

Il Tribunale costituzionale portoghese sulla disciplina delle associazioni pubbliche professionali

(Tribunal Constitucional, Plenário, acórdão 27 febbraio 2023, n. 60)

Nell'ambito del controllo preventivo richiesto dal Presidente della Repubblica, il Tribunale ha giudicato previsioni risultanti dal Decreto n. 30/XV dell'Assemblea della Repubblica (trasmesso al Presidente della Repubblica per la promulgazione), che concerne il regime delle associazioni pubbliche professionali, contemplando modifiche alla Legge n. 2 del 2013. In particolare, le previsioni riguardano la composizione e designazione dei membri dell'organo di supervisione, la composizione dell'organo indipendente di valutazione dei tirocini e dell'organo disciplinare, l'incompatibilità dell'esercizio delle funzioni pubbliche dirigenziali con l'esercizio delle funzioni negli organi dell'associazioni pubbliche professionali da parte degli iscritti alle stesse, il difensore degli interessi dei destinatari dei servizi professionali. Sono state evocate violazioni dei principi di eguaglianza e proporzionalità, ex artt. 13 e 18 della Costituzione, della garanzia dell'esercizio dei diritti previsti agli artt. 50 e 269 della Costituzione, e del principio di autoregolazione professionale, il cui inquadramento costituzionale si basa sugli artt. 47, comma 1, e 267, comma 4 della Costituzione.

Il Tribunale costituzionale non ha ritenuto incostituzionale alcuna previsione. L'ordinamento condiziona la costituzione di associazioni pubbliche al rispetto dei principi di specificità e di eccezionalità. La loro creazione è consentita solo in presenza di uno scopo di interesse pubblico con particolari caratteristiche, ed esse non possono rappresentare la "regola", dovendo essere limitate ai soli casi in cui soluzioni diverse, meno restrittive per la libertà professionale e quella di associazione, non siano idonee al raggiungimento dello scopo pubblico. Non esiste un diritto costituzionale all'autoregolazione delle attività professionali che rientri nella sfera, individuale o collettiva, dei privati: l'autonomia costituzionalmente garantita delle associazioni pubbliche non può escludere qualsiasi intervento statale nella difesa di interessi pubblici.

L'organo di supervisione è composto di membri iscritti e di membri non iscritti all'associazione professionale, e l'80% dei membri è scelto attraverso un processo elettorale. L'individuazione del residuo 20% tramite cooptazione e il carattere plurale della composizione dell'organo si giustificano con l'esigenza di assicurare indipendenza allo stesso. Le modifiche concernenti l'organo di supervisione ottimizzano la funzione regolatoria delle associazioni pubbliche, rendendola più compatibile con la libertà (negativa) di associazione, la libertà professionale, la libertà di iniziativa economica e il modello economico della concorrenza. Per quanto concerne l'organo indipendente di valutazione dei tirocini e l'organo disciplinare, che includono membri non appartenenti all'associazione pubblica professionale, si evidenzia che il carattere plurale della composizione è funzionale a garantire maggiormente l'imparzialità e la terzietà. La previsione

sull'incompatibilità delle funzioni pubbliche dirigenziali mira a tutelare, nel rispetto dei principi di proporzionalità e di eguaglianza, l'esercizio delle funzioni degli organi delle associazioni pubbliche professionali, da parte di soggetti iscritti alle stesse, nei confronti della funzione pubblica, e non il contrario. La previsione del difensore degli interessi dei destinatari dei servizi professionali, che dovrebbe operare come fattore di armonizzazione, non entra in contrasto con i principi costituzionali in materia di *Provedor de Justiça*. L'indipendenza e l'apparenza di imparzialità richiedono che l'incarico sia ricoperto da persone esterne all'associazione pubblica professionale e a condizioni remunerative accettabili. Risulta fortemente valorizzato il principio di democraticità nella sua designazione, e sono tutelate la sua indipendenza e imparzialità.

Fonte: www.tribunalconstitucional.pt. Il testo riportato non ha carattere ufficiale.

ACÓRDÃO N.º 60/2023

Processo n.º 109/2023

Plenário

Relator: Conselheiro António José da Ascensão Ramos

Acordam, em Plenário, no Tribunal Constitucional

I - RELATÓRIO

1. O Presidente da República vem, ao abrigo do artigo 278.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP) e dos artigos 51.º e 57.º, n.º 1, da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, doravante, LTC), submeter à apreciação deste Tribunal, em processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade, as seguintes “normas constantes do Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República, que reforça a salvaguarda do interesse público, a autonomia e a independência da regulação e promoção do acesso a atividades profissionais, recebido e registado na Presidência da República, no dia 27 de janeiro de 2023, para ser promulgado como lei:

- a norma constante do artigo 2.º na parte em que altera o n.º 9 do artigo 8.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro;
- a norma constante do artigo 2.º na parte em que altera a alínea e) do n.º 2 do artigo 15.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro;
- a norma constante do artigo 2.º na parte em que altera a alínea a) do n.º 2 do artigo 19.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro;
- as normas constantes do artigo 2.º na parte em que alteram o artigo 20.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro;
- as normas constantes do artigo 3.º, na parte em que aditam o artigo 15.º-A à Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro.”

2. Os preceitos ora questionados do Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República têm o seguinte teor:

«**Artigo 2.º**

Alteração à Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro

«Artigo 8.º

Estatutos

(...)

9 -A avaliação final do estágio é da responsabilidade de um júri independente, que deve integrar personalidades de reconhecido mérito, que não sejam membros da associação pública profissional.

Artigo 15.º

Órgãos

(...)

2. (...)

e) Um órgão disciplinar, que deve integrar personalidades de reconhecido mérito com conhecimentos e experiência relevantes para a respetiva atividade, que não sejam membros da associação pública profissional;

Artigo 19.º

Incompatibilidades no exercício de funções

2 - O exercício de funções pelos inscritos nas associações públicas profissionais nos seus órgãos é incompatível com:

a) O exercício de quaisquer funções dirigentes na função pública;

Artigo 20.º

Provedor dos destinatários de serviços

1- Sem prejuízo do estatuto do Provedor de Justiça, as associações públicas profissionais designam uma personalidade independente, não inscrita na associação pública profissional, com a função de defender os interesses dos destinatários dos serviços profissionais prestados pelos membros daquelas.

2 - O provedor dos destinatários dos serviços é designado pelo bastonário ou presidente da associação pública profissional, sob proposta do órgão de supervisão, e não pode ser destituído, salvo por falta grave no exercício das suas funções.

3 - Sem prejuízo das demais competências previstas na lei ou nos estatutos, compete ao provedor analisar as queixas apresentadas pelos destinatários dos serviços e fazer recomendações para a sua resolução, bem como em geral para o aperfeiçoamento do desempenho da associação.

4 - As funções de provedor são remuneradas nos termos regulados no estatuto ou em regulamento da associação pública profissional».

Artigo 3.º

Aditamento à Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro

«Artigo 15.º-A

Órgão de Supervisão

1 - O órgão de supervisão é independente no exercício das suas funções, zela pela legalidade da atividade exercida pelos órgãos da associação e exerce poderes de controlo, nomeadamente em matéria de regulação do exercício da profissão.

2 - Sem prejuízo de outras competências estabelecidas por lei, compete ao órgão de supervisão:

a) O exercício das atribuições previstas na alínea c) do n.º 1 do artigo 8.º sob proposta do órgão colegial executivo, em especial a determinação das regras de estágio, incluindo a avaliação final, bem como afixação de qualquer taxa referente às condições de acesso à inscrição na associação profissional;

b) A verificação da não sobreposição das matérias a lecionar no período formativo e, eventualmente, a avaliar em exame final com as matérias ou unidades curriculares que integram o

curso conferente da necessária habilitação acadêmica, nos termos da primeira parte do n.º 5 do artigo 8.º após parecer vinculativo da Agência de Avaliação e Acreditação do Ensino Superior, a emitir no prazo de 120 dias a contar do pedido;

c) Acompanhar regularmente a atividade do órgão disciplinar, designadamente através da apreciação anual do respetivo relatório de atividades e da emissão de recomendações genéricas sobre os seus procedimentos;

d) Acompanhar regularmente a atividade formativa da associação pública profissional, em especial a realização dos estágios de acesso à profissão, e a atividade de reconhecimento de competências obtidas no estrangeiro, designadamente, através da apreciação anual do respetivo relatório de atividades e da emissão de recomendações genéricas sobre os seus procedimentos;

e) A supervisão da legalidade e conformidade estatutária e regulamentar da atividade exercida pelos órgãos da associação;

f) A proposta de designação do provedor dos destinatários dos serviços, nos termos do n.º 2 do artigo 20.º;

g) A destituição do provedor dos destinatários dos serviços por falta grave no exercício das suas funções, ouvido o órgão colegial executivo.

3 - Sem prejuízo do disposto no número seguinte, o órgão de supervisão é composto por um número ímpar de membros a definir nos respetivos estatutos, incluindo:

a) 40% representantes da profissão, inscritos na associação pública profissional;

b) 40% oriundos dos estabelecimentos de ensino superior que habilitem academicamente o acesso à profissão organizada em associação pública profissional, não inscritos na associação profissional;

c) 20% cooptados pelos membros referidos nas alíneas anteriores, por maioria absoluta, que sejam personalidades de reconhecido mérito, com conhecimentos e experiência relevantes para a atividade da associação pública profissional, não inscritos na associação profissional.

4 - Os membros previstos nas alíneas a) e b) do número anterior são eleitos pelos inscritos na associação pública profissional, nos termos a definir nos respetivos estatutos.

5 - O provedor dos destinatários dos serviços é, por inerência, membro do órgão de supervisão, sem direito de voto.

6 - Os membros do órgão de supervisão elegem o presidente de entre os membros não inscritos na associação pública profissional.»

Segundo o requerente, as normas questionadas poderão padecer de vício de inconstitucionalidade material, «por violação dos princípios da igualdade e proporcionalidade, previstos nos artigos 13.º e 18.º, da garantia de exercício de direitos políticos, prevista nos artigos 50.º e 269.º, do

princípio da autorregulação das ordens Profissionais, dos artigos 47.º, n.º1 e 267.º, n.º4, todos da Constituição da República Portuguesa».

3. Os fundamentos apresentados no pedido para sustentar a inconstitucionalidade dos preceitos impugnados são os seguintes:

«[...]»

4º

As associações profissionais são consideradas Associações Públicas, gozando de um estatuto com o seguinte assento constitucional:

- Artigo 47º, n.º 1: Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse coletivo ou inerentes à sua própria capacidade;
- Artigo 165º, n.º 1, al. s): Reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República em matéria de Associações Públicas;
- Artigo 267º n.º4: As associações públicas só podem ser constituídas para a satisfação de necessidades específicas, não podem exercer funções próprias das associações sindicais e têm organização interna baseada no respeito dos direitos dos seus membros e na formação democrática dos seus órgãos.

5º

Das normas constitucionais citadas resulta um regime constitucional próprio das Associações Públicas, em particular das Associações Profissionais, que deve ser respeitado pelo legislador.

6º

Com efeito, da conjugação do disposto no n.º1 do artigo 47º com o n.º4 do artigo 267º, resulta o princípio da autorregulação das Associações Profissionais, as quais devem reger-se por princípios democráticos internos, dotadas de órgãos próprios, eleitos pelos membros seus associados.

7º

Ora, as normas agora sindicadas estabelecem um conjunto de restrições relevantes ao princípio da autorregulação das Associações Profissionais e à demais proteção constitucional destas entidades.

8º

Desde logo, é o que sucede com a conjugação da competência com a composição do Conselho de Supervisão.

Ao assumir funções que são de verdadeira autorregulação genérica - envolvendo o controlo da legalidade no exercício dessa regulação - tendo titulares que, na sua maioria, não pertencem à respetiva Associação Profissional, e não são democraticamente eleitos pelos associados da mesma,

as normas que definem tal composição parecem enfermar de inconstitucionalidade, por violação do referido princípio e correspondentes normas constitucionais.

Note-se, para mais evidente compreensão da incongruência do regime em causa, que, no caso dos Conselhos Gerais das Universidades, que são entidades públicas integradas na administração autónoma do Estado, os membros que não pertençam ao corpo da universidade são cooptados pelos membros eleitos para os ditos Conselhos, e têm, portanto, sempre na sua escolha uma base democrática representativa dos membros da universidade. Acresce que, para assegurar a autonomia universitária, os membros eleitos diretamente encontram-se sempre em maioria no órgão, o que também não sucede na solução consagrada pelo presente diploma.

Ou seja, órgãos de entidades públicas autónomas são mais estritos na democraticidade da sua composição do que órgãos de entidades privadas, integrando a mesma Administração Autónoma, mas com regime e poder de mais acentuada autorregulação constitucional.

9º

O mesmo se diga da atribuição de funções de natureza disciplinar, de avaliação de final de estágio ou da atribuição da função de Provedor a não inscritos na Associação Profissional, assim violando o princípio da autorregulação.

10º

Por outro lado, na medida em que se passa a estabelecer, na nova redação do artigo 19.º, um regime de incompatibilidades absolutas relativamente ao exercício de funções dirigentes na Administração Pública, que deixa de exigir a demonstração da existência de incompatibilidade em concreto, cria-se uma restrição desproporcionada ao exercício destas funções, sem evidência de fundamento material, o que pode violar o disposto nos artigos 13.º, 18.º, 47.º, 50.º, 267.º e 269.º da Constituição.

Com efeito, tal significa, por exemplo, que o diretor do serviço de um hospital público do Serviço Nacional de Saúde está impedido de exercer funções nos órgãos diretivos da Ordem dos Médicos, da qual é obrigatoriamente membro, enquanto o diretor de serviço idêntico de um hospital privado não está sujeito à mesma incompatibilidade, o que pode violar o princípio da igualdade na dimensão de igualdade proporcional».

Com tais fundamentos, o Presidente da República requer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade da norma constante do artigo 2.º, na parte em que altera o n.º 9 do artigo 8.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro; da norma constante do artigo 2.º, na parte em que altera a alínea e) do n.º 2 do artigo 15.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro; da norma constante do artigo 2.º, na parte em que altera a alínea a) do n.º 2 do artigo 19.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro; das normas constantes do artigo 2.º, na parte em que alteram o artigo 20.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro; e das normas constantes do artigo 3.º, na parte em que aditam o artigo 15.º-A à Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, do Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República, em virtude de os considerar potencialmente desconformes com a Constituição, por violação dos princípios da

igualdade e proporcionalidade, da garantia de exercício de direitos políticos, do princípio da autorregulação das ordens profissionais, nos termos expostos.

4. Notificado para o efeito previsto no artigo 54.º da LTC, o Presidente da Assembleia da República ofereceu o merecimento dos autos, informando que os trabalhos preparatórios que conduziram à aprovação do Decreto em questão se encontram disponíveis na página de Internet do Parlamento e enviando em anexo uma nota sobre os mesmos, elaborada pelos serviços de apoio à Comissão Parlamentar de Trabalho, Segurança Social e Inclusão.

A mencionada nota técnica tem, em suma, o seguinte teor:

“1. Do pedido

A presente nota é elaborada a propósito do processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade, requerido por Sua Excelência o Presidente da República, de normas constantes nos artigos 2.º e 3.º do Decreto da Assembleia da República n.º 30/XV, que procede à alteração da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, que estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais, e da Lei n.º 53/2015, de 11 de junho, que estabelece o regime jurídico da Constituição e funcionamento das sociedades de profissionais que estejam sujeitas a associações públicas profissionais.

Em concreto, no pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade, é suscitada a conformidade constitucional das seguintes normas do Decreto da Assembleia da República:

- As constantes do artigo 2.º, na parte em que alteram o n.º 9 do artigo 8.º a alínea e) do n.º 2 do artigo 15.º, a alínea a) do n.º 2 do artigo 19.º e o artigo 20.º, todos da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro;
- As constantes do artigo 3.º na parte em que aditam o artigo 15.º-A à Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro.

Na fundamentação do pedido, é referida a *«violação dos princípios da igualdade e proporcionalidade, previstos nos artigos 13.º e 18.º, da garantia de exercício de direitos políticos, prevista nos artigos 50.º e 269.º, do princípio da autorregulação das Ordens Profissionais, dos artigos 47.º, n.º 1 e 269.º, n.º 4, todos da Constituição da República Portuguesa.»*

2. Trabalhos preparatórios do Decreto da Assembleia da República n.º 30/XV

O texto do Decreto da Assembleia da República n.º 30/XV resultou da discussão e *votação dos Projetos de Lei n.ºs 9/XV/1ª (PAN) — Estabelece a remuneração obrigatória dos estágios profissionais para o acesso ao exercício da profissão, procedendo à primeira alteração da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, e dos estatutos de diversas associações públicas profissionais e 108/XV/1ª (PS) - Reforça a salvaguarda do interesse público, a autonomia e a independência da regulação e promoção do acesso a atividades profissionais, alterando a Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro e a Lei n.º 53/2015, de 11 de junho.*

No âmbito da apreciação na generalidade, foi promovida a apreciação pública de ambas as iniciativas legislativas, nos termos do artigo 56.º da Constituição da República Portuguesa, dos artigos 472.º e 473.º do Código do Trabalho e, ainda, dos artigos 134.º e 140.º do Regimento da Assembleia da República.

Foram recebidos inúmeros contributos de diversas entidades, podendo a listagem e conteúdo ser consultados na página dos contributos recebidos de cada uma das iniciativas:

- Projeto de Lei n.º 9/XV/1.ª (PAN) — contributos recebidos:
- Projeto de Lei n.º 108/XV/1.ªa (PS) — contributos recebidos:

Sem prejuízo, atento o objeto primacial dos projetos de lei em apreço, damos destaque aos pareceres enviados por Ordens Profissionais, a saber: Ordem dos Farmacêuticos, Ordem dos Médicos, Ordem dos Médicos Dentistas, Ordem dos Médicos Veterinários, Ordem dos Notários, Ordem dos Nutricionistas, Ordem dos Advogados, Ordem dos Engenheiros, Ordem dos Arquitetos, Ordem dos Enfermeiros, Ordem dos Engenheiros Técnicos e Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução e, também, ao parecer remetido pelo Conselho Nacional das Ordens Profissionais.

Ainda na fase da generalidade, foram os projetos de lei objeto de parecer da Comissão de Trabalho, Segurança Social e Inclusão, que no caso do Projeto de Lei n.º 9/XV/1.ª (PAN) foi elaborado pela Senhora Deputada Joana Sá Pereira (PS) e, no caso do Projeto de Lei n.º 108/XV/1.ª (PS), teve como autor o Senhor Deputado Jorge Galveias (CH) (...). Nos pareceres não são levantadas questões de constitucionalidade relacionadas com as normas objeto do pedido fiscalização preventiva.

A discussão na generalidade ocorreu na sessão plenária do dia 29 de junho de 2022, cujo relato pode ser consultado no Diário da Assembleia da República, I Série, n.º 29¹¹.

Os referidos projetos de lei foram aprovados, na generalidade, na sessão plenária do dia 30 de junho de 2022, com as seguintes votações:

- Projeto de Lei n.º 9/XV/1.ª (PAN), aprovado com os votos a favor do PS, de 3 Deputados do PSD, do CH, da IL, do BE, do PAN e do L e a abstenção do PSD e do PCP;
- Projeto de Lei n.º 108/XV/1.ª (PS), aprovado com os votos a favor do PS, de 3 Deputados do PSD, da IL e do PAN, os votos contra do CH e a abstenção do PSD, do PCP e do BE.

Aprovados na generalidade, os projetos de lei baixaram, na especialidade, à Comissão de Trabalho, Segurança Social e Inclusão. Com objeto semelhante, e na mesma data (30-06-2022), baixaram à Comissão sem votação, para nova apreciação na generalidade, os Projetos de Lei n.ºs 177/XV/1.ª (CH) – Elimina restrições injustificadas no acesso a profissões reguladas e estabelece limites à duração e organização dos estágios e 178/XV/1.ª (IL) Reforma regulatória das associações públicas

profissionais, combate ao corporativismo e democratização do acesso às profissões (Primeira alteração à Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro).¹²¹

A 6 de julho de 2022, a Comissão deliberou constituir um grupo de trabalho, – Grupo de Trabalho – Ordens Profissionais –, para preparar a discussão e votação na especialidade e a nova apreciação na generalidade, consoante os casos, das iniciativas legislativas supramencionadas. O grupo de trabalho, coordenado pela Senhora Deputada Joana Sá Pereira (PS), integrou os Senhores e as Senhoras Deputadas Alexandra Leitão (PS), Pedro Delgado Alves (PS), Bruno Aragão (PS), Mónica Quintela (PSD), Emília Cerqueira (PSD), Joana Barata Lopes (PSD), Jorge Galveias (CH), Rui Rocha (IL), Diana Ferreira (PCP) e José Moura Soeiro (BE). Mais tarde, em virtude da suspensão do mandato parlamentar, a Senhora Deputada Diana Ferreira (PCP) foi substituída pelo Senhor Deputado Alfredo Maia (PCP).

O grupo de trabalho reuniu por 15 vezes, tendo realizado, no escopo da missão que lhe fora atribuída, as seguintes audições:

- Audição do Conselho Nacional das Ordens Profissionais, a 15 de setembro de 2022;
- Audição conjunta da Ordem dos Médicos, Ordem dos Psicólogos, Ordem dos Farmacêuticos e Ordem dos Nutricionistas, a 21 de setembro de 2022;
- Audição conjunta da Ordem dos Enfermeiros, Ordem dos Médicos Dentistas e Ordem dos Fisioterapeutas, a 28 de setembro de 2022;
- Audição conjunta da Ordem dos Advogados, Ordem dos Notários e Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, a 29 de setembro de 2022;
- Audição conjunta da Ordem dos Biólogos e Ordem dos Médicos Veterinários, a 6 de outubro de 2022;
- Audição conjunta da Ordem dos Engenheiros, Ordem dos Arquitectos e Ordem dos Engenheiros Técnicos, a 11 de outubro de 2022;
- Audição conjunta da Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses - Intersindical Nacional e União Geral de Trabalhadores, a 19 de outubro de 2022;
- Audição conjunta da Associação das Sociedades de Advogados de Portugal e Associação Portuguesa da Advocacia em Prática Individual, a 20 de outubro de 2022;
- Audição conjunta da Ordem dos Economistas, Ordem dos Contabilistas Certificados, Ordem dos Revisores Oficiais de Contas e Ordem dos Despachantes Oficiais, a 25 de outubro de 2022;
- Audição conjunta da Associação de Jovens Médicos, Associação Nacional de Jovens Advogados Portugêses e Conselho Nacional de Juventude, a 29 de novembro de 2022;
- Audição da Autoridade da Concorrência, a 29 de novembro de 2022;
- Audição da Senhora Provedora de Justiça, a 7 de dezembro de 2022;

Este grupo de trabalho recebeu também alguns contributos escritos (...), dos quais destacamos o memorando do Conselho Nacional das Ordens Profissionais (CNOF).

No decurso do processo legislativo, foram apresentadas as seguintes propostas de alteração:

- 1 - Propostas de Alteração do GP PSD (19-12-2022);
- 2 - Propostas de Substituição do GP PS (19-12-2022);
- 3 - Propostas de Alteração do GP PCP (19-12-2022)

Após a conclusão da fase dedicada à realização de audições, o grupo de trabalho reuniu, no dia 20 de dezembro de 2022, para proceder à discussão e à votação na especialidade, ainda que indiciárias, das iniciativas legislativas. Na reunião, estiveram presentes os Grupos Parlamentares do PS, do PSD e do PCP, tendo participado no debate os Senhores e as Senhoras Deputadas Alexandra Leitão (PS), Pedro Delgado

Alves (PS), Bruno Aragão (PS), Mónica Quintela (PSD), Emília Cerqueira (PSD) e Alfredo Maia (PCP). (...).

O relatório da discussão e votação na especialidade e da nova apreciação na generalidade dá conta, de forma pormenorizada, das votações na especialidade alcançadas indiciariamente no grupo de trabalho.

Deste relatório, permitimo-nos destacar a informação que respeita às disposições cuja conformidade constitucional é suscitada pelo presente pedido de fiscalização:

• **Artigo 8.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro:**

A redação do n.º 9 deste artigo resulta da aprovação da proposta de alteração apresentada pelo Grupo Parlamentar do PS, que correspondia à redação que constava do Projeto de Lei n.º 108/XV/1ª(PS), mas como n.º 8. Esta redação foi aprovada com os votos a favor do PS e os votos contra do PSD e do PCP;

O Grupo Parlamentar do PSD apresentou uma proposta de redação para esta disposição (como n.º 8), nos seguintes termos: «*A avaliação final do estágio é da responsabilidade de um júri independente composto por membros inscritos na associação pública profissional, que pode integrar também personalidades de reconhecido mérito que não sejam membros da associação pública profissional.*», que foi rejeitada com os votos contra do PS e do PCP e os votos a favor do PSD.

