

Exmos. Senhores,

Por solicitação da Senhora Bastonária da Ordem dos Farmacêuticos, Prof.ª Doutora Ana Paula Martins, junto se remete o N/ ofício Ref.º: 412/APM/RN, e respetivo anexo, relativamente ao assunto acima mencionado.

Com os melhores cumprimentos,

Raquel Neto

Secretária da Bastonária



Ordem dos Farmacêuticos

Rua da Sociedade Farmacêutica n.º 18

1169-075 Lisboa

Telf.: 213 191 381

Fax: 213 191 399

Email: raquel.neto@ordemfarmaceuticos.pt

URL: www.ordemfarmaceuticos.pt





Exmo. Senhor
Deputado Pedro Roque
Presidente da Comissão Parlamentar de Trabalho e
Segurança Social
Assembleia da República
Palácio de S. Bento
1249-068 Lisboa

Lisboa, 7 de novembro de 2020

Ref.º: 412/APM/RN

Assunto: Proposta de Lei n.º 57/XIV que transpõe a Diretiva (UE) 2018/958, relativa a um teste de proporcionalidade a realizar antes da aprovação de nova regulamentação das profissões

Exmo. Senhor Deputado,

Para os devidos efeitos, junto se remete a pronúncia da Ordem dos Farmacêuticos à Proposta de Lei n.º 57/XIV que transpõe a Diretiva (UE) 2018/958, relativa a um teste de proporcionalidade a realizar antes da aprovação de nova regulamentação das profissões.

Com os melhores cumprimentos,

A Bastonária

Prof.ª Doutora Ana Paula Martins

Anexo: O citado

DIREÇÃO NACIONAL

Rua da Sociedade Farmacêutica 18, 1169-075 Lisboa | NIF: 500 998 760

Tel.: 21 319 13 80/81 | Fax: 21 319 13 99 | E-mail: direcao.nacional@ordemfarmaceuticos.pt | www.ordemfarmaceuticos.pt





PRONÚNCIA DA ORDEM DOS FARMACÊUTICOS À PROPOSTA DE LEI 57/XIV

Transposição da Diretiva (UE) 2018/958, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de junho de 2018 (Diretiva 2018/958)

1. A PROPOSTA DE LEI Nº 57/XIV: ASPETOS GERAIS

A Proposta de Lei 57/XIV ("Proposta de Lei") visa a transposição, na ordem jurídica portuguesa, da Diretiva (UE) 2018/958 do Parlamento Europeu e do Conselho de 28 de junho de 2018 ("Diretiva 2018/58"), que veio estabelecer as regras relativas à realização de avaliações de proporcionalidade, antes da introdução de novas disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, ou da alteração de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas em vigor, que limitem o acesso ou exercício das profissões regulamentadas.

Numa primeira nota geral sobre a presente Proposta de Lei, deve afirmar-se que a mesma não assegura uma transposição correta e integral do texto da Diretiva 2018/958, podendo ser apreciada como um caso de violação do Direito da União Europeia e do correspondente dever normativo de transposição de diretivas comunitárias.

Deve afirmar-se, também, que a Proposta de Lei enferma de problemas de constitucionalidade, dado que o teste de proporcionalidade ora definido não respeita o princípio da separação entre as funções legislativa e administrativa, ao mesmo tempo que afeta o núcleo de autonomia normativa de que dispõem as associações públicas profissionais.

Em particular, e como demonstraremos *infra*, constata-se que o legislador português opta, através da presente transposição, por atribuir às Ordens Profissionais as avaliações de proporcionalidade que venham a ser realizadas somente no âmbito da função legislativa do Estado, sujeitando além disso tais avaliações ao parecer obrigatório de um serviço da Administração Central do Estado - a Direção-Geral do Emprego e Relações de Trabalho, sem acautelar por essa via a independência necessária que deveria orientar, nos termos da Diretiva 2018/958, a aplicação das avaliações de proporcionalidade.

A presente Proposta de Lei vem definir um regime de aplicação das avaliações de proporcionalidade às profissões regulamentadas em desconformidade com a Diretiva 2018/958, para além de suscitar questões de constitucionalidade.

