

MF

Exma. Senhora
Presidente do Conselho Jurisdicional da
Ordem dos Enfermeiros
Avenida Almirante Gago Coutinho, n.º 75
1700-028 Lisboa

— Por protocolo —

Lisboa, 23 de fevereiro de 2024

Sua referência

Sua comunicação

Nossa referência

S-PdJ/2024/1638

Q/2902/2022

Assunto: *Regulamento Disciplinar da Ordem dos Enfermeiros*



RECOMENDAÇÃO N.º 1/A/2024

1

— Artigo 20.º, n.º 1, alínea b) do Estatuto do Provedor de Justiça —

1. Através de Queixa recebida neste órgão de Estado, foi arguida a inconstitucionalidade da norma do n.º 5 do artigo 59.º do Regulamento Disciplinar da Ordem dos Enfermeiros¹, a qual proíbe a presença do advogado do arguido, do denunciante, do participante ou do queixoso na inquirição de testemunhas que ocorra na fase de defesa do processo disciplinar.

2. Concluiu-se pelo acolhimento das razões avançadas na Queixa, o que motiva a emanação da presente Recomendação no sentido da *revogação* da mencionada norma. Com efeito, embora as normas de regulamentos aprovados por órgãos de Ordens Profissionais possam ser restritivas de direitos fundamentais, há limites constitucionais e legais que, se ultrapassados, determinam a censura jurídica de tais normas. É este o *fião condutor* da Recomendação.

¹ Cfr. Regulamento n.º 340/2017, aprovado por deliberação da Assembleia Geral da Ordem dos Enfermeiros em 25 de maio de 2017, publicado em 23 de junho de 2017, com as alterações decorrentes do Regulamento n.º 743/2021, publicado em 11 de agosto de 2021.

3. Com base no artigo 18.º da Lei das Associações Públicas Profissionais² e no n.º 1 do artigo 90.º do Estatuto da Ordem dos Enfermeiros³, o Regulamento Disciplinar engloba os parâmetros pelos quais se rege o exercício de poder disciplinar pelos órgãos da Ordem dos Enfermeiros. Assim, o Regulamento Disciplinar definiu as diversas sanções disciplinares (cfr. artigo 17.º), os órgãos competentes para as emanar (cfr. artigo 6.º) e, ainda e com particular relevância, as fases do processo disciplinar e as respetivas garantias de defesa (cfr. artigo 41.º e ss., todos do Regulamento Disciplinar). É no âmbito da fase de defesa do processo disciplinar e, em concreto, na regulação da inquirição de testemunhas que o n.º 5 do artigo 59.º do Regulamento Disciplinar dispõe que: «*O advogado do arguido, do denunciante, participante ou queixoso não pode estar presente [na inquirição das testemunhas]*».

4. O n.º 2 do artigo 20.º da Constituição assegura o direito ao acompanhamento por advogado perante quaisquer autoridades, o qual tem como titular, entre outros, o arguido, e é plenamente aplicável no âmbito dos processos disciplinares. Por sua vez, vislumbra-se uma clara relação entre este direito e o direito de defesa do arguido em processos disciplinares ou outros processos sancionatórios (cfr. artigo 32.º, n.º 10, da Constituição): o exercício efetivo deste último direito implica que, entre outros aspetos, o arguido possa fazer-se acompanhar por advogado em diligências disciplinares. Tendo como objetivo contrabalançar a estrutura acusatória dos processos sancionatórios e o (possível) exercício do poder punitivo por parte dos órgãos públicos, o direito de defesa vale em todas as fases dos processos disciplinares — e não apenas, sublinhe-se, na fase jurisdicional.

5. Perante o exposto, a norma do n.º 5 do artigo 59.º do Regulamento Disciplinar restringe o direito ao acompanhamento por advogado e, naturalmente, o direito de defesa do arguido em processo disciplinar. Se o direito a ser acompanhado por advogado é passível de exercício em qualquer momento e perante qualquer autoridade, aquela norma cria uma situação excecional em que o mesmo é vedado aos diversos sujeitos que intervêm no processo disciplinar, *in casu* quando a inquirição de testemunhas ocorra na fase da defesa deste. No que concerne ao direito de defesa do arguido, a proibição de presença do seu advogado na inquirição de testemunhas limita a possibilidade de fiscalização da legalidade desta, de exercício do contraditório e dificulta também a

² Aprovada pela Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 12/2023, de 28 de março.

³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 104/98, de 21 de abril, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 156/2015, de 16 de setembro.

descoberta da verdade material. A proibição absoluta da presença do advogado do arguido na inquirição é tanto mais grave se considerarmos que desta pode resultar a prova de factos suscetíveis de fundamentar a aplicação de sanção disciplinar, furtando-se ao arguido a capacidade de tomar posição sobre tais factos com auxílio do advogado, que é quem dispõe do conhecimento jurídico para o efeito.

