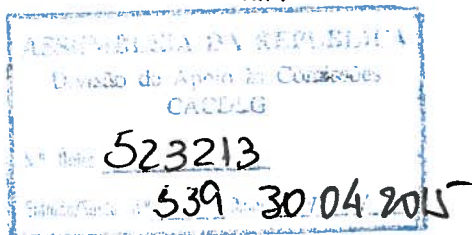


AAE – ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES DE EXECUÇÃO

Vossa Ref: Ofício n.º 343/XII/1.ª – CACDLG/2015

Lisboa, 30 de abril de 15

P.M.P.



*Exmo. Senhor Presidente da Comissão de Assuntos
Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*

Dr. Fernando Negrão

Assunto: **Proposta de Lei n.º 308/XII que aprova os Estatutos da nova Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução.**

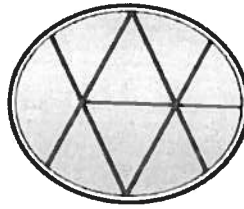
Na sequência do Vosso Ofício em referência, que agradecemos, informamos que o anteprojeto de lei dos Estatutos da Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução passou a Proposta de Lei identificada em assunto.

No texto legislativo em causa, mantêm-se **graves violações da Lei e da Constituição** que ofendem, porque restringem e limitam, o conteúdo essencial de direitos, liberdades e garantias inerentes à atividade profissional dos Agentes de Execução, registadas no douto Parecer reelaborado pelo Professor Jorge Bacelar Gouveia e que se anexa à presente carta.

Regista-se, nas normas que se visa aprovar na Proposta de Lei, uma desconformidade com os requisitos formais, constitucionais e regimentais previstos e, ainda, violações ao nível do direito comunitário o que motivou já a elaboração de uma **queixa junto da Comissão Europeia.**

Para este efeito tenha-se em conta que, quer na ordem jurídica interna quer internacional **os agentes de execução são profissionais liberais¹ e as Ordens Profissionais, por sua vez, para as**

¹ "No sistema português, o agente de execução, cujo estatuto se encontra definido nos arts. 116º e ss. do Estatuto da Câmara dos Solicitadores (aprovado pelo Decreto-Lei nº 88/2003, de 26 de Abril, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei nº 226/2008) é um **profissional liberal independente**, cujas competências específicas e demais funções que lhe forem atribuídas podem ser exercidas nos termos do referido Estatuto e da lei, sob a fiscalização da Comissão para a Eficácia das Execuções (art. 116º, do Estatuto)."



AAE – ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES DE EXECUÇÃO

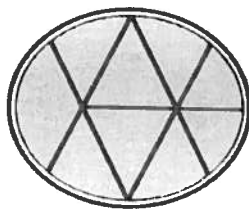
instituições Comunitárias, em matéria de concorrência, são qualificadas como “associações de empresas”, e nessa medida sujeitas ao artigo 101.º do TFUE que impõem aos Estados-Membros que não tomem nem mantenham em vigor medidas, mesmo de natureza legislativa ou regulamentar, suscetíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas.

Ora, atento o teor das normas que o Parecer evidencia, fica posta em causa também esta orientação do direito comunitário que obriga e responsabiliza o Estado Português.

Realçamos que pese embora essa Comissão já se tenha pronunciado no sentido da inconstitucionalidade de algumas dessas normas o Governo manteve-as na Proposta de Lei sem qualquer alteração.

Os agentes de execução pretendem os mesmos direitos que os outros profissionais do foro, nomeadamente, o direito a uma única ordem profissional ou um único estatuto.

“Na denominação da Union Internationale des Huissiers de Justice (UJHJ), o agente de execução “é um auxiliar da justiça que recebeu do Estado a missão de executar os títulos executivos em situação de monopólio. Beneficiando de uma delegação do poder público para executar as decisões judiciais e outros títulos executivos, se necessário, com recurso à força pública. A sua dupla qualidade, detentor de uma parcela de autoridade pública sob um estatuto de profissional liberal, constitui ao mesmo tempo uma garantia de independência, responsabilidade e eficácia” – cfr., “Présentation de position – L’huissier de Justice en Europe” Dezembro/2010, artigo apresentado pela Union Internationale des Huissiers de Justice, disponível no site da Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça (<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepei/Execution/default.>)” – Ac. Tribunal Constitucional n.º199/2012, de 24 de abril.



AAE – ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES DE EXECUÇÃO

Fica a AAE na expectativa de que as pertinentes questões que aqui se reclamam e denunciam sejam atendíveis nessa comissão e reitera-se, quando oportuno, seja agendada a audiência que se nos revela essencial à defesa de tão importantes direitos ameaçados.

Na expectativa das prezadas notícias de V.Exas., subscrevo-me, atentamente.

A Presidente de Direção

Lúisa Patrão

Anexa: Parecer de Direito

**A PROPOSTA DE LEI N.º 308/XII QUE APROVA OS ESTATUTOS
DA NOVA ORDEM DOS SOLICITADORES E DOS AGENTES DE
EXECUÇÃO: UMA ANÁLISE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL
CRÍTICA**

PARECER DE DIREITO

LISBOA

2015

SUMÁRIO

CONSULTA

I – INTRODUÇÃO

1. O tema do parecer
2. A sequência das questões

II – A PROPOSTA DE LEI DOS ESTATUTOS DA NOVA ORDEM DOS SOLICITADORES E DOS AGENTES DE EXECUÇÃO NO DIREITO DAS ASSOCIAÇÕES PÚBLICAS PROFISSIONAIS

3. A dupla relevância jurídico-constitucional do estatuto das associações públicas profissionais
4. O regime genericamente aplicável às associações públicas *lato sensu*
5. As singularidades de regime especificamente pertinentes às associações públicas profissionais
6. A Lei nº 2/2013, de 10 de janeiro – Lei-Quadro das Associações Públicas Profissionais
7. A Proposta de Lei dos Estatutos da nova Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução

III – AS INCONSTITUCIONALIDADES DA PROPOSTA DE LEI DOS ESTATUTOS DA NOVA ORDEM DOS SOLICITADORES E DOS AGENTES DE EXECUÇÃO

8. Razão de ordem
9. Os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais
10. O sentido do regime especial dos direitos, liberdades e garantias
11. A restrição infraconstitucional dos direitos, liberdades e garantias
12. A liberdade de profissão como direito, liberdade e garantia dos agentes de execução
13. A violação da liberdade de profissão dos agentes de execução por restrições estatutárias inadmissíveis à luz dos princípios da igualdade e da proporcionalidade

14. A liberdade de iniciativa económica privada e o direito de propriedade privada como direitos económicos dos agentes de execução
15. A violação da liberdade de iniciativa económica privada e do direito de propriedade privada dos agentes de execução por restrições estatutárias inadmissíveis à luz dos princípios da liberdade económica e da concorrência
16. A violação do princípio da proteção da confiança e da reserva de jurisdição por parte do art. 3º, nº 16, do diploma preambular

IV – AS ILEGALIDADES DA PROPOSTA DE LEI DOS ESTATUTOS DA NOVA ORDEM DOS SOLICITADORES E DOS AGENTES DE EXECUÇÃO

17. Razão de ordem
18. Sentido e função da Lei nº 2/2013, de 10 de janeiro, como Lei-Quadro das Associações Públicas Profissionais
19. A violação do princípio da prévia avaliação do impacto da criação de uma nova ordem profissional
20. A violação do princípio da participação por discussão pública
21. A violação do princípio da unicidade profissional na criação de uma ordem profissional
22. A violação do princípio da proibição de o poder disciplinar máximo se fundar em considerações pecuniárias
23. A violação do princípio democrático na integração forçada da profissão de agente de execução numa nova ordem profissional conjunta com a profissão de solicitador

V – CONCLUSÕES

24. Enunciado das Conclusões

CONSULTA

Estando em curso o procedimento de preparação da lei que aprovará os Estatutos da nova Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, pretende-se indagar junto de V. Ex^a da existência de eventuais vícios de inconstitucionalidade e de ilegalidade desse mesmo diploma, a fim de os mesmos poderem ser reportados à Assembleia da República, com vista à sua apreciação pelos Senhores Deputados.

Com os melhores cumprimentos.

A Associação dos Agentes de Execução

Lisboa, 10 de fevereiro de 2015.

I INTRODUÇÃO

1. O tema do Parecer

I. Como consequência da aprovação do novo regime jurídico da criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais, aprovado pela Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, desenvolveu-se um amplo processo de reconfiguração das associações públicas profissionais existentes com vista à adequação dos seus estatutos, bem como de outros aspetos organizatórios, às determinações impostas por aquele novo regime.

Isso igualmente sucedeu no âmbito das profissões de solicitador e de agente de execução, estando a ser apreciada uma proposta de lei de aprovação dos Estatutos da nova Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução.

II. O tema do presente parecer jurídico diz respeito a saber da existência, no tocante a esse articulado, de eventuais vícios de inconstitucionalidade e de ilegalidade de que o mesmo padeça, assim podendo tais conclusões municiar uma melhor apreciação parlamentar definitiva a respeito da bondade das suas opções fundamentais.

Naturalmente que se aproveitará a ocasião não apenas para esclarecer vários aspetos do regime jurídico em causa como também para fazer uma

apreciação de mérito em relação a tais opções, mesmo que não se inscrevam numa lógica pura de constitucionalidade e legalidade.

2. A sequência das questões

I. Explicitado o tema que orienta a elaboração do presente parecer jurídico, *cumpra apresentar os passos a trilhar no sentido de analisar os tópicos que o tema define, avultando uma apreciação jurídico-constitucional das diversas normas jurídicas sob análise.*

No final, enunciaremos as diversas conclusões a que tivermos chegado, sintetizando o nosso pensamento a este respeito.

II. No plano da estrutura do presente parecer, julga-se de toda a conveniência de restringir três âmbitos fundamentais:

- *o enquadramento desta proposta de uma nova ordem profissional dos solicitadores e dos agentes de execução no contexto do regime constitucional e legal das associações públicas profissionais;*

- *o cumprimento por parte desta proposta das exigências constitucionais em matéria de exercício da profissão de agente de execução à luz dos direitos fundamentais da liberdade de profissão e do direito de iniciativa económica privada e direito de propriedade privada;*

- *o respeito por parte deste proposta das regras e princípios aplicáveis que decorrem da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro.*

II

A PROPOSTA DE LEI DOS ESTATUTOS DA NOVA ORDEM DOS SOLICITADORES E DOS AGENTES DE EXECUÇÃO NO DIREITO DAS ASSOCIAÇÕES PÚBLICAS PROFISSIONAIS

3. A dupla relevância jurídico-constitucional do estatuto das associações públicas profissionais

I. As associações públicas – porque englobadas na Administração Autónoma – já adquirem só por isso, ainda que mediatamente, relevância para a Constituição Portuguesa de 1976 (CRP).

