



GMSCC

SOCIEDADE DE ADVOGADOS, RL

Gil Moreira dos Santos, Caldeira, Cernadas
& Associados

CONSULTA

Solicitam-nos os Exmos Senhores Solicitadores Armando Branco (Ex-Presidente do Colégio de Especialidade dos Agentes de Execução) e Manuel Rascão Marques (Ex-Vogal do Conselho Geral da Câmara dos Solicitadores) que nos pronunciemos, de forma breve e concisa, sobre a Proposta de Lei n.º 308/XII que se destina a aprovar o Estatuto da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução (EOSAE), *visando conformar a disciplina jurídica atinente a estes profissionais da área do direito com o novo regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais, aprovado pela Lei 2/2013, de 10 de Janeiro (LAPP).*

Isto posto,

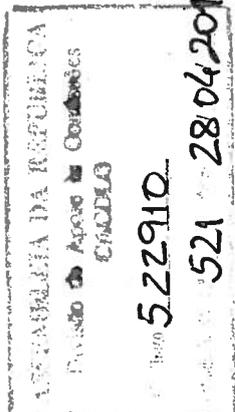
1 – Da legitimidade dos Consulentes

Previamente a qualquer outro juízo de análise crítica há que determinar a legitimidade dos Consulentes para intervir no processo legislativo de adequação dos estatutos da sua Ordem à LAPP.¹

Assim,

A liberdade de trabalho e de profissão é um direito fundamental cujo advento remonta às origens do próprio Estado de direito; está hoje consagrada nos

¹ Já nos pronunciamos sobre esta questão em um outro trabalho.



*principais instrumentos jurídicos de direito internacional relativos a direitos humanos*²

As "ordens profissionais", são, "as associações públicas formadas pelos membros de certas profissões livres, com o fim de, por devolução de poderes do Estado, regular e disciplinar o exercício da respectiva actividade profissional"³

Pese embora alguma discussão doutrinal sobre a natureza das associações profissionais públicas e a necessidade da sua compatibilização com o direito fundamental de livre associação (previsto no artigo 46.º da Constituição), não cabe, nesta consulta, tomar posição quanto a essa, cabendo apenas aqui recordar que "A natureza pública [das Ordens Profissionais] autoriza desvios mais ou menos extensos à liberdade de associação, mas esses desvios devem pautar-se pelos princípios da necessidade e da proporcionalidade, em termos similares aos que regem em geral as restrições dos direitos, liberdades e garantias (artigo 18º, nº2)".⁴

Em face do que resumidamente se expôs, afigura-se-nos que a legitimidade dos consulentes para intervenção – ao menos pela via da necessária audição – está plenamente assegurada na medida em que o presente procedimento contende com a regulação do exercício de um direito fundamental, constitucionalmente reconhecido pelo n.º 1 do artigo 47.º da Constituição da República Portuguesa: a livre escolha (e exercício) da profissão.

² João Pacheco de Amorim, A liberdade de Profissão, *in* Comemoração dos 5 anos da F.D.U.P, pág. 596, ano de 2001.

³ Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, cit., vol I, pág. 375

⁴ J.GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República, Anotada, 2ª edição, vol. I, pág. 267, anotação ao artigo 46º - "Liberdade de associação", pág. 425.

2. - O particular caso da regulação de duas profissões no seio da mesma Associação Pública Profissional

Decorre do novo EOSAE o objectivo de regulação de duas profissões da área do direito – Solicitadores e Agentes de Execução.

Não nos compete – porque expressamente fomos informados da existência de douto parecer, subscrito por Insigne Professor, relativo a esta matéria em especial – tecermos aqui quaisquer considerações sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da solução actualmente desenhada neste Estatuto.

Não obstante o que acaba de se referir, não podemos deixar de manifestar que esta solução de coexistência nos causa uma enorme perplexidade pois vemos, com enorme dificuldade, a compatibilização de duas profissões tão díspares dentro da mesma associação.

