

INCOMPATIBILIDADES

CONSELHO SUPERIOR

Parecer n.º 66/2013-CS/R

Recurso de Deliberação do Conselho Geral

Relator: Júlio Elvas Pinheiro

Introdução

O Conselho Distrital de Lisboa (CDL) da Ordem dos Advogados foi destinatário de uma missiva em que se “*vem dar conhecimento e solicitar a intervenção desse Conselho quanto a uma situação de incompatibilidade no exercício da Advocacia. A D.^{ra} ... acumula ilegalmente o exercício da Advocacia com as funções de jurista na CML, além de prestar assessoria no Gabinete da Sra. Vereadora, violando as cláusulas do contrato de exclusividade que tem com a CML e o art. 77.º, als. g) e j) do EOA*” (fls. 2).

A referida missiva acha-se subscrita por ..., não existindo qualquer outro elemento identificativo do declarante; está aposta como registo de entrada do documento no CDL a data de 14 de Outubro de 2010.

O Sr. Presidente do CDL remeteu a missiva ao Sr. Bastonário, estando aposta como registo de entrada do documento no Conselho Geral a data de 15 de Outubro de 2010.

No mesmo documento, conforme declaração manuscrita datada de 1 de Fevereiro de 2011, o Sr. Bastonário autuou como parecer e indicou para Relator o Sr. Dr. Marcelino Pires.

Por Parecer datado de 18 de Janeiro de 2012, para ser remetido à sessão seguinte do Conselho Geral, o Sr. Relator entendeu que *“não tem este Conselho Geral elementos para se pronunciar sobre a questão suscitada, razão porque deve ser notificada a D.^{ra} ... para vir informar os autos se exerce funções de jurista na CML e de assessora da Vereadora, bem como (caso exerça de facto, essas funções) para juntar aos autos documento que comprove que exerce a sua atividade em regime de subordinação e exclusividade nessa entidade.”*

Notificada para o efeito pelo Conselho Geral a 17 de Fevereiro de 2012, por ofício 0028 (Processo de Averiguação de Compatibilidade n.º 1/PP/2011-G), respondeu a S.^{ra} Advogada por carta, acompanhada de 7 documentos, datada de 5 de Março de 2013 (fls. 15 a 33).

Na ocasião, a S.^{ra} Advogada informa acerca das funções que exerce na CML, que iniciou em 3 de Setembro de 2001 com a celebração de contrato de trabalho a termo certo, o qual renovou ao longo de dois anos.

Mais refere que por despacho de 29 de Julho de 2003 da S.^{ra} Vereadora foi autorizada a abertura de procedimento por consulta prévia para a celebração de um contrato de avença tendo a prestação de serviço sido adjudicada em 19 de Agosto de 2003 e assinado em 1 de Setembro de 2003 o respetivo contrato de prestação de serviço (cujo objeto refere ser a assessoria e consultoria jurídicas ao Departamento de Conservação de Edifícios Particulares).

Mais declara que o contrato foi sendo renovado por períodos de doze meses ao longo dos anos de 2003 a 2008; neste ano foi constituído um Tribunal Arbitral com o objetivo da adequação dos vínculos do pessoal do Município de Lisboa tendo sido determinada por decisão de 7 de Outubro de 2008 a integração da aqui

Recorrente no quadro de Pessoal de Direito Privado do Município de Lisboa, na sequência do que celebrou um contrato individual de trabalho por tempo indeterminado.

Refere ainda nunca ter sido exigido que exercesse funções em regime de exclusividade e que as mesmas sempre foram de consultoria jurídica, desempenhando-as ininterruptamente desde que iniciou a prestação de serviços no Município, pelo que deve considerar-se como data originária a da celebração do contrato de trabalho a termo certo, ou seja, desde 3 de Setembro de 2001.