AM

DIREÇÃO NACIONAL

Rua da Sociedade Farmacêutica 18, 1169-075 Lisboa | NIF: 500 998 760

Tel.: 21 319 13 80/81 | Fax: 21 319 13 99 | E-mail: direcao.nacional@ordemfarmaceuticos.pt | www.ordemfarmaceuticos.pt

.....



2. QUESTÕES SOBRE O OBJETO DA PROPOSTA DE LEI: A EXCLUSÃO DAS ALTERAÇÕES DE DISPOSIÇÕES LEGISLATIVAS, REGULAMENTARES E ADMINISTRATIVAS

A Proposta de Lei, incidindo sobre novas disposições legislativas – como veremos no ponto de seguinte – afasta do seu âmbito de aplicação a *alteração* de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, que a Diretiva 2018/958 sujeita também ao teste de proporcionalidade. Trata-se de uma primeira desconformidade direta com o texto da Diretiva 2018/958, a qual visa, como se referiu, *“a criação de regras relativas a um quadro comum para a realização de avaliações de proporcionalidade, antes da introdução de novas disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, ou da alteração de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas em vigor, que limitem o acesso às profissões regulamentadas, ou o seu exercício, tendo em vista assegurar o bom funcionamento do mercado interno, garantindo, simultaneamente, um elevado nível de proteção dos consumidores.”*

Por outro lado, a Proposta de Lei afirma, no artigo 1.º, *“estabelecer o regime de acesso e exercício de profissões e de atividades profissionais”*, vindo revogar o Decreto-Lei n.º 37/2015, de 10 de março, relativo ao regime de acesso e exercício de profissões e de atividades profissionais, cujo regime é agora, em grande medida, incorporado no presente diploma. A Proposta de Lei assume-se, assim, como uma lei sobre o acesso a qualquer profissão ou atividade profissional, **passando a incluir explicitamente as profissões regulamentadas por associações públicas profissionais ainda que sob o pretexto da transposição da Diretiva 2018/958 do teste de proporcionalidade**. Com efeito, a Proposta de Lei afirma, no n.º 4 do Artigo 2.º que: *“sem prejuízo do disposto na Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, o presente artigo e os artigos 3.º, 4.º e 10.º a 13.º, quanto à avaliação da proporcionalidade, aplica-se igualmente às profissões regulamentadas por associações públicas profissionais”*.

Isto quando o Decreto-Lei n.º 37/2015, no Artigo 2.º, n.º 1, exclui atualmente do seu âmbito de aplicação as *“profissões reguladas por associações públicas profissionais”*, afirmando que estas *“se regem pela Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro”*¹.

É certo que, doravante, as associações públicas profissionais poderão passar a estar sujeitos simultaneamente ao diploma resultante da presente Proposta de Lei, que se aplicará a todas as profissões, bem como à Lei n.º 2/2013. O facto de ambos se aplicarem às associações públicas

AM

¹ Note-se que não se compreende o motivo por que a Proposta de Lei, no referido n.º 4 do Artigo 2.º, não decidiu estender os Artigos 7.º, 8.º e 9.º também às associações públicas profissionais.



profissionais, criando-se dois regimes jurídicos complexos e coexistentes, irá criar múltiplos problemas de aplicação.

A Diretiva 2018/958 tem como objetivo apenas a introdução de um mecanismo de política pública – o chamado teste de proporcionalidade - e não pode ser o motivo para um tal desiderato de criação de uma lei uniformizadora das regras de acesso e exercício das profissões, reduzindo-se o nível de autorregulação profissional e autonomia regulamentar das associações públicas profissionais. De facto, a Diretiva 2018/958 não se destina a regular o acesso às profissões ou atividades profissionais, em particular das profissões regulamentadas. Neste preciso ponto, a Proposta de Lei subverte o sentido da Diretiva europeia.

3. A APLICAÇÃO DO TESTE DE PROPORCIONALIDADE SOMENTE ÀS “DISPOSIÇÕES LEGISLATIVAS”

A Diretiva 2018/958 define no Artigo 1.º, o seu próprio âmbito material de aplicação. Com efeito, estabelece *“as regras relativas a um quadro comum para a realização de avaliações de proporcionalidade, antes da introdução de novas disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, ou da alteração de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas em vigor, que limitem o acesso às profissões regulamentadas, ou o seu exercício”* (sublinhado nosso).

