Estágio - RCDE - (aparentemente fê-lo ao abrigo do art. 42º, nº 1, e) do EOA, já que o mesmo não faz menção de qual o diploma legal em se fundamenta, violando assim o princípio da precedência da lei art. 112º, nº 8 da CRP)

Nesse regulamento a OA procedeu a profundas alterações ao regime de estágio que se concretizaram no seguinte (mantendo no entanto os outros aspectos já por mim referidos na alínea anterior):

- o objectivo do estágio passou a ser *ministrar ao advogado estagiário formação adequada ao exercício da actividade profissional, de modo a que a possa desempenhar de forma*

competente e responsável (art. 3º do RCDE), enunciado que está em contradição com o art. 163º, nº 4 do EOA;

- introduziu um *teste escrito obrigatório*, no final do primeiro período de estágio, *sujeito a classificação de zero a vinte sem o qual se considerará prejudicada a frequência do curso de estágio e impedido o acesso ao segundo período de formação* (art. 7º, nº 1 do RCDE);

- instituiu a figura de um *relatório, parecer e atestado* (Sic!) da responsabilidade do patrono, em que este *apreciará a idoneidade moral, ética e deontológica do estagiário para o exercício da profissão* (art.s 10º, nº 2 e 14º do RCDE) e a sua aptidão para o exercício da mesma, constituindo esse relatório um dos elementos a considerar para a informação final nos termos do art. 16º do RCDE;

- criou a prova final de estágio, que consiste numa entrevista pessoal aos advogados estagiários a efectuar por uma comissão (composta por três advogados nomeados anualmente pelo Conselho Distrital), destinada a *esclarecer eventuais questões surgidas pelos trabalhos apresentados pelo estagiário e ocorrências e a apurar a preparação do estagiário para o exercício da profissão, numa perspectiva de conhecimento das regras deontológicas que a regem* (art. 16º do RCDE).

Dá-se portanto uma alteração total da lógica, estrutura e funções do estágio³³.

Ao introduzir uma avaliação eliminatória por teste escrito a OA, criou um conjunto de requisitos subjectivos a preencher pelo candidato que, ao contrário dos definidos pelo EOA (que recorde-se é um decreto-lei) não são de avaliação objectiva mas antes susceptíveis de uma avaliação totalmente subjectiva e discricionária (por parte do patrono ou por parte da comissão final de avaliação).

³³ A OA partiu do pressuposto discutível mas assumido de que a licenciatura em Direito, só por si, não chega, para se poder exercer responsabilmente a advocacia (1º parágrafo preâmbulo do RCDE). Perspectiva esta que já há algum tempo era defendida por alguns responsáveis da OA, v A. Arnaut (1992:101, nota 2 ao art. 170ª)

A OA criou um estágio de advocacia que, enquanto requisito para a inscrição na ordem, deixou de ser informativo para ser eliminatório.

É um regulamento que, *de per si*, contrariando e desrespeitando preceitos legais, vem definir restrições a um DLG - o direito à liberdade de escolha de profissão - que como referi, em sede de associações públicas com regime de inscrição obrigatória, como é a OA, se traduz mesmo num verdadeiro direito à inscrição (como contrapartida da obrigatoriedade da inscrição para o legal exercício da actividade de advogado).

Independentemente do respeito ou não pelos limites materiais das normas restritivas de um DLG *sob reserva de lei restritiva* (assunto que se irá desenvolver na alínea seguinte, referindo-me aí a normas formalmente distintas mas materialmente muito idênticas) importa desde já analisar uma questão prévia e que é esta: pode a OA através de um regulamento do seu Conselho Geral estabelecer normas restritivas de um direito liberdade e garantia, independentemente da existência de uma norma legal precedente e mesmo contra ela? Ou, por outras palavras poderão existir regulamentos autónomos em sede de DLG ³⁴?