Refere ainda que, aquando da referida data vigorava o DL n.º 84/84, de 16/3 (EOA) cujo art. 69.º, n.º 1, al. i) dispunha ser incompatível o exercício da advocacia com as funções de “funcionário ou agente de quaisquer serviços públicos de natureza central, regional ou local, com exceção dos docentes de disciplinas de Direito.

Sustenta ainda que sempre entendeu que a respetiva situação estava incluída na exceção do n.º 2 do mesmo artigo, segundo o qual

“As incompatibilidades atrás referidas (...) só não compreendem os funcionários e agentes administrativos providos em cargos com funções exclusivas de mera consulta jurídica, previstos expressamente nos quadros orgânicos do correspondente serviço, e os contratados para o mesmo efeito.”

Conclui declarando que, não obstante o art. 77.º, n.º 1, al. j) do EOA em vigor (Lei n.º 15/2005, de 26 de janeiro) estabelecer que é incompatível as funções de funcionário, agente ou contratado de quaisquer serviços de interesses público, de natureza central, regional ou local, o art. 81.º do mesmo EOA estabelece que “As incompatibilidades e impedimentos criados pelo presente Estatuto não prejudicam os direitos legalmente adquiridos ao abrigo de legislação anterior.”

Com data de 19 de Julho de 2012, o Sr. Relator subscreveu Proposta de Deliberação, composta por Introdução, Descrição dos Factos e Fundamentação, a que se segue a Deliberação proposta.

Na Introdução, o Sr. Relator refere que *“a questão que importa averiguar neste processo é a (in)existência de incompatibilidade entre as funções de advogado e as funções de funcionário público”*.

tibilidade entre o exercício de funções de Advogado com os cargos de assessoria jurídica na CML e no Gabinete da Vereadora”, após o que refere que “cumpre em primeiro lugar aferir da legitimidade deste Conselho Geral para declarar e aplicar as incompatibilidades e impedimentos dos cargos exercidos por advogados. Ora tal competência resulta, de forma clara, da leitura conjugada do art. 45.º, n.º 1, al. d) do EOA com o art. 76.º, n.º 5, do EOA.”

Após a descrição dos Factos, que dou aqui por reproduzidos (fls. 34v e 35) , o Sr. Relator na sua Fundamentação começa por transcrever o art. 77.º do EOA, referindo que “o art. 77.º, n.º 1 contém uma presunção de incompatibilidade. Nessa medida, aqueles que prestem a sua atividade profissional numa das entidades aí elencadas (ou em outras que se encontrem em situação análoga) encontram-se numa situação de incompatibilidade, não podendo exercer a advocacia. No entanto, os n.ºs 2, 3 e 4 do citado normativo contêm exceções a essa regra. Existindo, como existe, uma presunção de incompatibilidade, a prova de que o caso concreto se inclui numa das exceções cabe aquele que a alega.

Deste modo, e tendo em conta o supra exposto, cabe à Sra. Dra. ... provar que a sua situação profissional configura uma das exceções previstas no referido artigo. No entanto, salvo melhor opinião, é nosso entendimento que a S.ª D.ª não logrou tal objetivo.”

De seguida, o Sr. Relator desenvolve a respetiva fundamentação, considerando diversos preceitos da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro (“Regime de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações dos Trabalhadores que exercem funções públicas, aplicável aos serviços da administração direta e indireta do Estado”), e o EOA, apreciando a situação da eventual incompatibilidade do exercício da advocacia pela S.ª D.ª, sendo esta trabalhadora do município (fls 36 a39, que aqui dou por reproduzidas, *brevitatis causa*).

Conclui propondo ao Conselho Geral, para deliberação deste que “face à situação de incompatibilidade com o exercício da advocacia vinda de enunciar, notifique-se a D.ª no sentido de requerer a suspensão, nos termos do disposto na alínea d) do

art. 86.º do EOA, da inscrição na Ordem dos Advogados, no prazo de trinta dias, sob pena de, não o fazendo, ser comunicada a situação ao Conselho de Deontologia de Lisboa.”