A proposta apresentada pelo Grupo Parlamentar do PCP (como n.º 8 por referência ao texto do projeto de lei) era de eliminação e foi rejeitada com os votos contra do PS e do PSD e os votos a favor do PCP.

• **Artigo 15.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro:**

A redação da alínea e) do n.º 2 desta norma corresponde à versão das propostas de alteração apresentadas pelo Grupo Parlamentar do PS, nessa sede como alínea c)^[3], e foi aprovada com os votos a favor do PS e os votos contra do PSD e do PCP

Vale a pena referir que esta redação é diferente da que constava inicialmente no Projeto de Lei n.º 108/XV/1.ª (PS), que era a seguinte: «Um órgão disciplinar, eleito pela assembleia representativa, que exerce o poder disciplinar, devendo integrar personalidades de reconhecido mérito que não sejam membros da associação pública profissional».

Nas suas propostas de alteração [como alínea d)], o Grupo Parlamentar do PCP propunha a eliminação desta disposição. Essa proposta de eliminação foi rejeitada com os votos contra do PS e os votos a favor do PSD e do PCP

O Grupo Parlamentar do PSD propôs [como alínea d)] a seguinte redação: «Um órgão disciplinar, eleito por sufrágio universal, que exerce o poder disciplinar, podendo integrar personalidades de reconhecido mérito que não sejam membros da associação pública profissional». Essa proposta foi rejeitada com os votos contra do PS e do PCP e os votos a favor do PSD.

• **Artigo 19.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro:**

A redação da alínea a) do n.º 2 do artigo 19.º corresponde à versão das propostas de alteração apresentadas pelo Grupo Parlamentar do PS e foi aprovada com os votos a favor do PS e do PSD e a abstenção do PCP.

• **Artigo 20.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro^[4]:**

A redação desta norma corresponde à versão das propostas de alteração apresentadas pelo Grupo Parlamentar do PS, aprovada com as seguintes votações:

Ø **N.ºs 1 e 3** - aprovados com os votos a favor do PS e do PCP e os votos contra do PSD;

Ø **N.ºs 2 e 4** – aprovados com os votos a favor do PS, os votos contra do PSD e a abstenção do PCP;

Ø **Epígrafe** – aprovada por unanimidade;

Importa dar nota de que a redação inicial constante no Projeto de Lei n.º108/XV/1.ª para os n.ºs 1 e 3 era distinta da apresentada nas propostas de alteração do Grupo Parlamentar do PS e que foi aprovada. No projeto de lei, **para o n.º 1** previa-se a seguinte redação: «1 – *Sem prejuízo do estatuto do Provedor de Justiça, as associações públicas profissionais designam uma personalidade independente com a função de defender os interesses dos destinatários dos serviços profissionais prestados pelos membros*

daquelas.»; **e para o n.º3:** «O cargo de provedor é remunerado, nos termos a definir no estatuto ou em regulamento da associação pública profissional.»

O Grupo Parlamentar do PSD apresentou uma proposta de redação para este artigo, que não chegou a ser votada, por se considerar prejudicada em resultado da votação do artigo 15.º. A redação proposta era a seguinte:

«Artigo 20.º

1 – Sem prejuízo do estatuto do Provedor de Justiça, as associações públicas profissionais podem designar uma personalidade independente com a função de defender os interesses dos destinatários dos serviços profissionais prestados pelos membros daquelas.

2 – O provedor dos destinatários dos serviços é designado pelo Bastonário ou Presidente da associação pública profissional, sob proposta do órgão de supervisão e não pode ser destituído, salvo por falta grave no exercício das suas funções.

3 – [...]

4 – [...]

5 – [...].»

• **Artigo 15.º-A aditado à Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro^[5]:**

A redação deste artigo corresponde ao texto das propostas de alteração apresentadas pelo Grupo Parlamentar do PS, sendo que, em relação à alínea b) do n.º 2, foram introduzidas as alterações abaixo sinalizadas, por proposta formulada oralmente pelo Grupo Parlamentar do PS:

«A verificação da não sobreposição das matérias a lecionar no período formativo e, eventualmente, a avaliar em exame final com as matérias ou unidades curriculares que integram o curso conferente da necessária habilitação académica, nos termos da primeira parte do n.º 5 do artigo 8.º, após parecer vinculativo da Agência de Avaliação e Acreditação do Ensino Superior, a emitir no prazo de 120 dias a contar do pedido»

A redação foi aprovada com os votos a favor do PS e os votos contra do PSD e do PCP.

O Grupo Parlamentar do PCP propôs a eliminação desta norma, tendo essa proposta de eliminação sido rejeitada com os votos contra do PS e os votos a favor do PSD e do PCP.

Já o Grupo Parlamentar do PSD propunha a seguinte redação:

«Artigo 15.º-A

[...]

1 – [...]

2 – [...]

a) – [...]

b) – [...]

c) – [...]

d) – [...]

e) A proposta de designação do provedor dos destinatários dos serviços, nos termos do n.º 3 do artigo 20.º;

f) Eliminar.

3 – Os membros do órgão de supervisão são eleitos por sufrágio universal.

4 – Eliminar.

5 – O Provedor dos destinatários dos serviços, quando esteja previsto nos estatutos é, por inerência, membro de pleno direito do órgão de supervisão, com direito de voto em todas as matérias, salvo em relação aos recursos de decisões disciplinares por si interpostos.

6 – [...].»

As propostas do PSD para a alínea e) do n.º2 e para o n.º5 foram consideradas prejudicadas em resultado de votação anterior. As propostas do PSD para a alínea f) do n.º2 e para o n.º4 foram rejeitadas com os votos contra do PS, os votos a favor do PSD e a abstenção do PCP. A proposta do PSD para o n.º3 foi rejeitada com os votos contra do PS e do PCP e os votos a favor do PSD.

As votações na especialidade, realizadas indiciariamente no grupo de trabalho, foram ratificadas em sede de Comissão, na reunião do dia 21 de dezembro de 2022. No debate que acompanhou a confirmação das votações, participaram as Senhoras e os Senhores Deputados Joana Sá Pereira (PS), Emília Cerqueira (PSD) e Alfredo Maia (PCP) (...).

O texto final, apresentado pela Comissão, foi submetido a votação final global na sessão plenária de 22 de dezembro de 2022, tendo sido aprovado com os votos a favor do PS, de 1 Deputado do PSD, da IL e do PAN, os votos contra do PSD, do CH e do PCP e a abstenção do BE e do L.

No Diário da Assembleia da República, I Série, n.º 71, que relata a sessão plenária na qual decorreu a votação final global, a partir da página 53, é possível ler as declarações de voto apresentadas pelas Senhoras Deputadas Emília Cerqueira (PSD) e Alma Rivera (PCP) e pelo Senhor Deputado Pedro Delgado Alves (PS).

A redação final do texto foi fixada na reunião da Comissão de Trabalho, Segurança Social e Inclusão do dia 18 de janeiro de 2023. Conforme pode ler-se na comunicação dirigida pela Comissão à Divisão de Apoio ao Plenário, foram aceites todas as sugestões feitas por esse Serviço constantes da «Informação» e do «Projeto de Decreto», com exceção da sugestão relativa ao n.º3 do artigo 15.º-A, aditado à Lei n.º2/2013, de 10 de janeiro, prevalecendo nesse caso a redação aprovada em Plenário: «3 – Sem prejuízo do disposto no número seguinte, o órgão de supervisão é composto por um número ímpar de membros a definir nos respetivos estatutos, incluindo:».

O texto que resultou da redação final foi publicado em Diário da Assembleia da República, nos termos do artigo 157.º do Regimento da Assembleia da República, não tendo sido apresentada qualquer reclamação contra inexatidão e, assim, o texto definitivo, já designado de Decreto da Assembleia da República, foi enviado para promulgação no dia 27 de janeiro de 2023.

(...)"

5. Foi discutido em Plenário o memorando apresentado pelo relator e fixada a orientação do Tribunal sobre as questões a resolver, de acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 59.º da LTC, cumprindo agora decidir em conformidade com o que então se estabeleceu.

*

II. FUNDAMENTAÇÃO

6. Legitimidade processual

Considerando a legitimidade do requerente, a circunstância de o pedido conter todas as indicações a que se refere o artigo 51.º, n.º 1, da LTC e a observância dos prazos aplicáveis (artigo 278.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa e artigos 54.º, 56.º, 57.º, n.ºs 1 e 2, e 58.º da LTC), nada obsta ao conhecimento da questão de constitucionalidade formulada nos presentes autos.

7. Considerações Gerais

7.1. O Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República procede à primeira alteração à Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, que instituiu o *regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais* (artigo 1.º). Estas podem ser entendidas como pessoas coletivas de direito público, dotadas de um substrato pessoal de pessoas singulares que exercem determinada atividade profissional, organizadas para o desempenho de atribuições de regulação dessa atividade em benefício do público destinatário e de prossecução do respetivo interesse corporativo (cfr. artigos 2.º e 5.º, n.º 1, ambos da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro).

Trata-se de pessoas coletivas de base associativa integradas na administração autónoma que beneficiam de um regime jurídico particular, já que, sem deixarem de constituir *associações de privados*, beneficiando por isso da inerente disciplina autonómica em alguma medida (artigo 46.º da Constituição da República Portuguesa), recebem poderes de autoridade de natureza jurídico-publicística e de fonte estadual, sujeitando-se por isso e por contrapartida, a uma disciplina legal vinculativa do exercício desses poderes subtraída à liberdade estatutária própria das associações privadas (artigo 46.º, n.º 2.º, da Constituição da República Portuguesa) e, bem assim, a formas de

tutela pelo Governo central (artigo 199.º, alínea d), da Constituição da República Portuguesa e artigo 45.º, n.ºs 4 a 8, da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro).

As *ordens profissionais*, que, em Portugal, praticamente esgotam a figura das associações públicas de profissionais, pretendem-se localizadas em setores profissionais caracterizados por unicidade de interesses e especificidade de circunstâncias e de atributos. Trata-se de atividades diferenciadas e dotadas de elevado grau técnico, que por isso justificam a adoção de um princípio de autoadministração (por soluções regulatórias por serviços administrativos ou outro tipo de instituições públicas resultarem ineficientes ou desadequadas às peculiaridades do setor) e da criação de um *monopólio regulatório*, este essencialmente assente no caráter convergente dos interesses entre profissionais do setor e entre estes e o interesse público de bom desempenho da atividade.

As ordens profissionais adquirem, assim, pela descentralização administrativa, autoridade para vincularem os profissionais do setor a aderirem à associação, a controlarem o seu acesso e o exercício da profissão e para os obrigarem ao seu financiamento. A regulação nestes termos transporta consigo também a *exclusão* de outros operadores da prática de certos atos integrados na prestação típica dos profissionais do setor, ainda que para isso possuam habilitações académicas bastantes e disposição, encurtando por via administrativa a oferta do serviço ao público (cfr., v. g., Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto; artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 282/77, de 05 de julho e Regulamento da Ordem dos Médicos n.º 698/2019, de 5 de setembro), por vezes associando-se mesmo às infrações deste espaço de proibição natureza criminal (artigo 7.º da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto).

Em essência, as associações públicas de profissionais produzem um efeito descentralizador da atividade administrativa que pode ser desejável em certos segmentos de atividade, já que a sua proximidade para com os sujeitos regulados é apta a permitir uma visão mais perfeita das reais necessidades da profissão sobre parâmetros deontológicos e sobre obrigações profissionais (para com os destinatários dos serviços e para com a comunidade), bem como a compreender de forma mais translúcida os perigos efetivos que a atividade acarreta para a ordem pública.

Por outro lado, o afastamento do Estado central pode ser particularmente vantajoso em profissões cuja *liberdade de exercício* e *preservação de sigilo* constituam atributos com relevo: o exemplo mais ilustrativo será o caso dos advogados, cuja missão é indissociável da função judiciária e que a desempenham, com frequência, em oposição a ações estaduais, mostrando-se, por isso, saudável o distanciamento face ao Estado central. Noutra dimensão, a complexidade técnica coeva a certas profissões e a dificuldade de operadores externos em avaliarem e controlarem corretamente o desempenho dos respetivos profissionais (v. g., médicos, engenheiros, arquitetos, etc.), igualmente pode impor a autorregulação como solução, porque tendente à otimização da função reguladora.

Ou seja, esta *descentralização funcional* (descentralização territorial correspondente às autarquias locais) traduz-se na atribuição a um certo grupo de pessoas de poderes de gestão autónoma de tarefas públicas diretamente relacionadas com os interesses próprios do grupo – quer a *regulação profissional* (interesse coincidente com o interesse público justificativo da criação da associação pública profissional), quer a *representação e defesa dos interesses gerais da profissão*.

Sobre a caracterização desta figura jurídica, já fez ver a jurisprudência constitucional:

“A figura da associação pública é conceptualmente marcada pela confluência da personalidade jurídica pública e da natureza associativa. Na definição de FREITAS DO AMARAL, constituem associações públicas «as pessoas coletivas públicas, de tipo associativo, destinadas a assegurar autonomamente a prossecução de determinados interesses públicos pertencentes a um grupo de pessoas que se organizam com esse fim» – cfr. Curso de Direito Administrativo, 4.^a ed., Coimbra, 2015, pp. 363-364.

Em sentido substancialmente idêntico, embora com formulação mais precisa e desenvolvida, VITAL MOREIRA define associação pública como uma «pessoa coletiva de direito público, de natureza associativa, criada como tal por ato do poder público, que desempenha tarefas administrativas próprias, relacionadas com os interesses dos seus próprios membros, e que, em princípio, se governa a si mesma mediante órgãos próprios que emanam da coletividade dos seus membros, sem dependência de ordens ou orientações governamentais, embora normalmente sujeitas a uma tutela estadual» – cfr. Administração Autónoma e Associações Públicas, Coimbra, 1999, p. 382.

Como refere ainda este último Autor, «as associações públicas, além das funções de representação e defesa do interesse coletivo dos seus membros, têm geralmente funções de regulação» e «raramente têm funções de administração de prestações» (Administração Autónoma..., cit., p. 384), partilhando diversas características das demais entidades públicas: «criação por ato público, prossecução de interesses públicos, exercício de poderes públicos, tutela estadual» (ibidem, p. 387).

Sobre a prossecução de interesses públicos, importa, ainda, reter a advertência de VITAL MOREIRA: «naturalmente, as associações públicas não podem ter escopo puramente egoísta do grupo subjacente. Elas são públicas justamente porque esses interesses do grupo são também considerados interesses públicos ou porque, a par desses interesses, elas estão incumbidas de prosseguir uma finalidade caracteristicamente pública. O problema está justamente no modo como se articulam o interesse coletivo do grupo e o interesse público que justifica a publicização» (ibidem, p. 389).

Também JORGE MIRANDA salienta a colaboração ou articulação entre os particulares e a Administração, que é o cerne da figura da associação pública, afirmando que «as associações ou corporações públicas distinguem-se de outras formas de colaboração ou participação não tanto pelo seu carácter duradouro quanto pelo seu carácter institucionalizado e pela unificação, de interesses e vontades que envolvem: a Administração dá o poder e a forma jurídica, os administrados a participação e a conjugação de esforços» – cfr. “A ordem dos farmacêuticos como associação pública (I)”, in Estado & Direito, n.º 11, 1.º semestre de 1993, p. 21.

Em todo o caso, as associações públicas não constituem uma categoria unitária ou homogénea, variando, nomeadamente, em função do tipo e natureza jurídica dos associados, do contexto económico-social a que respeitam e das finalidades prosseguidas. Assim, adentro dessa mesma categoria das associações públicas, existem associações de entidades públicas, associações públicas de entidades privadas (...) e associações públicas de carácter misto – cfr. FREITAS DO AMARAL, ob. cit., pp. 371-379.

E quanto ao seu contexto económico-social ou às finalidades prosseguidas, as associações públicas podem apresentar também grande diversidade, delas se destacando, como subcategoria, as associações públicas profissionais em sentido estrito, quer pela sua relevância social, quer pela doutrina e pela jurisprudência que sobre elas versa, quer ainda por serem a única espécie de associações públicas que dispõe, entre nós, de um regime jurídico comum – a Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro. Quanto às demais associações públicas (...), encontram o seu regime jurídico em normaçaõ própria e específica de cada uma delas.

*Importa também adiantar, desde já, que as corporações ou associações profissionais se caracterizam por um certo «dualismo de funções» ou «bidimensionalidade pública e privada», pois «(...) desempenham simultaneamente funções públicas (as que justificam a corporação enquanto tal) e funções privadas (o que faz delas associações de defesa profissional)» – cf. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, cit., p. 415. Mas este dualismo não é de geometria livremente variável, pois, como previne o mesmo Autor, a natureza pública das corporações profissionais «(...) implica que elas só possam ter tais funções na medida necessária para desempenhar as suas tarefas públicas e apenas naquilo que não conflitue com tais tarefas» (ibidem, p. 419).*

*Este dualismo funcional há de refletir-se, naturalmente, no regime jurídico ao abrigo do qual são exercidas as funções da associação pública, colocando-se a questão de saber a quais dessas funções corresponde um regime jurídico-administrativo. Embora a resposta não possa ser uniforme para todas as associações públicas, pode ainda acompanhar-se VITAL MOREIRA quando afirma que «(...) estão sujeitos ao direito público pelo menos os aspetos que integram a vida institucional da corporação, bem como os atos que traduzam o exercício de funções públicas», ou seja, «(...) aquelas tarefas em que a corporação aparece como poder público perante os seus membros» – *Administração Autónoma...*, cit., p. 490.*

*Em suma, embora podendo conciliar, nalguma medida, funções públicas e privadas, as associações públicas constituem pessoas coletivas de direito público de natureza ou substrato associativo e, tal como reconhece hoje a generalidade da doutrina administrativista, integram-se na Administração pública autónoma, não se destinando primariamente à prossecução, ainda que indireta, de interesses estaduais, mas de interesses próprios do grupo de sujeitos que lhes subjaz – cfr., inter alia, VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, cit., pp. 489-490, FREITAS DO AMARAL, ob. cit., pp. 402 e ss., JOÃO CAUPERS/VERA EIRÓ, *Introdução ao Direito Administrativo*, 12.ª ed., Lisboa, 2016, p. 137, e PEDRO GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, 2019, pp. 891 e ss. Esta última dimensão não dispensa, todavia, e conforme já referido, uma articulação harmoniosa entre tais interesses e o interesse público geral, como elemento justificativo da atribuição de personalidade jurídica pública."*

(v. Acórdão do TC n.º 522/2021)

Sem consagração expressa na Lei Fundamental de 1976, a conformidade constitucional das ordens profissionais e do seu exercício de prerrogativas de direito público foi fundamento de controvérsia por essa altura. Resulta do que vai dito que estas entidades transportam consigo múltiplas formas de ingerência sobre a liberdade de acesso e de exercício de profissão, bem como sobre liberdade associativa. A existência de uma associação de particulares capacitada para impor uma adesão obrigatória (artigo 46.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa), para impedir o acesso ou o

exercício de uma profissão (artigo 47.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa), para obrigar os profissionais do setor a alimentarem as suas necessidades de receita por via de prestações de natureza tributária e, no geral, para disciplinarem os parâmetros deontológicos por que se deve pautar o desempenho da profissão, sob pena de responsabilidade disciplinar, constituía, para alguns, a arrogação de poderes que apenas se poderiam entender conferidos ao Estado central e, outrossim, uma forma de preservação do modelo de corporações característico do Estado Novo.

O dissídio foi apreciado pela Comissão Constitucional com juízo negativo de inconstitucionalidade (v. Parecer n.º 1/78, sobre a Câmara dos Despachantes Oficiais e, especialmente, Parecer n.º 2/78, sobre a Ordem dos Médicos) e a Revisão de 1982, inspirada pela doutrina então adotada, introduziu no texto constitucional a admissibilidade expressa de associações públicas, hoje constante do artigo 267.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa.

A introdução da figura no texto constitucional, no entanto, denota um patente escopo moderador, condicionando a constituição de associações públicas a princípios de *especificidade* e de *excecionalidade*. Em traços gerais, significa isto que apenas se admite a sua criação, com a inerente transferência de poderes jurídico-publicísticos, quando na presença de uma finalidade de interesse público dotada de atributos particulares que o justifique de acordo com um paradigma específico; por outra parte, significa também que as associações públicas não podem ser adotadas como princípio-regra de estrutura regulatória, cingindo-se apenas aos casos em que outras soluções administrativas, menos cerceadoras da liberdade profissional e da liberdade de associação, se revelem desadequadas ou insuficientes, sendo por isso inidóneas para a realização da finalidade pública (cfr. artigo 267.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa; “...só podem ser constituídas..”). Podemos, também aqui, convocar o expendido no Acórdão do TC n.º 522/2021:

“É certo que a Comissão Constitucional, especialmente através do seu Parecer n.º 2/78, de 5 de janeiro – relatado por JORGE MIRANDA –, que teve por objeto a conformação orgânica da Ordem dos Médicos, cedo afirmara, dentro de certos limites, a admissibilidade constitucional das associações públicas e sua distinção relativamente às associações de Direito privado a que se refere diretamente o artigo 46.º da Constituição. Assim, pode ler-se nesse Parecer que a prossecução de fins de interesse social pela Ordem dos Médicos determinava «(...) especialidades e desvios aos princípios gerais das associações e a impelem para o Direito administrativo».

Alicerçando a admissibilidade constitucional das associações públicas no princípio da descentralização da atividade administrativa, plasmado no artigo 6.º da Constituição e entendido como comportando tanto uma vertente de base territorial, como não territorial, incluindo-se, nesta última, institutos públicos e associações públicas, o referido Parecer destaca o perfil institucional e uma certa hibridez característica das associações públicas, a que já se aludiu acima: «O substrato da Ordem não deixa de ser associativo, mas a sua estrutura jurídica oferece uma dupla face. A Ordem não tem apenas em vista a defesa dos direitos e interesses dos médicos, tem também em vista a garantia de interesses dos utentes dos serviços médicos e da comunidade em geral; e procura conjugar uns e outros sob a tutela do Estado que aprova o Estatuto e a cujos tribunais administrativos, e não já judiciais, compete decidir sobre a legalidade de atos dos seus órgãos».

Embora afirmando categoricamente a compatibilidade com a Constituição da figura das associações públicas, o referido Parecer n.º 2/78 da Comissão Constitucional não deixou, desde logo, de enunciar apertados limites constitucionais relativamente à conformação de cada associação pública (no caso daquele Parecer, a Ordem dos Médicos), nomeadamente: (i) «garantia da liberdade de associação (artigo 46.º), pela não assunção ou não assunção exclusiva de finalidades ou funções para além das que são específicas da Ordem», (ii) «não assunção, nomeadamente, de finalidades ou funções reservadas às associações sindicais», (iii) «garantia dos direitos dos interessados que possam ser atingidos por decisões dos órgãos da Ordem», e (iv) «democracia interna».

Independentemente do mérito daquele Parecer, a questão permaneceu controvertida na doutrina, erguendo-se algumas vezes contra a compatibilidade das associações públicas com a Lei Fundamental, tendo em conta a ausência de habilitação expressa e o conflito com a liberdade de associação – assim, por exemplo, ANTÓNIO DA SILVA LEAL, “Os grupos sociais e as organizações na Constituição de 1976 – a rotura com o corporativismo”, in Estudos sobre a Constituição, 3.º, vol., Lisboa, 1979, pp. 195 ss., maxime pp. 337-341. Esta controvérsia foi definitivamente ultrapassada, como se referiu, pela revisão constitucional de 1982, que aditou o citado n.º 4 ao artigo 267.º da Constituição e cujo alinhamento com o Parecer n.º 2/78 da Comissão Constitucional é bastante evidente.

Tendo fundamentalmente em vista o paradigma das associações públicas de particulares, pois só quanto a estas fazem sentido as referências à «participação dos interessados» e a «proibição de funções sindicais», o n.º 4 do artigo 267.º da Constituição sujeitou a criação e conformação das associações públicas a quatro princípios: (i) princípio da excecionalidade, (ii) princípio da especificidade, (iii) princípio da não concorrência com os sindicatos e (iv) princípio da democracia interna – cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. II, 4.ª ed., Coimbra, 2010, p. 812. Para a decisão a proferir nos presentes autos relevam, fundamentalmente, os dois primeiros princípios enunciados por estes Autores.

