

O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE DAS INCOMPATIBILIDADES (*)

(PARA UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DOS PRECEITOS DEONTOLÓGICOS SOBRE INCOMPATIBILIDADES)

Pelo Dr. Paulo Castro Rangel

1. Introdução

Na medida em que a escolha (e o conseqüente exercício) da profissão de *advogado* configura uma concretização da *liberdade fundamental* de escolha da profissão, constitucionalmente tutelada, pode qualificar-se o Estatuto da Ordem dos Advogados, no que toca aos preceitos para o efeito relevantes, como um acto jurídico *restritivo* de direitos, liberdades e garantias. É justamente nessa óptica, quanto a mim, a óptica *juridicamente* adequada, que vai tratar-se do problema das *restrições ao direito de inscrição* (art. 156.º do Estatuto (1)), nomeadamente das situações de *incom-*

(*) O presente trabalho corresponde, com levíssimas alterações, ao relatório de conclusão do estágio de advocacia («dissertação sobre deontologia profissional», segundo os dizeres do art. 166.º, n.º 1, alínea *d*), do Estatuto), devendo ser lido à luz das específicas finalidades que a lei e a Ordem dos Advogados fixam a esse trabalho. Não deve, por isso, estranhar-se que, a ter algum valor, ele valha mais pelo conteúdo ideológico e pela intenção pragmática do que propriamente pela elaboração doutrinal ou intenção científica.

Com a publicação deste relatório, gostaria de publicamente agradecer ao meu patrono, Dr. Carlos Osório de Castro — agradecimento extensivo aos seus associados —, pelo empenho e disponibilidade que sempre me dispensaram ao longo do período de estágio.

(1) Doravante abreviadamente designado por E.O.A.

patibilidade (arts. 68.º-71.º do E.O.A) e, em particular, da *controvérsia* sobre o carácter meramente exemplificativo ou verdadeiramente taxativo das incompatibilidades para o exercício da advocacia ⁽²⁾.

Sendo certo que o presente relatório deve constituir um trabalho de *deontologia profissional*, poderá legitimamente perguntar-se se a perspectiva *jurídica* aqui conscientemente adoptada será uma aproximação *adequada*, e mais do que isso, *admissível*. Sem a pretensão de versar o intrincado tema da *natureza* dos preceitos deontológicos — o que inelutavelmente excederia os limites do objecto proposto — sempre se produzirão algumas considerações.

É hoje, de todos ou de quase todos os lados, reconhecido, senão mesmo «propagandeado», o carácter *público* da profissão (ou, como já se escreveu, da «*função*» ⁽³⁾, de advogado. O sentido da advocacia é, pois, compreendido como um «instrumento da rea-

(2) Para se aquilatar da controvérsia que se desenvolveu em torno destes preceitos, bastará, por certo, a consulta dos dois acórdãos do Tribunal Constitucional que se debruçaram sobre a alínea *i*) do n.º 1 do art. 69.º do E.O.A.: Acórdão n.º 143/85, publicado no *D.R.* de 3 de Setembro de 1985, e Acórdão n.º 169/90, publicado no *D.R.* de 11 de Setembro de 1990. O primeiro deles pronuncia-se pela inconstitucionalidade parcial da referida alínea do n.º 1 do art. 69.º, enquanto que o segundo, partindo paradoxalmente de pressupostos diversos, considera não inconstitucional a parte sobejante. Patenteando ainda esta mesma *linha de fractura*, consulte-se, por um lado, no plano doutrinal, na *R.O.A.*, ano 53, Abril de 1993, pp. 185-190, em especial 187, a opinião de ABRAÃO VICENTE, fortemente crítica da subsistência da dita incompatibilidade, e, pela outra banda, na *R.O.A.*, ano 48, Dezembro de 1988, o acórdão da Sessão Plenária do Conselho Superior, de 23 de Setembro de 1988, relatado por M. GAIOSO HENRIQUES, em que, a contragosto, este alto órgão aplica a lei, sustentando, *de jure condendo*, a supressão das excepções à referida incompatibilidade (caso do exercício de funções docentes em estabelecimentos de ensino públicos). Sobre os funcionários públicos em geral, ver, de novo, o Acórdão n.º 169/90, do T.C.; o parecer de autoria de AMADEU MORAIS (nomeadamente quanto aos agentes e funcionários das empresas públicas), publicado na *R.O.A.*, ano 45, Setembro de 1985, pp. 599-608, no qual se conclui que estão em situação de incompatibilidade os trabalhadores de empresas públicas que explorem serviços públicos. Sobre a situação de notários e conservadores, ver os pareceres relatados por AUGUSTO LOPES CARDOSO, *R.O.A.*, ano 41, vol. III, pp. 886-900, e ano 45, Setembro de 1985, pp. 608-613, e ainda de LUÍS NEIVA SANTOS, *R.O.A.*, *idem*, pp. 613-618. Sobre a situação dos militares, ver o Acórdão do Conselho Geral, relatado por SEBASTIÃO HONORATO, *R.O.A.*, ano 52, Abril de 1992, pp. 295-302.

(3) É essa a expressão utilizada nos elementos de estudo fornecidos aos advogados estagiários durante o curso do primeiro período do estágio (consultaram-se os apontamentos fornecidos pelo Dr. ORLANDO GUEDES DA COSTA).

lização da justiça», desempenhando, então, o exercício da advocacia «um papel essencial na administração da justiça» (4). Por outro lado, sabe-se também que a importância da *confiança social* nas profissões livres (especialmente se, como vem de afirmar-se, os seus membros são vistos como efectivos «colaboradores da justiça») justifica a previsão constitucional e legal de associações públicas de profissionais (art. 267.º, n.º 3, da CRP 76 e DL 84/84, de 16 de Março) (5). Tudo isto reclama, naturalmente, uma especial competência técnico-científica, acompanhada de um elevado sentido ético. Pois bem, se é assim, não se estranhará que o valor das regras deontológicas seja aí crucial, e sendo-o, tais regras se voltam em autênticas normas jurídicas, criadas e assumidas (garantidas) pelo Estado. Aceitando a *natureza* inequivocamente *jurídica* dessas normas, terá de considerar-se que a eleição de uma perspectiva jurídica não só é *admissível*, como *adequada* e até *imprescindível*.