No entanto, o legislador constitucional da III República, em atenção à importância e também ao melindre da matéria, entendeu por bem especificamente equacionar o estatuto tanto das associações públicas em geral como das ordens profissionais em particular.

II. Podemos assim afirmar que o estatuto constitucional das associações públicas profissionais, à luz da CRP, se assume duplamente relevante¹:

¹ Sobre o estatuto constitucional das associações públicas, incluindo as ordens profissionais, v. JORGE MIRANDA, *As associações públicas no Direito Português*, Lisboa, 1985, pp. 26 e 27, e *Ordem profissional*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI, Lisboa, 1994, pp. 231 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, pp. 929 e 930; DIOGO FREITAS DO

- enquanto parte das associações públicas, que corporizam a Administração Autónoma de base associativa;
- enquanto entidades que são reguladas pela CRP, na sua veste de associação pública de índole profissional.

4. O regime genericamente aplicável às associações públicas *lato sensu*

I. As associações públicas, na perspetiva das normas constitucionais organizatórias, concitam a presença de algumas normas.

A mais importante delas é de competência, com o que se considera ser a Assembleia da República competente para legislar, matéria que lhe está relativamente reservada: “É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo (...) Associações públicas...”². Se assim o entender, pode delegar no Governo a respetiva legiferação, de acordo com os apertados termos por que esse exercício legislativo pode ser constitucionalmente efetuado.

AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, I, 2ª ed., Coimbra, 1994, pp. 410 e 411; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, 1997, pp. 420 e ss., e *O Governo de Baco – a organização institucional do Vinho do Porto*, Porto, 1998, pp. 221 e ss.; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, I, Lisboa, 1999, p. 313; JORGE BACELAR GOUVEIA, *As associações públicas profissionais no Direito Português*, in *Novos Estudos de Direito Público*, Lisboa, 2002, pp. 281 e ss.

² Art. 165º, nº 1, al. s), da CRP.

Por outra banda, fazendo parte da Administração Autónoma, regista-se a sujeição à intervenção tutelar governamental, que se exerce precisamente sobre este sector da Administração Pública. É que faz parte das competências administrativas do Governo “...exercer a tutela (...) sobre a administração autónoma”³, como já tivemos ocasião de apreciar.

Acresce ainda o facto de, no plano da arquitetura geral da Administração Pública Portuguesa, vigorar o princípio democrático, uma vez que o texto constitucional afirma que “O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública”⁴. Ou seja: as associações públicas, sendo uma parcela da Administração Pública, ficam sendo insufladas por este princípio da descentralização administrativa democrática.

II. Mas a verdadeira profusão de normas constitucionais verifica-se no tocante a normas materiais, através das quais se estabelecem linhas diretoras extremamente importantes para a construção do regime legal das associações públicas, elas sistematicamente se inserindo no Título IX da Parte III da CRP, atinente à “Administração Pública”.

Uma primeira orientação refere-se à circunstância de a CRP considerar a existência das associações públicas como manifestação de uma das modalidades de concretização e de efetivação do princípio da participação dos

³ Art. 199º, al. d), *in fine*, da CRP.

⁴ Art. 6º, nº 1, da CRP.

interessados na gestão da Administração Pública, ao mesmo tempo qualificando-a como uma estrutura de representação democrática⁵.

Isto significa que as associações públicas se situam na encruzilhada de dois importantíssimos princípios que animam a organização da Administração Pública Portuguesa: os princípios da participação e da democracia.

III. Todavia, há também ao mesmo tempo preceitos constitucionais que especificamente conferem um estatuto às associações públicas, diferenciando-as de outras categorias da Administração Pública.

Essas regras são as seguintes⁶:

- a) *Limitação da criação das associações públicas “à satisfação de necessidades específicas”* – as associações públicas, relativamente às razões que justificam a sua criação, ficam indexadas à verificação da necessidade de uma intervenção pública de regulamentação e de disciplina, não havendo propriamente liberdade legislativa para uma criação incontida dessas pessoas coletivas;
- b) *Impossibilidade do exercício de “funções próprias das associações sindicais”* – as associações públicas, no seu recorte conceptual por relação com as atividades que devem executar, não podem dobrar as funções constitucionalmente atribuídas aos sindicatos, nomeadamente quanto à defesa dos direitos dos trabalhadores subordinados;

⁵ Cfr. o art. 267º, nº 1, da CRP.

⁶ Todos constantes do art. 267º, nº 4, da CRP.

- c) “*Organização interna baseada no respeito dos direitos dos seus membros*” – as associações públicas, por via do seu substrato pessoal, devem levar em consideração, no exercício dos respetivos poderes de natureza pública, os direitos dos respetivos associados e profissionais, isso limitando o tipo de intromissão que constitucionalmente se lhes autoriza, o que também funciona como uma delimitação interna das restrições que elas mesmas consubstanciam;
- d) “*Formação democrática dos seus órgãos*” – as associações públicas, no que concerne à sua organização e funcionamento, não podem ser uma ilha relativamente ao princípio democrático, que – impregnando a Administração Pública e o Estado em geral – igualmente deve estar presente no respetivo figurino organizatório.

5. As singularidades de regime especificamente pertinentes às associações públicas profissionais

I. Já o complexo de normas constitucionais atinentes às associações públicas profissionais, enquanto *differentia specifica* das associações públicas, é muitíssimo diminuto, nem sequer sendo assumido com esse *nomen iuris*.

A referência que existe – e que achamos muito relevante – situa-se na descrição tipológica que a CRP realiza da liberdade de escolha da profissão.

II. Como seria de esperar num texto substancialmente democrático e que cumpre as exigências do Estado de Direito Material, a CRP reconhece a liberdade de escolha e de exercício da profissão⁷.

Porém, simultaneamente que positiva esse direito, o texto constitucional, ainda que de um modo implícito, abre as portas à existência e à operacionalidade das associações públicas profissionais, dado que concebe a imposição de restrições no âmbito do acesso e do exercício das profissões.

É disso que cura o segmento que se refere às “...restrições legais impostas pelo interesse coletivo...”.

III. E quais são as estruturas que podem corporizar essas limitações de interesse público, no âmbito estritamente profissional?

Certamente que são as associações públicas profissionais, cujo âmbito material de atuação assim se encontra plenamente justificado.

6. A Lei nº 2/2013, de 10 de janeiro – Lei-Quadro das Associações Públicas Profissionais

I. No contexto das reformas que foram impostas a Portugal no período do PAEF – Programa de Assistência Económica e Financeira, *uma das medidas*

⁷ Art. 47º, nº 1, da CRP.

adotada foi um novo regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais.

Isso veio a traduzir-se na aprovação da Lei n° 2/2013, de 10 de janeiro, que revogou a Lei n° 6/2008, de 13 de fevereiro, já de si recente e que era atinente à mesma matéria.

II. Este diploma legal parlamentar, com 54 artigos, versa os seguintes assuntos, no conjunto dos seus sete capítulos:

- Capítulo I – Disposições gerais
- Capítulo II – Organização interna
- Capítulo III – Acesso e exercício da profissão
- Capítulo IV – Livre prestação de serviços e liberdade de estabelecimento
- Capítulo V – Regime laboral, financeiro e fiscal
- Capítulo VI – Tutela, controlo judicial e responsabilidade
- Capítulo VII – Disposições complementares, transitórias e finais

III. O sentido geral das alterações introduzidas – para além da atualização e do aperfeiçoamento de vários pontos específicos – prendeu-se com a necessidade de colocar os regimes das ordens profissionais em sintonia com o Direito da União Europeia, além de simplificar procedimentos e de quebrar com certos monopólios administrativos que vários setores profissionais tinham vindo a acumular ao longo dos anos.

IV. O resultado prático mais visível da aprovação de tal diploma viria a ser o da necessidade de todas as associações públicas profissionais – 17 em Portugal – adequarem os seus estatutos, propondo ao poder legislativo a sua conformidade com aquelas novas exigências legais.

Tarefa morosa e complexa, só bem recentemente – e com um atraso de cerca de dois anos – têm vindo a surgir as diversas propostas de lei da parte do Governo para efeito de alteração de tais estatutos pela Assembleia da República.

7. A Proposta de Lei dos Estatutos da nova Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução

I. As mudanças impostas pela Lei n.º 2/2013 chegariam também às profissões de solicitador e de agente de execução através da Proposta de Lei n.º 308/XII que foi entregue na Assembleia da República e que se encontra em apreciação.

É um diploma longo e complexo, com 227 artigos, e que tem a seguinte sistematização:

- TÍTULO I – DA ORDEM DOS SOLICITADORES E DOS AGENTES DE EXECUÇÃO
 - Capítulo I – Disposições gerais
 - Capítulo II – Organização, estrutura orgânica, composição dos órgãos e competências

- Capítulo III – Eleições, mandatos, referendos e exercício dos cargos
- Capítulo IV – Regime financeiro
- TÍTULO II⁸ – DAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS
 - Capítulo I – Disposições gerais
 - Capítulo II – Incompatibilidades, impedimentos e inscrição
 - Capítulo III – Direitos e deveres profissionais
 - Capítulo IV – Dos Solicitadores
 - Capítulo V – Dos Agentes de Execução
 - Capítulo VI – Poder disciplinar
 - Capítulo VII – Resolução de litígios
 - Capítulo VIII – Sociedades profissionais de associados
- TÍTULO III – Disposições complementares e finais

II. Este diploma, se for aprovado pela Assembleia da República, revogará os Estatutos da Câmara dos Solicitadores, procedendo a uma alteração substancial no quadro regulatório destas duas profissões:

- *transformará a Câmara dos Solicitadores numa Ordem dos Solicitadores; e*
- *acoplará à Ordem dos Solicitadores a profissão dos Agentes de Execução, submetendo-a a um mesmo acervo regulativo.*

A vigência deste novo diploma será faseada tendo em atenção a necessidade de serem designados os órgãos profissionais segundo as regras estabelecidas, num regime transitório fixado pelo art. 3º do diploma preambular de aprovação dos novos Estatutos.