Assim, o princípio da excecionalidade, ainda segundo GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, consagra a ideia de que «(...) não é livre a criação de associações públicas, devendo ela ser necessária para satisfazer uma finalidade pública caracterizada», tratando-se «de uma simples concretização do princípio da necessidade, próprio do regime de restrição dos direitos, liberdades e garantias (cfr. art. 18.º-2), visto que as associações públicas implicam sempre restrições ou desvios a um ou mais aspetos da liberdade de associação (art. 46.º)» (ibidem). Já o princípio da especificidade «(...) consiste em que as associações públicas só podem ser constituídas para a realização de fins específicos, determinados pela necessidade pública que motiva a sua criação, caracteristicamente associada a uma determinada categoria de pessoas (ou de associações), não podendo portanto ter fins genéricos ou insuficientemente definidos» (ibidem).

Quanto a este princípio da especificidade, todavia, não custa reconhecer que a formulação da norma em causa é «algo elíptica», como assinalam LUÍS FÁBRICA/JOANA FÉRIA COLAÇO – cfr. anotação sub artigo 267.º, in Constituição Portuguesa Anotada (org. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS), vol. III, 2.ª ed., Lisboa, 2020, p. 527). Assim, numa abordagem mais analítica, estes Autores decompõem este princípio nas seguintes vertentes: (i) «(...) uma associação pública não pode visar a generalidade, ou um conjunto muito amplo, dos interesses de um conjunto delimitado de sujeitos, seu potencial substrato (...); (ii) «(...) o conjunto desses sujeitos há de individualizar-se pela partilha de um interesse comum, ou de um número

restrito de interesses comuns conexos entre si (...)»; (iii) «(...) esse interesse, ou conjunto de interesses, deve assumir natureza pública, segundo um juízo político-legislativo (...)»; (iv) «(...) tal interesse ou interesses não devem estar a ser adequadamente prosseguidos por um ente administrativo»; (v) «(...) a prossecução desse interesse ou interesses pelos próprios titulares, organizados em associação, não deve contrariar princípios ou valores constitucionais» – *ibidem*, p. 528. E, segundo enfatizam ainda os mesmos Autores, todos estes requisitos devem ser «(...) interpretados e aplicados em termos restritivos (...), de modo que a que a criação de associações públicas apenas ocorra em casos muito limitados, quando a autoadministração seja inequivocamente a forma organizatória adequada para a realização de uma tarefa pública» – *ibidem*, p. 528.

Na ótica constitucional da estrutura da Administração a associação pública, com o regime supra explicitado, configura, reitere-se, uma forma de participação dos cidadãos na gestão da Administração Pública (artigo 267.º, n.º 1, da Constituição) e um instrumento de descentralização administrativa (artigo 267.º, n.º 2, da Constituição e, também, o seu artigo 6.º, n.º 1). Na perspetiva da organização da Administração, a descentralização administrativa – e a correspondente existência da administração autónoma (relativamente ao Estado) – pode assumir, como se referiu, a forma de descentralização territorial (administração autónoma territorial, que as autarquias locais corporizam) ou descentralização funcional ou corporativa – sobre a qual o Governo, no exercício da sua competência administrativa, pode exercer poderes de tutela (artigo 199.º, alínea d), in fine, da Constituição). Ora, é precisamente nesta última vertente da descentralização administrativa que se pode enquadrar a constituição de associações públicas pelo poder público – matéria que integra a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (alínea s) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP).

A constituição de associações públicas, enquanto instrumento, a par de outros, de uma opção de descentralização administrativa pressupõe a existência de uma «coletividade delimitada de pessoas» e de um «círculo de interesses de todas as pessoas da coletividade considerada (“interesses comuns”))» (assim, Pedro Costa Gonçalves, *Manual...*, pp. 518 e 519), implicando, para além da atribuição de identidade jurídica a essa coletividade, a atribuição de uma «função ou tarefa pública, de um interesse qualificado como público», de gestão ou administração de «assuntos públicos relativos aos interesses próprios e específicos da coletividade de interessados» (*idem*, p. 519), mediante autoadministração, através de órgãos representativos e cuja organização interna deve observar os limites previstos no n.º 4 do artigo 267.º da CRP (organização interna baseada no respeito dos direitos dos seus membros e na formação democrática dos seus órgãos).

Tal constituição de associações públicas, enquanto instrumento de estruturação da Administração Pública e modo (possível) de descentralização administrativa funcional com previsão constitucional – concretizando o princípio da participação dos interessados na gestão efetiva da Administração e dos interesses públicos que lhe subjazem –, corresponderá a uma faculdade ou opção político-legislativa do legislador democrático que, em cada momento, a poderá exercer, no respeito pelos limites constitucionalmente impostos.”

(Acórdão do TC n.º 522/2021).

Por outras palavras, a constituição de uma associação pública como forma de prossecução de interesses de índole regulatória dependerá que estes “não estejam a ser adequadamente prosseguidos por um ente administrativo” recorrendo-se a esta solução a título de exceção, “de modo a que a criação

de associações públicas apenas ocorra em casos muito limitados, quando a autoadministração seja inequivocamente a forma organizatória adequada para a realização de uma tarefa pública” (LUIS FÁBRICA e JOANA FÉRIA COLAÇO, *Constituição Portuguesa Anotada*, coord. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, Vol. III, Univ. Católica Ed., 2020, p. 528). De resto, conquanto da constituição de associações públicas e do inerente espaço de monopólio regulatório resulta uma pluralidade de impactos em direitos, liberdades e garantias de particulares, como se vem assinalando, o exposto já decorreria do princípio da *necessidade* (impreteribilidade) da medida ingerente para a realização da finalidade justificadora, *ex vi* artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra, 2007, pp. 649-650 e Vol. II, pp. 812-813; sobre todo o exposto, v., também, P. GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I., Almedina, pp. 895-896; C. URBANO DE SOUSA, *A Reforma do Regime Jurídico das Ordens Profissionais*, Res Publica, 3, Julho de 2022).

Assim, podemos afirmar que, quando confrontado com a necessidade de regular o exercício de uma profissão com interesse público, o Estado poderá organizar um serviço público integrado na administração direta, criar um instituto público e atribuir-lhe essa tarefa, ou constituir uma associação pública de profissionais (com respeito de reserva de Lei – cfr. artigo 165.º, n.º 1, alínea s), da Constituição da República Portuguesa), confiando-lhe o desempenho da missão regulatória (FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Almedina, 1998, Vol. II, p. 408; o autor assinala ainda a possibilidade de delegação de poderes públicos em associações de profissionais já constituídas, mediante a atribuição do estatuto de utilidade pública administrativa). Neste último caso, porém, os sobreditos princípios de *excepcionalidade* e *especificidade* exigirão que a profissão regulada esteja dotada de atributos particulares que derrotem os demais modelos administrativos de disciplina e controlo.

Estamos, portanto, em posição de concluir que não existe um direito constitucional à «*autorregulação de atividades profissionais*» que se inscrevesse na esfera, singular ou coletiva, de particulares, fosse por via do disposto no artigo 47.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, fosse de qualquer outra norma ou princípio constitucional: esta noção opõe-se à própria natureza jurídica das pessoas coletivas em questão, que constituem *instrumentos* regulatórios de direito administrativo ao dispor do Estado, por isso impassíveis de se configurarem como direitos ou liberdades de particulares ou de grupos setoriais.

A autonomia constitucionalmente garantida de que beneficiam as associações públicas nos termos do artigo 267.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, não pode ter-se como excluindo toda e qualquer interferência do Estado, na defesa dos interesses públicos que lhe cumpre salvaguardar. O que se compreende: pois se até em relação às autarquias locais, cujas existência, autonomia e estatuto são constitucionalmente asseguradas, é possível a tutela de legalidade.

Como é evidente, os profissionais de qualquer setor podem constituir-se em associação para defender a carteira de interesses comum aos membros da classe, beneficiando nessas condições de um espectro maximizado de liberdade na conformação dos seus estatutos e na organização da sua disciplina interna (artigo 46.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa). Quando seja assim, será de aplicar o princípio de mínimo de ingerência estadual (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da

República Portuguesa) no exercício da liberdade associativa, mas, nesses casos e como é evidente, não falamos do desempenho de uma *função pública regulatória*, não debatemos a transferência de poderes públicos e não estaremos perante, de todo, *associações públicas de profissionais*: trata-se meramente de associações civis destinadas a escopos coletivos próprios que, nesta sede, não nos importam.

Por outro lado, um direito à autorregulação de atividades profissionais opõe-se também ao conteúdo do *estatuto constitucional* das associações públicas (foi “*a partir da ideia-chave de que tais associações públicas não traduzem o exercício da liberdade de associação*” que se tornou “*possível explicar diversos aspetos do seu regime geralmente encarados como essenciais à prossecução em moldes associativos do interesse público em causa*” – LUIS FÁBRICA e JOANA FÉRIA COLAÇO, *op. Cit.*, p. 527). Para além de a sua constituição estar sujeita a reserva de lei, achando-se, como tal, nos antípodas do exercício de uma liberdade privada, a própria iniciativa estadual está subordinada, como vimos, a um princípio de *excepcionalidade* que derrota, em absoluto, a sua compreensão como *direito* inscrito na esfera coletiva de classes profissionais (ou de algumas classes profissionais).

Assim e, em suma: a “*associação pública de profissionais é, portanto, uma 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*” (P. CASTRO RANGEL, *O Princípio da Taxatividade das Incompatibilidades : para uma leitura constitucional dos preceitos deontológicos sobre incompatibilidades*, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 54, Dezembro de 1994, p. 783).

7.2. O que vai exposto permite também afirmar, mais não fosse por maioria de razão, que o legislador democrático não está vinculado por norma ou princípio constitucional que impusesse que o desenho organizacional das associações públicas se contivesse dentro de parâmetros estritos ou que adotasse certo perfil concretizador daquele paradigma de autorregulação. Como já adiantámos, levando em conta a respetiva genética associativa, é certo que as associações públicas profissionais se devem entender acobertadas pelo respetivo princípio de liberdade (artigo 46.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa), sob pena de, a não ser assim, se obnubilar a sua natureza de *associação de pessoas privadas*, antes a convertendo em “*simple instituto ou serviço administrativo*” e embargando as vantagens que deste modelo se extraem (v. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pp. 649-650; PAULO OTERO, *Dos limites constitucionais à intervenção do Estado nas associações públicas profissionais*, Revista de Direito Administrativo, n.º 6, Set/Dez 2019, p. 12). As associações públicas de profissionais beneficiarão, pois, de autonomia administrativa, financeira, disciplinar e regulamentar, sendo-lhes admitida ampla latitude na gestão dos seus recursos e no domínio da sua representação externa e dos profissionais que a integram, nesta vertente e de certo modo, à semelhança da generalidade das associações (v. VITAL MOREIRA, *As ordens profissionais: entre o organismo público e o sindicato*, Revista do Ministério Público, Ano 19, Jan/Mar 1993, n.º 73, p. 40; nesta matéria, porém, importa não esquecer a proibição constitucional de exercício, pelas associações públicas profissionais, de funções próprias

das associações sindicais – cfr. artigo 267.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa e, ainda, artigos 55.º, 56.º, 63.º, n.º 2, do diploma).

No entanto, já se impõe no plano organizacional e de exercício de funções com *dimensão jurídico-publicística* a sujeição da associação a regras e princípios de direito público (FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, pp. 409-410), que naturalmente são alheios à vontade e ao interesse de classe dos profissionais que a integram, antes respondem a necessidades específicas de controlo e disciplina da atividade profissional numa perspetiva de ordem pública. Fica assim franqueada ao legislador, neste domínio, maior discricionariedade no desenho de regras jurídicas destinadas a gerir a complexa intersecção de feixes de interesses que convergem sobre a associação no desempenho da sua missão pública. Isto será especialmente assim quando esteja em causa o quadro legal de exercício da função de regulação (por oposição à representação de classe e à defesa de direitos da classe, desprovidas, ambas, de dimensão pública) ou, em essência, quando do desempenho da missão confiada à associação resultem ingerências em direitos, liberdades e garantias de terceiros.

A este respeito, cabe assinalar que existe um caderno de encargos constitucional sobre a orgânica de associações públicas: o artigo 267.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa estabelece que estas pessoas coletivas devem exibir uma fórmula de “*organização interna baseada no respeito dos direitos dos seus membros e na formação democrática dos seus órgãos.*”.

A democraticidade dos órgãos da pessoa coletiva de direito público e a adoção de uma orgânica interna que respeite os direitos dos seus associados deve entender-se indissociável da prossecução de interesses de ordem pública no contexto de um Estado de Direito constitucional e pode compreender-se, não apenas como respeitando ao processo de designação dos titulares dos órgãos associativos, mas também quanto à sua composição.

Em suma, se não existe um direito (constitucional) à criação de associações públicas profissionais, uma vez constituídas estas terão de ver a sua autonomia respeitada (as mesmas integram a administração autónoma), o que implica respeito pelo autogoverno, instrumental à prossecução do fim público justificativo da sua instituição e respeito pela formação democrática dos seus órgãos e respeito dos direitos dos seus membros (cfr. artigo 267.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa).

7.3. Por outro lado, vejamos agora que as associações públicas profissionais têm por objeto, essencialmente, a regulação de *profissões liberais*, geralmente desenvolvidas pelos seus operadores (ou tradicionalmente configuradas) sem vínculo de subordinação e em contexto empresarial. A instalação de uma estrutura de capitais fixos apta ao desenvolvimento de uma atividade caracterizável nestes termos, não importa considerações apenas no domínio da liberdade profissional, é também passível de ser caracterizada, em certos casos, como uma forma de *iniciativa empresarial* e como *operação de investimento*, ficando a coberto do espaço de defesa definido pelo artigo 61.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa. A Jurisprudência constitucional já fez ver:

“A liberdade de iniciativa privada consagrada no artigo 61.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa – «A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral» – conforma também um direito fundamental – embora não-incluído no catálogo de direitos, liberdades e garantias –, este com evidente correlação com os princípios de organização económica postulados pela Lei Fundamental (artigo 80.º, alínea c) da Constituição da República Portuguesa). Esta liberdade compreende, por um lado, o direito a iniciar uma atividade económica (liberdade de realização de investimento e de aplicação de capitais, liberdade de criação de estabelecimento e liberdade de constituição de instrumentos jurídicos para o efeito) e, por outro, a liberdade de exercício de uma atividade económica, por vezes apelidada de liberdade de empresa. Nesta última dimensão, a liberdade de iniciativa privada manifesta-se contra interferências e ingerências externas na governação de agentes económicos, localizando-se por isso na esfera da entidade empresarial (seja individual ou coletiva) e resultando por isso dotada de um sentido «institucional» que é derivação necessária, pois, da especial qualidade de agente económico por que se caracteriza o sujeito jurídico que dela beneficia (v., sobre o assunto, J. J. CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op. cit.; na jurisprudência constitucional, v., entre outros, acórdãos n.ºs 545/2014, 220/2015, 538/2015, 545/2015 e 329/2020).

O Tribunal Constitucional tem entendido que na primeira das dimensões compreendidas no artigo 61.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa a liberdade de iniciativa privada se pode entender análoga a direitos, liberdades e garantias, partilhando do respetivo regime constitucional (cfr. artigo 17.º da Constituição da República; v., sobre esta matéria, acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 76/85, 187/2001, 358/2005, 304/2010, 274/2012, 75/2013 e 545/2015). Empresta-se reforço a esta noção quando se leve em conta que a liberdade de escolha e de exercício de profissão e a liberdade de iniciativa privada possuem um espaço de sobreposição, concorrendo por vezes à proteção de uma mesma posição jurídica. De facto, o direito a escolher profissão e o direito a iniciar uma atividade económica operam ambos nos casos em que dado profissional pretende iniciar uma atividade dotada de alcance económico. O direito a abrir uma loja de comércio, um estabelecimento de carpintaria ou uma oficina de mecânica, por exemplo, tanto recebe cobertura da liberdade de escolha de profissão (de lojista, de carpinteiro, de mecânico, etc.), como da liberdade de iniciativa económica, já que a atividade profissional escolhida importa também a criação de uma estrutura de meios apta ao desenvolvimento de uma atividade nesses termos que opera como aplicação de capitais, possuindo por isso atributos enquanto investimento que exorbitam o âmbito estritamente ocupacional do seu titular (notando esta incidência, v. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op. cit., p. 656)”.

(v. Acórdão do TC n.º 180/2022, em plenário)

As condicionantes ao exercício da atividade que resultam da constituição e da atividade regulatória de associações públicas profissionais impõem também uma abordagem ao problema por esta perspetiva, já que com facilidade estas entidades (ou os atos e regulamentos que adotam no exercício dos poderes públicos que lhes estão conferidos) podem impactar de forma importante no perímetro de proteção protegido por este direito fundamental, dotado de eficácia equiparada a direitos, liberdades e garantias (artigos 61.º, n.º 1, 17.º e 18.º, todos da Constituição da República Portuguesa).

A este propósito, as ordens profissionais e os respetivos agentes (pessoas físicas) foram já entendidas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia como *associações empresariais* (as primeiras) e como *empresas* (os segundos) para efeitos do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), também no que respeita a proibição de práticas concertadas e outras condutas suscetíveis de lesar a liberdade da concorrência:

“o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de financiamento (...) resulta de jurisprudência também constante que qualquer actividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado constitui uma actividade económica (...) Ora, os advogados oferecem, contra remuneração, serviços de assistência jurídica consistentes na preparação de pareceres, contratos ou outros actos, bem como na representação e na defesa em juízo. Além disso, assumem os riscos financeiros correspondentes ao exercício das suas actividades, pois, em caso de desequilíbrio entre as despesas e as receitas, tem de ser o próprio advogado a suportar os défices.

Nestas condições, os advogados inscritos nos Países Baixos exercem uma actividade económica e, portanto, constituem empresas na acepção dos artigos 85.º, 86.º e 90.º do Tratado, sem que a natureza complexa e técnica dos serviços que prestam e a circunstância de o exercício da sua profissão ser regulamentado sejam susceptíveis de alterar tal conclusão (...).

(...) uma organização profissional como a Ordem dos Advogados neerlandesa deve ser considerada uma associação de empresas na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado quando adopta um regulamento como o Samenwerkingsverordening 1993 [regulamento sobre acordos de colaboração entre advogados e outros profissionais liberais]. Com efeito, tal regulamento constitui a expressão da vontade de representantes dos membros de uma profissão para que estes últimos adotem um comportamento determinado no quadro da sua atividade económica”.

(Wouters e o. c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Proc. C-309/99).

A convergência de interesses num único corpo jurídico associativo, integrado pelo universo de operadores económicos de dado setor, dotada de poderes de orientação e de regulação da atividade, traduz um evidente perigo de concertação de práticas de mercado e de limitação da concorrência nos respetivos domínios económicos, em benefício, especialmente, dos agentes que já estejam implementados e que gozem de condições estáveis de procura e de preço.

Em contexto português, assinalam-se várias situações em que a Autoridade da Concorrência (AdC) condenou ordens profissionais por práticas lesivas da concorrência, com especial incidência em matéria de preços de serviços (fixação de tabelas ou de mínimos remuneratórios). Foi esse o caso da Ordem dos Médicos Veterinários, condenada pela AdC em 19 de maio de 2005 (Proc. PRC/2004/28) por concertação de preços (artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho), da Ordem dos Médicos Dentistas, condenada pela AdC em 30 de junho de 2005 (PRC/2004/29) por prática de concertação de preços (artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho), da Ordem dos Médicos, condenada pela AdC em 31 de maio de 2006

(PRC/2005/7) por prática de concertação de preços (artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho) e da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, condenada em 7 de maio de 2010 (PRC/2009/3) por segmentação artificial do mercado de formação, criação de um âmbito exclusivo de ministração da formação em seu benefício e criação de entraves à atividade de formação por outras entidades, incluindo de índole tarifária (artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho - v. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19 de maio de 2015). Cabe ainda referir o caso da Ordem dos Psicólogos Portugueses, já que também relativamente a ela (Proc. PRC/2015/6) a AdC sinalizou a adoção de medidas restritivas da competição entre agentes económicos no seu código deontológico (pontos 3.5. e 3.7.). A associação pública, porém, apresentou medidas de compromisso que permitiram evitar a evolução do processo contraordenacional.

Atualmente, existe um conjunto vasto de ordens profissionais no país, compreendendo vinte e um setores muito distintos entre si e invadindo espaços de mercado de grande heterogeneidade. Para além das profissões cuja supervisão tradicionalmente foi sendo confiada a associações públicas (v. g., advogados, médicos e engenheiros), o modelo foi implementado em setores de tal forma diversificados que se vai impondo a necessidade de questionar a efetiva aplicabilidade pelo legislador dos princípios da excecionalidade e da subsidiariedade na criação de novas associações públicas de profissionais.

O cenário atual motivou já críticas severas e não faltam vozes apresentando reservas (ou frontal oposição) pela disseminação de um modelo que se pretenderia localizado e que importa consequências graves para a liberdade de profissão e, bem assim, para a liberdade de iniciativa económica e de competição entre agentes económicos, também enquanto forma de obter a otimização de equilíbrios concorrenciais e promover o crescimento (artigos 80.º, alínea c) e 81.º, alínea f), da Constituição da República Portuguesa):

“Não é de admirar que estas associações exerçam enorme pressão sobre o legislador para que a profissão possa ser objeto de autorregulação no âmbito de uma ordem profissional. É que a conversão de associações de profissionais de direito privado em ordens permite-lhes não apenas velar pelo cumprimento de deveres deontológicos no exercício da profissão (sendo, portanto, dotadas pelo Estado de poder disciplinar), mas também regular o acesso ao mercado de trabalho dos profissionais, que passam a ter de cumprir requisitos restritivos de inscrição na ordem, sem a qual não podem exercer a profissão para a qual estão academicamente habilitados. Esta tendência das ordens de restringir excessivamente o acesso à profissão autorregulada, criando as mais diversas barreiras (frequência de cursos, taxas elevadas, estágios excessivamente longos, etc.) (...), é acompanhada da tentação de reservar para a profissão um número crescente de atos exclusivos, constituindo, assim, verdadeiras reservas de mercado de trabalho”

(v. C. URBANO DE SOUSA, op. cit., pp. 74-75)

“O malthusianismo profissional é um dos traços mais evidentes da cultura corporativista que continua a prevalecer entre nós, que procura a bênção do Estado para proteger os interesses económico-profissionais estabelecidos contra a entrada de novos profissionais ou operadores económicos. Enquanto perdurar a defesa

de mercados protegidos (...), nunca teremos uma verdadeira economia de mercado baseada na liberdade de entrada e na concorrência nos serviços profissionais”

(VITAL MOREIRA, causa-nossa.blogspot.com; *Mercados Protegidos*)

Como já se infere do que ficou dito sobre a jurisprudência do TJUE, o contexto europeu em que Portugal se encontra é também desfavorável a um âmbito autorregulatório tão vasto como o que encontramos no ordenamento nacional.

Em 10 de janeiro de 2017, a Comissão dirigiu uma Comunicação (COM (2016) 820, 94 final) ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões (com enfoque nos setores profissionais de arquitetos, engenheiros, contabilistas e consultores fiscais, advogados, agentes de propriedade industrial, agentes imobiliários e guias turísticos), recomendando que Portugal reconsiderasse “*o grande número de atividades reservadas*” e apontando para um excesso de áreas sujeitas a monopólios autorregulados, para a falta de transparência no que respeita ao tipo de atos reservados e para a proibição de multidisciplinariedade. A situação continuou a ser objeto de acompanhamento pela Comissão, que, em 9 de julho de 2021 e por nova Comunicação (COM (2021) 185 final), registou a fraca evolução no problema nos Estados membros, Portugal incluído, renovando as anteriores recomendações.

De permeio, em 2019 o Conselho da União Europeia recomendou a Portugal que elaborasse um “*roteiro para reduzir as restrições nas profissões altamente regulamentadas*” e tomasse medidas para diminuir a “*segmentação do mercado de trabalho*” (<https://data.consilium.europa.eu>).