O recurso à aparelhagem metodológica do direito no conhecimento («detecção»), análise e aplicação dessas regras não deverá, porém, até pelo vigor das modernas correntes teleológicas, ignorar os respectivos *radical* e *conteúdo* deontológicos (6). Dito de outro modo, a regra deontológica quando *convertida* em norma jurídica aparecerá, enquanto tal (enquanto preceito deontológico), como *simples* fonte material de direito, de que a norma (jurídica) propriamente dita vem a ser fonte formal (7).

(4) Cfr. as expressões de ROGÉRIO SOARES, em *A Ordem dos Advogados: Uma Corporação Pública*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 124.º, p. 164.

(5) Ver ROGÉRIO SOARES, *artigo citado*, pp. 162-165; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra, 1993, pp. 443-444; FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, 1986, pp. 375-378.

(6) Reforçando a importância do conteúdo ético (*rectius*, deontológico) destas regras jurídicas, ver os elementos de estudo referidos, p. 9, sob a epígrafe «O conteúdo das normas deontológicas».

(7) Sobre o sentido atribuído às locuções *fontes formais* e *fontes materiais* de direito, sendo estas últimas «aqueles factores que se apresentam como a causa próxima do surgir de certas normas», BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983, p. 154; sobre o carácter jurídico das regras deontológicas das profissões livres, JORGE MIRANDA, *op. cit.*, volume IV, p. 444, e elementos de estudo citados, pp. 8 e 9, sob a epígrafe «Natureza dos preceitos deontológicos».

Do que acaba de se dizer, não deve, todavia, retirar-se a conclusão precipitada — que infelizmente anda amiúde repetida na boca e em escritos de muitos bons advogados — de que isso traduz um «paternalismo legal», uma intolerável «legalização da moral profissional», pretendendo-se, em alternativa, fundar ou fundamentar uma *autonomia originária* da Ordem, que seria agora uma instância segregadora de «direito» (*o direito dos e para os advogados*), independente do Estado, talvez até (porque não?) anterior a este ⁽⁸⁾.

Tal visão das coisas não tem, contudo, cabimento e consubstanciação em princípio (ou vontade) de graves retrocessos numa Democracia de Estado de Direito. Em primeiro lugar, a deontologia, num sentido lato, não se esgota na «legalização» daquele mínimo(-máximo) ético, eventualmente imanente à consciência geral do próprio «grupo sociológico», antes se apresenta, mais neutral e abrangentemente, como ordenamento profissional geral. Por outro lado, o progressivo reconhecimento do carácter público (-estadual) do exercício da advocacia contrasta com o pretendido afastamento do Estado da regulação do exercício dessa actividade de colaboração na justiça (esta, sim, monopólio do Estado). Em terceiro lugar, recorde-se a configuração da Ordem como um órgão da administração mediata ou indirecta do Estado ⁽⁹⁾, constitucionalmente integrado na Administração Pública, por força do art. 267.º, n.º 3, da C.R.P. de 1976, com poder regulamentar, mas não poder regulamentar *independente* ou *autónomo* — portanto, bem longe da *autonomia* regulamentar das autarquias locais, essa sim constitucional e institucionalmente garantida (242.º da C.R.P. de 1976) ⁽¹⁰⁾. Não restam, por fim, dúvidas, em face do que se foi

⁽⁸⁾ Ver novamente, no sentido criticado no texto, as pp. 8 e 9 dos elementos de estudo, onde se chega ao extremo de comparar a regulação do estatuto profissional dos advogados com a regulamentação estadual da ortografia, como se o desenvolvimento da actividade forense fosse comparável ao livre devir do sistema e da realidade linguísticos.

⁽⁹⁾ Cfr. ROGÉRIO SOARES, *artigo citado*, pp. 163 e 165; FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 314 (e pp. 303-313, para a respectiva caracterização do conceito).

⁽¹⁰⁾ Sobre a autonomia regulamentar das autarquias locais, designadamente sobre uma *reserva de normação local* por contraposição à reserva da lei, aceitando mesmo *complementações regulamentares* de proveniência autárquica em sede de direitos, liberdades e garantias, consultar VIEIRA DE ANDRADE, *Autonomia Regulamentar e Reserva de Lei*, separata dos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Afonso Rodrigues Queiró*,

adiantando ou insinuando, que a Ordem dos Advogados vem a ser, enquanto organização (pública), o produto de uma opção estadual soberana, a manifestação do poder organizatório do Estado, não correspondendo, pois, como às vezes parece supor-se, a uma comunidade (corporativa) anterior ao Estado, que este teria inelutavelmente de reconhecer e suportar e cujo «direito» se limitaria passivamente a incorporar ⁽¹¹⁾.

Em resumo, proceder-se-á a uma análise jurídica das regras das incompatibilidades num «ambiente discursivo» em que a Ordem dos Advogados é pré-compreendida não como um *poder corporativo independente e auto-regulado*, mas como um especial ramo da administração estadual (de substrato pessoal) e o seu Estatuto como um instrumento legal que, a matéria em causa, deverá ser qualificado como acto legislativo restritivo de direitos, liberdades e garantias ⁽¹²⁾.

número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDC), 1986. sobre este tema, ver ainda GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6.ª Edição, Coimbra, 1993, pp. 916-917.