III. Mas não se ficam por aqui as alterações substanciais a ser introduzidas, mas delas falaremos não tanto agora, a título informativo,

⁸ Por lapso, não é feita a alusão ao “Título II”, apenas se referindo a sua epígrafe.

quanto mais tarde, a título crítico, quando no momento próprio apresentarmos a demonstração da inconstitucionalidade ou da ilegalidade de muitas delas.

III
AS INCONSTITUCIONALIDADES DA PROPOSTA DE LEI DOS
ESTATUTOS DA NOVA ORDEM DOS SOLICITADORES
E DOS AGENTES DE EXECUÇÃO

8. Razão de ordem

O primeiro núcleo crítico da Proposta de lei dos Estatutos da nova Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução relaciona-se com as várias soluções inconstitucionais com que esse diploma se depara, as quais se relacionam com *dois aspetos nucleares*:

- a liberdade de profissão dos agentes de execução sob o prisma de várias restrições inadmissíveis no respetivo acesso, exercício e controlo por violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade;

- o direito de iniciativa económica e de propriedade privada tomando em consideração o carácter expropriatório de um conjunto de limitações e de pagamentos obrigatórios por violação da liberdade de atividade económica e da livre concorrência.

9. Os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos,
sociais e culturais

I. A apreciação da conformidade da proposta de lei dos estatutos da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução com a CRP deve ser devidamente antecedida do enquadramento que se impõe a respeito do sistema português de direitos fundamentais.

O tópico mais importante a analisar nesse sistema constitucional tem que ver com a *intensidade* com que os direitos fundamentais são consagrados no texto constitucional.

II. Apesar do seu idêntico carácter constitucional, os direitos fundamentais não têm sempre a mesma intensidade normativa e é possível vislumbrar diferentes alcances no modo como os respetivos conteúdo e objeto condicionam os destinatários, públicos e privados, ou irradiam para o restante Ordenamento Jurídico e, por consequência, chegam à realidade constitucional.

Esta é uma dicotomia fundamental que, no plano constitucional, costuma ser referida pela existência conjunta dos *direitos, liberdades e garantias* e dos *direitos económicos, sociais e culturais*, embora não se afigure fácil descortinar a distinção rigorosa entre esses dois grupos de direitos fundamentais.

III. Em grande medida a arrumação sistemática que consta da CRP facilita a compreensão desse dualismo, dado que dentro da sua Parte I – dedicada aos “Direitos Fundamentais” – se opera a diferenciação entre o

Título II (sobre “Direitos, liberdades e garantias”) e o Título III (sobre “Direitos e deveres económicos, sociais e culturais”).

Ainda assim, nem todas as questões são resolvidas porque pode algum tipo de direito fundamental ter ficado situado num lugar correspondente a outra categoria classificatória de direito fundamental, o que até nem sequer se deve excluir por via de um resultado interpretativo.

IV. Daí que a leitura do texto constitucional não nos possa iludir quanto a uma resposta assim tão simplista, que está longe de corresponder à verdade, que é bem mais complexa.

O que a CRP faz, quanto à tipologia de direitos fundamentais que apresenta nos preceitos compreendidos no mencionado título II, é somente fornecer ao intérprete um *critério qualificativo*, segundo o qual considera que tudo o que se encontra nesse conjunto de artigos corresponde a tipos de direitos fundamentais pertencentes à espécie “direitos, liberdades e garantias”.

Contudo, jamais se poderia cair no formalismo de pensar que a CRP, ao referir-se a direitos, liberdades e garantias, estaria certamente a agrupar todos os tipos de direitos fundamentais regulados nos preceitos constitucionais que nessa parcela do articulado constitucional se compreendem.

V. O nosso pensamento tende a considerar que os direitos, liberdades e garantias se definem em razão da *norma atributiva dos mesmos, enquanto categoria*

*mais restrita do que os direitos fundamentais em geral: são as posições subjetivas constitucionalmente positivadas em normas precativas*⁹.

Inversamente, as normas constitucionais que consagram os direitos económicos, sociais e culturais têm natureza programática, oferecendo uma menor vinculatividade em relação à força inerente às normas precativas¹⁰.

Numa palavra: *o critério de separação entre estes dois grupos de direitos fundamentais é normativo-formal*, não parecendo que os outros critérios forneçam condições operativas para levar por diante a sua missão porque o regime construído para os direitos, liberdades e garantias assenta no pressuposto da respetiva eficácia imediata.

VI. Esta é uma distinção que depois floresce em múltiplos efeitos de natureza prática, devendo realçar-se a importância de duas matérias mais delicadas na intervenção dos poderes infraconstitucionais, dentro do contexto geral dos regimes que são específicos de cada uma daquelas classes de direitos fundamentais¹¹:

⁹ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, Lisboa, 1995, pp. 437 e 438, *Objeção de consciência (direito fundamental à)*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI, Lisboa, 1994, p. 186, e *A irretroatividade da norma fiscal na Constituição Portuguesa*, in *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 387, Lisboa, julho-setembro de 1997, p. 84.

¹⁰ Para uma distinção entre normas precativas e normas programáticas, v. JORGE MIRANDA, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Lisboa, 1968, pp. 73, 173 e 174, e *A Constituição de 1976*, Lisboa, 1978, pp. 135, 136, 346 e 347; ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, 1969, pp. 29 e 88 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, 1982, pp. 166 e ss., pp. 293 e ss., pp. 313 e ss., e pp. 317 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, I, 5ª ed., Coimbra, 2011, pp. 726 e ss.

¹¹ Sobre estas duas diferentes formas de legislativamente intervir nos direitos fundamentais, v., por todos, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Regulação e limites dos direitos*

- *a intervenção reguladora; e*
- *a intervenção restritiva.*

Em qualquer uma delas, *a força diretiva dos direitos fundamentais que sejam direitos, liberdades e garantias é inevitavelmente mais forte do que aquela que os direitos económicos, sociais e culturais ostentam.*

Tanto a regulação quanto a restrição dos direitos, liberdades e garantias, comparativamente ao que sucede com os direitos económicos, sociais e culturais, se afiguram mais limitadas, quer ao nível material, quer ao nível organizatório:

- *ao nível material, porquanto o carácter precativo das respetivas normas atributivas apenas consente uma muito limitada restrição, sendo de levar em consideração um dado conjunto de princípios que a regulam – os princípios da prospetividade, da abstração, da generalidade, da proteção do conteúdo essencial e da autorização constitucional expressa;*
- *ao nível organizatório, dado que a intervenção deve ser feita sempre ao mais alto nível dos órgãos que dispõem do primado da competência legislativa, a partir de decisores de tipo parlamentar.*

fundamentais, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2º suplemento, Lisboa, 2001, pp. 450 e ss.

10. O sentido do regime especial dos direitos, liberdades e garantias

I. Para além das regras gerais que definem o regime dos direitos fundamentais, no objetivo de encontrar as normas inconstitucionais dos estatutos da nova ordem profissional que estão agora em discussão pública por violação da liberdade de profissão e dos direitos de iniciativa e propriedade privada, importa perceber *o regime especial que se aplica aos direitos, liberdades e garantias*¹², dada a importância da diferença que têm em relação aos direitos económicos, sociais e culturais, que se torna real ao nível da distinção de regimes que lhes são aplicáveis.

As dificuldades começam precisamente no que se considera compreendido no âmbito do regime dos direitos, liberdades e garantias, dele não dando o texto constitucional qualquer indicação.

II. O único ponto de referência é o que consta de um dos preceitos iniciais da Parte I da CRP, no qual se afirma que “O regime dos direitos,

¹² Sobre o regime específico dos direitos, liberdades e garantias, v. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, pp. 121 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 439 e 440, e *A irretroatividade da norma fiscal...*, pp. 84 e 85; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA e JORGE BACELAR GOUVEIA, *A inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 351/93, de 7 de Outubro – parecer*, in AAVV, *Direito do Ordenamento do Território e Constituição*, Lisboa, 1998, pp. 120 e ss.

liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”¹³.

Sabendo-se em que consistem os direitos, liberdades e garantias e os direitos fundamentais de natureza análoga, em grande medida recortadas em função de consequências regimentais, resta definir a amplitude desse regime, para que depois o mesmo possa ser parcelarmente explicitado.

III. A doutrina portuguesa tem alinhado na distinção entre três aceções de regime especial dos direitos, liberdades e garantias:

- *o regime material*, o qual incluiria normas de fundo;
- *o regime orgânico*, que abrangeria normas relativas à competência legislativa; e
- *o regime de limites materiais de revisão constitucional*, atinente à proteção concedida no seio dessa vicissitude constitucional.

A verdade é que esta não é a nossa posição, perante a inviabilidade de poder fazer uma distinção desta natureza entre três regimes, que não resiste a alguns testes, desde logo o facto de não ser possível distinguir o regime material e o regime organizatório, bastando pensar que nas restrições legislativas aos direitos, liberdades e garantias ambas as vertentes se encontram presentes.

IV. Assim sendo, propomos outra arrumação do regime especial dos direitos, liberdades e garantias, de acordo com o seguinte esquema:

¹³ Art. 17º da CRP.

- a aplicabilidade;
- a vinculação;
- a restrição;
- a suspensão; e
- a defesa.

11.A restrição infraconstitucional dos direitos, liberdades e garantias

I. De todos os fenómenos que podem perturbar a efetividade dos direitos, liberdades e garantias, *é a restrição do seu alcance o que importa referir especificamente.*

É certo que a disciplina dos direitos, liberdades e garantias, admitida pelo legislador constitucional, não oferece um panorama suficientemente completo do tipo de intervenção que a CRP houve por bem fazer atribuir à lei infraconstitucional.

Em razão do posicionamento da normação legislativa ordinária, ao lado de um sentido de *regulação*, como vimos, incumbe-lhe também um papel de *restrição*, comprimindo o sentido constitucional dos direitos, liberdades e

garantias, numa lógica que pode genericamente valer para todos os direitos fundamentais consagrados¹⁴.

Pensando nisso, a CRP inclui dois preceitos específicos para os direitos, liberdades e garantias, tendo bem presente o velho brocardo latino *Odiosa sunt restringenda*.

- “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”¹⁵;
- “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”¹⁶.

II. A doutrina portuguesa tem unanimemente equacionado este problema como um fenómeno de restrição de direitos, liberdades e garantias, o qual se define do seguinte modo: *a diminuição do alcance permissivo das normas*

¹⁴ Quanto ao regime das leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias, v. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional*, I, Braga, 1979, pp. 176 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O estado de exceção no Direito Constitucional*, II, Coimbra, 1998, pp. 858 e ss., e pp. 1356 e ss., e *Regulação...*, pp. 456 e ss.; ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, *Restrições aos direitos, liberdades e garantias*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, Lisboa, 1996, pp. 281 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6^a ed., Coimbra, 1993, pp. 450 e ss.