A precisa formulação *“disposições legislativas, regulamentares ou administrativas”* surge repetidamente no texto da Diretiva². No entanto, verifica-se que na Proposta de Lei restringe-se o âmbito de aplicação do planeado diploma de transposição à introdução ou alteração de *“disposições legislativas”*.

Ao omitir do âmbito de aplicação do procedimento de avaliação da proporcionalidade quaisquer medidas de restrição ao acesso ou exercício de profissões regulamentadas introduzidas ou alteradas por meio de “disposições regulamentares ou administrativas”, a Proposta de Lei incumpe a Diretiva.

A omissão de referências na Proposta de Lei a *“disposições regulamentares e administrativas”* prenuncia uma intenção do legislador de vir a diminuir significativamente a margem para a emissão de normas regulamentares sobre o exercício da profissão por parte das associações públicas profissionais.

Não pode ser deste modo: a Diretiva 2018/958 pretende, no seu Artigo 7.º, que o teste de proporcionalidade se aplique às *“disposições legislativas, regulamentares ou administrativas que limitem o acesso às profissões regulamentadas, ou o seu exercício, que introduzem, assim como as*

AM

² Artigos 2.º, n.º 1; 3.º a) e b); 4.º, n.ºs 1 e 6; 5.º; 6.º, n.º 1; 7.º; 8.º, n.º 1; e 13.º da Diretiva 2018/958.



alterações que efetuam a tais disposições em vigor". Impõe-se que tais disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, quando limitadoras ou potencialmente limitadoras do acesso ou exercício da profissão, sejam avaliadas *ex ante* no que respeita à sua proporcionalidade.

Aplicando-se somente às "disposições legislativas", parece-nos que a Proposta de Lei - ao arremeter à correta transposição da Diretiva 2018/958 – aponta no sentido de vir a restringir-se às associações públicas profissionais o poder de emitir normas regulamentares que possam de algum modo conformar, disciplinar, condicionar ou concretizar o acesso e exercício da profissão, temas de regulação e autorregulação profissional por excelência.

Poderá, assim, verificar-se uma tentativa de coartar os poderes regulamentares das associações públicas profissionais, tornando uma grande parte das matérias que os seus regulamentos regem e que podem ter algum efeito eventualmente limitativo ou condicionador do acesso ou exercício de profissões regulamentadas em matérias que deverão ser regidas por "disposições legislativas" – ou seja, em matérias que passarão assim a ficar nas mãos do legislador, sem o devido reconhecimento da missão constitucionalmente encontrada que possuem das ordens profissionais em defesa do interesse público

4. O MECANISMO DE AVALIAÇÃO DE PROPORCIONALIDADE FIXADO NA PROPOSTA DE LEI

O mecanismo central da Proposta de Lei é um procedimento de avaliação de proporcionalidade, realizado de acordo com critérios enumerados no Artigo 10.º, de novas disposições legislativas que visem introduzir ou alterar restrições ao acesso a profissões regulamentadas ou o seu exercício.

O Artigo 4.º da Proposta de Lei determina que "*[q]ualquer regulamentação ou restrição do acesso e exercício de profissões ou atividades profissionais deve ser fundada por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública, ou por razões imperiosas de interesse público, ou inerentes à própria capacidade das pessoas, e respeitar o princípio da proibição do excesso*".

Serão às ordens profissionais, no domínio das profissões regulamentadas, que competirá a avaliação de proporcionalidade das disposições legislativas³.