Assente que a norma do Regulamento Disciplinar implica a restrição dos direitos ao acompanhamento por advogado e de defesa do arguido em processo disciplinar, entende-se que foram postos em causa diversos limites *legais e constitucionais*:

5.1. De acordo com o n.º 2 do artigo 18.º e da alínea *b)* do n.º 1 artigo 165.º da Constituição, as restrições a *direitos, liberdades e garantias* só podem ser levadas a cabo por normas constantes de Lei da Assembleia da República ou de Decreto-Lei autorizado. Em consequência, encontram-se vedadas as restrições mediante normas regulamentares: estas podem, é certo, conformar aspetos de pormenor dos *direitos, liberdades e garantias*, mas não podem, a título primário e sem credencial legal prévia, afetá-los de modo desvantajoso. Muito justamente, os direitos a ser acompanhado por advogado e de defesa do arguido em processo disciplinar consubstanciam *direitos, liberdades e garantias*, motivo pelo qual uma norma regulamentar — como é neste caso a constante do n.º 5 do artigo 59.º do Regulamento Disciplinar — não podia, sem habilitação legal anterior, proceder à sua restrição.

Nestes termos, a norma que proíbe a presença de advogado na inquirição de testemunhas viola o disposto no n.º 2 do artigo 18.º e na alínea *b)* do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição.

5.2. O n.º 2 do artigo 18.º da Constituição consagra ainda o *princípio da proporcionalidade* como limite substantivo às restrições jusfundamentais, o qual proíbe que as normas restritivas de direitos fundamentais sejam *desadequadas*, isto é, que não contribuam causalmente, ainda que de forma mínima e em abstrato, para alcançar os fins desejados; que sejam *desnecessárias*, isto é, que existam meios alternativos menos restritivos e, em simultâneo, que sejam tão ou mais eficientes para alcançar tais fins; e que sejam *desproporcionais em sentido estrito*, isto é, que os benefícios resultantes do meio escolhido não compensem os custos decorrentes da adoção desse mesmo meio.

Em primeiro lugar, o fim inerente à norma do n.º 5 do artigo 59.º do Regulamento Disciplinar parece reconduzir-se à garantia da *veracidade* do processo disciplinar, pelo que pode afastar-se a sua desadequação, mesmo que no plano concreto não se reconheça grande eficácia, na prossecução do fim enunciado, à proibição de acompanhamento por advogado. Em segundo lugar, e em todo o

caso, é patente a existência de meios alternativos menos restritivos do direito ao acompanhamento por advogado e de defesa do arguido e, no seu cômputo geral, igual ou superiormente eficientes no alcance da celeridade. Desde logo, para satisfação deste fim, o regime em causa já impõe ao arguido um limite máximo de vinte testemunhas, sendo que por cada facto só podem arroladas cinco testemunhas (cfr. artigo 58.º n.º 3, do Regulamento Disciplinar). Para satisfação do mesmo fim, o n.º 2 do artigo 59.º do Regulamento Disciplinar também permite que as testemunhas não residentes no lugar onde decorre o processo sejam inquiridas mediante solicitação da autoridade disciplinar, o que, não comprometendo por si a defesa do arguido, acaba também por contribuir para a celeridade. Quer-se com isto dizer que o próprio regime já contém normas alternativas menos restritivas dos direitos de defesa do arguido e, ao menos, tão eficientes na prossecução da celeridade processual. Em alternativa, e ilustrativamente, caso se pretendesse fomentar ainda mais o valor da celeridade, sem necessidade de beliscar os direitos ao acompanhamento por advogado e defesa do arguido, bastaria limitar ainda mais o número de testemunhas. A esta luz, a norma do n.º 5 do artigo 59.º do Regulamento Disciplinar é, pois, desnecessária.

Em terceiro e último lugar, e agora sem espaço para quaisquer dúvidas, tendo em conta que o arguido fica, pura e simplesmente, impedido de se fazer de acompanhar de advogado na inquirição de testemunhas, ainda para mais num momento chave no respetivo processo disciplinar, não pode deixar de qualificar-se a restrição a este seu concreto direito de defesa como particularmente intensa. Em sentido oposto, os benefícios que o meio em causa acarreta para a celeridade do processo disciplinar são, em rigor, bastante diminutos, se é que não serão mesmo inexistentes *in concreto* em boa parte dos casos. Sendo meridianamente claro que os benefícios da norma em causa para a celeridade não compensam os respetivos custos para os direitos de defesa do arguido, a mesma afigura-se desproporcional em sentido estrito.