¹⁵ Art. 18^o, n^o 2, da CRP.

¹⁶ Art. 18^o, n^o 3, da CRP.

constitucionais que os garantem, de um modo permanente, em determinadas situações – restrições objetivas – ou para certas categorias de pessoas – restrições subjetivas.

Partindo da ideia de que os direitos, liberdades e garantias não são ilimitados, ela justifica-se pela conveniência de proteger outros valores igualmente relevantes no plano constitucional. Em todo o caso, a restrição assume uma feição *parcial*, não atingindo a totalidade do direito fundamental alvo do respetivo efeito.

Pensando nos interesses em jogo, a restrição de direitos, liberdades e garantias funda-se na circunstância de os textos constitucionais reconhecerem que não seria possível a vida coletiva se não fossem previstos mecanismos de limitação material dos direitos fundamentais genericamente proclamados, com o intuito primordial de assegurar a própria efetividade da respetiva tipologia no seu conjunto.

Essas restrições dos direitos, liberdades e garantias, o que também se pode aplicar à globalidade dos direitos fundamentais, inserem-se, pois, numa tríplice função¹⁷:

- a) *uma função adequadora;*
- b) *uma função dirimente;* e
- c) *uma função comunitária.*

A *função adequadora* explica-se no seio da acomodação constitucional dos diversos tipos de direitos, liberdades e garantias consagrados. A restrição de um deles serve para permitir que outros direitos se exerçam sem

¹⁷ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O estado de exceção...*, II, pp. 1357 e 1358.

sobreposições, todos assim tendo a maior eficácia possível, segundo um princípio de otimização dos respetivos conteúdo e exercício.

A *função dirimente* tem lugar no contexto específico da colisão entre direitos, liberdades e garantias, a qual representa o exercício conflituante por parte de dois ou mais titulares de direitos contrapostos. A restrição de alguns deles pode servir para evitar a repetição desses conflitos no futuro, resolvendo-os logo no plano da legislação, não sendo necessário recorrer a ulteriores intervenções administrativas ou jurisdicionais.

A *função comunitária* liga-se à conjugação entre os direitos, liberdades e garantias das pessoas e os bens ou interesses coletivos identicamente merecedores de tutela. O exercício de tais direitos, para lá do respeito imposto pelos outros direitos, liberdades e garantias com os quais podem entrar em choque, deve ainda surgir materialmente limitado pelo acatamento de valores comunitários que se lhes impõe de um modo geral. A restrição de direitos, liberdades e garantias pode ainda ser um instrumento de garantia desses bens, limitando aqueles direitos nas situações em que os mesmos conflituariam com os interesses da coletividade que importa preservar.

III. As considerações que expendemos a propósito dos termos da intervenção legislativa não restritiva nos direitos, liberdades e garantias valem, *mutatis mutandis*, para as intervenções de carácter restritivo. De igual forma se regista a dicotomia, falando em termos gerais, entre a reserva relativa de competência legislativa parlamentar para os direitos, liberdades e garantias e a

competência legislativa concorrencial da Assembleia da República e do Governo para os direitos económicos, sociais e culturais.

O legislador constitucional, na atribuição normativa deste poder legal de cariz restritivo dos direitos, liberdades e garantias, perante alguns dos tipos de direitos fundamentais, estipulou a possibilidade de o legislador ordinário efetuar a respetiva restrição, instituindo pontuais mandatos para o efeito.

Foi isso o que aconteceu com vários preceitos constitucionais, de que recordamos alguns¹⁸:

- o tempo e as condições que a lei determinar na restrição da liberdade física¹⁹;
- os termos fixados por lei para quebrar a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das telecomunicações e da correspondência²⁰;
- as incapacidades que a lei geral deve prever para o exercício do direito de sufrágio²¹;
- os limites estabelecidos pela lei, tendo em conta o interesse geral, à iniciativa económica²².

Esta *restrição legal constitucionalmente autorizada para cada direito, liberdade e garantia que se pretenda comprimir* está, aliás, em direta consonância com um dos princípios que se pode extrair do mencionado preceito constitucional que

¹⁸ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Regulação...*, pp. 457 e 458.

¹⁹ Cfr. o art. 27º, nº 3, da CRP.

²⁰ Cfr. o art. 34º, n.ºs. 2 e 4, da CRP.

²¹ Cfr. o art. 49º, nº 1, da CRP.

²² Cfr. o art. 61º, nº 1, da CRP.

cuida do regime geral, formal e material, a que se submetem as intervenções legais restritivas dos direitos, liberdades e garantias.

Esse princípio vem a ser *o princípio da autorização constitucional expressa*, que resume as preocupações de segurança que o legislador constitucional teve no sentido de evitar a fraude à Constituição e de, por conseguinte, impedir uma intervenção legal restritiva incontrolável.

Duas são, pois, as condições que daqui se inferem: *por um lado, a necessidade de o preceito constitucional prever essa intervenção restritiva; por outro lado, a imposição de que essa autorização, para restringir, seja feita a título expresse*²³.

O problema que tem sido posto na doutrina portuguesa é o de que, do ponto de vista prático, o respeito escrupuloso por aquele princípio bloquearia, de um modo excessivamente gravoso, a intervenção legislativa restritiva, não permitindo assim uma conveniente composição dos contrários e legítimos interesses em jogo.

É por isso que aquele princípio tem sido objeto de “suavização interpretativa”, reconhecendo-se a existência de autorizações implícitas de restrição legal para certos direitos fundamentais: isso com base numa análise material de cada direito, liberdade e garantia, sopesando os valores em

²³ Como explicita J. J. GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria...*, p. 452), “Esta autorização de restrição expressa tem como objetivo obrigar o legislador a procurar sempre nas normas constitucionais o *fundamento concreto* para o exercício da sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias, e visa criar *segurança jurídica* nos cidadãos, que poderão contar com a inexistência de medidas restritivas de direitos fora dos casos expressamente considerados pelas normas constitucionais como sujeitos a reserva de lei restritiva”.

presença, de uma parte, os da proteção efetiva do direito e, da outra parte, os dos interesses na sua restrição.

Na prática, ao lado de autorizações explícitas específicas para restringir certos tipos de direitos, liberdades e garantias, tem-se admitido a existência de uma cláusula geral de restrição legal sobre todo e qualquer direito, liberdade e garantia, fundada em considerações materiais, ancorando-se a mesma na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, ao competir-lhe legislar sobre direitos, liberdades e garantias.

IV. As restrições constitucionalmente admissíveis aos direitos, liberdades e garantias – não já em termos organizatórios quanto em termos puramente materiais – não se apresentam livres ou em “branco”, devendo essas intervenções constringentes mostrar-se materialmente justificadas.

A medida da intervenção restritiva de tipo legal é dada, no quadro do regime que a CRP oferece no tocante às restrições que prevê, por vários princípios fundamentais²⁴:

- *o princípio da proteção do núcleo essencial;*
- *o princípio da proporcionalidade;*
- *o princípio da generalidade;*
- *o princípio da abstração; e*
- *o princípio da prospetividade.*

²⁴ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Regulação...*, pp. 458 e ss.

Vejamo-los separadamente, embora os dois primeiros com mais detença.

V. O princípio que se afigura mais intenso, mas também sendo aquele de mais difícil densificação, vem a ser *o princípio da proteção do núcleo essencial* dos direitos, liberdades e garantias a restringir.

Trata-se de uma preocupação de natureza material, que pretende evitar o esvaziamento dos direitos restringidos, eventualmente tudo se permitindo em nome do valor, direito ou interesse que pseudo-fundamentasse a restrição em questão. Isso implica que haja sempre um setor irremissível dos direitos, liberdades e garantias cuja visibilidade é a missão primordial deste princípio.

Só que por detrás desta linearidade de raciocínio se esconde, desde logo, a extensão da definição desse núcleo essencial, digladiando-se entre si neste ponto as teorias absolutas e as teorias relativas quanto ao recorte do mesmo: aquelas defendendo que existe, abstratamente determinável, um núcleo essencial que nunca é legítimo tolher; estas aceitando diferentes intensidades na delimitação desse núcleo, consoante as circunstâncias do caso concreto e com recurso aos parâmetros ditados pelo princípio da proporcionalidade.

Não se encontrando uma resposta literal no texto constitucional, pensamos que a autonomização deste princípio da proporcionalidade, por um lado, e o facto de o sistema português se fundar no valor integrador da

dignidade da pessoa humana, por outro lado, são fortes argumentos que nos impelem para aceitar mais a teoria absoluta e não tanto a teoria relativa²⁵.

Do ponto de vista da conexão deste princípio enquadrador das restrições dos direitos, liberdades e garantias com os termos da respetiva positivação, suscita-se a dúvida de saber se ele visa a proteção de todo e cada direito, naquilo que se conceba mesmo na sua vertente subjetiva e individual, ou se o mesmo é compatível com uma visão menos exigente, em que se realçam apenas preocupações de caráter geral de equilíbrio do sistema de direitos, liberdades e garantias, ainda que isso possa sacrificar por completo alguns concretos e particulares tipos de direitos.

Neste aspeto, *a letra da CRP parece favorecer a ideia de que está em causa o preceito, preferindo-se um sentido objetivista contra um sentido subjetivista*. Mas é forçoso aceitar que para alguns direitos, de novo particularmente importantes por força do princípio da dignidade da pessoa humana, possa prevalecer uma conceção subjetivista²⁶.

VI. Outro princípio que orienta as opções do legislador que restringe direitos, liberdades e garantias tem que ver com a contenção do exercício desse poder ablativo em função de determinados ditames de ordem racional, segundo as três vertentes que são conhecidas do *princípio da proporcionalidade*, tal

²⁵ Assim, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 430 e ss.

²⁶ Neste sentido, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 457 e 458.

como tem sido desenhado na doutrina e na jurisprudência publicista do pós-guerra:

- i) a *adequação* da restrição ao fim que se tem em vista;
- ii) a *indispensabilidade* da restrição relativamente a esse fim, em comparação com outros instrumentos possíveis de atuação legislativa, de carácter menos agressivo;
- iii) a *racionalidade* do teor da restrição imposta em função do balanço entre as vantagens e os custos que derivam da respetiva utilização.