À luz da Diretiva 2018/958 e igualmente de uma perspetiva constitucional, afigura-se muito duvidosa a opção do Governo de sujeitar a avaliação de proporcionalidade realizada por autoridades competentes, como será o caso da Ordem dos Farmacêuticos, a um parecer

AM

³ É o que resulta da aplicação combinada do Artigo 10.º, n.º 1 a) da Proposta de Lei, do Artigo 51.º da Lei n.º 9/2009, e do Anexo I à Portaria n.º 35/2012, de 3 de fevereiro



obrigatório da Direção-Geral do Emprego e Relações de Trabalho. O Artigo 11.º da Proposta de Lei tem a seguinte redação:

1 - A avaliação da proporcionalidade realizada nos termos do artigo anterior está sujeita a parecer obrigatório, a emitir pela Direção-Geral do Emprego e das Relações de Trabalho (DGERT).

2 - O parecer referido no número anterior deve ser emitido no prazo de 30 dias úteis, contados a partir da data da receção da avaliação da proporcionalidade, acompanhada do respetivo projeto ou proposta de legislação.

(...)

5 - Qualquer projeto ou proposta de legislação cujas disposições limitem o acesso a profissão regulamentada, ou a regulamentar, ou o seu exercício, só pode ser discutido e votado pela Assembleia da República, pelo Governo da República, pelas Assembleias Legislativas das regiões autónomas e pelos Governos Regionais após o parecer referido no n.º 1.

Apesar de o parecer da DGERT se dever ter por não vinculativo⁴, não se vê como pode o mesmo respeitar a Diretiva 2018/958. Na verdade, a única referência feita pela Diretiva a um eventual parecer nem é feita nas suas disposições – ou seja, na parte da Diretiva que contém as normas que os Estados-Membros estão vinculados a transpor – mas no Considerando 14.º do seu preâmbulo. Aí pode ler-se o seguinte:

“(14) Os Estados-Membros deverão proceder a avaliações de proporcionalidade de forma objetiva e imparcial, incluindo quando uma profissão é regulamentada indiretamente mediante a atribuição do poder regulamentar a um dado organismo profissional. Essas avaliações poderão incluir um parecer obtido junto de um organismo independente, inclusive os organismos existentes que fazem parte do processo legislativo nacional, que os Estados-Membros em causa tenham incumbido da emissão do referido parecer. Tal é particularmente importante nos casos em que a avaliação é feita pelas autoridades locais, pelos órgãos reguladores ou pelas organizações profissionais, cuja maior proximidade no que diz respeito às condições locais e cujos conhecimentos especializados poderão, em certos casos, deixá-los mais bem colocados para identificar a melhor forma de cumprir os objetivos de interesse público mas cujas escolhas de política poderão beneficiar os operadores estabelecidos em detrimento dos novos operadores no mercado.”

Ou seja, esse Considerando acrescenta explicitamente que um eventual parecer a incluir na avaliação de proporcionalidade poderá ser obtido “junto de um *organismo independente*, inclusive os organismos existentes que fazem parte do processo legislativo nacional, que os Estados-Membros em causa tenham incumbido da emissão do referido parecer” (ênfase acrescentada).

O parecer obrigatório da Direção-Geral do Emprego e Relações do Trabalho a que ficarão sujeitas as avaliações de proporcionalidade não preenche as condições do Considerando 14 da Diretiva 2018/958. O procedimento consultivo previsto no Artigo 11.º da Proposta de Lei constitui uma decisão própria da Proposta de Lei sem respaldo na Diretiva 2018/958, que não menciona em lado algum uma exigência de o procedimento de avaliação de proporcionalidade se subordinar

AM

⁴ Na ausência de indicação expressa em contrário, os pareceres legalmente previstos presumem-se não vinculativos, nos termos do Artigo 91.º, n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo.



a parecer de um serviço da Administração direta do Estado, sujeito ao poder de direção do poder executivo.

Há que salientar que a noção de “independência” goza de um significado específico e claro no Direito da União Europeia o qual, invariavelmente, só considera uma instituição, órgão ou organismo como “independente” quando não está sujeito a influências externas, diretas ou indiretas, o que inclui não solicitar nem receber instruções de outrem⁵. Quando a Diretiva 2018/958 alude à “independência” do organismo que poderá emitir parecer a incluir na avaliação da proporcionalidade, pressupõe que esse seja uma entidade que não se encontrará sujeita a qualquer género de pressão ou instruções por outra entidade ou órgão, o que a DGERT, serviço sujeito ao poder de direção do executivo, manifestamente, não é.