A minha resposta é clara e em sentido negativo, acompanhando aliás toda a doutrina que em sede de regime de restrições aos DLG previsto no art. 18º, nº 2 da CRP, defende que *é aos actos legislativos que compete estabelecer uma regulamentação suficiente determinada e densa, incidente sobre os aspectos essenciais das restrições, ficando excluída a possibilidade de regulamentos independentes ou autónomos*, Gomes Canotilho (1998:1145), também nas palavras de Vital Moreira (1997a:189), *com efeito, uma interpretação conjugada dos art.s 164º e 165º com o art. 112º da CRP não consente outra interpretação que não seja a de que em matéria de reserva de lei ou de competência legislativa não há lugar para "regulamentos autorizados", nem a favor do governo nem a favor de autarquias locais ou institucionais* ou ainda nas palavras de Gomes

³⁴ Sobre a problemática da admissibilidade dos regulamentos autónomos em geral, questão muito controversa, v. Gomes Canotilho (1998:735ss).

Canotilho&Vital Moreira (1993:154, nota V) *garante-se assim que os direitos, liberdades e garantias não ficam à disposição do poder regulamentar da administração e que o seu regime há-de ser definido pelo próprio órgão representativo, e não pelo governo (salvo autorização) e muito menos, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais, ou pelas entidades públicas dotadas de poder de auto-regulação. Em matéria de direitos, liberdades e garantias não há lugar para regulamentos autónomos.*

Como se pode constatar, o RCDE é em si mesmo inconstitucional por força da violação das normas constitucionais consagradoras do regime de restrição dos DLG – art. 18º, nºs.2 e 3 e art. 165º, nº 1, b) da CRP - que apenas permitem que tais restrições quando adequadas, necessárias e proporcionais sejam definidas por lei ou DL autorizado - princípio da reserva de lei restritiva - havendo lugar quando muito a regulamentos executivos³⁵.

Poderá mesmo acrescentar-se que por maioria de razões em sede de associações públicas, essa reserva de lei deve ser ainda mais respeitada, já que e mais uma vez nas palavras de Vital Moreira (1997a:190) *no caso da administração autónoma não territorial a reserva de lei é justamente com a tutela, um dos instrumentos de garantia do interesse geral contra o perigo de uma regulamentação corporativista, como parece ser precisamente o caso.*

Em conclusão e independentemente de qualquer apreciação em termos de adequação de regime definido no RCDE com a CRP, e mesmo com o EOA, as razões apontadas não deixavam dúvidas quanto à inconstitucionalidade das alterações introduzidas pelo RCDE. Um pouco a custo³⁶ é verdade, e algo tardiamente, a própria OA assumiu isso mesmo já que promoveu alterações no EOA nesse sentido, como se irá ver.

³⁵ A esta mesma conclusão já tinha chegado Pacheco de Amorim (1992:71ss.).

³⁶ Já que uma das razões invocadas em 1992 pela ANAE era precisamente a inconstitucionalidade do RCDE.

c) O enquadramento normativo actual com a nova redacção do EOA e do RCDE -2.

Em Setembro de 1994 por iniciativa da OA, a Assembleia da República aprovou a Lei 33/94 que veio alterar (naquilo que aqui me interessa) : o art. 170º do EOA, passando a ter a seguinte redacção: *a inscrição como advogado depende do cumprimento das obrigações de estágio com a classificação positiva nos termos do regulamento dos Centros Distritais de Estágio*; o art. 42º, e) referente às competências regulamentares do Conselho Geral da OA.

Em relação às normas do EOA referentes ao estágio, sua estrutura, fins e objectivos, nada mais foi alterado mantendo-se em vigor os art.s 165º e 166º do EOA .

No entanto (confirmando as objecções levantadas na alínea anterior) a Lei 33/94 aprovou ela própria o Regulamento dos Centros Distritais de Estágio da Ordem dos Advogados (RCDE-2)^{37 38}.