Por sua parte, a Diretiva (UE) 2018/958 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de junho de 2018 revela preocupações importantes sobre a difusão desta forma de regulação, que, no limite, pode atingir níveis de cartelização por via administrativa. Impôs por isso aos Estados que, previamente à “*introdução de novas disposições legislativas, regulamentares ou administrativas (...) que limitem o acesso às profissões regulamentadas, ou o seu exercício*”, procedam a um “*teste de avaliação da proporcionalidade*” (artigo 4.º) que demonstre da sua necessidade estrita no contexto em que se coloque e da viabilidade da sua introdução na ordem jurídica em compaginação com a liberdade profissional, de empresa e com o paradigma concorrencial. A Diretiva foi transposta para a ordem jurídica nacional pela Lei n.º 2/2021, de 21 de janeiro, que veio estabelecer o *Regime de Acesso e Exercício de Profissões e Atividades Profissionais*. O diploma patenteia o princípio geral de liberdade de acesso e exercício de profissão (artigo 4.º) e consagra, por exemplo, a proibição de *numerus clausus* da oferta profissional e o reconhecimento de qualificações obtidas no espaço europeu (artigo 8.º), com o evidente propósito de garantir a abertura dos mercados de trabalho. Em especial, a Lei condiciona as medidas legais limitativas do acesso e exercício de profissão a fundamentos específicos (artigos 4.º, n.º 4, 5.º e 9.º) e sujeita esse tipo de quadros legais ao referido *exame de proporcionalidade* (artigo 4.º, n.º 4, 10.º e 11.º), bem como a fiscalização subsequente (artigos 12.º e 13.º).

Finalmente, em Anexo à decisão de execução do Conselho da União Europeia relativa à aprovação da avaliação do Plano de Recuperação e Resiliência (PRR) de Portugal, faz-se constar um projeto

(Reforma RE-r16) de redução das restrições legais nas profissões regulamentadas no plano nacional que ofereça resposta à avaliação (OCDE/Autoridade da Concorrência) efetuada em 2018. A implementação teve termo final fixado para 31 de dezembro de 2022.

Esta reforma tem por objetivos mínimos anunciados:

- i) Separar as funções de regulação e de representação das ordens profissionais,*
- ii) Reduzir a lista de profissões reservadas (o acesso às profissões apenas poderá ser limitado para salvaguardar interesses constitucionais, de acordo com os princípios da necessidade e da proporcionalidade);*
- iii) Eliminar as restrições à propriedade e à gestão de sociedades de profissionais, na condição de que “os gestores respeitem o regime jurídico para a prevenção de «conflitos de interesses», e*
- iv) Permitir sociedades profissionais multidisciplinares.*

A OCDE, a União Europeia e a Autoridade da Concorrência têm vindo a defender a importância da eliminação das barreiras legais desnecessárias e desproporcionais ao acesso e ao exercício de atividades profissionais autorreguladas.

Ao remover as barreiras desnecessárias no acesso às profissões, promove-se o aumento da oferta, da concorrência e reforçam-se as condições para a inovação e novos modelos de negócio. Tal contribui para um aumento da qualidade dos serviços, um maior ajustamento da oferta às necessidades da procura e preços mais competitivos para os consumidores. Importa ainda destacar que, entre os consumidores dos serviços em causa, se incluem também as empresas, gerando um efeito multiplicador na economia. Estes efeitos assumem particular importância no contexto atual de recuperação económica.

Por outro lado, e ainda neste contexto, destaca-se a importância da remoção das barreiras legais desnecessárias no acesso às profissões autorreguladas, na medida em que é crucial que os indivíduos não estejam restringidos na sua capacidade para redirecionar as suas carreiras profissionais e, se necessário, se reinserirem no mercado de trabalho.

Nessa perspetiva, assumiu importância central, entre outras, a proposta de *separação das funções regulatória e representativa nas ordens profissionais* e a atribuição a um *órgão interno de supervisão independente*, separado dos restantes órgãos, de competência regulatória.

Considerando que a atribuição daquelas duas funções às associações públicas profissionais gera um conflito de interesses que é inerente no sistema de autorregulamentação, que pode conduzir à adoção de regulamentação ineficaz, excessiva e que favorece os interesses privados ou corporativos em detrimento do interesse público, do bem-estar e da concorrência, foi proposto que a aludida separação envolvesse a criação de um órgão independente, externo ou interno, efetivamente separado dos restantes órgãos das ordens profissionais.

Este órgão assumiria a função regulatória da profissão sobre as principais matérias, como o acesso e exercício da profissão. A direção desse órgão regulador seria composta por representantes da própria profissão e por outras pessoas de destacado mérito oriundas de outros órgãos reguladores ou de outras organizações, bem como representantes de organizações de consumidores e

representantes académicos. Tal solução deveria incentivar uma melhor regulamentação da profissão e criar mais incentivos para inovar, em benefício dos clientes. Ademais atenuará o aludido conflito de interesses inerente no sistema de autorregulamentação e protegerá o interesse público.

Contextualizada que fica a disciplina legal e constitucional subjacente ao diploma a que reporta o requerimento para fiscalização, centremo-nos agora nas normas que se integram no seu objeto, para procurar alcançar conclusões sobre o pedido de pronúncia.

8. Sobre o artigo 15.º-A da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, introduzido pelo artigo 3.º do Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República

O primeiro quadro normativo censurado pelo Presidente da República e, talvez, o que lhe inspira maiores reservas, é o que resulta do (novo) artigo 15.º-A, que cria o “*Órgão de Supervisão*” nas associações profissionais públicas.

A crítica incide fundamentalmente sobre a forma de designação e na qualidade dos seus membros, já que, no ver do requerente, “*na sua maioria, não pertencem à respetiva Associação Profissional, e não são democraticamente eleitos pelos associados da mesma*” (artigo 8.º do pedido). O requerente entende que atenta contra um «*direito a autorregulação profissional*» a introdução de um órgão dotado de poderes gerais de controlo da legalidade dos atos da associação pública nestes termos, em que a pessoa coletiva se diria «*invadida*» por não-profissionais da classe.

Ora, ao órgão de supervisão agora introduzido na disciplina legal das associações públicas profissionais são conferidos poderes de fiscalização da legalidade e conformidade estatutária dos atos praticados por outros órgãos, com enfoque na atividade regulatória da pessoa coletiva. Em especial, o órgão de supervisão goza de competências em dois domínios essenciais: no âmbito de condicionantes de acesso à profissão (v. g., exames de acesso e estágio) e no âmbito da atividade do órgão disciplinar.

Na primeira dimensão, ao órgão de supervisão caberá regular, sob proposta do órgão executivo da associação, o estágio que subordine o acesso à profissão, incluindo quanto às condições de avaliação final e custos tributários associados [cfr. artigos 15.º-A, n.º 2, alínea a) e 8.º, n.º 1, alínea c)]. Caberá também a este órgão assegurar que o conteúdo letivo do estágio de acesso não importará uma duplicação quanto a competências que hajam sido avaliadas no âmbito da graduação académica exigida para o exercício da profissão (cfr. artigo 15.º-A, n.º 2, alínea b), e 8.º, n.º 5). O órgão de supervisão deverá ainda desenvolver o acompanhamento de toda a atividade formativa da associação profissional, especialmente no que respeita a estágios de acesso e reconhecimento de habilitações obtidas no estrangeiro, produzindo relatório anual e recomendações genéricas [cfr. artigo 15.º-A, n.º 2, alínea d)].

Na segunda dimensão, são conferidas ao órgão de supervisão competências no acompanhamento da atividade disciplinar realizada pelo respetivo órgão [cfr. artigo 15.º-A, n.º 2, alínea c)], cabendo-

lhe apresentar também, sobre esta matéria, relatório anual de atividade e recomendações genéricas aos órgãos competentes. Incumbe-lhe ainda fazer a proposta de designação do provedor dos destinatários dos serviços (ao bastonário ou presidente da associação) e proceder, ouvido o órgão colegial executivo da associação, à sua destituição [cfr. artigos 15.º-A, n.º 2, alíneas f) e g), e 20.º, n.º 2)].

Por sua parte, e sobre a composição do órgão, o artigo 15.º-A agora introduzido não fixa um número de membros (limita-se a impor número ímpar que previna bloqueios nos processos deliberativos), mas estabelece que os respetivos titulares se distribuirão entre *membros inscritos na associação profissional* [artigo 15.º-A, n.º 3, alínea a)] e *membros não-inscritos na associação profissional* [15.º-A, n.º 3, alíneas b) e c)]. A representatividade destes dois grupos no órgão é desigual, ficando o segundo dotado de uma maioria de cargos [40%/60% - cfr. artigo 15.º-A, n.º 3, alíneas a) a c)], tal como faz ver o requerente, sem que nos mereça reparo.

Sucedem, porém, que o grupo de membros do órgão *não-inscritos* na associação profissional divide-se depois em dois subgrupos: 40% serão obrigatoriamente “*oriundos dos estabelecimentos de ensino superior que habilitem academicamente o acesso à profissão*” e 20% serão “*personalidades de reconhecido mérito, com conhecimentos e experiência relevantes para a atividade da associação*” [cfr. artigo 15.º-A, n.º 3, alíneas b) e c)]. As regras para designação destes dois subgrupos são diferentes: enquanto os primeiros (40% dos titulares) serão eleitos pelos associados, à semelhança dos membros do órgão inscritos [cfr. artigo 15.º, n.º 4)], os demais (20%) resultarão de processo de cooptação (cfr. artigo 15.º, n.º 3, alínea c), *in fine*).

Assim, ao contrário do que afirma o requerente, não é verdade que a associação pública profissional fique sujeita a um órgão cuja maioria de membros *não será eleita pelos associados*: está bom de ver que 80% dos titulares do órgão de supervisão serão escolhidos através de processo eleitoral, ficando apenas uma minoria (20%) sujeita a designação por cooptação. Este número residual de membros alheios ao processo eleitoral compreende-se pela necessidade de conferir independência e imparcialidade ao órgão no exercício das suas atribuições de controlo da legalidade dos atos e não permite dizer fundada a crítica que lhe é dirigida.

Será de sublinhar que o âmbito de atividade do órgão de supervisão localiza-se, precisamente, no exercício de poderes jurídico-publicísticos pela associação pública profissional, inspiradores de grandes preocupações: como vimos acima, a criação de obstruções de acesso à profissão por via da necessidade de inscrição em ordem profissional representa um cerceamento importante da *liberdade de acesso a profissão* e da *liberdade de iniciativa económica*; por outro lado, a sujeição a controlo disciplinar e a supervisão pela associação pública representam ingerências de relevo na *liberdade de exercício de profissão* e na *liberdade de empresa*; ambas as vertentes impactam ainda em detrimento de *equilíbrios concorrenciais* e na organização económica dos mercados de acordo com um paradigma de competição livre.

Pela atividade de fiscalização e controlo confiada ao órgão de supervisão, espera-se poder erodir a tendência para que da autorregulação decorra um efeito de intrusão nos citados princípios constitucionais, ao menos para lá de um limiar que não fosse consentido pela respetiva plasticidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa). É neste contexto e

inspirado por estas preocupações que se impõe um estatuto de independência do órgão no exercício da sua missão [artigo 15.º-A, n.º 1 e 2, alínea e)], mostrando-se, por esse motivo, incontornável conferir-lhe um caráter eclético e plural quanto a membros. Permitir que o órgão de supervisão fosse composto, exclusiva ou predominantemente, por profissionais inscritos na associação, como até aqui se vem observando quanto ao mais, equivaleria a preservar o estado de coisas que agora se verifica.

Assim, o programa normativo sob sindicância visa, essencialmente, não permitir que do exercício da função disciplinar ou do controlo de acesso à profissão possa resultar um efeito de moderação do ingresso de profissionais *excessivo*, que por isso representasse uma lesão inoportável na liberdade de profissão e de iniciativa privada, ou que inibisse o paradigma económico concorrencial por forma intolerável. É visando esse escopo que o Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República introduz um órgão caracterizado por pluralidade e que convoca, pela sua composição, diferentes sensibilidades para as questões regulatórias colocadas à associação pública, isto por contraponto àquela de que serão portadores os profissionais do setor. Estes ocuparão, de todo o modo, a generalidade dos cargos nos demais órgãos da associação pública, incluindo, com *benefício de exclusividade*, as posições de governo e as inerentes às estruturas regionais e locais (cfr. artigo 15.º, n.º 2, alínea b), n.º 3 e 11). Também apenas os profissionais inscritos na associação poderão integrar a assembleia representativa, cujo âmbito de competências compreenderá, pelo menos, a aprovação de orçamento anual, a fixação de plano de atividades, a designação de colégios de especialidade e o poder regulamentar e de fixação de taxas e quotas aos associados (cfr. artigo 15.º, n.º 2, alínea a), da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro).

Assim, por via da introdução do órgão de supervisão na orgânica das associações públicas profissionais, pretende-se, sem desconstruir o controlo predominante da atividade associativa pelos associados inscritos inerente ao modelo autorregulatório, especialmente no âmbito de representação, combater uma certa tendência natural de, através da pessoa coletiva, se protegerem os interesses exclusivos dos profissionais em exercício e que dominam o mercado regulado, fosse pela exclusão de novos agentes no setor (que teriam, em princípio, condições adequadas para nele exercer funções) através de condições de acesso demasiado onerosas (*barreiras à entrada*), fosse pelo caráter permissivo ou excessivamente benevolente do exercício da ação disciplinar – perante a identidade entre portadores do poder regulador e os próprios regulados –, que importariam o inerente sacrifício do interesse público que suporta a justificabilidade da *existência* da associação pública profissional.

De resto, casos haverá em que o *viés* atribuível aos profissionais do setor pode possuir sinal oposto ao que viemos de apresentar, com resultados igualmente insatisfatórios.

A tendência para hostilizar concorrentes (v. g.), ou para, por exemplo, alargar a base de receitas da associação pública (ou fazer crescer o seu prestígio e poder de influência pela força do número de associados), pode, de forma igualmente indesejável, mas em contraponto, levar a que se aliviem em excesso as condições de acesso à profissão ou a que se adotem padrões demasiado severos no controlo deontológico da atividade de certos profissionais (ou de certos grupos de profissionais). Se acima dissemos que as associações públicas se admitem, do ponto de vista jurídico-

constitucional, na presença de interesses públicos inerentes à boa regulação, específicos, singulares e ponderosos, este tipo de enviesamento será, em igual medida, apto a comprometer o escopo legitimador, degradando a admissibilidade constitucional da ordem profissional à contraluz do disposto nos artigos 267.º, n.º 4, 47.º, n.º 1, 61.º, n.º 1 e 18.º, n.º 2, todos da Constituição da República Portuguesa.

Como acima vimos, carece de fundamento constitucional um «direito à autorregulação de classe», mas assinalámos que as associações públicas de profissionais beneficiariam, em alguma medida, de *liberdade associativa* (artigo 46.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa), por quanto não fosse incompatível com a sua natureza jurídica. Ora, será de notar que a medida legal não introduz *comissários políticos* na orgânica da associação que a descaracterizassem, que a convertessem em algo próximo de um serviço administrativo estadual ou que permitissem a sua instrumentalização por poderes externos. Nos antípodas, trazem-se à associação *personalidades de reconhecido mérito* com relação ao setor de atividade que esteja em causa e *académicos do setor científico coevo à profissão dos associados*, o que, transportando maior diversidade e enriquecendo a associação pela aquisição de valências, ainda assim se limita essencialmente ao plano fiscalizador e prudencial.

VITAL MOREIRA há muito que defende que a integração de membros com estes atributos em órgãos de associações públicas profissionais não colide com o modelo constitucional, designadamente perante o princípio da democraticidade que preside à formação dos órgãos associativos:

“Problemática é a questão de saber se o princípio da formação democrática dos órgãos das corporações públicas exclui a possibilidade de haver órgãos ou titulares designados pelo Governo ou designados por outras entidades públicas ou privadas exteriores à associação. Em princípio, é de afirmar tal incompatibilidade.

*(...) No entanto, já são de considerar admissíveis as hipóteses de nomeação de comissários estaduais, com funções de tutela junto das associações públicas, bem como a integração de elementos estranhos à associação nos órgãos não representativos que tenham a seu cargo as funções de disciplina profissional e de adjudicação de conflitos, visto que aqui se trata de uma função tipicamente estadual confiada à associação e que em vários aspetos assume contornos parajurisdicionais” (VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, 1997, Coimbra Editora, p. 484).*

Em face do exposto, não é defensável que o novo órgão de supervisão corrompa o modelo insito ao artigo 267.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa. Não apenas isso, a alteração à orgânica associativa representa uma forma de otimização da função regulatória das associações públicas, tornando mais consistente a sua compaginação constitucional para com a liberdade (negativa) de associação, a liberdade profissional, a liberdade de iniciativa económica e para com o modelo económico de concorrência. Mesmo que se reconhecesse um direito constitucional à autorregulação de classe, sempre seríamos levados a concluir que nos encontramos no interior de

um espaço permitido ao legislador democrático quando conforma as atribuições e competências de pessoas de direito público que exerçam poderes jurídico-publicísticos.

Exemplos existem, de resto, de associações públicas de profissionais em que certos órgãos são exclusivamente compostos por «*leigos*», designadamente os dotados de competências jurisdicionais (veja-se o caso italiano de autodisciplina publicitária *in* VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, 1997, p. 69). No balanço entre interesses representativos de classe e realização do interesse público, é lícito ao legislador democrático oferecer maior peso a este último, definindo um recorte menos centrado na representação profissional e mais orientado para a otimização da função reguladora por via do desenho da estrutura orgânica da associação pública, sem que com isso se prejudique a subsunção ao arquétipo regulatório associativo.

Resta concluir que não se observa fundamento para pronúncia pela inconstitucionalidade material do artigo 15.º-A introduzido pelo artigo 3.º do Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República na Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro.

9. Sobre os artigos 8.º, n.º 9 e 15.º, n.º 2, alínea e), da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, na redação conferida pelo artigo 2.º do Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República

O Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República confere (artigo 2.º) nova redação ao artigo 8.º, n.º 9, da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, estabelecendo que, no acesso às ordens profissionais, a avaliação final do estágio terá de ser realizada por um júri independente que integre, para além dos membros associados, personagens de reconhecido mérito que não façam parte da associação pública profissional.

O artigo 15.º, n.º 2 (órgãos obrigatórios das associações públicas profissionais), por seu turno, recebe também nova formulação pelo Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República, passando a prescrever, na respetiva alínea e), a obrigatoriedade de os estatutos da associação profissional contemplarem um órgão disciplinar que integre, a par dos membros associados, personalidades de reconhecido mérito, dotadas de conhecimentos e experiência relevantes na área de atividade regulada pela associação, que não sejam, elas próprias, suas associadas.

A crítica dirigida pelo requerente às duas normas respeita, uma vez mais, ao facto de se tratar do desempenho de poderes de avaliação de candidatos à inscrição na associação pública (e, como tal, ao exercício da atividade regulada) e de poderes disciplinares, em ambos os casos por quem não possuirá a qualidade de associado da associação profissional.

Ora, as duas novidades introduzidas no diploma compreendem-se pelo já exposto. Trata-se de oferecer maior pluralidade aos órgãos das associações públicas profissionais que possuem competências nas matérias que coenvolvem o exercício de poderes públicos: o controlo de acesso à associação e o exercício do poder disciplinar sobre associados.

Relativamente à segunda norma, um órgão disciplinar composto por um painel *exclusivamente* reservado a *pares* estimula, como dissemos, um padrão de apreciação da observância de parâmetros deontológicos e de *enforcement* excessivamente centrado nos interesses da corporação, ou, ao menos, demasiado permeável a ser influenciado por esses interesses. A perspectiva de o próprio julgador poder vir a ser, mais tarde, julgado pela mesma *faute* (ou de ter, ele próprio, incorrido em comportamento semelhante em alguma altura), encorajará benevolência no exercício do poder disciplinar, especialmente quando o valor jurídico lesado respeite a interesses de ordem pública mais ou menos distantes (ou opostos) aos interesses dos profissionais que conformam o substrato pessoal da associação. A sedimentação de entendimentos prudenciais demasiado permissivos – com a inerente ineficiência da ação pública reguladora – poderá ser pouco mais que uma inevitabilidade.

Também já assinalámos o perigo inerente a uma justiça realizada exclusivamente por agentes económicos que operam como concorrentes do presumível infrator, em que podem surgir enviesamentos de sinal oposto, instrumentalizando-se a ação disciplinar como forma de emagrecer a concorrência ou de hostilizar certo grupo de profissionais dentro da classe (v. g., os mais novos), resultado igualmente indesejável e lesivo de valores constitucionais.

Por outro lado, mesmo nos casos em que seja possível afirmar que estas questões não se colocam e que a objetividade seja um atributo indiscutível do exercício do poder disciplinar pela ordem profissional, sempre estará colocado um problema de *percepção pública* da justiça orgânica das associações, em que regulador e regulados são, em efeito, um único corpo de pessoas e de interesses, tornando duvidosa a isenção e imparcialidade do órgão decisor e gerando descrédito sobre a efetividade do exercício da ação disciplinar.

Sobre a necessária *imparcialidade* da atividade regulatória, que se nos afigura particularmente relevante em matéria disciplinar, explica a doutrina:

“Sem prejuízo do significativo relevo nesta matéria do princípio da justiça, uma especial importância assume também o princípio da imparcialidade. Segundo KARL LARENZ, constitui este último (juntamente com o princípio da audiência) o mais importante princípio processual num Estado de Direito; no mesmo sentido se pronuncia ainda OTTO BRUSSIN: «o princípio da imparcialidade do juiz, que vale também para os órgãos da administração, é no moderno «Estado da Cultura» uma verdadeira lei fundamental cuja inobservância é julgada pelas convicções jurídicas dominantes de um modo especialmente severo.

Ainda no que respeita a este princípio, a principal perplexidade que a estrutura associativa das Ordens e de outros entes públicos corporativos tem suscitado na doutrina estrangeira diz respeito não tanto até à obrigatoriedade de inscrição (pela sua suposta incidência sobre a liberdade negativa de associação), mas sobretudo ao aspeto da (im)parcialidade: face à necessidade de a organização administrativa se apresentar «como idónea a garantir o desenvolvimento imparcial da função administrativa», coloca-se a questão de saber «como pode um ente público ser gerido pelos próprios sujeitos interessados na sua atividade e se isso não contrasta com o princípio constitucional da imparcialidade no exercício do poder público».”

(J. PACHECO AMORIM, *Direitos Fundamentais e Ordens Profissionais, (em especial, do direito de inscrição nas ordens)*, Coleção Teses, Almedina, pp. 1358-1359)

A inclusão de membros não-profissionais no órgão disciplinar das associações públicas, visa, precisamente, dar resposta a este tipo de perplexidades.

A nova lei preocupa-se também em assegurar que as personalidades trazidas ao órgão de disciplina não estejam alheadas do contexto profissional colocado, mas que antes se mostrem dotadas de conhecimentos e de experiência adequadas ao exercício da função [*“personalidades de reconhecido mérito com conhecimentos e experiência relevantes para a respetiva atividade”* – artigo 15.º, n.º 2, alínea e)], assim transportando valências adicionais e enriquecedoras ao exercício desta missão, a par de uma sensibilidade descentrada do interesse corporativo.

Será também apropriado, neste contexto, recordar a visão de parte da doutrina sobre a matéria, que vem entendendo mesmo aconselhável conferir maior autoridade a membros externos à associação no domínio disciplinar do que aquela que resulta do novo quadro legal:

“[uma lei-quadro das ordens profissionais terá por objetivos] (...) instituir uma verdadeira separação de poderes interna, confiando a função disciplinar e para-jurisdicional a um órgão separado do órgão diretivo da corporação, devendo ser necessariamente presidido por um leigo (se possível, um magistrado), designado pela própria corporação ou mesmo pelo Estado, como sucede em vários países; só assim se podem estabelecer garantias de independência no desempenho dessa função.”

(VITAL MOREIRA, *As ordens profissionais...*, p. 43)

A separação entre *órgão executivo* e *órgão disciplinar* fica assegurada pela nova alínea e), do artigo 15.º, n.º 2, que desprové o órgão colegial executivo de competências em matéria disciplinar [artigo 15.º, n.º 2, alínea b)], mas, sobre a composição do segundo órgão, a norma sob sindicância limita-se a exigir que a ordem profissional incorpore membros que não sejam seus associados, não impondo observância de regra de maioria, tanto menos estatuto de presidência, ficando assim aquém do proposto por esta parte da doutrina.