⁽¹¹⁾ Ver ROGÉRIO SOARES, *artigo cit.*, especialmente pp. 162-164, onde se demonstra à saciedade que o Estado poderia ter escolhido outras soluções organizatórias, porventura mais onerosas para a liberdade profissional dos advogados e onde é peremptória a configuração da Ordem como o resultado de um acto criativo do Estado. Ver também PACHECO DE AMORIM, *A Liberdade de Escolha da Profissão de Advogado*, Coimbra, 1993, pp. 33-34. Ver ainda VIEIRA DE ANDRADE, *artigo cit.*, p. 22, que, mesmo para os entes locais, não aceita essa anterioridade, eventualmente justificativa de uma radical autonomia, o que sempre valerá, invocando o argumento *a fortiori*, para a solução da questão em análise. Mesmo BAPTISTA MACHADO que, esteado em M.S. GIANNINI, no seu *Participação e Descentralização, Democratização e Neutralidade na Constituição de 1976*, Coimbra, 1982, p. 9, afirma «(...) pelo menos as autarquias municipais são muito anteriores ao próprio Estado moderno», para com isso fundamentar uma *democracia da liberdade* por contraposição à *democracia da participação*, vem a afirmar, um pouco adiante, «(...) os entes territoriais (autarquias de população e território) e os entes não territoriais (autarquias institucionais) representam categorias completamente heterogêneas» — não gozando, portanto, os segundos da anterioridade (e consecutiva autonomia) que assinala aos primeiros.

⁽¹²⁾ Não se branda, pois, como contra-argumento, o equívoco art. 1.º, n.º 2, do E.O.A., onde se pode ler: «A Ordem dos Advogados é independente dos órgãos do Estado, sendo livre e autónoma nas suas regras». se a primeira frase é inatacável, podendo mesmo sustentar-se que a forma de associação (*rectius*, corporação) pública é o suporte organizatório dessa independência; já o sentido da segunda se afigura de difícil dilucidação. Creio que a única interpretação conforme à Constituição é a que faz PACHECO DE AMORIM, *op. cit.*, *maxime* pp. 71 e 78, nota 27, quando circunscreve o âmbito do preceito transcrito exclusivamente às «normas regulamentares internas de organização».

2. Incompatibilidades e liberdade de escolha da profissão

Nos termos do art. 47.º, n.º 1, da C.R.P. de 1976, «todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade». A doutrina constitucional concorda hoje na asserção de que esta «liberdade de escolha» vem a ser um *direito fundamental unitário*, com um conteúdo complexo que se poderá desdobrar em vários patamares de concretização ou densificação, a saber: (1) direito de escolha propriamente dito (integrando o direito à obtenção das habilitações); (2) direito de admissão ou ingresso; (3) liberdade de exercício; (4) direito de aperfeiçoamento (v.g., para promoção na carreira); (5) liberdade de abandono da profissão⁽¹³⁾.

Também parece ser pacífica a ideia de que se admitem restrições mais intensas à *liberdade de exercício* do que ao *direito de admissão* à profissão e de que se deverão admitir restrições mais intensas a este último do que ao *direito de escolha stricto sensu*, o qual apenas suportará os condicionamentos resultantes da colisão com outros direitos fundamentais. Trata-se da divulgada «teoria dos níveis» ou «teoria dos degraus», de acordo com a qual a liberdade de conformação(-restrição) do legislador ordinário vai aumentando à medida que se avança para um nível ou degrau mais densificado de concretização do direito-liberdade⁽¹⁴⁾. Desta teoria

(13) Neste sentido, ROGÉRIO SOARES, *artigo cit.*, p. 228, que fala em «direito fundamental unitário, cujos elementos são a escolha, a admissão, a assunção e o aperfeiçoamento, como também o abandono da profissão»; GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, Coimbra, 1993, Anotações II e V ao art. 47.º, onde se fala em «obtenção de habilitações», «ingresso na profissão», «exercício da profissão» e «progresso na carreira», bem como em «consideração materialmente unitária do direito de escolha»; JORGE MIRANDA, *op. cit.*, vol. IV, pp. 438-441, que se refere à *liberdade de escolha* (decomposta em «direito de escolha», «direito de acesso à formação», «direito à aprendizagem prática da profissão», «direito à promoção», «direito à especialidade» e «direito à mudança de profissão») e à *liberdade de exercício* (decomposta, por sua vez, em «direito às habilitações», «direito à livre eleição da modalidade jurídica», «direito de escolha do local», «direito de segredo profissional», «direito de inscrição e não inscrição em associações profissionais e sindicais», «direito de não privação do exercício da profissão»).

(14) Falando expressamente em «teoria dos degraus», ROGÉRIO SOARES, *artigo cit.*, p. 229; no entido do texto, GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA, *ob. e loc. cit.*

dos degraus estaria apenas excluída a *liberdade de abandono* que, naturalmente, enquanto lado negativo da *liberdade de escolha propriamente dita* (podendo mesmo implicar a *escolha* positiva de outra profissão), não deverá estar sujeita a uma possibilidade mais intensa de restrição (dito de outro modo, a liberdade de abandono é ainda liberdade de escolha ⁽¹⁵⁾).

De acordo com o art. 3.º, n.º 1, alínea *b*), do E.O.A., compete à Ordem dos Advogados a atribuição do «título profissional de advogado e de advogado estagiário e regulamentar o exercício da respectiva profissão». Nos termos do art. 53.º, n.º 1, «só os advogados e advogados estagiários com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados podem, em todo o território nacional e perante qualquer jurisdição, instância, autoridade ou entidade pública ou privada, praticar actos próprios da profissão e, designadamente, exercer o mandato judicial ou funções de consulta jurídica em regime de profissão liberal remunerada». Segundo o art. 156.º, n.º 1, alínea *d*), do E.O.A., «não podem ser inscritos os que estejam em situação de incompatibilidade ou inibição do exercício da advocacia» e, por força do n.º 2 do mesmo artigo, «aos advogados e advogados estagiários que se encontrem em qualquer uma das situações enumeradas no número anterior será suspensa ou cancelada a inscrição». Finalmente, constituem deveres do advogado para com a Ordem dos Advogados, nos termos das alíneas *d*) e *e*) do art. 79.º do E.O.A., «declarar, ao requerer a inscrição, para o efeito de verificação de incompatibilidade, qualquer cargo ou actividade profissional que exerça» e «suspender imediatamente o exercício da profissão e requerer, o prazo máximo de 30 dias, a suspensão da inscrição na Ordem dos Advogados quando ocorrer incompatibilidade superveniente», sendo que, a todo o tempo, «os conselhos distritais ou o conselho geral podem solicitar dos advogados e advogados estagiários as informações que entendam necessárias para a verificação da existência ou não de incompatibilidade» (art. 70.º n.º 1, do E.O.A.).