Em síntese: a proibição da presença de advogado na inquirição de testemunhas constante do n.º 5 do artigo 59.º do Regulamento Disciplinar, por se mostrar contrária ao princípio da proporcionalidade, viola os direitos fundamentais ao acompanhamento por advogado e de defesa do arguido.

5.3. A norma sob exame é ainda passível de crítica por uma razão ulterior. Conforme é sabido, o n.º 3 do artigo 66.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, proíbe que os advogados sejam impedidos de acompanhar os seus clientes perante qualquer autoridade ou jurisdição. Ora, a norma do n.º 5 do artigo 59.º do Regulamento



Disciplinar tem carácter infralegal e vem, precisamente, vedar o acompanhamento por advogado em diligências disciplinares. Deste modo, é inequívoca a sua incompatibilidade com a sobredita norma estatutária e, em consequência, a sua ilegalidade.

5.4. A conclusão pela inconstitucionalidade e ilegalidade a que se chegou é confirmada e até reforçada a dois níveis. Por um lado, a norma constante do Regulamento Disciplinar assume um carácter profundamente *disruptivo* no âmbito do Direito Disciplinar: tanto quanto foi possível apurar, trata-se de uma norma que não encontra paralelo em nenhum regulamento disciplinar de outras Ordens Profissionais, nem tão-pouco em quaisquer outros processos disciplinares ou sancionatórios. Por outro lado, a norma sob escrutínio já foi objeto de análise pelos órgãos competentes da Ordem dos Advogados, que, precisamente com fundamento na sua inconstitucionalidade e ilegalidade, recomendaram a sua revogação⁴.

6. A Lei das Associações Públicas Profissionais foi alterada pela Lei n.º 12/2023, de 28 de março, tendo-se iniciado, em sequência, um período de adequação à mesma por parte dos estatutos das diversas Ordens Profissionais. Neste contexto, o Estatuto da Ordem dos Enfermeiros foi objeto de modificações através da Lei n.º 8/2024, de 19 de janeiro, cujas normas iniciarão vigência a 1 de abril de 2024. Uma vez que os regulamentos aprovados pelos órgãos da Ordem dos Enfermeiros devem conformar-se com o Estatuto da Ordem dos Enfermeiros entretanto alterado e com o que decorre da Lei das Associações Públicas Profissionais [cfr., artigo 5.º, n.º 9, alínea *b*), da Lei n.º 8/2024], vislumbra-se uma (claríssima) *janela temporal* para repensar as soluções constantes do Regulamento Disciplinar e, muito em particular, para proceder à expressa eliminação do n.º 5 do seu artigo 59.º.

Importa frisar que este aspeto foi decisivo na ponderação realizada por este órgão de Estado quanto à definição da linha de ação a seguir no caso em apreço. Com base nele, alcançou-se a convicção firme de que a revogação da norma do n.º 5 do artigo 59.º do Regulamento Disciplinar, com efeitos para o futuro, se afigura, para já, a solução mais avisada.

Tal solução permitirá pôr cobro a uma injustificável restrição dos direitos ao acompanhamento por advogado e de defesa do arguido em processo disciplinar, sem necessidade de recorrer

⁴ Cfr. Deliberação do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, de 16-12-2019, no Processo n.º 23/PP/19-G, [Relator do Parecer: Pedro Gomes Botelho], pesquisável em <https://portal.oa.pt/advogados/pareceres-da-ordem/conselho-geral/2019/?page=1>.



à jurisdição constitucional, com os efeitos dificílimos de prever que uma eventual decisão de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade poderia acarretar para os processos disciplinares em curso e, bem assim, para as decisões judiciais ou administrativas que se encontrem já estabilizadas.

Com base nas razões expostas,

RECOMENDO

- a) Que, tão cedo quanto possível, promova a eliminação da norma do n.º 5 do artigo 59.º do Regulamento Disciplinar, apresentando à Assembleia Geral da Ordem dos Enfermeiros uma proposta no sentido da sua revogação;
- b) Que, em futuras versões do Regulamento Disciplinar, não sejam incluídas normas com um sentido equivalente à do seu atual artigo 59.º, n.º 5.

Muito agradeço que, em cumprimento do n.º 2 do artigo 38.º do Estatuto do Provedor de Justiça, Vossa Excelência me comunique, no prazo de 60 dias, a posição assumida em relação à presente Recomendação.

6

Apresento-lhe, Senhora Presidente do Conselho Jurisdicional da Ordem dos Enfermeiros, os meus melhores cumprimentos,

A Provedora de Justiça

(*Maria Lúcia Amaral*)