VII. A importância dogmático-regulativa das restrições aos direitos, liberdades e garantias implica ainda o extremo cuidado que o legislador constitucional colocou noutras dimensões da intervenção legislativa sobre tais direitos:

- o *princípio da generalidade*, vedando-se a possibilidade de as respetivas normas visarem pessoas, identificáveis por si mesmo e não por categorias gerais;
- o *princípio da abstração*, pelo qual se impede que a estipulação da restrição atinja casos particulares, que se determinam em termos de espaço e de tempo;
- o *princípio da prospetividade*, por intermédio do qual se impede que os efeitos da restrição possam atingir situações da vida que se tenham produzido antes da respetiva entrada em vigor.

VIII. O texto constitucional assume como finalidade expressa das restrições dos direitos, liberdades e garantias a necessidade da salvaguarda dos outros direitos fundamentais²⁷.

Disso mesmo cura o emblemático preceito constitucional que versa o regime das restrições, afirmando que devem "...as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos"²⁸.

Essa não deixa de ser, contudo, uma alusão escassa sob a ótica da identificação desses valores em nome dos quais podem ser erguidas as restrições.

Mas é possível fazer a respetiva indiciação, assim se legitimando uma intervenção restritiva pela respetiva invocação, da qual se evidenciam os seguintes:

- a segurança do Estado e a segurança pública;
- a proteção do ambiente e do ordenamento do território;
- vários motivos de bem comum relativos ao consumo, à saúde e à propriedade privada; e
- a dignidade da pessoa humana.

IX. A explicitação dos fundamentos das restrições aos direitos, liberdades e garantias não pode, por fim, desprender-se das considerações de carácter geral que se extraem do primeiro dos princípios constitucionais que

²⁷ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Regulação...*, pp. 460 e ss.

²⁸ Art. 18º, nº 2, *in fine*, da CRP.

animam o Direito Constitucional Português – o *princípio da dignidade da pessoa humana*²⁹.

É tendo em conta esta sua vital importância que logo o artigo inicial do texto constitucional, não deixando dúvidas quanto à sua pertinência, o enuncia solenemente: “Portugal é uma República soberana, baseada na *dignidade da pessoa humana* e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”³⁰.

Para além das múltiplas funções metafísicas e dogmático-positivas que hoje em dia pacificamente se lhe reconhecem, o princípio da dignidade da pessoa humana não somente explica a atribuição de direitos fundamentais aos cidadãos, no confronto que estes vivificam com o Estado-Poder.

Pode igualmente surgir como muito operacional e efetivo na justificação de certas restrições a esses mesmos direitos fundamentais. Isto bem comprova, de resto, o transversalismo deste princípio, que emerge como plenamente válido, dados os valores que nele se transportam, sem dependência do tipo de relação que esteja em questão, assim se assumindo objetivamente funcional: serve também para restringir certos direitos fundamentais na parte em que não traduzam diretamente os respetivos ditames.

É possível equacionar o recurso, em termos gerais, a este princípio fundamental do Direito Constitucional Português quando o teor das

²⁹ Quanto à dignidade da pessoa humana na CRP, v. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 384 e ss., e *O estado de exceção...*, II, pp. 1463 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 225 e 226.

³⁰ Art. 1º da CRP.

restrições que se pretendam cominar atinjam o respetivo âmbito de proteção, quer porque o mesmo sobressai na compressão do núcleo essencial do direito fundamental a restringir, quer porque é a sua defesa que legitima certas restrições de outros direitos.

Mesmo que não se lhe reconheça esta função restritiva de carácter geral de um modo expreso, o recurso a este princípio acaba por se afigurar necessário na compreensão da unidade de sentido do sistema constitucional que o mesmo protagoniza.

12. A liberdade de profissão como direito, liberdade e garantia dos agentes de execução

I. O enquadramento que se fez a respeito do sistema português de direitos fundamentais permite agora focar a análise no específico direito fundamental da liberdade de profissão, que é um dos direitos fundamentais que está precisamente em crise com esta proposta de lei de estatutos em apreciação.

Este é um direito fundamental consagrado no art. 47º, nº 1, da CRP, localizado no Capítulo II do Título II da Parte I da CRP, com a epígrafe “Direitos, liberdades e garantias pessoais”.

A centralidade da formulação constitucional da liberdade de profissão justifica a transcrição da respetiva disposição, que tem como epígrafe “Liberdade de escolha de profissão”:

“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”³¹.

II. Sendo evidente a qualificação deste tipo de direito fundamental como direito, liberdade e garantia, não apenas pela inserção sistemática como através de critérios de ordem substancial, tem relevância acrescida a densificação do respetivo conteúdo normativo.

Ao contrário do que a literalidade do preceito constitucional possa inculcar, não se trata apenas de impedir a imposição aos cidadãos de uma certa profissão, não lhes dando margem de escolha entre várias profissões possíveis, segundo a sua opção, profissão que se afigura essencial na livre realização da personalidade humana.

São também diretamente protegidos outros âmbitos da liberdade de profissão, como aspetos que se relacionam com o perfil habilitacional de cada profissão, a livre escolha das qualificações exigidas ou o modo de exercício da profissão, onde naturalmente igualmente se projeta a liberdade individual.

III. Certamente que esta liberdade de profissão – *quer na escolha, quer nas habilitações exigidas* – não pode ser concebida sem limites, pelo que o próprio texto constitucional, ao mesmo tempo que formula este direito, liberdade e garantias, cuida de aceitar restrições que se imponham “...pelo interesse coletivo ou inerentes à sua própria capacidade”.

³¹ Art. 47º, nº 1, da CRP.

Eis uma restrição diretamente formulada pela CRP, embora a efetivar pela via da normação infra-constitucional, que se compreende pela necessidade de haver critérios de qualidade e de igualdade no acesso às profissões, percebendo-se a prevalência de valores gerais em nome dos quais tais limitações se justificam.

Mas tais limitações não deixam de ser restrições – de resto, como tal, assim qualificadas pelo próprio texto constitucional – e por isso não deixam de se submeter a um regime particularmente severo, tal como houve oportunidade de enunciar.

13.A violação da liberdade de profissão dos agentes de execução por restrições estatutárias inadmissíveis à luz dos princípios da igualdade e da proporcionalidade

I. Com os sugeridos novos Estatutos da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, além da junção espúria de duas profissões distintas numa mesma ordem profissional (de que tratemos adiante), *suscita-se uma primeira ordem de considerações de inconstitucionalidade por relação com a liberdade de profissão.*

Neste caso, trata-se da proteção de uma profissão legalmente estabelecida e regulada, a de agente de execução, mas que no contexto da aludida proposta é objeto de normas de óbvia inconstitucionalidade na

perspetiva de ser necessário defender o direito que tais profissionais têm de livremente desenvolverem a sua profissão, pondo essas restrições em causa dois princípios fundamentais que limitam o poder legislativo de restrição dos direitos, liberdades e garantias enunciados na Constituição:

- *o princípio da igualdade*, quando essas medidas restritivas são discriminatórias; e
- *o princípio da proporcionalidade*, quando essas medidas são excessivas, inadequadas ou despropositadas.

Elenquemos os múltiplos casos em que isso vem a suceder.

II. Uma primeira argumentação no sentido da inconstitucionalidade de várias destas disposições no que concerne aos agentes de execução diz respeito à assimetria regulativa no respetivo tratamento profissional.

Sendo muito discutível que as duas profissões de solicitador e de agente de execução possam estar dentro de uma mesma ordem profissional, *parece ainda mais discutível que o respetivo tratamento estatutário se faça com desfavor dos agentes de execução e com o favor dos solicitadores, como se houvesse aqui uma qualquer maldita distinção bíblica entre “as ovelhas” (os solicitadores) e “os cabritos” (ao agentes de execução).*

A apresentação dos deveres de cada uma das profissões é logo o primeiro sinal claro dessa desigualdade, bastando comparar a quantidade desses deveres: uns poucos para os solicitadores, circunscritos à relação com clientes, com apenas cinco alíneas (art. 145º da Proposta de Estatutos), mas uma extensa lista para os agentes de execução, com 25 alíneas e vários pontos no arts. 168º e 169º da Proposta de Estatutos).

E a desigualdade não é apenas fraseológica ou textual, antes corresponde a uma diferença substancial profunda entre as duas profissões, que tem subjacente uma enorme desconfiança que se abate sobre os agentes de execução.

III. Esta conclusão pela inconstitucionalidade surge também evidente no regime que se estabelece de acesso a ambas as profissões, o qual, após a imposição de regras comuns, grava particularmente, dificultando-o mais sem qualquer justificação material, o acesso à profissão de agente de execução.

O art. 105º da Proposta de Estatutos, no seu nº 1, começa por elencar um conjunto de requisitos comuns para a inscrição na nova ordem profissional, com uma latitude tal que mostra bem a inconveniência de assujeitar duas profissões distintas a uma única ordem, sendo certo que para se inscrever se refere o curso de solicitadoria, de direito, ou qualificação equiparada.

Mas o nº 2 e o nº 3 do mesmo art. 105º, respetivamente aplicáveis ao solicitador e ao agente de execução, destroem qualquer ideia de uniformidade ou de coesão nos requisitos exigidos:

- para se ser solicitador, é necessário preencher apenas mais dois requisitos: uma informação favorável do estágio realizado e um requerimento de inscrição apresentado até cinco anos após a conclusão do estágio;

- para se ser agente de execução, é necessário muito mais, ou seja, impõe-se o preenchimento de mais cinco requisitos: ter nacionalidade portuguesa (o que viola o princípio constitucional da equiparação entre nacionais e não nacionais,

consagrado no art. 15º da CRP); não ter sido, nos últimos 10 anos, inscrito em lista pública de devedores; ter concluído, com aproveitamento, o estágio de agente de execução; pedir a inscrição até três anos após a conclusão do estágio; ter sido agente de execução há mais de três anos, além de submeter-se ao exame respetivo e com parecer favorável da Comissão de Acompanhamento dos Auxiliares de Justiça (CAAJ).

A discrepância é mais do que evidente, sendo de realçar a desigualdade entre as profissões do ponto de vista do tempo concedido para se fazer a inscrição:

- se são profissões que se pretende regular numa mesma ordem profissional, qual a razão para que o solicitador possa ser admitido até cinco anos após a realização do estágio, e o agente de execução tenha de o fazer num menor tempo de três anos?

- se são profissões que se pretende regular numa mesma ordem profissional, qual a razão para se exigir ao agente de execução a nacionalidade portuguesa, o mesmo não se impondo ao solicitador?