Este regulamento, que assume agora a forma de lei, consagrou todas as principais alterações que já constavam do RCDE aprovado pelo Conselho Geral da OA de 1990 (v. alínea anterior) com algumas nuances no entanto:

³⁷ É de realçar no entanto que, durante o período decorrido entre Outubro de 1990 e Setembro de 1994 a OA, na minha opinião em clara violação da CRP (os factos posteriores falam por si), aplicou o RCDE e com fundamento nele recusou a inscrição definitiva a vários advogados estagiários o que para uma associação pública, constituída ela própria por juristas e que tem como um dos principais fins *Defender o Estado de direito e os direitos e garantias individuais e colaborar na administração da justiça* (art. 3º, nº1 a) do EOA) é no mínimo estranho, tanto mais que já em 1992 a ANAE tinha colocado precisamente esta questão perante os órgãos legítimos da OA.

³⁸ Se me é permitido um desabafo, penso que foi por ter consciência disto mesmo que a OA não recusou a inscrição definitiva das dezenas de advogados estagiários que, nos cursos de estágio de 1992 e 1993, por se recusarem a responder às questões que não tinham a ver com a deontologia profissional nos exames de final do primeiro período de estágio tiveram na melhor das hipóteses quatro valores (cotação das perguntas sobre deontologia profissional) em vinte.

- ao nível dos objectivos de estágio, o actual art. 3º do RCDE -2 tem a mesma redacção do anterior ou seja *ministrar ao advogado estagiário formação adequada ao exercício da actividade profissional, de modo a que a possa desempenhar de forma competente e responsável* (art. 3º do RCDE, art. 3º do RCDE-2) artigo que está em contradição com o art. 163º, nº 4 do EOA;

- introduziu um *teste escrito obrigatório sujeito a classificação de Muito bom, Bom, Suficiente e Medíocre, a efectuar no final do primeiro período de estágio*, em que se assume abertamente *que a falta ao teste ou a classificação de Medíocre, global ou apenas na área de deontologia, impedem o acesso ao segundo período de formação* - art. 7º, nºs 1 e 3 do RCDE-2;

- manteve a figura do *relatório, parecer e atestado* (Sic !) a elaborar pelo patrono em que este *apreciará a idoneidade moral, ética e deontológica do estagiário para o exercício da profissão* (art.s 10º, nº2 e 14º do RCDE-2) e a sua aptidão para o exercício da mesma como elemento a considerar para a informação final nos termos do art. 14º do RCDE-2;

- criou a figura da *prova final de agregação* perante um júri (composto por três advogados nomeados anualmente pelo Conselho distrital, podendo incluir *juristas de reconhecido mérito*) que fará uma apreciação global do relatório e trabalhos de estágio e avaliará uma exposição oral a cabo do advogado estagiário dentro de várias áreas jurídicas - art. 17º do RCDE-2 -, classificando essa prova com Muito bom, Bom, Suficiente e Medíocre. Classificação esta que integrará a informação final de estágio - art. 19º RCDE-2.

Está-se perante um modelo de estágio assumidamente eliminatório, em que se vão avaliar e classificar em dois momentos diferentes os conhecimentos científicos do candidato - art. 7º e 17º e 18º, nº 4 do RCDE-2.

Paralelamente, foi mantido o relatório - art.s 10º. nº 2 e 14º RCDE-2 - do patrono na área da aptidão do estagiário para o exercício da advocacia (em relação à questão da avaliação da "idoneidade moral" penso já ter esclarecido a minha perspectiva, v. ponto 5; as soluções aí defendidas aplicam-se *ipsis verbis* a este novo regulamento, já que o

regime dos DLG se aplica de igual forma, independentemente da restrição ser definida por lei ou DL).

Está hoje em vigor, portanto uma lei que, ao aprovar o RCDE-2, definiu o regime legal de restrição do DLG - liberdade de escolha de profissão - art. 47º da CRP.