A fls. 50 os autos consta a seguinte declaração, subscrita pelo Exmo. Sr. Bastonário: “Aprovado por unanimidade em sessão do Conselho Geral de 3 de Outubro de 2012”, tendo a aqui Recorrente sido notificada da deliberação mediante carta subscrita por (Assistente Administrativo do Departamento de Processos do Conselho Geral) datada de 12 de Novembro de 2012.

A fls 52 consta cota subscrita pelo referido Assistente Administrativo que refere “aos dezasseis de Novembro de 2012 foram os presentes autos consultados nesta Secretaria pela Ex.^{ma} Senhora D.^{ra} (....).”

A fls. 53 e 53 v. consta requerimento manuscrito então subscrito pela S.^{ra} D.^{ra} ao Ex.^{mo} Relator na qual declarava pretender interpor recurso para o Conselho Superior da referida Deliberação do Conselho Geral e solicitava:

- “a) Fotocópia da missiva da denunciante, assim como dos documentos que foram anexado à mesma (*prints* da página da OIA e meios e recursos da CML);
- b) Fotocópia do envelope que serviu para remeter a missiva supra indicada, a qual não foi colocada no processo;
- c) Fotocópia dos documentos constantes de fls.6, 6v, 7, 8, 11 e 50.”

Por Despacho a fls. 55, o Ex.^{mo} Relator determinou fossem extraídas e remetidas à interessada as fotocópias de fls. 2,3,4, 6, 6v., 7, 8, 11 e 50.

O recurso subscrito pela Sra. Dra. .. (fls 58 a 74) deu entrada no Conselho Geral em 29 de Novembro de 2012, tendo sido inicialmente indeferido por Despacho do então Senhor Relator, com fundamento em intempestividade (fls. 76) e objeto de pedido de reapreciação efetuado pela Senhora Advogada Recorrente (fls. 81 e 82) mercê do que o então Senhor Relator proferiu novo Despacho (fls. 85), o qual admitiu o recurso e determinou a subida dos autos a este Conselho Superior.

Refere, em suma, a Motivação do Recurso efetuado pela S.^{ra} D.^{ra} ... (fls. 58 a 74):

- O procedimento teve início numa missiva remetida por alguém que disse chamar-se “Isabel Silva”, sem contudo apresentar identificação completa;
- Por ofício com a referência B 0028 a denunciada foi notificada para informar se efetivamente exercia funções de Jurista na CML e de assessora da Vereadora e, em caso afirmativo, para comprovar documentalmente que exercia tal atividade em regime de subordinação e exclusividade nessa entidade.
- Em 26 de Novembro de 2012 a Recorrente recebeu correio registado no seu escritório contendo as fotocópias dos documentos solicitados em 16/11/2012, exceto o documento solicitado na alínea *b*) do seu requerimento (“fotocópia do envelope que serviu para remeter a missiva supra indicada a qual não foi colocada no processo”) sendo a decisão omissa no que respeita a esta alínea. A Recorrente desconhece o motivo pelo qual o referido documento não lhe foi remetido, contudo mantém a sua pretensão.
- Entende a Recorrente que todo o procedimento, ao ter início a partir de uma missiva de alguém que não apresentou identificação completa, iniciou-se a partir de uma denúncia anónima, mercê da qual a Ordem dos Advogados deveria ter tomado uma única posição — proceder ao arquivamento dos autos — e considerado nulo todo o processado, atento o facto de a Recorrente invocar ter-lhe sido coartado o direito fundamental à Justiça e à Cidadania, nos termos dos art. 133.º, n.ºs 1 e 2, alínea *d*) do CPA e arts. 20.º e 26.º da CRP;
- Mais refere ser no mínimo curiosa a interpretação que o Conselho Geral fez da missiva enviada pela referida Isabel Silva: “depreendemos que esta pretende que este Conselho emita parecer sobre a questão”, interpretação de que a Recorrente discorda em absoluto, “uma vez que a pre-

tensão da denunciante é bem clara: dar a conhecer uma situação e que a mesma seja averiguada, entendendo a Recorrente que o Conselho Geral extrapolou o que lhe era solicitado, emitindo oficiosamente um parecer que não lhe foi requerido”;