Historicamente, a figura de Solicitador de Execução é criada pela Lei nº 23/2002 de 21 de Agosto, confiando-se, a partir de 15 de setembro 2003, aos Solicitadores uma nova especialidade, designada "*Solicitador de Execução (SE)*".

Decorridos que foram cerca de cinco anos sobre esta inovação e por efeito da publicação do Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de novembro, a denominação é alterada para "*Agente de Execução*", passando a permitir-se que também os advogados possam desempenhar essas funções (artigos 3.º e 6.º do referido diploma legal que introduzem alterações nos respectivos estatutos das duas ordens profissionais, entenda-se, a Câmara dos Solicitadores e a Ordem dos Advogados).

Assim é que, desde 2008, a actividade de Agente de Execução passa a poder ser exercida, para além dos Solicitadores, também por Advogados.

É bem certo que as duas profissões se desenvolvem na área do direito (como, de resto, sucede por exemplo, com a profissão de Advogado); porém, a profissão de solicitador e a de agente de execução prosseguem fins diferentes, com funções e poderes diversos.

Feita esta brevíssima resenha histórica, que nos pareceu determinante para que se possa compreender as dificuldades de conciliação de duas profissões dentro de uma mesma associação pública profissional, constatamos que a diversidade de profissões (solicitador, agente de execução e advogado) é indesmentível, bem como é indesmentível a pouca representatividade que uma profissão (Agente de Execução) tem em relação à outra (Solicitador), com os inevitáveis reflexos negativos ao nível da legitimidade dos representantes.

Com efeito, é do conhecimento público que o número de solicitadores é cerca de três vezes e meia superior ao dos agentes de execução e, pese embora algumas disposições previstas no EOSAE tentem corrigir esse desequilíbrio, será inevitável que os interesses da profissão de agente de execução cedam perante os interesses daquela que é a profissão com mais peso dentro da associação.

Dito isto, afigura-se-nos que recomendaria a cautela que esta associação não regulasse as duas profissões, desde logo, por questões de legitimidade e representatividade; todavia, como se deixou dito no início desta breve consulta, não nos compete pronunciar sobre esta matéria em concreto, nomeadamente sobre a questão da sua constitucionalidade, sendo certo que queríamos deixar expressa a nossa opinião sobre esta situação.

3. A (in)constitucionalidade de algumas opções constantes/mantidas no EOSAE

Pese embora não queiramos tecer exaustivas considerações sobre a matéria da inconstitucionalidade, não podemos deixar de manifestar a nossa discordância e, sobretudo, perplexidade sobre a invalidade de algumas disposições vertidas no EOSAE e que, nos parecem requerer a fiscalização preventiva da sua constitucionalidade.

Como já se deixou referido, esta Proposta de Lei n.º 308/XII encerra uma realidade nova, nunca antes existente no nosso ordenamento jurídico: a criação,

ex novo, de uma *Ordem para os Agentes de Execução*, como uma nova associação pública profissional.

Esta criação *encapotada* (perdoando-se-nos a expressão) encerra, desde logo, um problema grave de legitimidade democrática em termos eleitorais e de representatividade.

Com efeito, impõe-se a esta *nova* profissão, até 2008 tratada como uma especialização da profissão de Solicitador, um conjunto de regras e de normas definidas por representantes e profissionais de uma outra profissão.

Afigura-se-nos mais flagrantemente inválido que parte desses normativos, carentes de regulamentação para a sua execução, venham a ser elaborados e aprovados por órgãos de uma associação que não foram democraticamente eleitos pelos profissionais cuja nova profissão visam regular. É exemplo deste caso a imposição de uma caução (prevista no artigo 174.º do EOSAE) a que voltaremos mais tarde.

Dito de uma forma mais simples e linear: os agentes de execução vêm-se regulados por normas por órgãos que, e salvo o devido respeito, não foram eleitos para esse desígnio.

Parece-nos pois que esta imposição é manifestamente contrária ao espírito que preside à auto-regulação das profissões, bem como nos parece uma restrição intolerável ao direito de livre acesso à profissão e à livre iniciativa económica, ambos direitos fundamentais, previstos nos artigos 47.º, n.º 1 e 61.º, n.º 1 da CRP.