IV. A inconstitucionalidade concretiza-se ainda em condições, muito discrepantes para pior, em relação àquilo que se determina para os agentes de execução, atinentes ao exercício da profissão.

Veja-se o art. 170º, n.º 1, da Proposta de Estatutos, no qual se permite que, por regulamento, se imponha a realização de provas periódicas para a manutenção do exercício da atividade profissional apenas aos agentes de execução.

Depois de no n.º 1 do art. 99.º se dizer que a formação contínua é uma obrigação de ambas as profissões, no n.º 2 chega-se ao ponto, numa clara e inadmissível discriminação, de se impor um regime mais gravoso de formação contínua para os agentes de execução, nos seguintes termos: “O regulamento referido no número anterior pode impor a realização de provas periódicas para a manutenção do exercício da atividade profissional de agente de execução ou para o uso do título de especialista”.

A verdade é que semelhante limitação não se encontra prevista para os solicitadores: e não estando prevista, não será possível a respetiva aplicação, matéria em que se carece de autorização legal expressa.

É evidente a discriminação, que tem subjacente o carácter menor ou até perigoso da profissão do agente de execução, que urge sempre constantemente controlar...

Pergunta-se: em matéria de verificação de condições de exercício de uma profissão, tais exames, a realizarem-se, não seriam para todas as profissões abrangidas?

Não terá a profissão de solicitador igualmente exigências que justamente requeriam a aplicação, periódica, de exames de verificação e de atualização dos conhecimentos dos respetivos profissionais?

Claro que sim e a discriminação, sendo flagrante, não precisa de mais justificações para ser dada como comprovada.

V. Sinal também visível dessa inconstitucionalidade cifra-se no exagero da formação que é imposta aos empregados forenses e a todos os empregados que trabalhem com os agentes de execução.

Nos termos do art. 170º, estabelece-se uma longa lista de deveres de formação contínua que se aplicam aos agentes de execução, sem qualquer paralelo com o que se pudesse preceituar para os solicitadores, uma vez que preceito homólogo nem sequer existe, o que por si só já seria suficiente para fundar mais uma desigualdade de tratamento entre as profissões, sendo certo que a formação contínua deve ser apanágio de qualquer profissão, e ainda mais de duas profissões que se pretende regular numa mesma ordem profissional.

Pior: a discriminação regulatória contra os agentes de execução atinge o clímax quando este mesmo art. 170º, nº 3, estabelece o seguinte: “Os empregados forenses e os demais funcionários do agente de execução estão igualmente sujeitos ao cumprimento de um plano de formação, inicial ou contínua, obrigatória, destinado a verificar e garantir a aquisição e a permanente atualização dos conhecimentos necessários ao exercício das suas funções e ao correto cumprimento da lei”.

E depois ainda se adita uma sanção específica para o seu incumprimento conforme se dispõe no art. 170º, nº 4: “O plano de formação a que se refere o número anterior é definido por regulamento a aprovar pela assembleia geral, devendo nele prever-se a possibilidade de cancelamento do registo do empregado forense junto da Ordem quando este demonstre não possuir os conhecimentos necessários ao exercício das suas funções e ao correto cumprimento da lei”.

Observe-se até onde vai o afã discriminatório: não satisfeito com o universo abrangido pelos profissionais já submetido a um agravado programa de formação contínua, a

proposta de Estatutos atinge também pessoas que não são agentes de execução e em duas categorias – os funcionários forenses e mesmo os funcionários não forenses.

Coisa nunca vista noutras profissões forenses, como a dos advogados, dado que não se percebe como pode uma ordem profissional impor uma formação contínua a profissionais que não estão abrangidos sob a sua alçada, nem tendo – porque não têm de ter – as mesmas habilitações e sobretudo porque exercem funções em regime de trabalho subordinado, por conta e no interesse do empregador, que é o agente de execução.

VI. Outra evidência de inconstitucionalidade tange ao regime dos impedimentos que são impostos aos agentes de execução e que não se aplicam aos solicitadores.

É o caso dos impedimentos e suspeições que se abatem sobre os agentes de execução, em tudo semelhantes às que se aplicam aos juízes, invocando-se o seu estatuto de profissão pública, nos termos dos arts. 162º e 166º da Proposta de Estatutos.

Acontece, porém, que se trata de uma profissão liberal, que se exerce individual ou em sociedade.

Mesmo aceitando que a profissão de agente de execução tenha uma dimensão pública de autoridade, não tem nexo dizer que a mesma se submete às regras aplicáveis aos juízes, numa desigualdade e desproporção manifestas.

Uma vez mais se assinala aqui um tratamento favorecido dado aos solicitadores. Porquê?

Porque não têm tais impedimentos, sendo certo que ambas as profissões são reguladas por uma mesma proposta de nova ordem

profissional, mas em que os traços identificadores apenas justificam essa ordem, mas não uma igualdade na essência dos deveres a que ambos os profissionais se deveriam sujeitar, com um estatuto de desfavor a ser imposto aos agentes de execução.

VII. Porventura o aspeto mais gritante da inconstitucionalidade de disposições inseridas na proposta de estatutos é concernente à exigência de caução para se exercer a profissão de agente de execução.

Nos termos do art. 174º, nº 1, da Proposta de Estatutos, “Os agentes de execução que recebam anualmente mais de 1000 processos, ou que tenham pendentes mais de 2000 processos, devem prestar uma caução em dinheiro, através de depósito a favor da CAAJ, que garanta o pagamento das despesas decorrentes da liquidação dos processos a seu cargo, ou da sociedade que integrem, quando cessem funções temporária ou definitivamente ou seja extinta a sociedade, em função do número de processos”.

Havendo a oportunidade de desenvolver este assunto, por agora importa considerar que esta exigência se apresenta como uma violação grave à liberdade de profissão do agente de execução, até pelo seu ineditismo num esforço comparativo com outras profissões forenses.

Pese embora este dever se encontrar intrínseco ao termo do exercício da atividade, a verdade é que a exigência do sua prestação encontra-se prevista nas disposições transitórias, o artigo 3º, n.º 19, sendo exigida já a partir do final de 2016.

Mas não se pode esquecer a dignidade do exercício de uma profissão e sobretudo o facto de as restrições que se colocam à saída da mesma serem obstáculo que, reversamente, determina para muitos a impossibilidade da entrada no exercício da profissão.

De resto, o âmbito de proteção da liberdade de profissão como direito, liberdade e garantia, aplicado à profissão do agente de execução, não se resume ao acesso e ao exercício dessa atividade – igualmente implica o respeito pela liberdade de saída da profissão, que fica severamente obliterada por esta exigência de prestação de caução.

VIII. No respeito à entrada na profissão urge ressaltar em primeira mão mais uma restrição discriminatória à luz da constituição, concretamente, a recusa ou cancelamento de inscrição para quem tenha constado de lista pública de devedores nos últimos dez anos.

Como supra já se havia afluído de acordo com o artigo 105º, nº 3, al. b) da Proposta, é requisito de inscrição no colégio dos agentes de execução não ter sido, nos últimos dez anos, inscrito em lista pública de devedores legalmente regulada, sob pena de os candidatos a agente de execução verem a sua inscrição recusada, e os que já exercem, verem-na cancelada com a entrada em vigor do Estatuto.

Antecipando que a justificação desta intenção radica no facto de o profissional que procede à cobrança de dívidas não poder ser devedor, questionamo-nos acerca da omissão desta restrição para todos os profissionais forenses, incluindo os juízes a quem incumbe a condenação ao pagamento de dívidas.

A intenção de discriminar e prejudicar é clara e assumindo proporções que hão-se levar à responsabilidade civil do Estado para aqueles que já exercem há vários anos e que a entrada em vigor do estatuto impedirá de continuar a trabalhar.

14.A liberdade de iniciativa económica privada e o direito de propriedade privada como direitos económicos dos agentes de execução

I. A profissão dos agentes de execução, além da dimensão indiscutível que tem no tocante ao exercício de uma profissão constitucionalmente protegida, *também nos oferece uma outra dimensão que está presente, que é a sua faceta empresarial.*

Seja a título individual, seja a título coletivo, a profissão de agente de execução envolve a colocação de meios económicos e significa uma atividade lucrativa, que se deve desenvolver no contexto da economia privada.

II. Quer isto dizer que tal atividade convoca a existência de dois direitos fundamentais, da maior importância no retrato jurídico-constitucional da economia social de mercado que se reconhece e garante:

- *a liberdade da iniciativa económica privada*: “A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral”³²;

- *o direito de propriedade privada*: “A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”³³, acrescentando-se que “A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efetuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização”³⁴

III. O quadro da dimensão empresarial subjacente a atividade profissional dos agentes de execução é ainda salientado por algumas das disposições da Lei n.º 2/2013, as quais fazem a ponte para o Direito da União Europeia, que também é parte integrante da ordem jurídica portuguesa:

- Artigo 5.º, n.º 3: “As associações públicas profissionais não podem, por qualquer meio, seja ato ou regulamento, estabelecer restrições à liberdade de acesso e exercício da profissão que não estejam previstas na lei, nem infringir as regras da concorrência na prestação de serviços profissionais, nos termos dos direitos nacional e da União Europeia”;

- Artigo 26.º, n.º 1: “Sem prejuízo das normas técnicas e dos princípios e regras deontológicos aplicáveis, o exercício da profissão deve observar o princípio da livre concorrência, bem como as regras da defesa da concorrência e de proteção contra a concorrência desleal”.

³² Art. 61.º, n.º 1, da CRP.

³³ Art. 62.º, n.º 1, da CRP.

³⁴ Art. 62.º, n.º 2, da CRP.

15.A violação da liberdade de iniciativa económica privada e do direito de propriedade privada dos agentes de execução por restrições estatutárias inadmissíveis à luz dos princípios da liberdade económica e da concorrência

I. O certo é que várias disposições que se encontram vertidas na proposta de lei dos estatutos em apreço colocam em crise estes dois direitos fundamentais, violando-os, mesmo considerando que possuem tanto uma vertente de direito, liberdade e garantia como uma vertente de direito económico, social e cultural.

É o que sucede, de um modo mais flagrante, com as regras da proposta que implicam a prestação de uma caução no exercício da profissão de agente de execução, já analisada sob a ótica da desigualdade em relação a todas as outras profissões e a limitação de designação para novos processos, que, não menos discriminatória, abordaremos.