- Segundo a Recorrente, a tal Isabel Silva não demonstrou ser titular de um direito, ter interesse em agir, ter interesse pessoal e legítimo, nem muito menos demonstrou estar perante interesses legalmente protegidos”;
- Ainda refere que “O Senhor Relator, Dr. Marcelino Pires, violou o disposto no art. 53.º, n.º 1 do CPA, porquanto, embora tivesse, com todo o zelo, suscitado e analisado a questão da legitimidade do Conselho Geral para emitir parecer, não demonstrou qualquer preocupação em analisar a legitimidade da denunciante para apresentar o pedido que efetuou, como é sua obrigação”;
- Acerca da impossibilidade de consulta do processo, do não envio da identificação da denunciante e da cópia da denúncia após requerimento, e em face de no parecer do Senhor Relator, aprovado pelo Conselho Geral, não existir qualquer justificação ou fundamentação para que se pudesse concluir que tal informação é irrelevante e muito menos que tal informação não deveria ter sido fornecida à Senhora Recorrente, alega esta terem sido violados os arts. 124.º do CPA, 268.º, n.º 3 da CRP, 61.º do CPA e 268.º, n.º 1 da CRP;
- Alega por outro lado que o pedido de reprodução de vários documentos que solicitou em 16/11/2012 se enquadra no art. 63.º do CPA, tendo este preceito sido violado ao ser submetido a Despacho do Senhor Relator aquele pedido;
- Mais alega a Recorrente ter havido violação dos art. 100.º e 101.º do CPA, porquanto entre a notificação efetuada em Fevereiro de 2012 e a que notificou a Recorrente da deliberação do Conselho Geral que fixou o prazo de 30 dias para requerer a suspensão da sua inscrição na OA, com

fundamento em incompatibilidade, não foi dado à Recorrente conhecer o projeto de Deliberação;

- Invoca também a Recorrente diversas faltas de menções obrigatórias no acto praticado a que se refere o supra mencionado ofício B0259, do que resulta, em seu entender, a violação do art. 123.º do CPA;
- Refere, por outro lado, ter ocorrido violação do princípio da imparcialidade, porquanto da consulta do site da Ordem dos Advogados (fls. 72 a 74) a Recorrente conclui que “o Ilustre Relator, Dr. Marcelino Pires, que emitiu o parecer, também o votou favoravelmente, enquanto Vogal do Conselho Geral”, sendo esta “dupla intervenção do Dr. Marcelino Pires atentatória daquele princípio e violadora do arts. 44.º e 51.º do CPA, e do art. 266.º da CRP;
- Relativamente ao conteúdo do parecer, a Recorrente sustenta extensamente a incorreção jurídica daquele, com fundamentos constantes a fls. 65 a 67;
- Pelo que conclui a Recorrente o respetivo Recurso solicitando o seu provimento e, por conseguinte, conforme transcrição integral a que procedo:
 - “1. Deverá ser nula a Deliberação do Conselho Geral de 3/10/2012 por ter aceite a denúncia anónima, a qual viola os direitos e interesses da denunciada, ora recorrente, assim como todo o processado, devendo por conseguinte a denúncia ser arquivada; caso assim não se entenda, o que por mera hipótese se refere;
 2. Seja a Deliberação do Conselho Geral da Ordem dos Advogados anulada por violar as disposições legais supra referidas do CPA; se ainda assim não se entender, o que por mera cautela se refere;
 3. Deverá ser considerada a data de 3/9/2001 não só para efeitos de antiguidade mas, também, para efeitos de salvaguarda dos direitos e interesses do recorrente, e enquadrar-se a sua situação no art. 69.º, n.º 2 do EOA,

na versão aprovada pelo DL n.º 84/84, de 16/3, sendo o exercício da advocacia compatível com o exercício de funções prestadas por “(...) funcionários e agentes administrativos providos em cargos com funções exclusivas de mera consulta jurídica, previstos expressamente nos quadros orgânicos do correspondente serviço, e os contratados para o mesmo efeito” e o art. 81.º do EOA na versão de 2005, o qual estabelece que “as incompatibilidades e impedimentos criados pelo presente Estatuto não prejudicamos direitos legalmente adquiridos ao abrigo de legislação anterior.”