Mais e conforme já se aflorou,

O EOSAE deixa ao arbítrio de uma posterior regulamentação (nos termos já definidos) a definição de um conjunto de opções, sem que se alcance como essa regulamentação pode vir a ser controlada e fiscalizada.

Concretamente e apenas a título de exemplo, referimo-nos ao caso da contribuição a que os Agentes de Execução estão obrigados a efectuar para a Caixa de Compensação (artigo 175.º do EOSAE).

Temos conhecimento de que esta imposição tem levantado inúmeras questões e motivado queixas e processos judiciais. Não ignoramos a sensibilidade da questão, mas compete-nos tecer algumas considerações sobre a matéria.

Relativamente a esta prestação pecuniária, considerou Sua Excelência, o Senhor Provedor de Justiça tratar-se de uma contra-prestação pecuniária por um conjunto de serviços em prol dos agentes de execução ⁵.

E, como tal, então sugeria o Senhor Provedor da Justiça ao Ministério da Justiça a *ponderação do quadro legal abstractamente considerado que rege a liquidação e cobrança aos agentes de execução desta prestação pecuniária, concretamente, a necessidade de fundamentação numa avaliação substantivamente sustentada em critérios claros e transparentes, legitimadora, no plano da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.* ⁶

Analisando a proposta de lei que nos foi fornecida, diríamos que tais conselhos não foram acolhidos, dado que continua a ignorar-se a necessidade de fundamentação da mesma.

Por seu turno, a Procuradoria-Geral da República ⁷ defendeu que *a utilização individualizada, pelo exequente, do serviço público de justiça executiva, através das funções do agente de execução, pressupõe o pagamento de uma contrapartida específica de utilidade por ele assim obtido*”, assim qualificando esta prestação pecuniária como uma *taxa pela utilização de serviço público*.

⁵ Recomendação do Provedor de Justiça ao Ministério da Justiça, processo Q-1939/12 (A6)

⁶ Pág. 5 da citada Recomendação do Provedor de Justiça.

⁷ Comunicação da PGR de 24-02-2014 à Associação de Agentes de Execução – proc.º 318/2014

No entanto e independentemente a sua natureza, o facto é que inexistia (e continua a inexistir) qualquer estudo que fundamente os montantes exigidos, em clara violação do imperativamente disposto no artigo 43.º, n.º 3 da LAPP, bem como dos princípios constitucionais da adequação, necessidade e proporcionalidade.

Ao que acresce que a inexistência da sua fundamentação é violadora da garantia prevista no artigo 103.º da CRP onde os princípios da legalidade e da igualdade (que engloba as taxas e contribuições) visam obstar à arbitrariedade e discriminação em matéria tributária.

Atentos os motivos expostos, forçoso será concluir que a fixação de uma permissão cobrada aos agentes de execução viola o artigo 103.º da CRP e nessa medida, o previsto no artigo 175.º do EOSAE não deve ser aprovado por manifesta inconstitucionalidade.

Ainda,

E sem querer sobrepor esta consulta ao que lapidarmente é referido em douto parecer, não queremos deixar de chamar a atenção para uma outra norma constante do EOSAE que nos parece violar o direito constitucional de livre exercício da profissão (artigo 47.º da CRP) e da livre iniciativa económica (artigo 61.º, n.º 1 da CRP): a imposição de caução aos agentes de execução para o exercício de funções prevista no artigo 174.º da referida proposta de lei, cujo valor é calculado multiplicando-se o número de processos que ultrapasse algum dos limites referidos no n.º 1 do citado artigo no final de cada ano civil por um fator fixado entre 0,15 e 0,5 UC. A determinação do fator a que se refere o n.º 4, o modo de prestação da caução, os limites à gestão dos fundos depositados e o seu reembolso *são definidos por regulamento a aprovar pela assembleia-geral, sob proposta do conselho geral*

Reiteram-se aqui as nossas reservas relativamente a esta indefinição, bem como à possibilidade de esta regulamentação – que nos apanha de óbvia importância – poder vir a ser definida por órgãos a quem não foi conferido mandato para tanto.