A justificação da inconstitucionalidade da obrigatoriedade da prestação de caução prevista no art. 177º da Proposta de Estatutos é agora de índole económica. O mesmo se diga quanto a uma inusitada previsão de contingentação, que se apresenta no artigo 167º da Proposta, sob a epígrafe “Limites de designação para novos processos” e que, sem qualquer justificação na exposição de motivos, com intuito certamente de passar despercebida, se prevê, funcionar nos termos do n.º 1 do artigo 167º: “A CAAJ pode fixar, até 15 de junho de cada ano, o número máximo e espécie de processos para os

quais os agentes de execução ou as sociedades que integram podem ser designados a qualquer título, depois de ouvido o conselho profissional dos agentes de execução.” Desconhecem-se os termos e forma de operar esta limitação, estando votada à arbitrariedade.

São limitações que se apresentam inadmissíveis:

- em primeiro lugar, *constituem uma limitação económica severa a quem pretende exercer uma profissão liberal;*

- em segundo lugar, *são limitações que questionam o princípio da liberdade económica porque penalizam quem tem mais processos, numa diferenciação ilógica e injusta entre quem tem mais e quem tem menos para o efeito de se exercer um direito, e que o Direito da União Europeia penaliza severamente.*

II. *Outra situação equiparável é a que se assinala no tocante ao pagamento obrigatório para a caixa de compensações, assunto que entretanto está a ser discutido judicialmente, no âmbito de uma ação intentada a fim de se conseguir a invalidade de pagamento, dessa matéria curando o art. 175º da Proposta de Estatutos.*

A impressão geral que a imposição desta caixa de compensação causa é o facto de ser um mecanismo inédito em termos de profissões forenses, sendo certo que pela leitura das diversas alíneas do nº 1 do art. 175º da Proposta de Estatutos a sua finalidade em boa parte se sobrepõe às funções normais que as ordens profissionais desenvolvem.

Tomemos o exemplo do registo informático que os advogados podem realizar a respeito do reconhecimento de assinaturas que a lei lhes passou a conferir, o qual é obrigatoriamente realizado através do sítio eletrónico da

Ordem dos Advogados. Há alguma caixa de compensações na Ordem dos Advogados para custear esse serviço? Claro que não. A analogia para com a situação dos agentes de execução é evidente, como é também evidente a sua desnecessidade, pois que aquela despesa integra as funções normais da ordem profissional em causa, devendo prestar esse serviço aos associados.

O mesmo se diga do acesso à plataforma informática do CITIUS, que é paga e mantida pelo Estado, a qual beneficia todos os operadores de justiça, e o Estado não teve a ousadia de cobrar aos advogados o que quer que fosse pela sua utilização.

Todavia, o mais importante a dizer reside na conclusão a que se chega de que o mecanismo da caixa de compensações representa uma inusitada e inconstitucional duplicação de receitas da nova ordem que se pretende criar, dado que a finalidade desta receita específica já existe também com a receita que se obtém das quotas dos associados.

Nos termos do art. 82º da Proposta dos Estatutos, são previstas diversas receitas – nas quais não se inscrevendo as receitas obtidas com a caixa de compensações, presume-se pelo facto de apenas se aplicarem aos agentes de execução e não tanto por lapso – e, conforme se pode ver no nº 2 desse artigo, “As receitas destinam-se a satisfazer os encargos da Ordem na realização dos objetivos estatutários”.

Em preceito geral e de certo modo redundante, além de dizer uma verdade óbvia, volta a afirmar-se no art. 86º da Proposta de Estatutos, com a epígrafe “Finalidade das receitas” que “As receitas da Ordem são destinadas à prossecução dos seus fins estatutários”.

Se a finalidade específica das receitas especialmente obtidas com a dita caixa de compensações se inscreve nos objetivos da ordem profissional que se pretende criar, pois que os agentes de execução e a sua atividade passam a ser regulados por esta nova instituição, *percebe-se que há uma atividade profissional que, pelos vistos, pagará duas vezes para que a sua ordem lhe preste vários serviços: essa atividade profissional é a dos agentes de execução, que não só pagam as quotas, como fazem os solicitadores, como depois ainda pagam mais um valor no âmbito da caixa de compensação que se lhes aplica exclusivamente.*

III. *Cumpra ainda fazer alusão à criação de um fundo de garantia dos agentes de execução, o qual, nos termos do art. 176º, nº 1, da Proposta de Estatutos, se define nos seguintes termos: “O fundo de garantia dos agentes de execução é o património autónomo, solidariamente responsável pelas obrigações do agente de execução perante determinadas entidades, resultantes do exercício da sua atividade se houver falta de provisão das suas contas-clientes ou irregularidade na respetiva movimentação, respondendo até ao valor máximo de 100.000 euros por agente de execução”.*

Segundo se julga, a ideia fundamental deste fundo é a sua função de acudir, suprindo-as, as falhas por parte dos agentes de execução, em relação aos pagamentos a que estão vinculados, representando assim uma reforçada garantia que não possa ser dada por cada agente de execução individualmente considerado.

A estranheza deste mecanismo é logo notória por nada de semelhante existir em qualquer outra profissão liberal e muito menos profissão forense, como a de advogado, administrador judicial, notário, solicitador, revisor ou técnico oficial de contas.

Esta estranheza adensa-se por este fundo de garantia constituir uma severa diminuição da propriedade privada e da iniciativa económica que tem de ser reconhecida aos agentes de execução na sua atuação económica.

Se há uma preocupação de prevenção dos riscos inerentes à prática de uma atividade profissional, a solução consistente reside apenas na imposição de um seguro profissional obrigatório, nunca através de um mecanismo com estas características.

Este mecanismo significa que os agentes de execução ficam duplamente penalizados porque, além do seguro profissional obrigatório, ainda têm de contribuir para este fundo.

O que há de parecido é o fundo de garantia automóvel, mas não se julga que o seguro dos riscos de acidentes cujos responsáveis não tenham contratualizado o seguro obrigatório possa ser alguma vez comparável com o risco da atividade irregular dos agentes de execução: não só esta é uma regulada – o que não acontecerá com a regulação mínima de qualquer condutor de veículos automóveis – como a mesma implica a existência de um conjunto de restrições e fiscalizações que, sendo bem exercidas, impedem que o desfecho possa atingir o dramatismo que se supõe ter estado subjacente à estranha ideia de um fundo de garantia dos agentes de execução, como se o seu uso pudesse alguma vez assumir o risco de ter um acidente com alguém que não tem seguro automóvel que possa pagar os estragos do sinistro....

16. A violação do princípio da proteção da confiança e da reserva de jurisdição por parte do art. 3º, nº 16, do diploma preambular

I. Em matéria de inconstitucionalidade, importa ainda observar o que se dispõe no art. 3º, nº 16, do diploma preambular, preceito que aprova Disposições a:

Nele se estabelece o seguinte: “O valor em dívida pelos agentes de execução à caixa de compensações em processos instaurados antes de 31 de março de 2009 que não tenha ainda sido declarado pelos próprios até à data de entrada em vigor do Estatuto da Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução, aprovado em anexo à presente lei, ou que venha a ser detetado em sede de fiscalização, destina-se em 60% ao fundo de garantia respetivo e 40% à caixa de compensações”.

II. É sumamente estranho que o legislador venha a tomar partido numa contenda que se arrasta há anos, mas que neste momento está entregue aos tribunais tributários.

Não se pode por isso conceber que o novo legislador venha a interferir nesta matéria, pondo em causa a estabilidade da legislação que a regula ou, de um modo subtil mas eficaz, interferindo na esfera reservada às decisões soberanas dos tribunais.

III. A violação destes princípios constitucionais respeita ao facto de esta pretensa dívida, no que tenha de anterior a 2009, já ter caducado no tocante à sua liquidação e cobrança

Logo, a intervenção do legislador tem o especioso propósito – que é obviamente inconstitucional – de fazer renascer tal norma, assim permitindo revitalizar o poder de liquidar e cobrar uma dívida caducada...

IV

AS ILEGALIDADES DA PROPOSTA DE LEI DOS ESTATUTOS DA NOVA ORDEM DOS SOLICITADORES E DOS AGENTES DE EXECUÇÃO

17. Razão de ordem

O outro núcleo temático de apreciação crítica do conteúdo da proposta de lei dos Estatutos da nova Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução diz respeito às ilegalidades de que o mesmo enferma na sua relação com a Lei n.º 2/2013, nos seguintes pontos:

- o princípio da avaliação do impacto da criação de um ordem profissional no exercício da profissão;*
- o princípio da participação por discussão pública;*
- o princípio da especificidade das profissões e da sua regulação por associação pública profissional;*
- o princípio da proibição de o poder disciplinar máximo se fundar em considerações de natureza pecuniária; e*
- o princípio democrático na aceitação da criação de uma ordem profissional por parte da comunidade dos profissionais implicados.*

Ponto prévio de tudo isso é a explicitação da função paramétrica que se deve atribuir à Lei n° 2/2013, na sua vocação de regime jurídico geral da criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais.

18. Sentido e função da Lei n° 2/2013, de 10 de janeiro, como Lei-Quadro das Associações Públicas Profissionais

I. Sendo nosso propósito demonstrar as ilegalidades da proposta de lei dos estatutos da nova ordem proposta por relação com a Lei n° 2/2013, impõe-se previamente a explicitação do seu valor paramétrico relativamente a cada lei que, futuramente, venha a estabelecer o desenho estatutário de cada ordem profissional, uma vez que só assim se operacionaliza essa relação de vinculação jurídica.

E o problema não é o da falta de proclamação nesse sentido por parte da Lei n° 2/2013, que assim se autoproclama no seu art. 52°, com estes exatos termos:

Artigo 52° Imperatividade

1. As normas constantes da presente lei prevalecem sobre as normas legais ou estatutárias que as contrariem.
2. O disposto na presente lei não prejudica os regimes especiais previstos em diretivas ou regulamentos europeus ou em convenções

internacionais aplicáveis às profissões reguladas por associações públicas profissionais.

A questão é de natureza substancial e prende-se com a possibilidade de se reconhecer essa eficácia paramétrica a este tipo de lei, a partir de uma leitura constitucional do tema.

Adiantamos desde já que a resposta é positiva, na ausência de uma explicação específico do assunto no articulado da CRP.

II. Este problema consiste em saber se é possível, na construção de um regime geral regulador das associações públicas profissionais, atribuir a uma lei uma função disciplinadora geral sobre as associações públicas gerais, no contexto do conceito de lei de valor reforçado³⁵.