Resta-me portanto confrontar este regime legal com os requisitos constitucionalmente definidos para as normas legais de restrição de DLG *sob reserva de lei restritiva* que, como já referi, é o presente caso - art. 47º, nº 1 *in fine* da CRP.

Posso afirmar que neste novo quadro normativo não restam dúvidas de que o primeiro requisito - o formal - está preenchido, as restrições estão agora definidas numa norma com valor de lei, uma lei da A.R. A este nível não se colocam as objecções da alínea anterior.

Problema bem diferente é o de saber se estes preceitos legais respeitam os limites e requisitos materiais das normas legais restritivas de DLG,³⁹ mesmo nos casos de DLG *sob reserva de lei*.

Reafirmando aqui o que já foi referido nos pontos 4 e 5 deste trabalho, começarei por definir o âmbito de protecção da norma do art. 47º e, escusando-me de repetir o que aí defendi, relembro apenas que concluí que: o direito à liberdade de escolha de profissão em sede de associações públicas, com regime de inscrição obrigatória, como é o caso da OA (art. 53º do EOA), atribui um verdadeiro direito à filiação aos interessados, direito esse que não pode ser recusado salvo por razões previstas na lei e constitucionalmente autorizadas e conformes.

Recordando J. Miranda (1988:157), *a liberdade de profissão atinge o seu máximo de intensidade nas chamadas profissões livres ou profissões cujo exercício implica a liberdade individual e colectiva concernente ao domínio de uma ciência e de uma técnica especialmente elevadas*. Assim será necessário identificar quais são os valores a salvaguardar com essas restrições. Neste caso, a própria constituição os refere e são eles o *interesse colectivo* e razões *inerentes à sua própria capacidade* - art. 47º, nº 1 *in fine* da CRP.

Em sede de OA, não nos podemos esquecer que, para essa salvaguarda, já foi instituída a obrigatoriedade de possuir licenciatura

³⁹ Mais uma vez se segue de perto Gomes Canotilho (1998: 437ss,1121ss).

em direito como requisito de inscrição⁴⁰ - art. 161º do EOA. Este requisito - que em si é já uma restrição ao direito de liberdade de escolha de profissão - como se concluiu respeita o princípio da proibição do excesso - art.18º, nº 2 da CRP - já que a OA aí se limita a conferir os documentos apresentados pelo candidato (v. nota 24, página 14).

Entendo assim não ser necessário, para a salvaguarda desses mesmos interesses, restringir uma segunda vez o mesmo DLG.

A acrescer a esta consideração, devo referir que o meio encontrado pelo legislador não é adequado nem proporcional. Ao introduzir a possibilidade de a OA (que, não se esqueça, é um órgão da administração) poder reavaliar⁴¹ (sem que para tal esteja técnica, institucional e cientificamente preparada) as aptidões científicas dos candidatos⁴², o legislador está a violar o princípio da proibição do excesso.

Por outro lado ao atribuir um poder discricionário à administração,⁴³ que como se analisou é em si mesmo inconstitucional, viola também o princípio da reserva de lei restritiva em sede de DLG - art.s 18º, nº2 e 165º, nº 1, a) da CRP.

Menos necessário se torna esta restrição, quando existem outros meios mais conformes com o direito de inscrição (em último termo, com o próprio direito à liberdade de escolha de profissão), já consagrados pelo legislador e que, com maior proporcionalidade e adequação, permitem salvaguardar essas situações.

São eles o poder disciplinar atribuído à OA de, perante actos praticados pelos estagiários, evidenciadores dessas insuficiências

⁴⁰ Não esquecendo nunca que o dever de inscrição obrigatória é já uma restrição a um DLG, v ponto 4.

⁴¹Classificando os advogados estagiários e impedindo a sua inscrição, caso tenham nota negativa, art.s 7º e 19º do RCDE-2:

⁴² Tais habilitações já lhes foram concedidas pelas instituições universitárias do estado (ou as por ele reconhecidas), estas sim intrinsecamente adequadas para ministrarem os referidos conhecimentos e os avaliarem com legitimidade científica e técnica.