4. - A competência para a promoção da adequação dos estatutos prevista na LAPP – os seus limites.

Seguidamente e com interesse para o objecto da consulta, parece-nos ser de clarificar que a competência para a promoção da **adequação** dos estatutos das associações públicas profissionais está legalmente reconhecida ao órgão executivo colegial de cada uma daquelas associações, pois que resulta do n.º 4 do artigo 53.º da LAP que este é o órgão competente para a elaboração, aprovação e apresentação ao Governo daquele projecto de *adequação* dos estatutos.

Afigura-se-nos⁸ que esta competência, legalmente cometida ao órgão executivo colegial é, também, legalmente vinculada à mera adequação dos estatutos à LAPP e, necessariamente, restrita a esta operação de adequação.

Dito de forma mais simples: não se trata de uma autorização legal para inovação dos estatutos das ordens profissionais, mas tão só de uma competência limitada à conformação daqueles com as regras imperativas que resultam do novo regime jurídico da LAPP.

Feita esta imprescindível limitação da competência legalmente cometida ao órgão colegial executivo, estaremos em condições de nos centrarmos no caso em concreto.

Da análise dos elementos que nos foram fornecidos pelos Consulentes sobre esta matéria, resulta que o EOSAE apenas foi aprovado pelo Conselho Geral (CG) da Câmara dos Solicitadores, órgão competente para *adequar* o EOA à LAPP.

⁸ Já o dissemos anteriormente

Assim, haverá que descortinar se esta proposta de lei (EOSAE) consubstancia a obrigatória adequação dos estatutos à LAP (artigo 53.º, n.º 3 da LAPP) ou se, pelo contrário, consubstancia uma alteração estatutária mais vasta, inovadora, exorbitando assim os limites da competência legalmente cometida ao CG para promover a adequação.

Não se cuida, nesta consulta, de analisar *exaustivamente* todas as alterações que o EOSAE apresenta em relação ao Estatuto da Câmara dos Solicitadores (ECS), mas tão só das mais determinantes e sempre em ordem a determinar se a competência cometida ao CG para adequação dos estatutos à LAPP foi exorbitada.

Haverá igualmente que convocar, para a melhor decisão sobre este aspecto, a circunstância de se *criar uma nova profissão*, cujas escolhas fundamentais e determinantes está a ser levada a cabo por órgãos não especial e especificamente eleitos para esse desiderato.

Assim,

Os Solicitadores, tal como vem referido no preâmbulo da Proposta e decorre do artigo 137º, n.º 1 do EOSAE “*são livres prestadores de serviços*” e os agentes de execução são “*auxiliares de justiça*”, investidos de relevantes poderes de autoridade pública, consagrando-se a incompatibilidade do exercício profissional como agentes de execução com o exercício do mandato judicial.

Esta diferença, desde logo *conceptual*, determina que os poderes de fiscalização e supervisão da actividade dos agentes de execução estejam cometidos a uma entidade externa e independente designada de CAAJ (Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares de Justiça, criada pela Lei 77/2013, de 21 de Novembro) e não à própria Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução, em clara violação da norma constante artigo 18.º, n.º 1 da LAPP.

Com efeito,

A CAAJ é uma entidade administrativa independente, dotada de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira e património próprio (artigo 1.º, n.º 3 da Lei 77/2013 de 21 de Novembro), que desempenha parte das suas atribuições relativamente à actividade dos auxiliares de justiça quando estes não estejam enquadrados nas respectivas ordens profissionais (artigo 3.º n.ºs 1 e 3 do citado diploma).

Constamos que o poder disciplinar e inspetivo relativamente à actividade dos agentes de execução é duplamente exercido pela novel OSAE e pela CAAJ (ver artigos n.ºs 179.º, 181.º e ss do EOSAE), numa intrincada rede de deveres e obrigações.