Para além da preocupação em não alterar de forma demasiado profunda a fórmula orgânica atual de exercício da ação disciplinar nas associações profissionais, é de assinalar também a plasticidade da norma introduzida, que permite que o Estatuto de cada pessoa coletiva fixe o número concreto de personalidades não-associadas que integrarão o respetivo órgão de disciplina. Associações públicas profissionais envolvidas numa missão reguladora que importe a gestão de interesses de ordem pública mais importantes, naturalmente reclamarão por um painel mais numeroso de membros não-inscritos na associação, ao passo que outras comportarão menor diversidade do órgão disciplinar, por ser menor o seu impacto no interesse público.

Daqui resulta latitude para uma otimização dos interesses de representação e de ordem pública que insufla a justiça global do sistema e que não é merecedora de reservas.

Esta mesma lógica de princípio – assegurando maior isenção, imparcialidade e pluralidade na atividade jurídico-publicística da associação – transporta-se para a fase de admissão de candidatos à ordem profissional. O crivo a que se sujeitam os novos profissionais constitui, como vimos, uma forma de intrusão na *liberdade de profissão*, designadamente quando se imponham testes de conhecimentos académicos e de avaliação de tirocínio como condições de adesão e, por inerência, de exercício da atividade regulada.

O exercício arbitrário do poder de avaliação de novos profissionais, especialmente se se mostrar passível de ser excessivamente influenciado por interesses corporativos, com facilidade pode representar uma ingerência irrazoável no espaço de proteção definido pelo artigo 47.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, e a sua operatividade moderadora será, também, apta a prejudicar o modelo de liberdade de iniciativa económica e de concorrência a que acima aludimos, que beneficiam igualmente de respaldo constitucional:

“MARIO NIGRO, num célebre artigo, ao manifestar, nesta ótica, as suas preocupações sobre o perigo para a liberdade individual representado pelas corporações (destacando o autor, de entre estas, as corporações profissionais, públicas ou privadas), releva precisamente o momento da admissão: «um dos momentos da vida da formação mais perigosos para o terceiro é o da sua admissão na formação». Sobre tal momento esboça ainda o mesmo autor as possíveis garantias legais da liberdade do terceiro: «a ordem jurídica deve exercitar o seu controlo, tanto mais incisivo quanto maior for o âmbito dos privilégios e dos poderes de que goze a formação. A abertura – a maior abertura possível – dos grupos fechados é um dos objetivos – pelo menos como linha de tendência – a que a ordem jurídica se deve ater. Ora, uma particular importância assume neste preciso âmbito o princípio da imparcialidade: ele apresenta, para NIGRO, e relativamente à administração pública «uma forte idoneidade protetora do cidadão (...); enquanto princípio exclusiva ou prevalentemente administrativo, arranca a raiz da planta do privilégio e da tirania particular, porque impõe um modelo de organização pública aberta a todos os interesses e a todas as vozes, mesmo às vozes dos que... não têm interesses.”

(J. PACHECO AMORIM, *op. cit.*, pp. 1359-1360)

O autor citado é particularmente crítico de um modelo de avaliação dos candidatos ao acesso a associações públicas que seja confiado a um júri reservado a profissionais do setor regulado, a ponto de se posicionar pela sua desconformidade constitucional:

“Com efeito – e importa que isto fique bem entendido – a inconstitucionalidade que descortinamos nestes nóveis regimes não está no facto de o legislador ter encarregue outra autoridade pública que não a Universidade de proceder à verificação última dos conhecimentos técnicos e científicos do pretendente a uma profissão protegida e reservada, mas privada (...). O que se passe é que – e como é bom de ver – nenhum dos

sistemas de avaliação corporativa pontualmente instituídos entre nós nas supra referidas leis estatutárias profissionais apresenta qualquer semelhança com os rigorosos exames de Estado previstos noutros ordenamentos jurídicos, residindo o problema sobretudo na qualidade com que se apresenta (ou em que se apresenta) o juízo de exame – de júri corporativo, exclusivamente composto por práticos ou tarimbeiros –, e portanto nos próprios critérios e parâmetros de avaliação do (já) titulado que dada tal qualidade poderão presidir à operação de verificação. (...) a hipótese de atribuição de poderes de verificação da idoneidade técnica e científica dos candidatos às profissionais colegiadas [é] «constitucionalmente aberrante», também e sobretudo pela pura e simples impossibilidade de subsistência das condições de imparcialidade dos júris corporativos nesta matéria.”

(J. PACHECO AMORIM, *op. cit.*, p. 1365)

A solução legal introduzida pelo Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República, então, introduz-se no ordenamento como resposta a estes problemas, assegurando maior independência do painel de avaliação do candidato, que, longe de incorrer em vício de inconstitucionalidade material, será penhor da conformidade da restrição do acesso à profissão para com a Lei Fundamental:

“Todavia, esta situação [de condicionamento do acesso à profissão] agrava-se quando é a própria ordem a realizar estes exames [de acesso à associação pública profissional]. Se pensarmos bem, os órgãos que compõem as associações profissionais são os seus associados e, por sua vez, vão ser eles a avaliar os conhecimentos dos candidatos à profissão. Ora, estes, com a preocupação da defesa dos seus próprios interesses (sob o desígnio da “proteção da dignidade e qualidade da profissão”) poderão fechá-la à entrada de novos membros. Repare-se, o problema não é tanto a realização do exame, mas antes sobre que matérias versa e quem os avaliará. A solução passará pela instituição de um exame nacional, igual para todos os interessados realizado por um grupo de entidades independentes com conhecimentos na área a que respeita a profissão cujo acesso está a ser regulado, tal como acontece no ordenamento jurídico Alemão”

(P. PINTO PARDAL, *Hetero-regulação vs Auto-regulação*, Dissertação de Mestrado em Direito Administrativo, Univ. Católica, 2016, pp. 14-15)

A solução acolhida no Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República, inspirada pelas mesmas preocupações de princípio que as apresentadas pela autora, pode entender-se até bastante mais moderada no que tange à invasão do espaço reservado de que beneficiam as corporações.

Por outro lado, se a razão de ser das restrições de acesso a ordens profissionais – intrusivas, como vimos e pelo menos, na *liberdade de escolha de profissão* (artigo 47.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa) e na *liberdade de iniciativa económica* (artigo 61.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa) – reside no interesse público no controlo da idoneidade e qualidade dos candidatos para o desempenho da função profissional, a importação de outras sensibilidades – que não as dos membros da corporação – ao júri de avaliação representa também fator de garantia sobre a efetivação do escopo legitimador. Como acima se disse, pode existir a tentação dos

membros da associação para *relaxarem* os critérios de admissão, tendo em vista garantir receita (por via de taxas) ou ampliar a influência da classe no contexto económico colocado, ora pela ampliação da oferta (especialmente em setores em que a procura tenda a aumentar), o que pode degradar a qualidade média dos profissionais em exercício de forma incompatível com o interesse público que, de si, justifica o organismo regulatório e as restrições de acesso.

Também este problema se combate pela presença de agentes externos à pessoa coletiva no júri de avaliação, necessariamente alheios a esse tipo de incidências conjunturais.

Resta concluir que não se observa fundamento para pronúncia pela inconstitucionalidade material sobre o disposto nos artigos 8.º, n.º 9 e 15.º, n.º 2, alínea e), da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, na redação conferida pelo artigo 2.º do Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República.

10. Sobre o artigo 19.º, n.º 2, alínea a), da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, na redação conferida pelo artigo 2.º do Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República

10.1. Com respeito ao pedido de fiscalização do disposto no artigo 19.º, n.º 2, alínea a), do Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República, alega o requerente que, introduzindo uma incompatibilidade entre a titularidade de cargo nas associações profissionais e o exercício de funções dirigentes na função pública, sem necessidade de verificação de um conflito de interesses em concreto, a norma do artigo 19.º, n.º 2, alínea a), importa um sacrifício desproporcionado (artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa) da liberdade de escolha de profissão e de acesso à função pública e, também, do direito de acesso a cargos públicos, tudo no contexto das associações públicas profissionais (cita artigos 13.º, 47.º, 50.º, 267.º e 269.º, todos da Constituição da República Portuguesa).

A esse propósito, o Presidente da República apresenta um exemplo que entende demonstrativo da invasão do espaço de defesa definido pelos sobreditos direitos fundamentais, seja o caso de um médico diretor de serviço de um hospital público: este estará impedido de integrar os órgãos da respetiva ordem, *ex vi* artigo 19.º, n.º 2, alínea a), ao passo que ficará liberto desse impedimento o médico diretor de serviço de um hospital privado (cfr. artigos 10.º e § seguinte). O *automatismo* conferido à cláusula de incompatibilidade ("*absoluto*"), no ver do requerente, reclamará pela inconstitucionalidade da norma.

Ora, em primeiro lugar, cabe fazer ver que o artigo 19.º, n.º 2, 1.ª parte, da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, atualmente em vigor, proíbe já a titularidade de cargos em órgãos de associação pública profissional a associados que exerçam "*funções dirigentes na função pública*", sem impor uma avaliação casuística de um concreto conflito de interesses. Desempenha, como tal, uma função operativa identificada com a dimensão normativa do artigo 19.º, n.º 2, alínea a), na redação conferida pelo Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República, questionada pelo requerente.

Serve por dizer, a norma cuja fiscalização se requer é, já aos dias de hoje e nesta parte, uma componente da ordem jurídica nacional, pelo que, assim observada, não poderia ser sindicada no

âmbito do controlo preventivo da constitucionalidade, já que a isso mesmo se oporia a natureza deste instituto jurídico-processual (cfr. artigos 278.º e, por confronto, artigo 281.º, ambos da Constituição da República Portuguesa e artigos 57.º e 62.º, ambos da LTC; v. C. BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 26).

A inovação trazida pela nova redação conferida ao artigo 19.º, n.º 2, alínea a), respeita à *exclusão* da sobredita incompatibilidade quanto a titulares de órgãos associativos que não sejam inscritos na associação. Ainda que dependesse de disposição estatutária nesse sentido, a Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, admitia já que não-associados integrassem os órgãos das associações públicas (cfr. artigo 15.º, n.º 10 do diploma), mas deixava-os abrangidos pelo mesmo quadro de incompatibilidades dos profissionais inscritos. O Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República introduz solução diferente: se passou a *impor* (não apenas *permitir*) que não-associados integrem os órgãos de supervisão e disciplinar [cfr. artigos 15.º-A, n.º 3 e 15.º, n.º 2, alínea e)], aliviou-os da incompatibilidade estabelecida no artigo 19.º, n.º 2, alínea a), cuja aplicabilidade se cingirá a associados, ou nas palavras do aludido Decreto, aos membros «inscritos nas associações públicas profissionais».

Observando o problema por esta perspetiva, cabe então saber se este quadro normativo obstrutivo do desempenho de cargos em associações públicas de profissionais por dirigentes da função pública se pode entender compatível com a Lei Fundamental.

10.2. O artigo 19.º do Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República, mantendo a epígrafe de “Incompatibilidades no exercício de funções”, prescreve no seu n.º 2, alínea a) que «[O] exercício de funções pelos inscritos nas associações públicas profissionais nos seus órgãos é incompatível com [O] exercício de quaisquer funções dirigentes na função pública».

Face a esta formulação legal poderemos extrair as seguintes conclusões:

- i) a incompatibilidade em causa tem em vista a proteção do exercício de funções pelos inscritos nas associações públicas profissionais nos seus órgãos e não com a função pública que é declarada incompatível com tal exercício;
- ii) a incompatibilidade há-de justificar-se, ao menos quanto à sua extensão, à luz da defesa do interesse público, da autonomia dos titulares de órgãos profissionais e da dignidade do exercício de funções pelos inscritos nas associações públicas profissionais nos seus órgãos, e não de outros valores, nomeadamente da defesa dos valores subjacentes à função pública;
- iii) a incompatibilidade atinge apenas os titulares de órgãos inscritos nas associações públicas profissionais e não os titulares de tais órgãos que não se encontrem inscritos na associação pública profissional;
- iv) a incompatibilidade do exercício dos titulares inscritos nas associações públicas profissionais nos seus órgãos não se estende ao exercício de quaisquer funções dirigentes privadas.

A partir destas conclusões fica claro que na abordagem do problema e na avaliação da norma em causa não se encontra pendente um interesse constitucional sob o ponto de vista do estatuto da função pública, nomeadamente, o estatuto do pessoal dirigente dos serviços e órgãos da administração central, local e regional do Estado.

A verdade é que o objeto da norma é estabelecer uma incompatibilidade do exercício de funções dirigentes na função pública com o exercício de funções pelos inscritos nas associações públicas profissionais nos seus órgãos e não deste exercício com o do exercício de funções dirigentes na função pública. O sentido da norma é a «salvaguarda do interesse público e da autonomia e independência em relação à respetiva profissão» (n.º 4, do artigo 19.º) pelos inscritos nas associações públicas profissionais nos seus órgãos, e não a função pública; visa defender o exercício de funções pelos titulares de órgãos da associação pública nela inscritos contra a função pública, e não a função pública contra aquele exercício.

A incompatibilidade em causa pertence ao “regime” das associações públicas profissionais e não ao estatuto da função pública.

Isto não implica, como é obvio, que o estatuto da função pública não possa estabelecer incompatibilidades com o exercício de outras atividades, para proteção dos interesses e valores próprios da função pública, de acordo com o previsto no n.º 5, do artigo 269.º da Constituição da República Portuguesa.

10.3. A norma agora em apreciação pode corporizar uma ingerência no *direito de igualdade no acesso a cargos públicos* (artigo 50.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa), que, integrado no elenco de direitos, liberdades e garantias, representa uma expressão do *direito de participação na vida pública*. Trata-se de um direito fundamentalmente *negativo* e que se opõe a medidas que limitem ou excluam, de forma *discriminatória*, a aquisição de titularidade e o desempenho de funções em *cargos públicos*, incluindo-se entre estes, para além do mais (v. g., cargos em órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, etc.), os cargos na orgânica de *associações públicas*, como é o caso das pessoas coletivas de que aqui tratamos (J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op. cit., pp. 675-676; JORGE MIRANDA, in *Constituição Portuguesa Anotada*, coord. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, Vol. I, Univ. Católica Ed., 2020, p. 725).

Pode também entender-se que a norma representa uma ingerência no disposto no artigo 267.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, por constituir uma limitação do direito do profissional da corporação abrangido pela incompatibilidade a integrar e a exercer funções nos órgãos da associação em que participa, em consonância com o princípio de *democraticidade* e de respeito pelos direitos dos associados coevo ao regime constitucional das associações públicas.

Por outro lado, podemos desde já deixar impresso que a norma é alheia ao disposto no artigo 269.º (regime da função pública) e ao artigo 47.º, n.ºs 1 (liberdade de profissão) e 2 (direito de acesso à

função pública), da Constituição da República Portuguesa, também arrolados pelo requerente como fundamento do pedido de fiscalização preventiva formulado.

A incompatibilidade em causa tem apenas por efeito a obstrução à titularidade de cargos nas associações, e, ainda que tenha por fonte a qualidade de agente público dirigente da pessoa por ela afetada, em nada interfere com a sua liberdade em aceder ou de exercer qualquer profissão que entenda, também no corpo administrativo da função pública e em posições de governação.

Convocando a doutrina adotada no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 143/85, que aqui parafraseamos, “*não pode entrar-se em linha de conta com nenhum interesse constitucional sob o ponto de vista do estatuto da função pública*”. O “*objeto da norma é estabelecer uma incompatibilidade*” da titularidade de cargos de dirigentes na função pública para com a titularidade de cargos nas associações públicas de profissionais, não impedir a primeira, com fundamento na segunda. O sentido da norma é, como já observamos, *proteger as associações profissionais contra a função pública e não a função pública contra as associações profissionais*.

Dito ainda de outra forma, o artigo 19.º, n.º 2, alínea a), não impede o titular de um cargo em órgão da associação profissional de aceder a cargos dirigentes na função pública ou de escolher essa atividade profissional, com gozo de total liberdade. É, em absoluta oposição, o agente público com funções de dirigente que está impedido de desempenhar funções na orgânica da associação profissional: a incompatibilidade em causa, enfim, pertence, vincando mais uma vez, ao regime legal das associações públicas de profissionais, e não ao estatuto da função pública (Acórdão do TC n.º 143/85).

Concluimos desde já, portanto, que não existe fundamento para pronúncia pela inconstitucionalidade da norma sob sindicância com fundamento no disposto nos artigos 47.º, n.ºs 1 e 2, e 269.º, ambos da Constituição da República Portuguesa, dispensando outras considerações.

Cabe então saber, primeiro, se a estatuição da incompatibilidade nos termos do artigo 19.º, n.º 2, alínea a), representa uma intrusão nos direitos conferidos pelos artigos 50.º, n.º 1 e 267.º, n.º 4, da Lei Fundamental que esta consinta, designadamente perante o princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, *in fine*, da Constituição da República Portuguesa). Depois, e caso se responda à primeira questão em sentido afirmativo, impor-se-á saber se a diferenciação de tratamento em matéria de incompatibilidades entre inscritos e não inscritos na associação pública profissional e que exerçam funções nos seus órgãos se pode entender admitida à contraluz do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa), a que igualmente apela o requerente.

Finalmente, haverá ainda que proceder ao controlo de constitucionalidade da norma, também perante o princípio da igualdade, quanto ao seu *fundamento*, já que apenas os cargos de liderança na função pública são causa de incompatibilidade (como será o caso do diretor de hospital público a que se refere o requerente), com exclusão dos profissionais com cargos de governo em *entidades privadas* (seja exemplo o diretor de um hospital privado, na conclusão do exemplo apresentado no pedido de fiscalização).

Esta ordenação no juízo de controlo da constitucionalidade obedece à necessária precedência lógica das questões colocadas, já que, como este Tribunal Constitucional noutra ocasião fez ver:

“este princípio [da igualdade] só ganha relevo autónomo quando se admita (ou, pelo menos, quando se pressuponha) que o legislador gozava de discricionariedade legislativa quanto ao estabelecimento da incompatibilidade em si mesma. Nessa altura — i.e., pressupondo que o legislador não estava, à partida, impedido de criar incompatibilidades (desde que observados os princípios gerais da necessidade e da proporcionalidade) — é que se põe a questão de saber se ele o fez sem discriminações, i.e., de acordo com o princípio da igualdade. Não basta que o legislador não esteja impedido de criar incompatibilidades; torna-se necessário, entre outras coisas, que elas não sejam discriminatórias, tratando-se desigualmente situações iguais (ou vice-versa), afectando com a incompatibilidade categorias de pessoas que, sob o ponto de vista do fundamento da incompatibilidade, se encontram em igualdade de situação com outras que não são atingidas por ela.”

(Acórdão do TC n.º 143/85)

Posto isto, passemos à análise ordenada das matérias que se suscitam.

10.4. Abordando a primeira questão que se nos coloca, cabe assinalar que o direito de acesso a cargos públicos (também para efeitos do disposto no artigo 267.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa) não se pode entender um direito *irrestrito* ou *incondicionado* a adquirir a titularidade de uma posição num órgão público. A noção transporta consigo a subordinação do direito ao preenchimento dos requisitos de que depende o exercício do cargo, decorrentes das especificidades e exigências peculiares a que seja associável (v. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op. cit., p. 676; JORGE MIRANDA, in *Constituição...*, p. 725).

O perímetro de defesa manifestar-se-á, pois, contra normas prescritivas de *privilégios* ou de *regras discriminatórias* injustificáveis pelo contexto colocado – por isso incompatíveis com o estatuto de “*igualdade e liberdade*” que deriva do artigo 50.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa –, mas não se oporá a requisitos legais que subordinem o acesso a dado cargo em resposta a exigências indissociáveis do seu bom exercício (v. g., maioria, qualificações académicas, experiência profissional, etc.), ou a atributos inerentes a uma gestão de interesses por que o exercício da função necessariamente reclama (v. g., ausência de prévias condenações criminais de dada natureza, ausência de interesses económicos relacionáveis com o exercício do cargo, etc.).

Ora, será de sublinhar que, *a priori*, as utilidades que se obtêm pela implementação de um modelo de administração autónoma, que é dizer (*in casu*) através de associações públicas profissionais, ficariam comprometidas se não se proibisse – ao menos como regra de princípio –, que os titulares de cargos dirigentes na administração direta do Estado desempenhassem também, ao mesmo tempo, funções de governo ou de fiscalização naquelas entidades por via da sua orgânica interna. Se as associações se pretendem libertas de superintendência estadual – e se da *necessidade* desse

modelo regulatório depende a sua criação –, conceder-se-á que, a não existir um obstáculo jurídico nestas situações, assim como se observa na norma cuja fiscalização se requer, a solução seria francamente paradoxal. Dito de outro modo e sobre matéria próxima à colocada:

“mesmo no ponto em que a defesa e representação institucional da profissão se conjugue e se assimile com o próprio interesse público (de confiança, de rigor, de deontologia), podem existir - existem - divergências e posições contraditórias entre a visão política e/ou administrativa do Estado e os interesses próprios de cada profissão constituída em Ordem. Nesta conformidade, os princípios, os valores, os interesses e as finalidades pressupostos pelo legislador no estabelecimento das incompatibilidades, relevam de modo saliente na prevenção de conflitos de interesses entre a titularidade de cargos políticos e de altos cargos públicos e o exercício de atividades de representação profissional no âmbito das atribuições das 'Ordens Profissionais'”

(Parecer 11/1992, de 25.02.1993, da Procuradoria Geral da República).

Por aqui bem se compreende a incompatibilidade estabelecida na norma fiscalizada e o tratamento *a pari* dos sujeitos impedidos face aos dirigentes sindicais [cfr. artigo 19.º, n.º 2, alínea b)], atividade vedada às associações públicas de profissionais, porque também em confronto com o seu perfil constitucional (cfr. artigo 267.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa): teremos de nos encontrar num domínio em que os interesses regulatórios só podem ser obtidos pela adoção de um modelo associativo *excludente* da superintendência estadual, o que determinará, ao menos por regra, o afastamento de governantes da função pública dos órgãos associativos.

Tratando nós de uma lei-quadro, a regra de princípio sempre teria de ser, enfim, a que se acolhe na norma sob fiscalização, proibindo a cumulação de cargos nos órgãos de associações profissionais e de cargos dirigentes nos organismos da função pública, por a isso se opor, em princípio, a *adequação* da medida intrusiva em direitos fundamentais (a criação de associação pública) para realização do interesse público (regulatório) legitimador (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa). Da mesma forma, também deste regime de incompatibilidades depende, em princípio, a coerência entre as condições de titularidade de cargos em órgãos da associação pública e a situação material que justifica a existência desta última à contraluz do princípio da excecionalidade (artigo 267.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa).

Concluimos, portanto, que a incompatibilidade prescrita no artigo 19.º, n.º 2, alínea a), constitui uma restrição ao direito de acesso a cargos públicos em órgãos de associação profissional (artigos 50.º, n.º 1 e 267.º, n.º 4, ambos da Constituição da República Portuguesa) *adequada* à realização da finalidade pública (regulatória) sinalizada, assim em obediência ao princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa). Sendo certo que, do ponto de vista da *necessidade ou exigibilidade*, não são conjeturáveis medidas menos restritivas tendentes ao mesmo fim — sobretudo tendo em consideração que o legislador estatuiu uma *incompatibilidade* e não uma *inelegibilidade*, que é, por natureza, uma limitação menos intensa àquele direito (cfr. Acórdão n.º 24/2022, ponto 11.).

Ainda sobre controlo de proporcionalidade e sobre a *proibição de excesso*, é de notar – relembrando, uma vez mais, que a norma se insere numa lei-quadro – que a *pretensa rigidez* e o carácter *absoluto* da incompatibilidade estabelecida no artigo 19.º, n.º 2, alínea a), ambos censurados pelo Presidente da República, não são atribuíveis ao programa normativo sob fiscalização, isto quando se leve em conta o disposto no n.º 4, parte final, do mesmo articulado.

Este preceito permite a adaptação, pelo estatuto, do regime de incompatibilidades patenteado nas alíneas a) e b), do n.º 2, do artigo 19.º, assim em função das peculiaridades de cada uma das associações profissionais públicas. A disciplina legal conhece, pois, larga medida de plasticidade, ficando conferida latitude para que o quadro de incompatibilidades (sobre titulares de cargos dirigentes na função pública e, também, sobre dirigentes sindicais ou de associações de empregadores) seja moldado em função do que sejam as especificidades da profissão em causa através das respetivas disposições estatutárias, (v. g.) aditando requisitos para certas categorias de cargos ou impondo, para essas categorias ou para outras, um juízo específico em sede procedimental sobre a verificação efetiva de colisão de interesses.