(15) Talvez seja essa a razão, pela qual GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA, ao contrário de ROGÉRIO SOARES e de JORGE MIRANDA, não autonomizam a liberdade de abandono ou mudança de profissão; cfr. *supra*, a este propósito, a nota 13.

Da transcrição destes preceitos tira-se, com meridiana clareza, o regime de inscrição obrigatória na Ordem dos Advogados, o que significa que a *admissão ao exercício da profissão* está condicionada à inscrição na Ordem. Sendo assim, e não questionando a maior ou menor propriedade da solução legal ⁽¹⁶⁾, pode afirmar-se que, na medida em que a subsistência de uma situação de *incompatibilidade originária* é fundamento (vinculado) de recusa da inscrição (logo, de não admissão ao exercício da profissão) e na medida em que a ocorrência de uma situação de *incompatibilidade superveniente* constitui causa de suspensão da inscrição, a delimitação (legal) das situações de incompatibilidade consubstancia uma restrição à liberdade de escolha da profissão, na sua dimensão (nível, grau) de *direito à admissão ou ao ingresso na profissão*. Como adiante se verá, trata-se de um nível em que só serão de admitir restrições em homenagem a um «bem colectivo especialmente importante», enquanto que, por exemplo, ao nível da liberdade de exercício da profissão, a «apreciação razoável do

(16) Aparentemente contra o regime de inscrição obrigatória ou, pelo menos, manifestando as maiores reservas («só em casos extremos»), GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA, por o considerarem atentatório da liberdade negativa de associação (art. 46.º, n.º 3), cfr. *op. cit.*, Anotação IX ao art. 267.º da CRP de 1976. Em sentido favorável ao regime de inscrição obrigatória, fornecendo o respectivo enquadramento jurídico e a pressuposta justificação doutrinal, os quais me parecem essencialmente correctos e que aqui dou como reproduzidos, ROGÉRIO SOARES, *artigo citado*. Aceitando também o regime de inscrição obrigatória nas *associações públicas profissionais* («dever de os profissionais lhes pertencerem para legalmente exercerem as respectivas profissões»), mas contrabalançando-o com um vigoroso regime de garantias para os membros da associação, que sumariemos na transcrição seguinte: «(...) à privação da liberdade negativa de associação dos profissionais colegiados relativamente à ordem ou à câmara corresponde a privação da liberdade positiva da ordem ou da câmara — como seria se fosse associação privada — de aceitar ou deixar de aceitar (observado o princípio da igualdade, enquanto tiver de ser observado) quem quer que seja como associado. A correlação é absolutamente necessária», ver JORGE MIRANDA, *op. cit.*, vol. IV, pp. 445-447. Pesando os *prós* e os *contras* de uma e de outra solução, ver PACHECO DE AMORIM, *op. cit.*, pp. 34-38. Sobre esta questão já se pronunciou expressamente o Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta, tendo considerado como não inconstitucional o regime de inscrição obrigatória na Ordem dos Advogados, em termos que seguem de perto a opinião de ROGÉRIO SOARES, ver Acórdão n.º 497/89, de 13 de Julho, publicado em *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, volume 14.º (1989).

interesse público» será justificação suficiente da limitação dessa mesma liberdade (17).

3. As restrições ao direito de admissão à profissão (direito de inscrição)

A doutrina constitucional reconhece hoje que as leis restritivas ou restrições legais de direitos, liberdades e garantias são apenas um dos limites dos direitos fundamentais. Sendo assim tende a falar-se, apesar da variedade das classificações, em três tipos de limites aos *direitos (subjectivos) constitucionais*: leis restritivas, colisões de direitos e limites imanentes (18). *Grosso modo*, poderia dizer-se que tais categorias doutrinárias se distinguiriam entre si pela instância que opera a limitação do direito em causa. Assim, *limites imanentes* serão as restrições de direitos fundamentais imediatamente operadas, de modo expresso ou implícito, pelo legislador constituinte — trata-se aí de formas de exercício do direito fundamental directamente proibidas pela constituição; *leis restritivas* serão os limites de direitos que são criados pelo legislador ordinário — cura-se aí de modos de exercício do direito facultados pela Constituição, mas interditados, com um ou outro fundamento, pelo legislador; colisões de direitos serão aquelas limitações aos direitos fundamentais ope-

(17) As citações do texto, que ilustram bem uma aplicação prática da teoria dos degraus, são tiradas de ROGÉRIO SOARES, *artigo cit.*, pp. 228-229.

(18) É esta a classificação de VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983, pp. 213-248, com distinção sumária nas pp. 213-214, e também a de M. AFONSO VAZ, *Lei e Reserva da Lei*, Porto, 1992, pp. 315-327, e, ao que creio, a de CASALTA NABAIS, *Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, separata do vol. LXV do BFDC, Coimbra, 1990, pp. 20-39. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, pp. 601-647, *maxime* pp. 604-606 e 643-645, sem grande divergência, autonomiza a categoria das *restrições constitucionais* (expressas) da categoria dos *limites imanentes* (limites constitucionais não escritos), relativamente aos quais manifesta sérias reservas e cautelas. Assentando numa terminologia diversa, falando em *restrições imediatas* (operadas directamente pela constituição e que podem ser explícitas ou implícitas) e em *restrições mediatas* (dinamizadas pelo legislador ordinário, mas permitidas pela constituição), não autonomizando a categoria dos limites imanentes e empregando o termo «limite» em sentido diferente, ver JORGE MIRANDA, *op. cit.*, pp. 296-304.

radas em consideração de outro valor fundamental (conflituante), não já pelo legislador, mas pelo aplicador do direito (paradigmaticamente, o juiz), limitação que, naturalmente, só poderá ocorrer num caso concreto e em virtude da particular força jurídica dos referidos direitos (aplicabilidade directa e imediata e vinculatividade geral pública e privada) (19).