Reiteramos, nesta parte, que temos como certo que se trata de uma clara exorbitância da competência conferida ao GC da Câmara dos Solicitadores para a simples adequação à LAPP (n.º 3 do artigo 53.º da Lei 2/2013 de 10 de Janeiro), pois que esta sujeição disciplinar a uma entidade externa consubstancia uma escolha que, desde logo, contrária a regime legal imperativo e para a qual não nos parece que tenha sido legalmente conferida competência.

Note-se que a própria Lei 77/2013, no n.º 1 do artigo 3.º, consagra a excepção do não exercício do poder disciplinar, quando este esteja cometido à associação pública profissional em que o auxiliar de justiça se integre.

Finalmente,

O regime transitório constante do artigo 3.º da proposta de Lei no que diz respeito à organização da Ordem e adaptação do regime actual da Câmara dos Solicitadores coloca em causa os princípios do Estado de direito, na medida em que consubstancia uma *prorrogação de mandato*, sem que a necessária validação por via da eleição.

É que o mandato dos actuais órgãos da Câmara dos Solicitadores terminará em Dezembro de 2016 e, por via da aplicação do regime transitório ora proposto,

prorroga-se por mais um ano, mantendo-se até Dezembro de 2017, assim se colocando em crise o que mais elementar existe num estado de direito: a imperativa sujeição a sufrágio dos dirigentes.

Afigura-se-nos que se trata precisamente de uma de várias alterações que, manifestamente, exorbita a competência para a mera adequação dos estatutos ao novo regime jurídico consagrado na LAPP e, conseqüentemente, inválida.

Muito mais haveria para apontar neste EOSAE, mas como se disse, o objecto desta consulta não é a análise exaustiva de todas as alterações, mas tão só daquelas que, de forma manifesta e evidente, ultrapassam largamente a competência conferida ao CDN para elaboração e aprovação da adequação dos actuais estatutos às normas imperativas que decorrem do novo regime jurídico aprovado pela LAPP, bem como a proposta de regras que, de forma manifesta, devem ser consideradas inconstitucionais.

5.- Conclusões

Assim e em face do que expusemos, parece-nos forçoso concluir que:

- 1) A Proposta de Lei 308/XII contém normas que violam, de forma clara e ostensiva, direitos fundamentais dos profissionais, designadamente, os direitos de livre acesso e escolha da profissão, de livre iniciativa económica e princípios constitucionais;
- 2) A mesma proposta de Lei encerra verdadeiras alterações estatutárias de fundo, que ultrapassam a simples e legalmente obrigatória adequação do EOA às normas imperativas que resultam da LAPP.

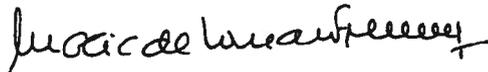
Pelo que,

- 3) Não sendo o CG o órgão competente para a sua aprovação, pois que esta competência é estatutariamente cometida à Assembleia Geral (AG), órgão a quem compete a discussão e aprovação de alteração de estatutos.
- 4) Teremos de concluir pela necessária ilegalidade e inconstitucionalidade, ainda que parcial, daquela Proposta de Lei 308/XII (EOSAE).

Esta invalidade, reiteramos, ainda que parcial, determina que a Proposta deve ser revista e adequada ao regime jurídico aprovado pela LAPP dentro dos limites impostos pelas normas imperativas que daquela resultam; as restantes alterações deverão ser objecto de discussão e aprovação pelo órgão competente para o efeito e que traduza a real vontade dos profissionais cuja actividade está a ser regulada.

Este é, s.m.o, o nosso parecer.

Porto, 27 de Abril de 2015



(Maria de Lourdes Fernandes)



Rua 5 de Outubro, 446-466
4100-173, Porto - Portugal
T. +351 22 607 60 20
T. +351 22 607 59 00
F. +351 22 607 60 29

Pessoa Coletiva nº 504 710 370
inscrita na Ordem dos Advogados
sob o nº 64/99