Assim, partindo-se de um regime-regra proibitivo de *prima facie* justificado pela natureza das associações públicas profissionais e das utilidades que daí se se pretende possam ser obtidas, a solução legal em matéria de incompatibilidades para o desempenho de cargos associativos mostra-se ajustada à heterogeneidade das atividades reguladas e às especificidades que possuem, que sempre desaconselhariam um quadro legal estático, fosse ele permissivo ou restritivo. Em contraponto ao exemplo apresentado pelo requerente, veja-se que o Estatuto da Ordem dos Advogados [EOA], dispensando o controlo singular de cada situação específica, mas compreensivelmente, estatui como incompatível com o exercício da advocacia um número vasto de qualidades de agente público que não são sequer caracterizáveis como cargos de governação (cfr. artigo 82.º, n.º 1, alíneas a) a f), i) a k), do EOA), a que naturalmente se associa a inelegibilidade para o desempenho de funções nos respetivos órgãos da associação (cfr. artigo 11.º, n.º 1, do EOA).

Vemos, portanto, que a justificabilidade de obstruções à titularidade de cargos associativos possuirá grandes assimetrias em função da associação pública profissional que se queira considerar, aconselhando-se, por isso, uma solução que difira a sua disciplina legal concreta para o respetivo estatuto, tal como se observa no programa fiscalizado. Situações como as colocadas pelo requerente, pois, se entendidas incomportáveis perante normas ou princípios constitucionais, não se poderão entender consequência de um regime geral construído para constituir uma fórmula de princípio, mas diferenciações ilegítimas operadas pela regulação, insuficiente ou desadequada, do respetivo estatuto profissional.

Sendo assim, a medida de ingerência que a norma sob fiscalização importa conforma também uma restrição *proporcional (stricto sensu)* no direito de acesso a cargos públicos em órgãos de associação profissional (artigos 50.º, n.º 1 e 267.º, n.º 4, ambos da Constituição da República Portuguesa), concluindo-se pela conformidade do estatuto de incompatibilidade fiscalizado para com o princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa).

10.5. Resultando admissível perante a Lei Fundamental a prescrição de incompatibilidade nos termos do artigo 19.º, n.º 2, alínea a), cabe agora saber, como adiantámos, se a inaplicabilidade da norma a não-inscritos pode ser entendida compatível com o *princípio da igualdade*, já que importa uma solução diferenciada em prejuízo dos profissionais inscritos que integrem a associação pública.

O *princípio da igualdade* patenteado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa constitui uma componente estrutural da Lei Fundamental e o seu alcance normativo é particularmente fecundo. Como princípio negativo, dele decorre a *proibição de arbítrio*, interditando *tratamentos diferentes* para situações *substancialmente iguais* (igualdade horizontal) e impondo *tratamento diferenciado* para situações *substancialmente diferentes* (igualdade vertical), assim vedando a adoção de critérios *frívolos* ou *injustos* na associação de efeitos jurídicos, diferenciadores ou uniformizantes, para o universo de situações fácticas reguladas. Isto significa, portanto, que o exercício da liberdade conformativa do legislador deve assentar em travamento *materialmente fundado*, mas igualmente tem por implícito que lhe caberá, dentro dos limites constitucionais, o desenho dos modelos que constituirão referência para definição de bases diferenciadoras. Daqui resulta um amplo espaço conferido ao legislador ordinário que pode ser entendido como «*discricionariade legislativa*» na regulamentação jurídica, e, por necessária deriva, que o princípio da igualdade não opera como garantia de optimização da sua *maior efetividade* (impondo a adoção da solução jurídica que melhor se adegue ao arquétipo de igualdade material), mas apenas como limite ou parâmetro de controlo:

“A proibição de arbítrio constitui um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos, servindo o princípio da igualdade como princípio negativo de controlo: (...) Nesta perspetiva, o princípio da igualdade exige positivamente um tratamento igual de situações de facto iguais e um tratamento diverso de situações de facto diferentes. Porém, a vinculação jurídico-material do legislador ao princípio da igualdade não elimina a liberdade de conformação legislativa, pois a ele pertence, dentro dos limites constitucionais, definir ou qualificar as situações de facto ou as relações da vida que hão-de funcionar como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente. Só quando os limites externos da «discricionariade legislativa» são violados, isto é, quando a medida legislativa não tem adequado suporte material, é que existe uma «infração» do princípio da igualdade enquanto proibição de arbítrio.”

(v. J. CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 339)

Esta forma de compreender o princípio da igualdade possui raízes profundas na jurisprudência constitucional e, a este propósito, podemos deixar aqui a resenha de alguns importantes precedentes prudenciais na matéria apresentada pelo Acórdão do TC n.º 362/2016 (Acórdãos do TC n.ºs 39/88 e 546/2011; v. , também, Acórdãos do TC n.ºs 237/98 e 379/2021):

“Numa perspectiva de igualdade material ou substantiva – aquela que subjaz ao artigo 13.º, n.º 1, da Constituição e que se traduz na igualdade através da lei –, a igualdade jurídica corresponde a um conceito relativo e valorativo assente numa comparação de situações: estas, na medida em que sejam consideradas iguais, devem ser tratadas igualmente; e, na medida em que sejam desiguais, devem ser tratadas desigualmente, segundo a medida da desigualdade. Tal implica a determinação prévia da igualdade ou desigualdade das situações em causa, porquanto no plano da realidade factual não existem situações absolutamente iguais. Para tanto, é necessário comparar situações em função de um certo ponto de vista. Por isso, a comparação indispensável ao juízo de igualdade exige pelo menos três elementos: duas situações ou objetos que se comparam em função de um aspeto que se destaca do todo e que serve de termo de comparação (tertium comparationis). Este termo – o «terceiro (elemento) da comparação» – corresponde à qualidade ou característica que é comum às situações ou objetos a comparar; é o pressuposto da respetiva comparabilidade. Assim, o juízo de igualdade significa fazer sobressair ou destacar elementos comuns a dois ou mais objetos diferentes, de modo a permitir a sua integração num conjunto ou conceito comum (genus proximum).

Porém, a Constituição não proíbe todo e qualquer tratamento diferenciado. Proíbe, isso sim, as discriminações negativas atentatórias da (igual) dignidade da pessoa humana e as diferenças de tratamento sem uma qualquer razão justificativa e, como tal, arbitrárias. Nesse sentido, afirmou-se no Acórdão n.º 39/88:

«A igualdade não é, porém, igualitarismo. É, antes, igualdade proporcional. Exige que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que, a situações substancialmente desiguais, se dê tratamento desigual, mas proporcionado: a justiça, como princípio objetivo, “reconduz-se, na sua essência, a uma ideia de igualdade, no sentido de proporcionalidade” – acentua Rui de Alarcão (Introdução ao Estudo do Direito, Coimbra, lições policopiadas de 1972, p. 29).

O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. Proíbe, isso sim, o arbítrio; ou seja: proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objetivo, constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação; ou seja: as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas, como são as indicadas, exemplificativamente, no n.º 2 do artigo 13.º.

Respeitados estes limites, o legislador goza de inteira liberdade para estabelecer tratamentos diferenciados.

O princípio da igualdade, enquanto proibição do arbítrio e da discriminação, só é, assim, violado quando as medidas legislativas contendo diferenciações de tratamento se apresentem como arbitrárias, por carecerem de fundamento material bastante.»

Por outro lado, não é função do princípio da igualdade garantir que todas as escolhas do legislador sejam racionais e coerentes ou correspondem à melhor solução. Nesse particular, justifica-se recordar a jurisprudência constitucional firmada no Acórdão n.º 546/2011:

«[O] n.º 1 do artigo 13.º da CRP, ao submeter os atos do poder legislativo à observância do princípio da igualdade, pode implicar a proibição de sistemas legais internamente incongruentes, porque integrantes de soluções normativas entre si desarmónicas ou incoerentes. Ponto é, no entanto – e veja-se, por exemplo, o Acórdão n.º 232/2003 – que o carácter incongruente das escolhas do legislador se repercute na conformação desigual de certas situações jurídico-subjetivas, sem que para a medida de desigualdade seja achada uma certa

e determinada razão. É que não cabe ao juiz constitucional garantir que as leis se mostrem, pelo seu conteúdo, “racionais”. O que lhe cabe é apenas impedir que elas estabeleçam regimes desrazoáveis, isto é, disciplinas jurídicas que diferenciem pessoas e situações que mereçam tratamento igual ou, inversamente, que igualem pessoas e situações que mereçam tratamento diferente. Só quando for negativo o teste do “merecimento” – isto é, só quando se concluir que a diferença, ou a igualização, entre pessoas e situações que o regime legal estabeleceu não é justificada por um qualquer motivo que se afigure compreensível face à ratio que o referido regime, em conformidade com os valores constitucionais, pretendeu prosseguir – é que pode o juiz constitucional censurar, por desrazoabilidade, as escolhas do legislador. Fora destas circunstâncias, e, nomeadamente, sempre que estiver em causa a simples verificação de uma menor “racionalidade” ou congruência interna de um sistema legal, que contudo se não repercuta no trato diverso – e desrazoavelmente diverso, no sentido acima exposto – de posições jurídico-subjetivas, não pode o Tribunal Constitucional emitir juízos de inconstitucionalidade. Nem através do princípio da igualdade (artigo 13.º) nem através do princípio mais vasto do Estado de direito, do qual em última análise decorre a ideia de igualdade perante a lei e através da lei (artigo 2.º), pode a Constituição garantir que sejam sempre “racionais” ou “congruentes” as escolhas do legislador. No entanto, o que os dois princípios claramente proíbem é que subsistam na ordem jurídica regimes legais que impliquem, para as pessoas, diversidades de tratamento não fundadas em motivos razoáveis.”

Em remate concluiremos como o faz o acórdão deste Tribunal Constitucional n.º 169/90:

«O princípio da igualdade, em sede de controle de constitucionalidade, é, acima de tudo, um princípio negativo, vindo a traduzir-se numa proibição do arbítrio ou seja: numa proibição de distinções arbitrárias ou irrazoáveis, porque carecidas de fundamento material bastante. Impondo se trate de forma igual o que for essencialmente igual e, desigualmente, o que desigual for, a igualdade não proíbe se estabeleçam distinções; proíbe, isso sim, distinções desprovidas de justificação racional. A igualdade, sendo uma exigência de justiça, é, fundamentalmente, uma igualdade proporcional, só consentindo distinções que não firam essa ideia de justiça ou de proporção ideia de justiça que, de resto, há-de informar toda a norma jurídica que queira ser Direito, pois este mais não é que a res iusta.»

Em fórmula concisa e aproximando o parâmetro normativo do problema que abordamos, uma norma diferenciadora sobre *incompatibilidades* apenas se poderia dizer em rutura com o princípio da igualdade se tratasse “*desigualmente situações iguais (ou vice-versa), afetando com a incompatibilidade categorias de pessoas que, sob o ponto de vista do fundamento da incompatibilidade, se encontram em igualdade de situação com outras que não são atingidas por ela* (v. Acórdão do TC n.º 143/85 e artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa).

Não será esse o caso, porém, da distinção realizada por uma regra de princípio entre um coletivo restrito de pessoas que pode desempenhar funções em todo e qualquer órgão da associação (incluindo de direção ou de presidência) e cuja atividade profissional surge diretamente relacionada com a atividade associativa, e outro grupo, indiferenciado, cujo exercício de cargo se

cingirá, necessariamente, a um órgão de supervisão difusa da atividade associativa e a outro de natureza disciplinar e cujo estatuto profissional se apresenta dissociado do domínio regulatório atribuído à pessoa coletiva pública.

De resto, conquanto os não-inscritos na ordem profissional apenas podem desempenhar cargos no conselho de supervisão ou no órgão disciplinar, como vimos (cfr. artigos 15.º, n.º 2, alíneas c) e e), e 15.º-A) – limitando-se o seu desempenho na associação a matéria disciplinar, controlo genérico e *compliance* –, quanto a eles depõe em muito menor medida o perigo de a associação profissional ser transfigurada na sua natureza ou invadida pelo poder estadual, erodindo por isso a justificação da incompatibilidade estabelecida na norma.

Associa-se ainda a esta última observação o facto de se afigurar muito mais provável que um profissional da classe esteja envolvido, enquanto dirigente público, na gestão de matérias de natureza próxima daquelas de que se ocupa a associação, por isso representando um perigo mais expressivo, face a dirigentes com diferente ocupação profissional, de transportar consigo uma «*sensibilidade centralizada*» indesejável no contexto associativo.

Estes são fatores que suportam diferente tratamento entre os dois grupos, comportando, por esse motivo, a retração no estatuto de incompatibilidades quanto a não-profissionais que se observa, repelindo o juízo de *discriminação negativa* de que dependeria a censura constitucional.

Cabe ainda notar que os *inscritos* e os *não-inscritos* não competem entre si pelos mesmos cargos na associação pública. Resulta do que dissemos que os lugares reservados a não-inscritos nos órgãos associativos não podem ser ocupados por inscritos da associação pública profissional e os cargos que se reservam a estes últimos não podem ser titulados pelos primeiros. Do tratamento diferenciado em matéria de incompatibilidades, pois, não resulta qualquer benefício de um grupo em detrimento de outro – nenhum beneficia de privilégio de favor em sacrifício de outro com este fundamento, porque não podem ocupar, sequer, os mesmos cargos – que depusesse pela qualificação da solução legal como discriminatória e conducente a resultado que fosse repellido pelo princípio da igualdade.

10.6. Por último, cumpre realizar uma avaliação da discriminação de tratamentos decorrente da norma do artigo 19.º, n.º 2, alínea a), ao excluir da incompatibilidade titulares de cargos de governo em entidades privadas, por oposição ao que sucede aos gestores públicos.

Ora, a diferenciação de efeitos decorre do facto de, tratando-se do governo de entidades privadas, em princípio não ficar sinalizado o principal indicador que fundamenta a necessidade de afastamento da orgânica das associações públicas privadas de titulares de cargos dirigentes: o perigo de «*invasão estadual*» da pessoa coletiva, descaracterizando a autonomia da sua atividade interna e transfigurando-a em algo próximo a um organismo instrumentalizado pelo poder estadual que apenas formalmente se poderia entender subsumível ao arquétipo de administração autónoma. Como é evidente, esse perigo não se transfere por membros da sua orgânica que desenvolvam a sua atividade, exclusivamente, no setor privado, independentemente da qualidade de gestores.

Por outro lado, nos casos em que se possa entender que o desempenho de certos cargos de governação em entidades privadas é passível de introduzir riscos para a independência do exercício de funções na associação pública profissional, esse risco será sempre menor, porque menos lesivo, ou potencialmente menos lesivo, face ao que poderia advir de dirigentes da função pública.

Se o exposto conduz, já, à conclusão de que a diferenciação de tratamentos se justifica pelo fundamento que subjaz à norma de incompatibilidade e pela assimetria entre situações colocadas, ainda assim essa regra poderá, segundo as especificidades de cada associação pública e à semelhança do que acima dissemos, ser dirimida, atenuada ou suprimida, pelos respetivos estatutos, que, nos termos do n.º 4 do artigo 19.º, poderão “prever outras incompatibilidades necessárias à salvaguarda do interesse público e da autonomia e independência em relação à respetiva profissão”. A norma do n.º 4 do artigo 267.º da Constituição da República Portuguesa constitui credencial suficiente para que o legislador parlamentar estabeleça uma incompatibilidade entre o exercício pelos não inscritos de cargos na respetiva associação pública profissional e o exercício de quaisquer funções dirigentes na função pública. A imposição da incompatibilidade nestes termos encontra-se na margem de liberdade de conformação do legislador (parlamentar): caberá na discricionariedade legislativa optar entre a fixação de uma incompatibilidade geral, total e absoluta e a fixação de regras de incompatibilidade menos exigentes – como é o caso em apreciação, ao estabelecer a incompatibilidade apenas para os inscritos nas associações públicas profissionais e que exerçam funções nos seus órgãos.

Assim, e por tudo, este Tribunal Constitucional não observa fundamento para pronúncia pela inconstitucionalidade material do disposto no artigo 19.º, n.º 2, alínea a), da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, na redação conferida pelo artigo 2.º do Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República.

11. Sobre o artigo 20.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, na redação conferida pelo artigo 2.º do Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República

11.1. A Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, previa já a figura do “provedor” (artigos 8.º, n.º 1, alínea p) e 20.º do diploma), agora redenominado como “provedor do destinatário dos serviços”, mas a sua integração na orgânica das associações públicas de profissionais possuía carácter eventual, dependendo de cláusula estatutária nesse sentido e de designação pelo órgão que para isso fosse competente (cfr. artigo 20.º, n.º 2, da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro).

Com a nova redação conferida pelo artigo 2.º do Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República, o provedor passa a ser órgão obrigatório em todas as associações públicas profissionais (cfr. artigo 20.º, n.º 1), será escolhido de entre pessoas que não sejam membros da associação (artigo 20.º, n.º 1) e a sua designação caberá ao bastonário (ou presidente), sob proposta do conselho de supervisão [artigo 20.º, n.º 2, e 15.º-A, n.º 2, alínea f)]. Outras alterações respeitam ao estatuto retributivo do provedor, que passa a ser obrigatoriamente remunerado (artigo 20.º, n.º 4) e a sua destituição passa a inscrever-se nas competências do conselho de supervisão, órgão

associativo agora introduzido [artigo 15.º-A, n.º 2, alínea g)]. O diploma preserva o caráter legalmente vinculado da destituição do provedor, que dependerá de fundamento qualificável como «falta grave», tal como até aqui se previa (artigo 20.º, n.º 2, da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, inalterado).

Tanto na redação atualmente em vigor da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, como no texto adotado pelo Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República, é missão do provedor “*defender os interesses dos destinatários dos serviços profissionais prestados pelos membros*” da associação pública (artigo 20.º, n.º 1, parte final, da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, inalterado), ficando incumbido de receber e analisar as queixas apresentadas, dirigir recomendações aos demais órgãos associativos, contribuir para o bom desempenho geral da pessoa coletiva e para formular participações disciplinares contra associados (cfr. artigos 20.º, n.º 3 e 18.º, n.º 9, alínea b), da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, inalterado).

Antes de avançarmos para as questões concretamente colocadas, cabe deixar uma nota sobre a compatibilidade desta figura legal perante o estatuto constitucional do Provedor de Justiça, tal como se configura no artigo 23.º da Constituição da República Portuguesa.

Este órgão recebe mandato constitucional para receber queixas de particulares por ações ou omissões dos poderes públicos e para dirigir recomendações aos órgãos competentes necessárias a prevenir e reparar injustiças (n.º 1). O seu domínio de atividade é dirigido, de forma privilegiada, à atividade administrativa, não apenas no plano estadual, mas também a desenvolvida por organismos de administração indireta (v. g., institutos públicos) ou autónoma, como é o caso das associações públicas de profissionais de que tratamos (v. Acórdão do TC n.º 403/2009; cfr., também, artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 9/91, de 09 de abril).

Poder-se-ia dizer, portanto, que o “*provedor do destinatário dos serviços*”, com o recorte de atribuições e competências acima assinalado, invade um espaço inviolável das atribuições do Provedor de Justiça, impondo a inerente censura constitucional sobre o programa normativo fiscalizado:

“A existência, ao lado, de um outro órgão, criado pelo legislador ordinário, com atribuições decalcadas ou paralelas às do Provedor de Justiça, especializadas ou não, ainda que de âmbito regional, não deixa de descaracterizar o tipo constitucionalmente construído do mesmo órgão sem agregação a quaisquer especialidades da matéria da sua competência ou a quaisquer entes territoriais, antes atingindo todos os poderes públicos, enfraquecendo, em termos de visibilidade e intensidade práticas, os poderes e faculdades com que foi dotado o órgão constitucional.”

Está vedada ao legislador ordinário a conformação de qualquer outro órgão, a quem sejam, concomitantemente, atribuídas as funções de apreciar, sem poder decisório, as queixas dos cidadãos por ações ou omissões dos poderes públicos, e de dirigir aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças.”

(v. Acórdão do TC n.º 403/2009)

Uma pronúncia pela inconstitucionalidade com este fundamento embateria, também aqui, no problema de consistir num processo de fiscalização preventiva de um programa normativo que se acha já em vigor na ordem jurídica, porque implementado pela Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro: as alterações introduzidas pelo Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República sobre o *provedor do destinatário dos serviços* cingem-se, como vimos, à *obrigatoriedade* do órgão nas associações públicas, à forma de nomeação, à qualidade de não-associado da ordem profissional, às suas condições remuneratórias e à competência orgânica para a sua destituição. Não é sobre esse corpo normativo, porém, que incide o juízo de inconstitucionalidade formulado pelo sobredito Acórdão: é, antes, sobre a própria *existência* da figura, problema que não é introduzido na ordem jurídica pelo Decreto sob apreciação.

De todo o modo, podemos assinalar que a consagração legal da figura do provedor associativo em causa não embate com normas ou princípios constitucionais.

Desde logo, o que parece impedido pelo disposto no artigo 23.º da Constituição da República Portuguesa é a *subtração* ou *dispersão* das atribuições e competências do Provedor de Justiça, distribuindo-as por vários órgãos atomizados, assim em prejuízo do carácter centralizado de exercício de poderes que se acolhe na norma constitucional, que se diriam erosivos da autoridade institucional da figura e que descaracterizam o corpo normativo recortado na Lei Fundamental.

Noutro sentido, o *reforço* das garantias do cidadão perante o poder público pela criação de novas figuras que, sem prejudicar ou interferir com o âmbito de atribuições e competências do Provedor de Justiça, possam oferecer resposta especializada em setores particulares da atividade pública (especialmente os caracterizados pela complexidade e singularidade das questões suscitadas) não parece importar qualquer forma de rutura com o quadro constitucional:

“O artigo 23º da Constituição refere-se a um Provedor de Justiça – ao Provedor de Justiça. Não parecem existir dúvidas que se afastou, com tal redação, a possibilidade de ser criado, como na Escócia, um provedor de justiça para a administração local autárquica, ou, como nalguns outros países, um provedor de justiça para a administração militar.

Em nosso entender, o sentido do artigo 23º é o de estabelecer que o Provedor de Justiça instituído pela Constituição e eleito pela Assembleia da República é um só, abrangendo os seus poderes de intervenção, obrigatoriamente, toda a extensão da atividade administrativa pública.

Consequentemente, o aspeto relevante não será tanto o saber se outros provedores de justiça poderão ser criados, mas a impossibilidade de a lei reduzir o âmbito de intervenção ou os poderes do Provedor de Justiça, mediante a instituição de provedores de justiça especializados em determinadas áreas da administração pública (imaginemos o provedor de justiça dos utentes dos hospitais públicos), em certos serviços públicos (o provedor de justiça das telecomunicações) ou na atividade de determinadas entidades públicas (o provedor de justiça do município do Porto).

Em nosso entender, nada obsta à eventual instituição de outros provedores de justiça dentro do universo público, mas tal eventual instituição não implica excluir as áreas de administração, os serviços ou as entidades abrangidas, nem do âmbito, nem dos poderes de intervenção, do Provedor de Justiça.

Por outras palavras: a eventual instituição de tais provedores de justiça especializados só pode representar um aumento de garantias para os cidadãos, nunca uma limitação da garantia constitucional representada pelo Provedor de Justiça.”

(v. JOÃO CAUPERS, *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, 2002, Ed. Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação, p. 88)

A solução legal sob fiscalização oferece consagração a esta doutrina e a norma do artigo 20.º, n.º 1, é expressa em estabelecer que o provedor associativo é instituído e exerce a sua missão “*Sem prejuízo do estatuto do Provedor de Justiça*” (sic), demarcando-se, de forma expressa, de qualquer modo de ingerência no estatuto deste último que pudesse importar rutura com a Lei Fundamental.

O exposto seria bastante para entender que não se encontra qualquer obstáculo constitucional nesta sede, mas podemos acrescentar que não parece que o «*provedor do destinatário dos serviços*» possa ser entendido como uma figura realmente *paralela* ao Provedor de Justiça, sobre este «*decalcada*» (Acórdão do TC n.º 403/2009), ou que as atribuições de ambos se sobreponham.

O provedor associativo é um órgão endógeno à associação pública e que partilha do respetivo escopo associativo na vertente regulatória, tendo apenas de específico o facto de ser convocado a esse papel na perspetiva dos beneficiários dos serviços prestados pelos profissionais que operam no setor regulado (cabe-lhe “*defender os interesses dos destinatários dos serviços profissionais prestados pelos membros daquelas*” – cfr. artigo 20.º, n.º 1). Não parece, pois, que caiba ao provedor associativo constituir resposta ao exercício abusivo de poderes públicos *pela associação* (v. g., quando indefere um pedido de adesão à ordem, ou quando sanciona um associado em sede disciplinar), mas antes participar na regulação da atividade *dos profissionais* que a integram pela ótica do utilizador, contribuindo para um controlo administrativo adequado da atividade profissional reservada.