No caso vertente, encontramos-nos, inequivocamente, perante restrições de ordem legal. Apesar de admitidas, as leis restritivas têm de obedecer a apertados requisitos, enunciados no art. 18.º da C.R.P. de 1976. Assim, a lei (1) só pode restringir nos casos expressamente previstos na Constituição (reserva de lei restritiva); (2) deve limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses legalmente protegidos (princípio da necessidade e da proporcionalidade, proibição do excesso, teorias *relativas* do «conteúdo essencial»); (3) não pode ter efeitos retroactivos (proibição da retroactividade); (4) tem de revestir carácter geral e abstracto (reserva material de lei); (5) não pode diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (teorias *absolutas* do «conteúdo essencial») (20). Além destes específicos requisitos, devem ser destacados outros dois de ordem geral, que valem, por conseguinte, para toda e qualquer intervenção legislativa em matéria de direitos fundamentais (ainda que não restritiva, mas simplesmente «regulamentadora» ou «acondicionadora»): (1) princípio da igualdade (art. 13.º da C.R.P., particularmente importante no caso vertente); (2) reserva relativa de competência legislativa exclusiva da Assembleia da República (art. 168.º, n.º 1, alínea *b*), da C.R.P. de 1976, reserva de lei formal ou reserva do Parlamento) (21).

(19) Segue-se aqui, basicamente, a lição de M. AFONSO VAZ, *obra e local citados*.

(20) Sobre estes requisitos, ver M. AFONSO VAZ, *op. cit.*, p. 296; JORGE MIRANDA, *op. cit.*, pp. 304-308; GOMES CANOTILHO, falando sugestivamente em «limites de limites», *op. cit.*, pp. 610-620. Sobre as teorias absolutas e teorias relativas do «conteúdo essencial» e a adopção de ambas na Constituição Portuguesa, ver ainda VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 233-241.

(21) Sobre os diversos tipos de intervenção legislativa em sede de direitos, liberdades e garantias, ver VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 226-229; M. AFONSO VAZ,

Compreendido o alcance da restrição em causa (restrição legislativa) e arrolados os limites (específicos e de ordem geral) que deverá respeitar, cabe recordar que art. 47.º, n.º 1, autoriza expressamente a emanção de leis restritivas, desde que as limitações sejam impostas pelo *interesse colectivo* ou sejam *inerentes à própria capacidade*. É, pois, dentro deste contexto de permissão (de *previsão*) de limitações ao «direito de inscrição» (*rectius*, à liberdade de escolha num sentido lato, e ao direito à admissão, em particular) que importa situar devidamente a «figura» das incompatibilidades.

Um primeiro grupo de situações de restrição ao «direito de inscrição» que, numa tipologia adrede construída, poderemos designar por *restrições de 1.º grau*, agregará as condições do tipo *subjectivo*, ligadas à *capacidade pessoal*, enquanto fundamento constitucionalmente relevante de restrição legal à liberdade de escolha da profissão. Estará aqui, desde logo, a competência técnico-científica que, no caso em apreço, se traduz na exigência da licenciatura em direito. Com efeito, nos termos do art. 1.º, n.º 1, do E.O.A., a Ordem dos Advogados é «a instituição representativa dos *licenciados em Direito* que, em conformidade com os preceitos deste Estatuto e demais disposições legais aplicáveis, exercem a advocacia» (22), o que, em conjugação com o regime de inscrição obrigatória, equivale a dizer que só os licenciados em

op. cit., pp. 311-315; GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, pp. 631-637, que distingue entre conformação, concretização e restrição; JORGE MIRANDA, *op. cit.*, pp. 294 e 298; M. AROSO DE ALMEIDA, *Os direitos fundamentais dos administrados após a Revisão Constitucional de 1989*, separata da revista *Direito e Justiça*, vol. VI, 1992, pp. 305-317, *maxime* 305-306. Relacionando a exigência material da igualdade (art. 13.º da C.R.P. de 1976) com a exigência tradicional da generalidade (art. 18.º, n.º 3, da C.R.P. de 1976), M. AFONSO VAZ, *op. cit.*, pp. 345-364; sobre a importância do princípio da igualdade nesta matéria, JORGE MIRANDA, *op. cit.*, pp. 213-229; GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, pp. 562-572; referindo-se à incidência da jurisprudência constitucional sobre este ponto, CASALTA NABAIS, *op. cit.*, pp. 43-62. Sobre o sentido actual da reserva do Parlamento, enquanto uma das dimensões em que se desdobrou o tradicional princípio da reserva de lei, e propondo uma compreensão alternativa e inovadora das relações entre actos legislativos do Parlamento e actos legislativos do Governo, M. AFONSO VAZ, *op. cit.*, pp. 388-394 e pp. 428-450.

(22) Itálico acrescentado.

direito podem exercer a advocacia ⁽²³⁾. Constituirão também restrições de 1.º grau aquelas exigências que — atendendo ao interesse público-estadual num desempenho *correcto* da profissão e ao carácter acentuadamente técnico das respectivas prestações (subtraídas, portanto, ao «controlo de qualidade» do público) — impõem ao advogado um *padrão ético elevado*, tradicional e legalmente denominado *posse de idoneidade moral*. Estarão aqui incluídas algumas das *incapacidades* previstas no art. 156.º do E.O.A., onde precisamente se estabelece que não podem ser inscritos: (1) os que não possuam idoneidade moral para o exercício da profissão e, em especial, os que tenham sido condenados por qualquer crime gravemente desonroso (alínea *a*) do n.º 1) ⁽²⁴⁾; (2) os magistrados e funcionários que, mediante processo disciplinar, hajam sido demitidos, aposentados ou colocados na inactividade por falta de idoneidade moral (alínea *e*) do n.º 1). Finalmente, cabem ainda dentro deste primeiro grupo de restrições as duas outras situações de incapacidade previstas no art. 156.º, que indicam justamente uma falta de capacidade jurídica, ou mesmo jurídico-civil, e, portanto, do grau de discernimento e auto-suficiência necessários a uma plena e consciente possibilidade de participação no tráfico jurídico. São elas, a inadmissibilidade de inscrição (1) dos «que não estejam no pleno gozo dos seus direitos civis» (alínea *b*) do referido n.º 1) e (2) dos «declarados incapazes de administrar as suas pessoas e bens por sentença transitada em julgado» (alínea *c*) do n.º 1).