⁴³ Em último, termo dá-se o caso de um órgão do estado pôr em causa um acto de outro órgão do estado.

inerentes à sua própria capacidade, tomar as medidas adequadas à sua salvaguarda⁴⁴.

Neste mesmo sentido entendo que estrutura do próprio estágio, nomeadamente o curto período de três meses (primeiro período de formação), preenchido pela frequência de alguns seminários⁴⁵ de cariz essencialmente prático (como é enfatizado pela própria OA), ministrados por juristas,⁴⁶ não é o meio adequado a suprir eventuais insuficiências de formação. E muito menos a ponto de a lei atribuir à OA o poder de avaliar (com possibilidade de eliminação, recusando assim a sua inscrição) candidatos que durante pelo menos cinco anos frequentaram instituições de ensino para cientificamente estarem habilitados a exercerem uma profissão jurídica.

De igual modo, o segundo período de estágio - 15 meses a desenvolver a actividade forense⁴⁷ - não consubstancia o enquadramento idóneo à elaboração de uma (ainda que pequena) dissertação sobre um qualquer tema jurídico, a avaliar nas *provas de agregação*, que são eliminatórias⁴⁸.

⁴⁴ Pode mesmo questionar-se porque é que a OA, perante as grandes reformas que sistema jurídico sofreu, nomeadamente no pós 1974, mas principalmente a partir da segunda metade da década de 80 (exs. C.Penal, C.P.Penal, C.P.Civil, C.P.Tributário, C.Procedimento Administrativo; etc.) só se preocupa com a insuficiente preparação dos advogados estagiários (que na maioria dos casos e por terem frequentado os cursos há menos tempo estão "actualizados") e já não com outros que exercem há muitos anos, deparando-se com estas "novidades".

⁴⁵ Cursos estes de formação generalista (v. o número de disciplinas ministradas) quando cada vez mais se impõe, pelas exigências naturais de um sistema jurídico complexo, um novo modelo de advogado altamente especializado, integrado numa sociedade de advogados, essa sim com condições de ser multidisciplinar e prestar os serviços jurídicos exigidos. Tal especialização, apesar de não ser reconhecida pela OA existe de facto. No entanto e contraditoriamente, a ordem reconhece como especialistas os seus formadores.

⁴⁶ Juristas estes cuja especial habilitação para o efeito é exercerem advocacia há 5 anos.

⁴⁷ Actividade resultante das nomeações officiosas, do acompanhamento do patrono ou daquelas que ele próprio consiga contratar ou lhe sejam propiciadas pelo patrono.

⁴⁸ Avaliação levada a cabo por juristas cuja especial habilitação (volto a repeti-lo) é exercerem advocacia há x anos e que são potenciais concorrentes no mercado de trabalho, logo também interessados no resultado da avaliação que fazem.

Entendo portanto que o RCDE-2 viola gritantemente o princípio da proibição do excesso e o princípio da reserva de lei restritiva em sede de DLG - art.s 18º, nº 2 e 165º, nº 1, b) da CRP - incorrendo assim numa clara inconstitucionalidade⁴⁹.

Em último termo, creio mesmo poder afirmar que estamos perante um daqueles casos em que o legislador, tendo em conta o quadro legal mencionado, põe em causa a salvaguarda do *alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais* (art. 18º, nº 3 da CRP) do direito à liberdade de escolha da profissão⁵⁰.

d) Breve nota sobre a proposta de alteração ao EOA em discussão na própria OA.