Assim, menos que operar como uma forma de *reação* ao exercício dos poderes públicos que estão conferidos à associação pública – à semelhança do Provedor de Justiça –, o provedor do destinatário dos serviços participará na otimização da função regulatória do setor que à associação está confiada – de forma mais aparentada ao órgão de supervisão –, assim quando particulares se sintam lesados pela prestação deficiente dos *profissionais* que a integram, especialmente quando a situação envolva a violação de parâmetros ético-jurídicos estabelecidos no respetivo estatuto.

Observamos, por conseguinte, duplo fundamento para que não exista pronúncia pela inconstitucionalidade com fundamento no disposto no artigo 23.º da Constituição da República Portuguesa.

11.2. Estamos, então, em condições de nos debruçarmos sobre o objeto do pedido no que respeita à nova redação conferida ao artigo 20.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro.

A razão de ser do «*provedor do destinatário dos serviços*» é, sem nenhuma dúvida, o combate ao ambiente corporativo e ao apesamento da atividade reguladora dos órgãos da associação pública pelos interesses dos seus associados, especialmente na vertente disciplinar, de que o provedor será a contramedida mais evidente. A implementação da figura como obrigatória compreende-se por todas as classes profissionais se acharem dotadas de um específico interesse jurídico-publicístico que justifica a regulação: um mediador do confronto entre profissionais e destinatários dos serviços é, evidentemente, um fator mínimo da compaginação entre a corporação e a efetiva prossecução de objetivos públicos de regulação da atividade que subjazem à sua criação.

Podemos registar que a introdução desta figura como uma componente permanente e obrigatória das estruturas associativas vinha sendo já reclamada por uma parte da doutrina:

“[uma lei-quadro das ordens profissionais terá por objetivos] *estabelecer a obrigação de as ordens designarem um provedor do cliente ou do utente, com capacidade para receber queixas, não somente dos membros da corporação, mas também dos clientes ou utentes dos serviços profissionais dos membros da corporação, podendo requerer procedimento disciplinar contra eles, quando seja caso disso, ou recorrer das decisões disciplinares que sejam tomadas.*”

(VITAL MOREIRA, *As ordens profissionais...*, p. 43)

Levando em conta a sua natureza e missão associativa, bem se compreendem as preocupações sentidas pelo legislador em assegurar um estatuto de independência perante outros órgãos, que o Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República se preocupa em reforçar para um nível aceitável.

É bom notar que a Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, reconhecia já a tensão coeva à figura institucional, no que exigia que o provedor, quando fosse ele próprio um associado, requeresse a “*suspensão da sua inscrição nos termos dos estatutos ou do regulamento da associação*” (cfr. artigo 20.º, n.º 5, do diploma). Esta medida não constituía, obviamente, um registo aceitável de garantia de distanciamento face ao conflito de interesses no desempenho das atribuições do provedor, já que a *transitoriedade* inerente ao cargo e o seu caráter potencialmente *gratuito*, de si, descaracterizavam o titular como personagem efetivamente *isenta e equidistante* face aos sujeitos envolvidos (denunciante e denunciado) e à temática da controvérsia: ele persistiria em ser um profissional do setor, portador dos interesses inerentes.

A independência e a «*aparência de imparcialidade*», não menos importante, necessariamente reclamam por que o cargo seja desempenhado por pessoa estranha à corporação e em condições remuneratórias aceitáveis, tal como se estabelece no novo desenho conferido ao artigo 20.º, n.º 4, da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro. O diferimento da fixação das condições retributivas para o estatuto ou regulamento interno da associação, por sua parte, compreende-se em face da heterogenia das situações colocadas, quer no que tange ao volume previsível de trabalho, quer à capacidade

financeira (naturalmente sujeita a flutuações) da concreta ordem profissional que esteja em causa: um estatuto rígido a este respeito seria fundamento de críticas que, assim, não são equacionáveis.

A natureza da figura jurídica do provedor, cuja atividade facilmente motivará a indisposição dos associados, justifica também, como requisitos mínimos de garantia de independência (e de integridade e eficácia do) no exercício de funções, um quadro normativo dirigido a assegurar *isenção na designação, estabilidade no desempenho* e, no geral, *impermeabilidade* contra iniciativas desprovidas de fundamento bastante dirigidas a obter a sua destituição, que facilmente seriam convertíveis em instrumentos de hostilização do titular e introduziriam ruído no bom desempenho do cargo.

Com este objetivo programático, a lei impõe uma conjugação de sensibilidades na *designação* do titular do cargo, conferindo, como se disse, competência ao bastonário (ou presidente) da associação para a designação, mas subordinando-a a proposta do conselho de supervisão [artigo 20.º, n.º 2 e 15.º-A, 2, alínea f)]. Neste órgão, como vimos, prevalece uma maioria de membros não-associados (60%), mas uma maioria significativa (80%) de membros eleitos pela associação. Esta necessidade de convergência conduzirá a que a designação do provedor resulte de um alinhamento entre órgãos sobre a matéria, obstruindo resistências internas (não se pretenderá que o provedor seja observado pelos associados como um «*inimigo entre portas*»), ao mesmo passo que se garante maior distanciamento face a interesses corporativos na seleção da pessoa chamada ao cargo.

O procedimento de destituição do provedor, por sua parte, exhibe simetria face a este quadro legal, reservando para o órgão de supervisão a respetiva competência e impondo audiência prévia do órgão colegial executivo da associação [artigos 15.º-A, 2, alínea g)]. Por esta via se transporta a sobredita necessidade de convergência entre sensibilidades (entre membros associados e não-associados) no juízo que fundamentará a destituição, conferindo *estabilidade* ao desempenho do cargo pela proteção do titular contra iniciativas frívolas ou produto de mera hostilidade, e, no geral, as que não possuam suporte bastante numa efetiva (e grave) violação dos deveres de função pelo provedor, em defesa da sua liberdade e independência no exercício da sua missão orgânica.

Como dissemos acima, o artigo 267.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa impõe um princípio de *democraticidade* na formação dos órgãos das associações públicas profissionais. Particularmente no caso do provedor do destinatário dos serviços, observamos um programa normativo de maximização desse princípio, apoiado não apenas num procedimento de democracia indireta que oferece representatividade aos associados na sua designação, mas também na segurança e proteção que confere a uma figura essencialmente regulatória e tutelar do interesse público, protegendo-se as suas condições de independência e de isenção no exercício da sua função pública, em concretização de um princípio de justiça.

Assim, também quanto a esta parte do pedido concluímos que não se observa fundamento para pronúncia pela inconstitucionalidade material do disposto no artigo 20.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, na redação conferida pelo artigo 2.º do Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República.

*

III. DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal Constitucional decide não se pronunciar pela inconstitucionalidade das normas do Decreto n.º 30/XV da Assembleia da República, publicado no Diário da Assembleia da República, II Série - A, número 151 - Suplemento, de 23 de janeiro de 2023, e enviado ao Presidente da República para promulgação como lei, que procede à alteração da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, que estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais, contidas:

a) No artigo 2.º, na parte em que altera:

- O n.º 9 do artigo 8.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro;
- A alínea e) do n.º 2 do artigo 15.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro;
- A alínea a) do n.º 2 do artigo 19.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro;
- O artigo 20.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro;

b) No artigo 3º, na parte em que adita o artigo 15º-A à Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro.

Lisboa, 27 de fevereiro de 2023 - *António José da Ascensão Ramos - Assunção Raimundo - José Eduardo Figueiredo Dias - Gonçalo Almeida Ribeiro - Mariana Canotilho - Joana Fernandes Costa - Afonso Patrão - José João Abrantes - Lino Rodrigues Ribeiro - José Teles Pereira - Pedro Machete* (vencido quanto à alínea a) do dispositivo, na parte em que se refere à norma do artigo 19, n.º 2, alínea a), da LAPP, com a redação dada pelo Decreto da AR n.º 30/XV, conforme declaração junta) - *Maria Benedita Urbano* (vencida quanto à alínea b) do dispositivo, conforme declaração junta) - *João Pedro Caupers*

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencido quanto à alínea a) do dispositivo, na parte em que não se pronuncia pela inconstitucionalidade da norma do artigo 19.º, n.º 2, alínea a), da Lei das Associações Públicas Profissionais (LAPP), com a redação dada pelo Decreto da Assembleia da República n.º 30/XV,

segundo a qual o exercício de funções por inscritos nas associações públicas profissionais enquanto titulares dos respetivos órgãos é incompatível com o exercício de quaisquer funções dirigentes na função pública.

1. A revisão da LAPP aprovada pelo Decreto n.º 30/XV, assumindo a existência de um conflito de interesses inerente aos sistemas de autorregulação profissional (cfr. o n.º 7.3 do presente acórdão), visa estabelecer um *compromisso prático* entre a função regulatória de interesse público das associações públicas profissionais e a maximização da liberdade de acesso e exercício das profissões por aquelas representadas (cfr., respetivamente, os artigos não alterados 25.º, n.º 6, e 26.º, n.º 1, ambos da LAPP). O exercício da referida função pelos próprios profissionais – que se pretende imparcial, isento, objetivo e tecnicamente fundado – deve, por isso, ser rodeado de garantias contra tentações corporativas sem que, do mesmo passo, se comprometa a democracia interna e a autonomia própria das associações relativamente ao Estado, incluindo nesse domínio da regulação. Com efeito, se, por um lado, a subtração da mencionada função regulatória às associações públicas profissionais eliminaria o interesse público justificativo da sua criação legal (cfr. o Acórdão n.º 522/2021, n.ºs 12 e 13); por outro lado, uma regulação profissional por parte de tais associações demasiado heterodeterminada contendaria com o princípio da descentralização democrática e com a lógica própria da Administração autónoma funcional de que essas mesmas associações são expressão.

O pluralismo constitutivo dos órgãos com competências em matéria regulatória, alcançado por via da integração necessária de *titulares não inscritos na associação, mas escolhidos e eleitos pelos seus membros* (e não nomeados por terceiros, em especial, pelo Estado), visa tal desiderato: a independência no exercício das competências correspondentes à aludida função regulatória sem, todavia, comprometer o essencial do autogoverno associativo exigido pelo artigo 267.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição, nomeadamente a formação democrática dos órgãos das associações públicas profissionais e a participação na respetiva gestão efetiva por parte dos seus membros. Tanto num caso como no outro estão em causa valores e interesses constitucionalmente relevantes quanto à configuração e legitimidade constitucionais da autorregulação pública profissional.

Prevê-se, assim, um *júri independente* responsável pela avaliação final do estágio (v. a nova redação do artigo 8.º, n.º 9); um *órgão disciplinar*, igualmente independente (v. a nova redação do artigo 15.º, n.ºs 2, alínea e), e 10); e um *órgão de supervisão*, também independente (v. o novo artigo 15.º-A). Mesmo o *provedor dos destinatários dos serviços* é «uma personalidade independente, não inscrita na associação pública profissional» (v. a nova redação do artigo 20.º, n.º 1). E a designação dos titulares de todos estes órgãos conta com a participação efetiva dos membros da respetiva associação pública profissional.

Note-se, em todo o caso, que a independência no exercício da função regulatória por parte das associações públicas profissionais, não só não se confunde, como, sobretudo, não preclude – nem esse é o objetivo visado – uma tutela governamental de legalidade (sobre a necessidade desta, v., por exemplo, LUÍS FÁBRICA e JOANA COLAÇO in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. III, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, nota XXV ao artigo 267.º, p. 528).

2. O ponto de equilíbrio mais delicado quanto ao citado compromisso prático é o que resulta da nova configuração do órgão de supervisão.

Concebido como «independente no exercício das suas funções», esse órgão tem a seu cargo zelar «pela legalidade da atividade exercida pelos órgãos da associação», competindo-lhe «poderes de controlo, nomeadamente em matéria de regulação do exercício da profissão» (cfr. o n.º 1 do novo artigo 15.º-A). Como se assinala no n.º 8 da presente decisão, é nele que se concentra o essencial do (auto)controlo da legalidade do exercício dos poderes públicos relacionados com os condicionamentos do acesso e exercício da profissão cometidos à associação pública profissional – ou seja, a função de *autorregulação genérica*, envolvendo o controlo da legalidade no exercício dessa regulação, a que se refere o artigo 8.º do requerimento do Presidente da República. A expectativa ou fim legal é conseguir, por via da independência resultante da participação na composição do órgão de pessoas que não são profissionais habilitados a exercer a profissão regulada – e que, portanto, também não são inscritos na correspondente associação pública profissional – a mitigação dos riscos de captura da função regulatória por interesses corporativos.

Nesse sentido, a lei passou a estabelecer como obrigatória a participação na referida composição de 60% de elementos estranhos à profissão (e, conseqüentemente, *não inscritos* na respetiva associação profissional), embora dois terços destes (40% do total dos titulares) devam ter uma formação académica de base idêntica à dos membros da associação e somente um terço deles (20% do total dos titulares) possam ser «personalidades de reconhecido mérito, com conhecimentos e experiência relevantes para a atividade da associação pública profissional» (cfr. o novo artigo 15.º-A, n.º 3, alíneas b) e c), por confronto com o artigo 15.º, n.º 10, da LAPP, com a anterior redação). Acresce que a presidência do órgão de supervisão passou a competir a um titular não inscrito na associação pública profissional, eleito pelos demais membros do órgão, sejam inscritos ou não inscritos na associação em causa (cfr. o novo artigo 15.º-A, n.º 6).

Em vista da *concordância prática* da independência do órgão de supervisão estabelecida nos termos referidos com a autonomia própria das associações públicas profissionais, a nova solução legal prevê que os membros da associação – os profissionais nela inscritos – elejam quer os titulares daquele órgão que se encontrem inscritos na associação (40%), quer os titulares não inscritos «oriundos dos estabelecimentos de ensino superior que habilitem academicamente o acesso à profissão organizada em associação pública profissional» (40%; cfr. o n.º 4 do novo artigo 15.º-A). Os titulares do órgão de supervisão assim eleitos – correspondentes a 80% do total –, por sua vez, cooptarão, por maioria absoluta, os restantes 20% dos titulares, que deverão ser pessoas não inscritas de reconhecido mérito, conforme previsto na alínea c) do n.º 3 do novo artigo 15.º-A.

Ora, é esta *decisiva participação – direta* (eleição de 80% dos titulares do órgão pelos membros da associação) e *indireta* (cooptação dos restantes 20% pelos titulares eleitos pelos membros da associação) – dos membros da associação pública profissional na designação dos titulares do órgão de supervisão que justifica considerar que este último ainda goza de uma «base democrática representativa» (cfr. o artigo 8.º do requerimento de fiscalização) *mínima*, não atentatória das exigências estatuídas nos n.ºs 1 e 4 do artigo 267.º da Constituição (cfr. o n.º 8 do presente acórdão).

3. No que se refere especificamente à incompatibilidade prevista no artigo 19.º, n.º 2, alínea a), LAPP, com a redação dada pelo Decreto n.º 30/XV, importa começar por reconhecer o respetivo caráter inovador.

Com efeito, se nos termos do citado artigo 19.º, n.º 2, com a redação anterior ao citado Decreto, nenhum titular de órgão de associação pública profissional, estivesse o mesmo inscrito ou não na pertinente associação, podia exercer quaisquer funções dirigentes na função pública, agora tal incompatibilidade *só se aplica aos titulares de órgãos dessas associações que nelas estejam inscritos* (isto é, que delas façam parte enquanto membros). Ou seja, o cargo de titular de órgão de associação pública profissional, *para os não inscritos na própria associação, deixou de ser incompatível* com o exercício de quaisquer funções dirigentes na função pública. A inovação da norma sindicada reside, assim, na *quebra da unidade do estatuto dos titulares de órgãos de associações públicas profissionais* decorrente de um tratamento diferenciado em função de se tratar de titular inscrito ou não inscrito na associação considerada.

Sob este ponto de vista – que coincide afinal com o reconhecimento de uma limitação do âmbito pessoal de aplicação da norma anteriormente vigente –, inexistente qualquer dúvida quanto à introdução pela nova redação dada ao artigo 19.º, n.º 2, alínea a), de uma modificação no direito vigente e, conseqüentemente, quanto à legitimidade de a norma modificativa ser objeto de fiscalização preventiva da constitucionalidade.

Em segundo lugar, cumpre recordar que a figura da incompatibilidade «aparece ligada a uma ideia de impossibilidade de exercício simultâneo de dois cargos ou funções. Ela traduz a natureza inconciliável da *acumulação*, na mesma pessoa, de dois estatutos profissionais ou ligados ao exercício de mais do que uma atividade» (v. ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997, nota III ao artigo 44.º, p. 243). Trata-se da «garantia da imparcialidade da atuação administrativa como *valor (puramente) abstrato*: é a própria lei que exclui a possibilidade de acumulação – por suspeitar, em abstrato, dos desvios em favor de outras atividades privadas ou públicas dos fins por que se deve pautar o exercício de certas atividades públicas, independentemente, da pessoa que se trate e do interesse que ela tenha ou deixe de ter em qualquer decisão» (v. *idem, ibidem*, p. 244). Exemplificando com referência ao caso concreto: alguém que exerça (ou venha a exercer) *funções dirigentes* na função pública – por hipótese, um diretor de serviços ou chefe de divisão (cargos de direção intermédia), mas também um diretor do serviço de um hospital público (exemplo referido pelo requerente no artigo 10.º do seu requerimento e que não se encontra abrangido pelo Estatuto do Pessoal Dirigente constante da Lei n.º 2/2004, de 15 de janeiro; sobre as funções dirigentes na função pública não abrangidas pelo citado Estatuto, v. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, I, Almedina, Coimbra, 2020, p. 716) –, ao abrigo da redação anterior ao Decreto n.º 30/XV, não podia servir (ou continuar a servir) como titular do órgão de supervisão ou provedor dos destinatários dos serviços; agora, na sequência da nova redação dada por aquele Decreto ao artigo 19.º, n.º 2, alínea

a), da LAPP, a mesma proibição só é aplicável aos inscritos na associação pública profissional de que se trate.

Cabe à lei determinar as incompatibilidades entre o exercício de cargos públicos e o de outras atividades (assim, v. o artigo 269.º, n.º 5, da Constituição). No caso vertente, o legislador decidiu estabelecer por via da incompatibilidade em análise uma *garantia da imparcialidade* da atuação dos titulares de órgãos das associações públicas profissionais. Como se refere na presente decisão, a «incompatibilidade em causa pertence ao “regime” das associações públicas profissionais e não ao estatuto da função pública» (cfr. o respetivo n.º 10.2).

A incompatibilidade referida a certo cargo público implica, por outro lado, e por natureza, uma *restrição ao direito à igualdade no acesso aos cargos públicos* – um direito, liberdade e garantia de participação política (cfr. o artigo 50.º, n.º 1, da Constituição): um cidadão que preencha os requisitos necessários para ser provido em certo cargo público e exercer as funções inerentes não pode nele ser provido (ou continuar provido) em razão da proibição da acumulação do estatuto correspondente com outras funções ou com o estatuto de um outro cargo. De todo o modo, as restrições de direitos, liberdades e garantias são constitucionalmente legítimas desde que respeitem as condições previstas no artigo 18.º da Constituição.

Cumpra, por isso, indagar da legitimidade constitucional da restrição do direito de acesso ao cargo de titular de órgãos de associações públicas profissionais estabelecida no artigo 19.º, n.º 2, alínea a), na redação dada pelo Decreto n.º 30/XV, afigurando-se que a mesma depende decisivamente do fim concretamente prosseguido pelo legislador (a *ratio* da restrição).

4. Como se referiu *supra* no n.º 1, um dos aspetos mais delicados do compromisso prático positivado pelo legislador é a compatibilização da *independência da função regulatória* das associações públicas profissionais com a respetiva *autonomia*, sobretudo, relativamente ao Estado. O próprio acórdão reconhece expressamente, a propósito dos titulares do órgão de supervisão não inscritos, que não está em causa a integração de «*comissários políticos* na orgânica da associação que a descaracterizassem, que a convertessem em algo próximo de um serviço administrativo estadual ou que permitissem a sua instrumentalização por poderes externos» (v. o respetivo n.º 8). Acresce que a admissão da hipótese de «nomeação de comissários estaduais, com funções de tutela junto das associações públicas» (v. *ibidem*), não se confunde com a integração – igualmente admitida na presente decisão – de «elementos estranhos à associação» nos órgãos que tenham a seu cargo as funções de disciplina profissional e de adjudicação de conflitos (órgãos esses que, em meu entender, e por força do estatuído nos n.ºs 1 e 4 do artigo 267.º da Constituição, não podem deixar de ter uma “base democrática representativa” mínima). Uma coisa é a *tutela administrativa*, enquanto *relação intersubjetiva*; outra é a *composição de um órgão* de uma dada pessoa coletiva pública em vista da garantia de certos valores – *in casu*, o pluralismo dos titulares em vista da independência no exercício da função regulatória – e as eventuais *relações interorgânicas* que daí decorram no quadro da mesma pessoa coletiva. Com efeito, as medidas tutelares dirigidas a entidades administrativas autónomas constituem «*medidas materialmente externas de condicionamento*

ou limitação da autonomia», impugnáveis judicialmente para proteção da autonomia e dos interesses próprios das entidades tuteladas (cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, ob. cit., pp. 912-914).

Compreende-se, por isso, que a incompatibilidade em análise – a proibição de os titulares de órgãos de associações públicas profissionais nela inscritos exercerem quaisquer funções dirigentes na função pública – tenha como *ratio a salvaguarda da autonomia* de tais associações relativamente ao Estado e, em especial, a prevenção do risco de *governamentalização* dos seus órgãos. Como se refere na presente decisão (cfr. o respetivo n.º 10.4):

«[A]s utilidades que se obtêm pela implementação de um modelo de administração autónoma, que é dizer (*in casu*) através de associações públicas profissionais, ficariam comprometidas se não se proibisse [...] que os titulares de cargos dirigentes na administração direta do Estado desempenhassem também, ao mesmo tempo, funções de governo ou de fiscalização naquelas entidades por via da sua orgânica interna. Se as associações se pretendem libertas de superintendência estadual – e se da *necessidade* desse modelo regulatório depende a sua criação –, conceder-se-á que, a não existir um obstáculo jurídico nestas situações, assim como se observa na norma cuja fiscalização se requer, a solução seria francamente paradoxal. Dito de outro modo e sobre matéria próxima à colocada:

“*mesmo no ponto em que a defesa e representação institucional da profissão se conjugue e se assimile com o próprio interesse público (de confiança, de rigor, de deontologia), podem existir - existem - divergências e posições contraditórias entre a visão política e/ou administrativa do Estado e os interesses próprios de cada profissão constituída em Ordem. Nesta conformidade, os princípios, os valores, os interesses e as finalidades pressupostos pelo legislador no estabelecimento das incompatibilidades, relevam de modo saliente na prevenção de conflitos de interesses entre a titularidade de cargos políticos e de altos cargos públicos e o exercício de atividades de representação profissional no âmbito das atribuições das 'Ordens Profissionais' ” (Parecer 11/1992, de 25.02.1993, da Procuradoria-Geral da República”»*

5. Nesta perspetiva, facilmente se conclui que, relativamente aos órgãos de associações públicas profissionais compostos *unicamente* ou *maioritariamente* por não inscritos em tais associações (casos, respetivamente, do provedor dos destinatários dos serviços e, na sequência das alterações introduzidas pelo Decreto n.º 30/XV, do órgão de supervisão), a mencionada incompatibilidade é ineficaz e como tal desproporcionada devido à sua *inadequação*. Com efeito, a mesma proíbe o exercício de funções dirigentes na função pública tão-somente aos titulares de órgãos *inscritos* na associação pública profissional considerada. Isto significa que relativamente aos órgãos de que estes não possam ser titulares ou em que os mesmos estejam em minoria, aquela proibição não assegura, só por si, o resultado que prossegue.

Acresce que a diferença de tratamento decorrente da consagração da mesma incompatibilidade se revela também, à luz de um critério de evidência, *arbitrária* e *discriminatória*, em virtude de se basear numa distinção – a inscrição ou não inscrição na associação pública profissional – que não tem qualquer conexão com o fim prosseguido com o estabelecimento de tal incompatibilidade. Ou

seja, está em causa uma diferença de tratamento de situações essencialmente iguais: a titularidade de um órgão de uma associação pública profissional.