Dir-se-á, pois, que as *restrições de 1.º grau* se caracterizam por exprimirem, antes do mais, um dado nível de exigência quanto à capacidade, à aptidão pessoal do candidato à inscrição, não podendo advogar aqueles que padeçam de uma *capitis diminutio*, ou seja, da falta de uma qualidade (pessoal) indispensável ao exer-

⁽²³⁾ O que não quer dizer que, em certas circunstâncias, determinados actos próprios da profissão não possam ser praticados por não licenciados em Direito (v.g., solicitadores, situações de ausência de defensor).

⁽²⁴⁾ Chama-se a atenção para que a verificação desta incapacidade será sempre objecto de processo próprio, decalcado, *mutatis mutandis*, do processo disciplinar (cfr. n.º 3 do art. 156.º do E.O.A.). Ver ainda o n.º 5 do art. 156.º, sobre as possibilidades de inscrição dos condenados por prática de crime judicialmente reabilitados.

cício da profissão. Como se viu, constitucionalmente são autorizadas restrições com dois fundamentos: (1) as impostas pelo interesse colectivo; (2) as inerentes à capacidade própria dos cidadãos (art. 47.º, n.º 1). Torna-se evidente o nexó funcional destas restrições com o segundo fundamento, embora se possa sempre dizer — e nessa medida elas estão também cobertas pelo primeiro — que há *interesse colectivo* em que a advocacia seja exercida por pessoas «aptas» e «capazes». Sendo assim, faz sentido que não possa advogar aquele que carece de preparação técnico-científica para o efeito, aquele a quem falha a estatura moral ou a honorabilidade para o desempenho de tarefa tão delicada ou aquele que, por circunstâncias de ordem psico-motora, não dispõe de capacidade jurídica. Ponto é que o estabelecimento destes pressupostos subjectivos seja «teleologicamente vinculado» (as restrições não podem deixar de ter relação com a finalidade que se intendeu prosseguir ao se estabelecer uma ordenação profissional) e obedeça ao princípio da proporcionalidade (em sentido lato) ⁽²⁵⁾.

Se este grupo de situações está essencialmente ligado à pessoa ou a qualidades pessoais do indivíduo, são pensáveis restrições, ditas apenas por razões de ordem objectiva, por uma afirmação do interesse colectivo que nada tenha a ver com a pessoa do candidato. Seriam, tendo em conta o que abaixo se dirá a respeito das incompatibilidades, as *restrições de 3.º grau*, onde de nada conta ou de nada vale a situação concreta (de capacidade) do indivíduo candidato à inscrição. O exemplo paradigmático destas situações será a fixação de um *numerus clausus* de admissões, ou seja, a atribuição do título de advogado segundo a valoração, em cada momento, das reais necessidades do «mercado» da justiça. Tratam-se, de acordo com o Tribunal Constitucional Federal Ale-

(25) Sobre a particular presa que aqui deve exercer a ideia de proporcionalidade ou de proibição do excesso, no sentido de que as condições postas não devem ser excessivas, ver GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA, *op. cit.*, Anotação V ao art. 47.º; ROGÉRIO SOARES, *artigo cit.*, p. 229. Sobre o princípio da proporcionalidade, entendido num lato sentido, que compreenderá os testes da (1) adequação ou conformidade (técnica), (2) da necessidade ou indispensabilidade (jurídica) e (3) da razoabilidade (proporcionalidade em sentido estrito), ver JORGE MIRANDA, *op. cit.*, pp. 218-219; GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, pp. 382-394.

mão, de restrições que só podem ser admitidas pela cristalização de um interesse público imperioso e impostergável ⁽²⁶⁾.

Falta-nos, pois, a referência às *restrições de 2.º grau*, no seio das quais se incluem justamente as chamadas incompatibilidades ou impedimentos absolutos. Não se trata aí de restrições ditadas pela «capacidade» do candidato à inscrição. Ele será um profissional tecnicamente apetrechado e, presumivelmente, com honorabilidade pessoal. Todavia, a inscrição ser-lhe-á recusada porque, pela profissão que já exerce ou pela função que desempenha, não oferece garantia *objectiva* de um exercício da advocacia no pleno e estrito respeito dos especiais deveres que o título correspondente implica. O que está aqui em causa é, por conseguinte, não a menor ou maior *capacidade pessoal*, mas o *interesse colectivo* num certo *modus* de exercício da advocacia (não um exercício «selvagem» ou «anárquico», mas o exercício no respeito de certos princípios deontológicos). Significa isto que se cura aqui de uma *condição objectiva*, pois é a *função* ou actividade desenvolvida pelo candidato — e não a sua pessoa — a razão fundante da sua não admissão. Note-se, contudo, que se trata de uma condição *objectiva* que não é totalmente independente do candidato (e por isso deve ser autonomizada das *restrições de 3.º grau*), na medida em que sempre lhe resta a *liberdade* de abandonar aquela função (incompatível) e optar pela advocacia.

De todo o lado se reconhece a admissibilidade de restrições legais à liberdade de escolha de profissão que se traduzam no esta-

⁽²⁶⁾ Ver sobre esta posição do *Bundesverfassungsgericht*, ROGÉRIO SOARES, *artigo cit.*, p. 229. Questão interessante e merecedora de atenção é a levantada pela nova regulamentação do estágio de advocacia, cuja inconstitucionalidade foi recentemente sustentada por PACHECO DE AMORIM, em trabalho já aqui citado. Na verdade, abstraindo das razões — e são elas as mais várias — adiantadas por aquele Autor, poderá perguntar-se se, sob a capa de uma avaliação da capacidade e qualidade do advogado estagiário, não se estará a construir (lentamente) um «muro de travessas» ao acesso à profissão, mais ditado por razões de ordem *objectiva* (saturação do mercado da advocacia) do que própria ou exclusivamente por uma genuína preocupação com a «qualidade» dos advogados. Nessa hipótese, o complexo e «desencorajador» procedimento de ingresso no exercício pleno da profissão coincidiria, no seu resultado final e na sua intenção inicial, com o estabelecimento de um *numerus clausus*. Mereceria, por isso, talvez, um tratamento constitucional que não se quedasse pela proporcionalidade e se situasse antes ao nível da especial fundamentação de que carecem as *restrições de 3.º grau*.