Apreciação

A S.^{ra} D.^{ra} ... suscita no seu Recurso múltiplas e diferenciadas questões, quanto à natureza e relevância nestes autos, cujo conhecimento importará apreciar nesta sede.

A primeira das quais é, manifestamente, a da admissibilidade, pelo Conselho Geral, da missiva subscrita por Isabel Silva que, por escassamente identificada, deveria, no parecer da Recorrente, ter levado à liminar rejeição daquela e ao correlativo arquivamento da denúncia.

Crê-se não ter aqui razão a S.^{ra} D.^{ra}, se bem atentarmos à natureza específica da denúncia em causa e às atribuições legalmente cometidas à nossa Ordem.

Recorde-se que a denúncia relata um alegado caso de exercício ilícito de advocacia, concretamente o exercício em violação de regras de incompatibilidade.

Constitui atribuição primária da OA, “atribuir o título profissional de advogado e de advogado estagiário, bem como regulamentar o exercício da respetiva profissão” (art. 3.º, alínea c) do EOA); por outro lado, a Lei que regula as Associações Públicas Profissionais (Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro e, à data do Recurso, a Lei n.º 6/2008, de 13 de Fevereiro, por aquela revogada) comete

expressamente às associações públicas “a regulação do acesso e do exercício da profissão” (art. 5.º, n.º 1, alínea c).

Como tal, a definição e a compreensão do perímetro dos membros do colégio dos profissionais — no caso, do colégio dos advogados — assim como as regras do respetivo exercício, constituem matérias necessariamente cometidas à respetiva ordem profissional, que podem seguramente identificar-se, destarte, como atribuições primárias da associação pública profissional, como resulta linearmente da Lei.

Como tal, não poderá nunca a Ordem alhear-se do conhecimento de quem são os respetivos membros, se estes exercem regularmente a respetiva atividade ou mesmo — não é manifestamente, o caso dos autos — se alguém se arroga o exercício da profissão sem a devida licença. E para a cabal prossecução destas atribuições, a Ordem pode e deve conhecer oficiosamente. Deste ponto de vista, a aplicação de uma regra de legitimidade adjetiva (como parece pretender a Recorrente, a fls. 59 e 60) quedaria sem sentido e conduziria a resultado indesejável, exatamente porque **não faz jus nem se adequa à dimensão administrativa e não jurisdicional** que o Conselho Geral foi especificamente chamado, na Deliberação em crise, a apreciar: curar de esclarecer se determinado Senhor Advogado preenche os requisitos legalmente exigíveis para exercer lícitamente a profissão.

Estando, manifestamente, no âmbito tipicamente administrativo da atividade da Ordem (concretizado no escrutínio da licitude do exercício da atividade, por parte de um dos membros do colégio dos profissionais), o arquivamento da denúncia com fundamento em ilegitimidade da denunciante deixaria a Ordem impossibilitada de, no caso concreto, prosseguir a indeclinável atribuição estatutária que lhe está cometida pelos sobreditos art. 5.º, n.º 1, alínea c) da Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro e art. 3.º, alínea c) do EOA).

Vimos que a OA é uma associação pública profissional, não é um clube de advogados nem um sindicato de advogados: daí que se imponha o conhecimento oficioso da matéria objeto da denúncia, ainda que a denunciante se ache escassamente identificada ou, no limite, fosse possível sustentar a ilegitimidade daquela.