Com efeito, relativamente à salvaguarda da autonomia destas associações e dos seus órgãos – a *ratio* da incompatibilidade –, apenas releva a titularidade do cargo, visto que somente os titulares é que se podem deixar influenciar e comprometer aquela autonomia. Por outras palavras, a inscrição ou não inscrição na associação pública profissional não constitui um fundamento material razoável, de acordo com critérios objetivos, para justificar a diferença de tratamento entre os titulares de órgãos, sobretudo à luz do mencionado fim de salvaguarda da autonomia da associação.

Esta conclusão não é posta em causa pela análise das especificidades dos titulares não inscritos (o *par comparativo*) face aos titulares inscritos (o *grupo alvo*) levada a cabo no presente acórdão com o fim de justificar a previsão de um «diferente tratamento entre os dois grupos, comportando, por esse motivo, a retração no estatuto de incompatibilidades quanto a não-profissionais que se observa, repelindo o juízo de discriminação negativa de que dependeria a censura constitucional» (cfr. o respetivo n.º 10.5).

Refere-se em primeiro lugar que, «conquanto os não-inscritos na Ordem profissional apenas podem desempenhar cargos no conselho de supervisão ou no órgão disciplinar, como vimos (cfr. artigos 15.º, n.º 2, alíneas c) e e), e 15.º-A) – limitando-se o seu desempenho na associação a matéria disciplinar, controlo genérico e *compliance* –, quanto a eles depõe em muito menor medida o perigo de a associação profissional ser transfigurada na sua natureza ou invadida pelo poder estadual, erodindo por isso a justificação da incompatibilidade estabelecida na norma».

Liminarmente dir-se-á que, para além de estar em causa uma perspetiva fundamentalmente quantitativa referida à totalidade dos órgãos da associação, e de se omitir a consideração de órgãos como o *júri independente* (v. a nova redação do artigo 8.º, n.º 9) e do *provedor dos destinatários dos serviços* (v. a nova redação do artigo 20.º, n.º 1), o argumento não releva a *centralidade do órgão de supervisão* precisamente em relação à função regulatória, isto é, à principal função de interesse público das associações públicas profissionais (cfr. *supra* o n.º 2). Ademais este órgão integra uma maioria de titulares não inscritos e o referido provedor dos destinatários dos serviços é um órgão singular. Nestes casos, o “perigo de transfiguração” pura e simplesmente não é afastado. Daí a aludida inadequação da incompatibilidade.

De todo o modo, aquela consideração em nada afasta a ideia de que, exercendo funções dirigentes na função pública, tanto os titulares de órgãos inscritos na associação, como os não inscritos – porventura, estes até mais do que aqueles – podem ser influenciados pela «visão política e / ou administrativa do Estado», defendendo no âmbito dos órgãos da associação os interesses correspondentes. Acresce que, estando em causa a atuação de *órgãos independentes*, o eventual comprometimento da autonomia da associação resultará das decisões adotadas pelos mesmos órgãos, para as quais contribui a posição assumida por cada um dos seus titulares. Ora, para assegurar a imparcialidade destes últimos, nomeadamente face a interesses ou influências centralizadoras, é decisiva a conformação do respetivo estatuto.

Em suma, e quanto ao aspeto considerado, nada justifica distinguir entre titulares inscritos e não inscritos.

Em segundo lugar, observa-se igualmente na presente decisão «afigurar[-se] muito mais provável que um profissional da classe esteja envolvido, enquanto dirigente público, na gestão de matérias de natureza próxima daquelas de que se ocupa a associação, por isso representando um perigo mais expressivo, face a dirigentes com diferente ocupação profissional, de transportar consigo uma “sensibilidade centralizada” indesejável no contexto associativo».

Ora, o argumento é, desde logo, reversível: sendo membro da associação pública representativa da profissão, para mais eleito pelos pares para ocupar um cargo num dos seus órgãos, o inscrito estará em melhores condições para resistir às “investidas centralizadoras” do que um não inscrito. E também se poderá dizer: a este último faltarão com grande probabilidade um interesse próprio (ou o que se poderia designar de “sensibilidade descentralizada”) na gestão dos assuntos profissionais. Acresce que nada assegura o paralelismo de ocupações pressuposto na mencionada consideração do «perigo mais expressivo». Finalmente, permanece válida a ideia de que, seja qual for a ocupação profissional do dirigente da função pública que ocupe um cargo numa associação pública profissional, o risco do conflito de interesses que a incompatibilidade visa afastar *in limine* existe, independentemente de se tratar de alguém inscrito ou não inscrito na associação. Daí a arbitrariedade da imposição da incompatibilidade exclusivamente aos titulares de órgãos inscritos. Com efeito, estes são, no que se refere ao direito fundamental de acesso aos cargos em associações públicas profissionais, discriminados negativamente sem um fundamento material bastante.

Pedro Machete

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencida quanto à alínea b) da decisão, não a acompanhando, na medida em que não se pronuncia pela inconstitucionalidade do artigo 3.º (“Aditamento à Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro”) do Decreto da Assembleia da República n.º 30/XV, na parte que se reporta ao artigo 15.º-A, no qual se prevê a criação do “Órgão de supervisão”. Em meu entender, o dispositivo em apreço merece censura constitucional pelas razões que de seguida serão brevemente expostas.

1. No seu preâmbulo, o Decreto n.º 30/2023 consegue juntar na mesma frase as ideias de “Reforçar a salvaguarda do interesse público, a autonomia e a independência da regulação e promoção do acesso a atividades profissionais”. Desde logo, não se vê muito bem como conciliar o reforço do interesse público – que, como facilmente se apreende a partir da leitura integral do decreto em apreço, passa por retirar poder às associações públicas profissionais – com o reforço da autonomia e independência da regulação – que pressupõe e exige o seu empoderamento. Não obstante a perplexidade suscitada por esta proposta preambular com laivos de oxímoro, não é disto que

cuida este Tribunal Constitucional. Como, de idêntico modo, não cuida de questionar opções políticas, como a que subjaz ao Decreto n.º 30/XV, que elegeu ‘substituir’ ou prescindir da tutela do Estado (*v.g.*, de legalidade e integrativa) por soluções que passam pela redução apriorística da autonomia das associações públicas profissionais. Já compete a este Tribunal certificar-se da bondade jurídico-constitucional das soluções jurídicas encontradas pelo legislador ordinário, cuja conformidade com a Constituição foi questionada pelo requerente Presidente da República.

Antes de se proceder à análise da proposta ínsita no mencionado artigo 3.º do Decreto n.º 30/XV, cumpre tecer algumas observações prévias sobre as associações públicas profissionais (doravante, APP).

Desde já, cabe recordar que, ainda que se entenda que não existe um direito constitucional das APP à autorregulação, isso não equivale ao reconhecimento de uma liberdade absoluta do legislador ordinário na definição do respetivo regime legal. E isto, na medida em que se pode extrair, a partir do texto constitucional, de algumas das suas normas, a ideia da existência de um conteúdo mínimo, essencial, da autonomia das associações públicas em geral e das APP em particular, conteúdo mínimo esse que não poderá ser extinto – a não ser, obviamente, como decorrência da extinção da própria associação pública. E nem sequer o princípio de excecionalidade das associações públicas, que pode conduzir, em última análise, à extinção de associações deste género pela via legislativa, é de molde a justificar o sacrifício de uma autonomia mínima das associações públicas. Se é verdade que o legislador tem o poder de as criar e extinguir, uma vez que opte pela sua criação, e enquanto não as extinguir, terá necessariamente de respeitar e preservar esse conteúdo mínimo de autonomia, sem o qual as associações públicas serão mero simulacro ou ficção, para mais, em claro desrespeito do texto da Constituição. Ademais, e segundo a ideia da “liberdade de intervenção estadual mínima”, “qualquer intervenção do Estado deve sempre obedecer aos princípios da tipicidade e da proporcionalidade” (cfr. PAULO OTERO, “Dos limites constitucionais à intervenção do Estado nas associações públicas profissionais”, in *Revista de Direito Administrativo*, Setembro-Dezembro 2019, p. 9). Citando Vital Moreira, “[Mas] a lei pode ir mais além, comprimindo correspondentemente a autonomia do organismo. Em qualquer caso, a lei há-de deixar uma margem mínima de liberdade de acção. A lei pode ser densa em matéria de organização e procedimento, mas não pode ser tão densa em matéria de conteúdo da acção administrativa que retire ao organismo toda a liberdade de acção” (v. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, 1997, p. 170). Em síntese, e em termos aproximados, como salienta o Presidente da República, “Das normas citadas resulta um regime constitucional próprio das Associações Públicas, em particular das Associações Profissionais, que deve ser respeitado pelo legislador”.

Importa ainda reter que, das várias atribuições que cabem às APP (segundo Pedro Costa Gonçalves, “i) a defesa dos interesses gerais dos destinatários dos serviços; ii) a representação e a defesa dos interesses gerais da profissão; iii) a regulação do acesso e do exercício da profissão; iv) a concessão, em exclusivo, dos títulos profissionais das profissões dos profissionais que representem; v) a concessão, quando existam, dos títulos de especialidade profissional; vi) o exercício do poder disciplinar sobre os seus membros”, “[A]s mais relevantes são, certamente, as atribuições ligadas à regulação do acesso e do exercício da atividade, ao estabelecimento de regras

deontológicas e ao exercício da ação disciplinar” (v. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. 1, Coimbra, 2019, p. 896).

Por último, no plano específico da organização interna, sustenta o autor *supra* citado que “A Constituição estabelece uma exigência de democracia interna das associações públicas: compreende-se a exigência, porquanto o cânone da legitimação democrática autónoma é aqui um elemento essencial e exige naturalmente que os *órgãos que dirigem* as associações sejam representativos da coletividade que a constitui”. De forma mais ampla, e continuando a seguir o mesmo autor, com o processo de descentralização de uma determinada função pública ocorre a “sua deslocação da esfera do Estado para a coletividade de interessados, isto é, dos próprios destinatários das medidas e dos atos praticados no exercício dessa função pública. Esta passaria a ser desenvolvida em sistema de autoadministração, isto é, de um sistema de «administração realizada pelos destinatários da atividade administrativa»” (cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *ob. cit.*, pp. 897 e 891-2).

2. Passando, agora, à análise do artigo 15.º-A, que, como dito, prevê a criação do “Órgão de supervisão”, as dúvidas do requerente centravam-se na questão da sua eleição e composição, tendo como pano de fundo a “conjugação da competência com a composição do Conselho de Supervisão”.

Resumidamente, o que no artigo 15.º-A se preconiza é que, quanto à *eleição*, 80% dos membros que irão compor este órgão serão, nos termos do n.º 4, eleitos pelos próprios membros da APP; os restantes 20% serão cooptados de entre os seus pares. Quanto à sua *composição*, 40% dos seus membros serão representantes da profissão inscritos na APP (n.º 3). Quanto aos restantes 60% – portanto, a maioria –, 40% serão “oriundos dos estabelecimentos de ensino superior que habilitem academicamente o acesso à profissão organizada em associação pública profissional, *não inscritos na associação profissional*” e 20% serão “cooptados pelos membros referidos nas alíneas anteriores, por maioria absoluta, que sejam personalidades de reconhecido mérito, com conhecimentos e experiência relevantes”. Esta solução suscita-me as maiores dúvidas no que à questão da composição do órgão de supervisão diz respeito.

Reconhece-se que o n.º 4 do artigo 267.º da Constituição se refere especificamente à “formação democrática dos seus órgãos”, estando esta expressão em geral associada à ideia da escolha dos membros dos órgãos. Mas parece-nos demasiado redutora a ideia de que a Constituição se limita a proteger a “formação democrática dos seus órgãos”. Mesmo prescindindo da referência, no mesmo n.º 4, à “organização interna baseada no respeito dos direitos dos seus membros – o que, a nosso ver, pode ser lido à luz do disposto no artigo 46.º da Constituição (“Liberdade de associação”) –, basta ler o n.º 1 do mesmo preceito para perceber que assim não é. Aí se diz que “[A] Administração Pública será estruturada de modo [...] a assegurar a *participação dos interessados* na sua *gestão efetiva, designadamente por intermédio de associações públicas* [...]”. A questão que se pode colocar é, então, a de saber se a circunstância de 80% dos membros do órgão de supervisão serem eleitos pelos próprios representantes da profissão, inscritos na associação pública profissional, é suficiente para garantir a autonomia de que nos fala o n.º 1 – autonomia que brota de “um regime complexo de entrecruzamento de liberdade constitucional e de vinculações

administrativas” e que se destina à defesa de interesses homogêneos e institucionalizados de uma categoria profissional representada –, sabendo-se que os representantes da profissão estarão em minoria e, por assim ser, gozarão de uma capacidade decisória reduzida ou diminuída – não devendo ser ignorada a exigência legal de que o Presidente seja eleito “de entre os membros não inscritos na associação pública profissional”.

Repare-se que nem sequer se está a questionar a circunstância de a solução proposta preconizar que a melhor maneira de proteger os bens públicos (*v.g.*, a saúde e a realização da justiça) e a prestação de serviços a eles associados se fará mediante a atribuição do maior peso decisório a quem não possui experiência prática. Quanto a isso, só a realidade, uma vez que o presente decreto entre em vigor como lei, nos poderá dar conta do acerto, ou não, da solução jurídica que se aprecia. O que está aqui em causa é o poder decisório de um órgão de uma APP estar maioritariamente nas mãos de entidades exteriores, sendo certo que a presidência do órgão estará igualmente nas mãos de uma entidade exterior.

É verdade, e também isso se reconhece, que a questão da concreta composição do órgão está em grande parte associada ao tipo de órgão em mente, ao tipo de atribuições que lhe são típicas. O órgão de supervisão é um órgão “(também eleito), que vela pela legalidade da atividade exercida pelos órgãos da associação e exerce poderes de controlo, nomeadamente em matéria disciplinar (no caso da Ordem dos Advogados, o *conselho superior*)” – *cfr.* PEDRO COSTA GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 898. Daqui podemos extrair duas ilações: por um lado, trata-se de um órgão com competências de índole mais técnica, em geral relacionadas com vigilância de outros órgãos; por outro lado, atentas as suas competências específicas, configura aquele órgão em que a dimensão da defesa dos interesses públicos assumirá particular relevância. Muito se poderia dizer sobre isto – em particular, sobre se a posição claramente minoritária dos representantes da profissão inscritos no órgão de supervisão não é de molde a subverter a figura das APP no seu figurino constitucional (a propósito de ingerências estranhas nas associações públicas, Vital Moreira refere, justamente, a presença de “personalidades independentes, designadas por instituições [...]. Em geral, tais ocorrências não afectam o autogoverno, *nuns casos pelo pequeno número, noutros casos pelo facto de só intervirem em órgãos disciplinares ou de composição de conflitos*” – *cfr.* VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 175) –, mas o que de imediato chama a atenção é a competência prevista na alínea a) do n.º 2 do artigo 15.º-A, com o seguinte teor: “2 – Sem prejuízo de outras competências estabelecidas por lei, compete ao órgão de supervisão: a) O *exercício das atribuições* previstas na alínea c) do n.º 1 do artigo 8.º, *sob proposta do órgão colegial executivo, em especial a determinação das regras de estágio, incluindo a avaliação final, bem como a fixação de qualquer taxa referente às condições de acesso à inscrição na associação profissional*”. Por sua vez, é este o teor da alínea c) do n.º 1 do artigo 8.º: “c) Estágios profissionais ou outros, previstos em lei especial que sejam justificadamente necessários para o acesso e exercício da profissão, quando o estágio profissional não faça parte integrante do curso conferente da necessária habilitação académica”. Decorre da conjugação destes dois dispositivos que o Conselho de supervisão passa a exercer competências mais ou menos indefinidas em matéria de regulamentação de estágios e que o órgão colegial executivo é subalternizado neste domínio, cabendo-lhe, tão-só, apresentar propostas. Tudo isto – ou seja, a atribuição de uma competência que vai além das funções de velar pela legalidade da atividade

exercida pelos órgãos da associação e dos seus poderes de controlo, “nomeadamente em matéria de regulação do exercício da profissão”, num contexto normativo definido de forma muito vaga – consubstancia uma interferência indevida do órgão de supervisão na autorregulação da APP, em particular daquela que é levada a cabo pelo órgão executivo, podendo aqui vislumbrar-se, inclusivamente, o desrespeito pelo princípio da separação de poderes. Com efeito, a acrescer à exigência constitucional de democracia interna das associações públicas – “porquanto o cânone da legitimação democrática autónoma é aqui um elemento essencial e exige naturalmente que os órgãos que dirigem as associações sejam representativos da coletividade que a constitui” –, a “Lei vai mais longe e estabelece que a organização interna das associações está sujeita ao princípio da separação dos poderes” (v. PEDRO COSTA GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 897). Além de espúria, esta competência do Conselho de supervisão já foi bem salvaguardada pelo legislador. Efetivamente, “[A] lei revela-se especialmente cuidadosa na *regulamentação do acesso à profissão* com o objetivo de conter a discricionariedade de decisão das associações públicas profissionais e de prevenir práticas abusivas [...]. Os cuidados especiais com o tema do acesso à profissão e aos estágios também se pode ver na previsão de uma tutela governamental (de legalidade) especificamente relacionada com esta matéria: com efeito, estabelece que, «no âmbito da tutela da legalidade, os regulamentos das associações públicas profissionais que versem sobre os estágios profissionais, as provas profissionais de acesso à profissão e as especialidades profissionais só produzem efeitos após a homologação da respetiva tutela»” (cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 897).

Em suma, e fundamentalmente, a eleição democrática direta (por 80% dos membros do órgão) e indireta (por via dos 20% de membros cooptados), na medida em que 60% dos elegíveis para o órgão de supervisão não são representantes da profissão inscritos na APP, conduz a uma composição do órgão em que estes últimos estão em maioria – além de a presidência do órgão também lhes caber –, com o que isso significa em termos de enfraquecimento do exercício do poder decisório por parte dos representantes da profissão. Dado o carácter mais técnico do órgão de supervisão, competindo-lhe a defesa da legalidade e o controlo da atuação das APP, até se pode aceitar uma preponderância do interesse público em face dos interesses específicos dos representantes (preponderância mínima com vista a respeitar a justa e equilibrada composição de interesses, os interesses profissionais da categoria representada e os interesses gerais dos destinatários dos serviços prestados pelos profissionais), mas tudo cai imediatamente por terra quando, afinal, o órgão de supervisão tem competências que se situam fora do perímetro competencial típico do órgão em questão – sendo certo que a vaguidade da disciplina do artigo 15.º-A possui potencialidades desfiguradoras não apenas do figurino deste tipo de órgão como também, em último termo, da autonomia das APP.

3. Deixando de lado o artigo 15.º-A, a vaguidade das restantes normas indicadas pelo Presidente da República para efeitos do seu controlo também provoca alguma inquietação quanto à efetiva garantia constitucional da autonomia das APP. O facto de, à partida, as eventuais inconstitucionalidades não se mostrarem manifestas e de estarmos perante um tipo de controlo da constitucionalidade em que as normas ainda não estão em vigor (e, portanto, ainda não foram aplicadas a casos concretos, sendo mais difícil apurar as reais consequências dessa aplicação em

termos da conformidade com a Constituição) levou-nos a acompanhar, nesta sede, o juízo de não inconstitucionalidade que fez vencimento no acórdão a que vai aposta a presente declaração de voto/voto parcial de vencida. Ainda assim, justificam-se algumas observações breves.

Começando pelo artigo 8.º, n.º 9, o seu teor é o seguinte: “A avaliação final do estágio é da responsabilidade de um júri independente, que deve integrar personalidades de reconhecido mérito, que não sejam membros da associação pública profissional”. Neste preceito associa-se a independência da avaliação final do estágio à presença de membros exteriores que não façam parte da APP. Mas muito ficou por concretizar: a partir de quantos membros exteriores está garantida a independência da avaliação em causa? A maioria? Uma larga maioria? E a partir de que desproporção entre membros representativos da APP, por confronto com o número de membros exteriores, se poderá considerar que está em causa o conteúdo mínimo da autonomia da associação pública? Uma vez mais, não nos podemos esquecer de que a regulamentação do acesso e do exercício da atividade consubstancia uma das dimensões mais importantes da autorregulação das APP. E, uma vez mais, não nos podemos esquecer de que, como visto *supra*, existe uma via alternativa e mais certa e segura neste domínio (a via da tutela governamental).

No que concerne ao artigo 15.º, n.º 2, alínea c) (“e) Um órgão disciplinar, que deve integrar personalidades de reconhecido mérito com conhecimentos e experiência relevantes para a respetiva atividade, que não sejam membros da associação pública profissional”), o que logo transparece é, de idêntico modo, o carácter vago da disciplina jurídica estabelecida no que toca à composição do órgão disciplinar. Dado que se trata de um órgão com competências de natureza mais técnica, o problema da ‘subrepresentação’ dos membros representativos da profissão não será tão preocupante como nos casos em que estamos perante os órgãos onde reside por excelência o poder decisório da APP: o órgão deliberativo e o órgão executivo.

Por último, no respeitante ao artigo 19.º, com a epígrafe “Incompatibilidades no exercício de funções” (“2 – O exercício de funções pelos inscritos nas associações públicas profissionais nos seus órgãos é incompatível com: a) O exercício de quaisquer funções dirigentes na função pública”), preocupava-se o requerente com a conformidade constitucional, em termos de proporcionalidade, do carácter absoluto da incompatibilidade consagrada (“10º Por outro lado, na medida em que se passa a estabelecer, na nova redação do artigo 19º, um regime de incompatibilidades absolutas relativamente ao exercício de funções dirigentes na Administração Pública, que deixa de existir a demonstração da existência de incompatibilidades em concreto, cria-se uma restrição desproporcionada ao exercício destas funções, sem evidência de fundamento material, o que pode violar o disposto nos artigos 13º, 18º, 47º, 50º, 267º e 269º da Constituição”). Na realidade, e em abstrato, a incompatibilidade não é absoluta, admitindo o n.º 4 do artigo 19.º alguma abertura (“4 - Os estatutos das associações públicas profissionais podem prever outras incompatibilidades necessárias à salvaguarda do interesse público e da autonomia e independência em relação à respetiva profissão, bem como adaptar o regime previsto no n.º 2 às especificidades do exercício da respetiva atividade profissional regulada”). Mas, diga-se em abono da verdade, trata-se de uma abertura que, além de vaga, poderá não passar do papel. Vaga por comparação com a solução que constava do texto anterior, em que a regra da incompatibilidade, podia, pura e simplesmente, ser derogada (“excecional e fundamentadamente”) – agora, poderá

ser objeto de adaptação do seu regime “às especificidades do exercício da respetiva atividade profissional regulada”, o que quer que isso possa significar e implicar em concreto. Poderá não passar de ‘letra morta’ haja em vista que os estatutos são objeto de uma tutela integrativa, não estando a homologação dos estatutos – em que a modulação e amenização da regra de incompatibilidade do n.º 2 seja consagrada – efetivamente garantida (aqui não havendo nítida divergência com o regime anterior).

Em face de todo o exposto, resta concluir que o propósito legítimo de não permitir situações de posição dominante das APP e de prevenir práticas abusivas em geral a ela associadas nunca poderá passar, sob pena de violação da Constituição, pela expropriação da sua autonomia.

Maria Benedita Urbano

[1] Ver o documento a partir da página 29.

[2] Os Projetos de Lei n.ºs 177/XV/1^a (CH) e 178/XV/1.^a (IL) viriam a ser votados na generalidade a 22 de dezembro de 2022, tendo sido ambos rejeitados.

[3] Na fixação da redação final, a alínea c) aprovada passaria a alínea e).

[4] Sobre esta votação, o GP do PSD (Deputada Emília Cerqueira) apresentou uma declaração de voto, ínsita na I parte da gravação áudio da reunião do Grupo de Trabalho de 20 de dezembro de 2022, a partir dos minutos 1:43:42.

[5] Sobre esta votação, o GP do PSD (Deputada Mónica Quintela) apresentou uma declaração de voto, ínsita na I parte da gravação áudio da reunião do Grupo de Trabalho de 20 de dezembro de 2022, a partir dos minutos 1:22:57. O GP do PS (Pedro Delgado Alves) proferiu, igualmente, uma declaração de voto, ínsita na I parte da gravação áudio da reunião do Grupo de Trabalho de 20 de dezembro de 2022, a partir dos minutos 1:25:29.