Uma última referência às linhas de orientação da OA para o futuro, que se depreendem da proposta de alteração do EOA em discussão no seio daquela.⁵¹

Em matéria de requisitos de inscrição, a proposta da OA pretende ir mais longe já que, deseja que lhe seja atribuído o poder de "acreditar" quais os cursos em direito idóneos para o acesso à profissão. Na minha opinião e apesar de ter consciência de que algumas situações análogas já existem na nossa ordem jurídica, considero esta solução como totalmente desproporcionada e muito perigosa, já que instituiria um malthusianismo profissional⁵².

A concepção do estágio manter-se-ia igual à anterior - eliminatório, discricionário e restritivo - com algumas alterações porém ao nível da sua estrutura interna.

⁴⁹ V. as preocupações algo coincidentes com esta conclusão em Vital Moreira (1997c:21, alíneas l) e m)).

⁵⁰ A conclusão idêntica já tinha chegado Pacheco de Amorim (1992:66) em relação ao RCDE, diploma normativo muito semelhante ao actual mas menos gravoso em alguns aspectos.

⁵¹ A proposta na qual me baseei para as considerações seguintes foi aprovada em Conselho Geral da OA e está agora a ser sujeita a discussão interna, podendo obviamente vir ainda a sofrer alterações. Daí a relatividade dos comentários que apresento.

⁵² V. neste mesmo sentido Vital Moreira (1997c:21).

O primeiro período passaria a ter a duração de seis meses cujo objectivo seria agora a *formação profissional teórica* (o que me parece um contra-senso, abandonando a propalada necessidade de ministrar os conhecimentos práticos, tão necessários e não apreendidos nas faculdades), ministrada pelos *formadores*, seguindo-se um exame eliminatório.

O segundo período, agora de doze meses, manteria as mesmas características culminando com as provas de agregação.

Ao nível institucional prevêem-se algumas alterações, com a criação no seio da OA de um Instituto Coordenador do Acesso à Profissão responsável pelo estágio, e de Centros de Formação Profissional ao nível dos Centros Distritais da OA⁵³.

Quanto à questão da *cláusula de idoneidade moral*, como requisito prévio de inscrição, mantém-se tal condição apesar de uma pequena nuance (no sentido aliás das objecções por mim colocadas no ponto 5 deste trabalho): a sua verificação far-se-á *em processo próprio que seguirá os termos do processo disciplinar, com as necessárias adaptações*. Esta alteração constitui um passo no bom caminho, mas continuo a considerar que a referida cláusula é inconstitucional. A solução será, a meu ver, dentro do regime já existente, que as situações relevantes neste contexto sejam unicamente avaliadas em sede de processo disciplinar por eventual infracção cometida por parte do advogado estagiário (e não através de uma avaliação prévia, hipotética ou intencional).

Em resumo, tendo em conta as alterações propostas, a situação tende a evoluir para um quadro normativo ainda mais dúbio em termos de conformação constitucional.

7. CONCLUSÃO

Termino, citando Vital Moreira (1997c:1), *no século XVIII os advogados de Nova York decidiram não admitir mais estagiários durante 14 anos, excepto os seus próprios filhos*.

⁵³ Prevê-se mesmo a hipótese de a OA, *poder autorizar Faculdades de Direito a ministrar cursos de formação profissional* (Sic!).,

À porta do século XXI os advogados portugueses, organizados na associação pública Ordem dos Advogados, com a conivência activa e/ou passiva do legislador e dos outros órgãos do estado, perante o excesso de licenciados (nunca invocado e referido) e as condições do mercado de trabalho, pretendem que lhes seja atribuído, em absoluto, o poder discricionário de definir quem pode ser advogado. Porque são advogados, sentem-se legitimados (só por esse facto) e com capacidade para aferir as qualidades morais e científicas dos jovens licenciados em direito (nos cursos credenciados pela OA) .