belecimento de incompatibilidades (27). Todavia, isso não deve significar que a restrição se possa fazer sem obediência aos requisitos atrás enumerados, sob pena de ela ser havida como ilegítima. Só não teriam de ser respeitados esses requisitos, se porventura se entendesse que a liberdade de escolha de profissão apenas conferia o direito a ter uma (e exclusivamente uma) profissão (28). Nesse caso, o estabelecimento de uma incompatibilidade não seria, em bom rigor, uma restrição legal, mas, outrossim, um limite imanente (*rectius*, uma lei aclaradora de limites imanentes), na medida em que o direito fundamental resultante da Constituição já não comportaria, no complexo de faculdades em que se desmultiplicava, a faculdade do exercício simultâneo de mais do que uma profissão. Só nessa hipótese, a todos os títulos insustentável, é que poderia dispensar-se a observância do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 (e talvez até da alínea b) do artigo 168.º, n.º 1). No caso vertente, o leque de incompatibilidades com o exercício da advocacia estabelecido pelo legislador é imposto pelo interesse colectivo, expressamente assumido pelo mesmo legislador no art. 68.º do E.O.A., de garantir a «independência e a dignidade da profissão». É esse o interesse colectivo, em homenagem ao qual se sacrifica a liberdade de escolha da profissão, desde logo, enquanto direito ao exercício simultâneo de várias profissões.

4. O princípio da taxatividade das incompatibilidades

O art. 68.º preceitua que «o exercício da advocacia é incompatível com qualquer actividade ou função que diminua a independência e a dignidade da profissão». Com o primeiro destes valores, pretende, por certo, referir-se a *liberdade essencial do advogado*

(27) Neste sentido, os dois Acórdãos do Tribunal Constitucional e respectivos votos de vencido, citados na nota 2; também GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA, *op. cit.*, Anotação V ao art. 47.º.

(28) Não tomando uma posição peremptória, mas deixando em aberto a sustentabilidade da tese de que a liberdade de escolha não abrange o direito de ter simultaneamente mais do que uma (e, portanto, várias) profissões, GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA, *obra e local citados* na nota anterior.

perante o poder, o Estado, os tribunais, a opinião pública, as forças sociais e económicas, terceiras pessoas em geral e mesmo perante o próprio cliente (autonomia técnico-científica). Já com o segundo, pretenderá essencialmente evocar-se a *postura, a atitude, a conduta do advogado no exercício da profissão e a honra, a probidade, a consideração pública que a sua pessoa (justamente por aquela atitude) deve suscitar* ⁽²⁹⁾. Tratam-se, naturalmente, de conceitos abrangentes, evocativos ou referenciais, que, pela sua generalidade e indeterminação estruturais, só a riqueza e complexidade das situações da vida poderão concretizar ou densificar. Daí que o legislador não se tenha bastado com expressa invocação (ou declaração) desses valores fundamentadores das incompatibilidades e, ao invés, não se tenha demitido de elaborar uma lista das situações de incompatibilidade, precisamente constante do art. 69.º do E.O.A.

Não falta quem, de resto, em distonia com a jurisprudência longamente firmada da Ordem, pretenda que tal enumeração é meramente exemplificativa, podendo a Ordem dos Advogados recusar a inscrição a qualquer candidato que exerça uma actividade ou função que afecte a independência ou a dignidade da profissão, ainda que a mencionada actividade ou função não conste do catálogo do art. 69.º ⁽³⁰⁾.

São tentadores os argumentos brandidos em socorro de tal tese: a letra da lei (*maxime* do art. 68.º), a prática habitual do legislador em reformulações normativas deste tipo, argumento histórico, a pretensa inutilidade do art. 68.º (em caso de taxatividade do art. 69.º). Todos estes argumentos são rebatíveis, senão mesmo reversíveis. Em primeiro lugar, a letra da lei não fornece, em lugar algum, qualquer elemento que aponte para o carácter exemplifica-

⁽²⁹⁾ Segue-se aqui, basicamente, a formulação de AMADEU MORAIS, ela própria assente na elaboração jurisprudencial dos órgãos da Ordem, formulação contida na sua comunicação ao 3.º Congresso da Ordem dos Advogados Portugueses: «*As incompatibilidades: fundamentos deontológicos e legais*».

⁽³⁰⁾ Neste sentido a referida comunicação de AMADEU MORAIS e ainda os elementos de estudo, acima citados, bloco de apontamentos policopiado relativo ao *Exercício da Advocacia*, epígrafe «*Incompatibilidades e impedimentos para o exercício da profissão e a defesa da independência e da dignidade da profissão*», p. 19, onde se faz uma acrífica defesa da interpretação extensiva.

tivo do art. 69.º, e ainda que o fizesse — que, sublinhe-e, não faz —, nunca o elemento gramatical seria, por si, decisivo. Em segundo lugar, a prática habitual do legislador não constitui argumento, porque, justamente, a circunstância de ser habitual significa que não é sistemática e, portanto, poderíamos perfeitamente estar perante uma enumeração taxativa; de resto, não se conhecem estatísticas de onde se possa tirar essa maior probabilidade das enumerações legislativas serem exemplificativas e não taxativas. Em terceiro lugar, se há *facto* que o elemento histórico demonstra é precisamente o inverso daquele que tal tese pretende forjar. Com efeito, o velho Estatuto Judiciário operava uma classificação taxativa das incompatibilidades, mas permitia à Ordem a «criação» de novas incompatibilidades; ora, ao eliminar essa competência (que, em boa verdade, estava sujeita a uma homologação do Ministro da Justiça e a publicação oficial ⁽³¹⁾) o legislador quis exactamente reforçar o carácter taxativo do elenco das incompatibilidades. Por último, deve afastar-se o «temível» espectro da inutilidade do art. 68.º, na hipótese de se sustentar a taxatividade do art. 69.º. Na verdade, não tendo ele a eficácia «jurigénica» de permitir à Ordem a criação de incompatibilidades, sempre tem o valor de fundamentar as restrições que se operam no art. 69.º e de fornecer o horizonte funcional à luz do qual devem ser lidas, que permitiu já, por exemplo, ao Tribunal Constitucional estender a excepção à incompatibilidade da alínea *i*) todos os docentes (quando se cingia aos docentes de Direito).