Se bem se atentar, a própria Senhora Advogada Recorrente assinala e reconhece aquela intervenção oficiosa, quando, escreve:

“A recorrente discorda em absoluto com esta interpretação, uma vez que a pretensão da denunciante é bem clara: dar a conhecer uma situação e que a mesma seja averiguada, e entende a recorrente que o Conselho Geral extrapolou o que lhe era solicitado, *emitindo oficiosamente um parecer* que não lhe foi requerido.”

Concluo portanto, pelo acerto do Conselho Geral ao aceitar a denúncia recebida e ao instaurar o processo de averiguação de incompatibilidade a que se refere a Deliberação ora em crise, que instaurou no âmbito das respetivas atribuições estatutárias e no necessário desempenho dos seus poderes públicos, *in casu* na parte especificamente relativa ao conhecimento do (lícito) exercício da atividade por parte dos membros do respetivo colégio.

Num outro plano, a Senhora Advogada Recorrente invoca a Lei das Associações Públicas Profissionais, para assinalar o reforço da sujeição dos seus regulamentos ao ordenamento administrativo (fls 59).

Isto mesmo resulta cristalinamente do art. 4.º da Lei atual (Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro), quando refere que “em tudo o que não estiver regulado na presente lei e na respetiva lei de criação, bem como nos seus estatutos, são subsidiariamente aplicáveis às associações públicas profissionais: a) no que respeita às suas atribuições e ao exercício dos poderes públicos que lhes sejam conferidos, o Código do Procedimento Administrativo, com as necessárias adaptações, e os princípios gerais de direito administrativo.”

Tem razão a Senhora Advogada Recorrente quando menciona a aplicação de regras e princípios de direito administrativo quando está em causa o exercício de poderes públicos pelas associações profissionais.

Ora, estando aqui em causa um processo de averiguação de incompatibilidade, manifestamente de índole administrativa, não jurisdicional, repete-se, como aquele que foi originariamente apreciado pelo Conselho Geral da Ordem, afigura-se que a Senhora

Advogada, enquanto particular interessado, deveria ter — nos termos do art. 100.º do Código do Procedimento Administrativo — podido previamente conhecer o projeto de decisão final (correspondente à proposta de Deliberação apresentada pelo Senhor Relator ao Conselho Geral) e o respetivo sentido provável daquela decisão.

Ocorre aqui uma ilegalidade que vicia o procedimento administrativo e que foi expressamente invocada pela Senhora Advogada Recorrente (fls. 62 e 71), e que o Direito sanciona com a invalidade da proposta de Deliberação subscrita pelo Senhor Relator em 19 de Julho de 2012.

Deliberação

Procede o recurso apresentado pela S.^{ra} D.^{ra} relativamente à Deliberação do Conselho Geral no âmbito do Processo de Averiguação de Incompatibilidade n.º 66/2013-CS-R, por motivo de violação de regras legais imperativas em matéria de procedimento e de imparcialidade, de acordo com a fundamentação antecedente.

Os autos deverão, em conformidade, ser remetidos ao Conselho Geral, para os devidos efeitos, prosseguindo o processo de Averiguação de Incompatibilidade e praticando-se os actos e procedimentos necessários à formulação de uma vontade válida daquele órgão quanto à matéria da denúncia recebida em 14 de Outubro de 2010.

Notifique-se a Recorrente e a Senhora Bastonária.

Lisboa, 27 de Março de 2014

O Relator
JÚLIO ELVAS PINHEIRO

Acórdão

Acordam os do Conselho Superior, reunidos e, Plenário, em aprovar o parecer do Relator que antecede e assim, deliberar procedente o recurso por se considerar viciado o procedimento administrativo, por não ter sido concedido o direito de audiência prévia.

Mais deliberam remeter os autos para o Conselho Geral.

*Aprovado em Sessão Plenário do Conselho Superior
de 15 de Maio de 2014*