A meu ver esta é uma situação que não se pode aceitar-se. Não se esqueça que existe *uma relação ambivalente entre a administração autónoma e os direitos fundamentais. Por uma lado, a administração autónoma pode ser instrumento de realização de direitos fundamentais, como sucede por exemplo com a autonomia das universidades, que constitui uma garantia de liberdade de ensino e de investigação. Por outro lado, porém, os direitos fundamentais podem ser uma garantia individual contra os poderes das instâncias de administração autónoma; por exemplo, a liberdade de profissão e liberdade económica contra as ordens profissionais ou câmaras de comércio e indústria* (Vital Moreira, 1997a:231).

PRINCIPAL BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- AMARAL, Freitas do. (1988), Direito Administrativo –Vol. II, lições poli copiadas, Lisboa: AAFDL.
- AMARAL, Freitas do. (1996), Curso de Direito Administrativo, Vol. I, 2ª ed, Coimbra: Almedina.
- AMORIM, Pacheco de. (1992), A Liberdade de Escolha de Profissão de Advogado, Coimbra: Coimbra Ed.
- ARNAUT, António. (1992), Estatuto da Ordem dos Advogados, Coimbra: Fora do Texto.
- BELEZA, M. Leonor & SOUSA, M. Teixeira de (1979), «Direito de Associação e Associações» in Estudos sobre a Constituição (vol. III), Lisboa: Petrony, pp.121ss.
- CANOTILHO, Gomes & MOREIRA, Vital (1978), Constituição da República Anotada, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Ed.
- CANOTILHO, Gomes & MOREIRA, Vital (1991), Fundamentos da Constituição, Coimbra: Coimbra Ed.

- CANOTILHO, Gomes & MOREIRA, Vital (1993), *Constituição da República Anotada*, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Ed.
- CANOTILHO, Gomes (1998), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina.
- CARDOSO, A. Lopes. (1988), «Da Associação dos Advogados de Lisboa à Ordem dos Advogados», in *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 48º, pp.329-363.
- CARVALHO, F. Martins. (1940), «Origem da Ordem dos Advogados em Portugal», in *O Direito*, tomo LXXII, pp.130ss.
- GASPAR, Alfredo (1985), *Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado*, Fundão: Ed. Jornal do Fundão.
- LEAL, A. Silva.(1979), «Os Grupos e as Organizações na Constituição de 1976 - A Rotura com o Corporativismo», in *Estudos Sobre a Constituição*, vol. III, Lisboa:Petrony, pp.195ss.
- LIMA, J.A. Pires de (1983), *A Ordem Dos Advogados em Questão*, Porto: Moraes ed.
- LIMA, Carlos. «Aspectos do Estágio», in *Revista da Ordem dos advogado*, nº 32, Lisboa, pp.554 572.
- LOPES, Tavares «O estágio», in *Revista da Ordem dos Advogados*, pp.161 a 167.
- MIRANDA, Jorge (1986), «As Associações Públicas no Direito Português», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXVIII, pp.57-90.
- MIRANDA, Jorge (1988), «Liberdade de Trabalho e Profissão», in *Revista de direito e estudos sociais*, ano XXX, nº 2, Abril-Junho, pp. 145-162.
- MIRANDA, Jorge (1993), «A Ordem dos Farmacêuticos como associação pública», in *estado & direito*, nºs 11 e 12: pp.9-24, 31-55.
- MIRANDA, Jorge (1994), «Ordem Profissional», in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI,pp.229ss.
- MOREIRA, Vital (1997a), *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra: Coimbra Ed.
- MOREIRA, Vital (1997b), *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra: Almedina.
- MOREIRA, Vital (1997c), *As Ordens Profissionais: Entre o Organismo Público e o Sindicato*, inédito.
- RAPOSO, Mário (1977), «Nota do bastonário sobre o enquadramento constitucional da Ordem dos Advogados», in *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 27, pp.431-435.
- RIBEIRO, J. M. Coelho «Estágio profissional para o exercício da advocacia», in *Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 13, pp.6-11.
- SOARES, R, Ehrardt (1991), «A ordem dos advogados - uma corporação pública», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 124, pp.161-269.