A tese do carácter exemplificativo das incompatibilidades só é possível porque, numa atitude «narcísica», senão mesmo «edipiana», se recusa uma leitura constitucional das incompatibilidades. Se o estabelecimento de cada nova incompatibilidade consubstancia uma restrição (geral e abstracta) à liberdade de escolha da profissão, na sua faceta de direito de admissão ou ingresso, torna-se evidente que a dita restrição é da exclusiva competência do legislador ordinário (Assembleia da República ou Governo, mediante autorização daquela, segundo o já várias vezes citado art. 168.º, alínea *b*) do n.º 1) e não da Ordem dos Advogados. E não se

(31) Aspectos estes (nomeadamente, o da publicação das incompatibilidades) que a tese aqui criticada pura e simplesmente parece desvalorizar.

contra-argumente, dizendo que, com o art. 68.º do E.O.A., foi cumprido esse requisito da intervenção necessária do legislador, tendo este, com a sua liberdade constitutiva, optado por estabelecer uma restrição de ordem genérica e tendo, do mesmo passo, autorizado a Ordem a proceder à respectiva concretização, fornecendo-lhe, prudentemente, tópicos de orientação (os enumerados, exemplificativamente, no art. 69.º). Um tal entendimento significaria o total desconhecimento da carga semântica da fórmula da *reserva da lei* (na espécie, *reserva de lei restritiva*), a qual implica que a matéria sujeita a reserva seja tratada, com a densidade suficiente e adequada (com «determinidade», como agora se diz), pelo legislador, estando-lhe vedada a delegação desse poder ou a degradação do estalão normativo de protecção jurídica. Mais: a própria Ordem dos Advogados não detém, como a seu tempo se recordou, competência para a emanação de regulamentos *autónomos ou independentes*, com intencionalidade política e eficácia inovatória paralelas às das leis. E se algum dia a teve, foi, por certo, num ambiente ideológico favorável à autoregulação corporativa, contexto bem diverso do da Democracia do Estado de Direito, onde as restrições aos direitos fundamentais dos cidadãos só podem ser dinamizadas por órgãos com legitimidade democrática.

Isto não significa que não se reconheça que é necessário e, porventura, urgente, proceder a uma revisão, no sentido do alargamento, do elenco das incompatibilidades. Na verdade, não se compreende que deputados, certos presidentes de câmaras municipais ⁽³²⁾ e vereadores, desempenhando funções de alto relevo

(32) Nos termos da alínea f) do art. 69.º, o exercício da advocacia não é incompatível com as funções de presidente das câmaras municipais em comarcas de 3.ª ordem. O ponto é controverso, na medida em que desapareceram as classes nas comarcas e, portanto, não faz sentido excepcionar da incompatibilidade este grupo de presidentes. Neste sentido se pronunciaram o Conselho Geral da Ordem e a Direcção-Geral da Administração Autárquica, que advogavam um lapso material devendo ler-se «classe», lá onde se escrevera «ordem» (pois as comarcas nunca haviam sido classificadas em ordens). Todavia, em Parecer publicado no B.M.J., n.º 378 (1988), pp. 62-73, a Procuradoria Geral da República pronunciou-se no sentido da manutenção da excepção, sustentando que havia um lapso material, sim, mas relativo à palavra «comarca», que deveria substituir-se por «município». É claro que, nesse caso, os presidentes das câmaras de 3.ª ordem devem estar impedidos de exercer o mandato judicial (*rectius*, do exer-

público, tão comprometidas com o Estado e tão expostas à publicidade (potencialmente angariadora de clientela), continuem feridos com um mero impedimento (art. 73.º do E.O.A.) ⁽³³⁾. Também outras funções, como a recentemente criada de membro da Alta Autoridade para a Comunicação Social ou como a recentemente extinta Alta Autoridade Contra a Corrupção, ou ainda funções desempenhadas nas instituições comunitárias (Comissão, Parlamento Europeu, Tribunais Comunitários) são de molde a «diminuir a independência e a dignidade da profissão», por isso que se sustenta a sua incompatibilidade com a advocacia. Sucede, porém, que elas só se tornarão incompatíveis quando o legislador assim deliberar. Não pode a Ordem, por si, sem apoio num determinado preceito legal, recusar a inscrição com arrimo na aludida incompatibilidade.

Estranho seria, afinal, que a Ordem dos Advogados, instituição a quem o Estado confiou como primeira atribuição a defesa do Estado de Direito e das liberdades e garantias individuais (alínea *a*) do n.º 1 do art. 3.º do E.O.A.), estivesse estatutariamente vinculada a promover e respeitar os *direitos fundamentais* de todos os cidadãos menos daqueles que, por vocação ou vicissitudes da vida, haviam de se tornar seus membros.

Dezembro de 1993.

cício da advocacia, consoante reza a epígrafe do art. 73.º) nas acções em que sejam partes os municípios, apesar de tal não resultar expressamente do art. 73.º, n.º 2 (interpretação extensiva, argumento *a fortiori* em face dos vereadores em geral). E não se diga que aqui não se dá relevância à reserva da lei, pois, para além da interpretação extensiva ser sempre de admitir, aqui não se trata de uma restrição à admissão na Ordem, mas tão-só de um impedimento, quando muito de uma restrição à liberdade de exercício, para a qual se exige um interesse público muito menos importante (teoria dos degraus).

⁽³³⁾ Já neste exacto sentido, defendendo a incompatibilidade da advocacia com as funções de deputado e vereador, notário e conservador, e com a actividade de comerciante ou qualquer cargo nos corpos sociais das sociedades comerciais, apondo, aliás, para uma solução mais radical de total exclusividade, ver JOSÉ MAGALHÃES GODINHO, *R.O.A.*, Ano 32, Julho-Dezembro de 1972.