Por outro lado, ainda que o parecer da DGERT se deva ter por não vinculativo, como já dissemos, no sentido de as suas conclusões não obrigarem os órgãos que exercem a função legislativa, revela-se passível de interferir na separação e interdependência dos órgãos de soberania referida no Artigo 111.º, n.º 1, da Constituição. Com efeito, enquanto o parecer não for emitido, o procedimento legislativo definido nos termos da Constituição não poderá decorrer. Ficando a discussão e a votação de projetos ou propostas de lei pela Assembleia da República condicionada à emissão de um parecer por um serviço da administração central do Estado sob a direção do Governo, é a própria atividade da Assembleia da República que fica dependente de uma intervenção administrativa controlada pelo Governo.

Podemos, aliás, vir a contar com o seguinte cenário: o Governo apresenta junto da Assembleia da República uma proposta de lei que incide sobre o acesso ou exercício de uma profissão regulamentada, sendo que as disposições legislativas dessa proposta serão primeiro sujeitas ao teste de proporcionalidade empreendido pelas ordens profissionais, o qual é posteriormente sujeito ao parecer obrigatório da DGERT, serviço administrativo dirigido pelo mesmo órgão que apresentou a proposta inicial.

O procedimento consultivo previsto no Artigo 11.º da Proposta de Lei revela-se, assim, de constitucionalidade muito controversa, por violação da separação de poderes vertida no artigo 111.º da Constituição.

⁵ Apenas a título de exemplo, é essa exigência que se encontra explicitamente quando o Direito da União Europeia define a independência de autoridades nacionais de proteção de dados (Artigo 52.º do Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho – Regulamento Geral da Proteção de Dados), dos órgãos da Autoridade Bancária Europeia (Artigos 42.º, 46.º, 49.º e 59.º do Regulamento 1093/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho), do Provedor de Justiça Europeu (Artigo 228.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) ou da própria Comissão Europeia (Artigo 17.º do Tratado da União Europeia).



5. CONCLUSÕES

A Proposta de Lei ora analisada, nos seus aspetos mais problemáticos e merecendo portanto uma revisão profunda, permite extrair as seguintes conclusões:

- (1) A Diretiva 2018/958 não habilitou o legislador nacional, sob o pretexto da criação do teste de proporcionalidade para as profissões, a uniformizar o modelo de regulação das profissões em Portugal, atingindo e reduzindo o espaço de autorregulação profissional confiada às associações públicas profissionais;
- (2) Verifica-se que a Proposta de Lei não incluiu no seu âmbito material de aplicação as alterações de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas em vigor, incumprindo o âmbito da Diretiva;
- (3) Na medida em que visa apenas as "disposições legislativas", a Proposta de Lei incumpre manifestamente a Diretiva 2018/958, que tem em vista também as "disposições regulamentares e administrativas" suscetíveis de ter um efeito limitador do acesso e exercício de uma profissão regulamentada;
- (4) Entende-se que limitar o teste de proporcionalidade às "disposições legislativas" vem reduzir o poder normativo autónomo no âmbito das profissões regulamentadas por associações públicas profissionais;
- (5) O mecanismo de proporcionalidade fixado na Proposta de Lei, impondo que as avaliações de proporcionalidade assentem num parecer obrigatório, mesmo que não vinculativo, de um serviço da Administração Direta do Estado dirigido pelo poder executivo, não se mostra conforme aos requisitos de independência para que aponta a Diretiva 2018/958;
- (6) O mecanismo de proporcionalidade definido na Proposta de Lei, evidenciando que um procedimento legislativo fica dependente da posição assumida por órgãos da Administração, é ainda contrário ao princípio da separação de poderes do artigo 111.º da Constituição.

Lisboa, 7 de novembro de 2020

AM

DIREÇÃO NACIONAL

Rua da Sociedade Farmacêutica 18, 1169-075 Lisboa | NIF: 500 998 760

Tel.: 21 319 13 80/81 | Fax: 21 319 13 99 | E-mail: direcao.nacional@ordemfarmaceuticos.pt | www.ordemfarmaceuticos.pt

.....