Trata-se de encontrar, como facilmente se entrevê, um diploma legislativo que estabeleça um regime comum quanto a um conjunto de aspetos que ficam sendo pertença de um ato legislativo unificador, prévio e superior a cada um dos atos que, em concreto, venha a criar cada associação pública profissional e, por outro lado, lhe fixe, no seu próprio âmbito, particularidades de regime.

Essa questão é, ao mesmo tempo, de natureza formal e de natureza material:

- no primeiro caso, devemos perguntar ao texto constitucional se é viável atribuímos a um diploma com esta configuração uma tal função subordinante de outros diplomas – naturalmente que

³⁵ JORGE BACELAR GOUVEIA, *As associações públicas...*, pp. 285 e ss.

contenham uma mesma eficácia hierárquica legislativa – que com eles possam entrar em colisão;

- no outro caso, devemos indagar da possibilidade teórica de fixar essa pretendida disciplina unitária, atenta a realidade concreta das associações públicas profissionais na sua diversidade e nas suas inevitáveis singularidades.

III. O princípio fundamental no Direito Constitucional Português – como, em geral, em qualquer moderno Direito Constitucional – é o de que, dentro do mesmo nível hierárquico, os atos legislativos têm uma mesma eficácia revogatória ou derogatória.

Portanto, daqui resulta que não é possível, no plano da orientação geral traçada pela Constituição, que um ato legislativo possa ser hierarquicamente superior ao outro, todos eles tendo uma idêntica força de lei.

Outra precipitação deste mesmo princípio respeita ao facto de, situando-se os atos legislativos na mesma hierarquia, igualmente não poderem uns ter a pretensão de prevalecer sobre os outros.

A resolução de conflitos inter-legislativos que eventualmente surjam jamais pode assim socorrer-se do critério hierárquico, que neste caso não tem a virtualidade de poder funcionar. Esse é um esforço que deve ser feito com recurso a outros critérios, como os da cronologia ou da especialidade das matérias legisladas.

IV. Contudo, olhando para o mesmo texto constitucional, chegamos à conclusão de que é possível, em certos casos e em certas circunstâncias, reconhecer a alguns atos legislativos uma eficácia jurídica subordinante relativamente a outros atos jurídicos, apesar de se situarem hierarquicamente no mesmo nível.

Um primeiro grupo desses diplomas corresponde aos decretos-leis do Governo que se destinem a executar autorizações legislativas ou que desenvolvam bases legislativas gerais: “As leis e os decretos-leis têm igual valor, sem prejuízo da subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa e dos que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos”³⁶.

Outro grupo de atos é concernente a um conjunto plúrimo de atos legislativos que ostentam traços de peculiaridade no contexto do procedimento ou da função genericamente caracterizadora dos atos legislativos: “Têm valor reforçado, além das leis orgânicas, as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas”³⁷.

Uns e outros podem candidatar-se ao conceito de “lei de valor reforçado”, na medida em que possuam uma força subordinante de outros atos legislativos, a despeito de um idêntico posicionamento hierárquico, ainda

³⁶ Art. 112º, nº 2, da CRP.

³⁷ Art. 112º, nº 3, da CRP.

que a doutrina constitucional portuguesa esteja longe de ser concorde na delimitação deste conceito³⁸.

De acordo com a nossa interpretação, que deve ser produto mais de uma elaboração doutrinária e menos de um ditame legislativo, havendo no limite a hipótese de o legislador se ter enganado na qualificação dos fenómenos, a lei de valor reforçado é distinta do conceito constitucionalmente formulado, em dois sentidos divergentes:

- um sentido *restritivo*, no aspeto de não ser de incluir na lei reforçada os atos legislativos que sejam leis orgânicas ou que sejam aprovados por maioria de dois terços só por causa dessa qualidade, havendo casos em que daí não deriva qualquer força subordinante de outros atos legislativos;
- um sentido *ampliativo*, no ponto em que a definição constitucional não admita, como parece acontecer com o respetivo sentido literal, atos legislativos não parlamentares, sendo certo que o fortalecimento que se quer pode igualmente surgir em atos legislativos governativos, como o testemunha a prática política, recordando-se o caso da força subordinante do decreto-lei que traça

³⁸ Relativamente às leis de valor reforçado no atual Direito Constitucional Português, v. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Opinião sobre a revisão constitucional de 1997 e o sistema de atos legislativos*, in *Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação*, n.ºs 19-20, Abril-Dezembro de 1997, pp. 59 e ss., e *O estado de exceção*, II, pp. 1218 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, Coimbra, 1997, pp. 344 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 695 e ss.

a organização e o funcionamento do Governo relativamente a outros decretos-leis³⁹.

V. Na base do conhecimento das situações em que a Constituição admite a prevalência de certos atos legislativos sobre outros atos legislativos, em conformidade com a noção de lei de valor reforçado, é altura de fazer a respetiva aplicação ao caso da lei de enquadramento das associações públicas profissionais por conexão com cada ato legislativo concreto de criação das mesmas, ou do ato que procede à alteração dos estatutos das associações já anteriormente criadas.

Não há propriamente uma resposta direta no texto constitucional, ao contrário do que sucede em muitos outros casos, em que se toma uma posição específica sobre essa matéria. Podem assim alguns concluir, perante essa omissão, pela impossibilidade de sujeitar o ato legislativo genericamente disciplinador das associações públicas profissionais a um dos casos que a Constituição considera de vinculação especial entre atos legislativos. A circunstância de a competência para legislar em matéria de associações públicas ser da Assembleia da República não seria, por si só, um sinal seguro de que tal tipo de vinculação se admitiria.

VI. Essa não é ainda, em todo o caso, uma resposta cabal, na medida em que é razoável perscrutar essas relações de vinculação especial a partir de

³⁹ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Opinião...*, p. 60.

outros fatores e de outros índices, provavelmente menos evidentes, em que aqueles casos de vinculação especial podem ter igualmente sentido.

De novo remontamos ao singelo facto de a legislação em matéria de associações públicas ser da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República.

Numa primeira dimensão, trata-se apenas de por aqui se vislumbrar uma particular repartição da competência legislativa entre a Assembleia da República e o Governo, tendo-se optado, neste caso, por concedê-la à Assembleia da República, ainda que com a opção de ser o Governo a legislar, se para tanto tiver havido a necessária autorização legislativa.

Essa não é, porém, a única dimensão possível deste peculiar recorte da competência legislativa. É que estamos em crer que, por detrás da função meramente organizatória dessa reserva, está também uma *função parametrizante* que implicitamente o texto constitucional pretendeu atribuir, tornando-a uma lei reforçada. A não ser assim, a importância desta reserva relativa de competência legislativa ficaria seriamente obliterada: ela de pouco valeria se não pudesse preencher uma função geral regulatória e se dela apenas se extraísse uma intenção de se aplicar a cada ato. Inerente a essa função regulatória, sob pena de ela mesma para pouco ou nada servir, está a força subordinante dos posteriores atos de criação das associações públicas.

Em resumo: *podemos retirar da atribuição da reserva relativa de competência legislativa à Assembleia da República para legislar em matéria de associações públicas não apenas essa especial delimitação competencial, no confronto com os outros órgãos igualmente*

legíferantes, mas também uma importante função parametrizante quanto aos atos posteriores de criação das associações públicas.

É que está aqui em causa a terceira possibilidade para o preenchimento do conceito constitucional de lei reforçada, na parte em que o mesmo se deve julgar adequado: é um caso em que se percebe que para a Constituição deve existir uma lei geral – de enquadramento das associações públicas – cujo acatamento por atos legislativos posteriores e concretos de criação das mesmas se lhes impõe, função parametrizante que é inerente à atribuição da competência para legislar genericamente sobre esta matéria.

A essa conclusão também chegam J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, apesar de o afirmarem apenas implicitamente, quando atribuem a esta competência parlamentar a estruturação do regime das associações públicas, pois que “...cabe à AR definir o seu regime (forma e condições de criação, atribuições típicas, regras gerais de organização interna, controlo da legalidade dos atos...”⁴⁰.

VII. Por isso mesmo, julgamos que este exercício de competência legislativa não se pode compaginar com a criação de uma lei de bases, embora seja isso o que é explicitamente referido na anteproposta que está sendo submetida à nossa apreciação.

Não se está em face de um regime de bases porque, na verdade, se pretende a disciplina geral de tudo aquilo que respeita às associações públicas profissionais, nem sequer se pensando na remissão para a competência

⁴⁰ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, p. 676.

legislativa do Governo no desenvolvimento dessas bases, como seria sempre indispensável. É que a delimitação constitucional da competência em matéria de associações públicas abarca a totalidade de um regime, não o regime geral apenas, e muito menos somente as bases gerais⁴¹.

Lei de bases e lei-quadro são duas realidades conceptualmente diversas e que até podem ter regimes diferentes: a lei de bases é, por definição, uma lei “incompleta”, que se destina a ser preenchida, em níveis mais pormenorizados de legiferação, por outros atos legislativos que igualmente exercem uma função legislativa; já as leis-quadro são leis completas, possuindo toda a necessária regulação, tendo a finalidade de condicionar o exercício do poder legislativo por parte de outros atos, estes não acrescentando mais alguma disciplina, mas pondo em ação a criação de certas entidades exatamente ao abrigo da norma que aquela contém.

VIII. A apreciação da elaboração de uma lei geral sobre as associações públicas profissionais pode ainda suscitar dúvidas no plano material: não já no sentido de se reconhecer eficácia parametrizante a essa lei, mas no sentido de saber da possibilidade de se efetuar, por via dessa lei geral, uma disciplina generalizante, atendendo à enorme variedade que, por natureza, acompanha as ordens profissionais ou as associações públicas em geral.

⁴¹ Claro que isso não impediria a Assembleia da República, ainda assim, de apenas legislar em matéria de bases; só que tal não seria depois harmónico com uma segunda intervenção e sobretudo seria funcionalmente pouco útil, porquanto faltariam sempre outras normas indispensáveis dentro da lógica de se fazer uma regulação global sobre as associações públicas, de que se carece.

É MARCELO REBELO DE SOUSA quem muito bem põe o dedo na ferida, manifestando fundas reticências quanto a essa possibilidade, ainda que falando restritamente no ponto dos órgãos das associações públicas: “...é tão grande a sua variedade e diversificada a composição do seu substrato pessoal, que, dificilmente, se compreenderia a adoção de um espartilho legal rígido, nomeadamente em termos organizativos”⁴².

E acrescenta mesmo: “Ele chocar-se-ia, aliás, com a própria caracterização associativa destas entidades, se ultrapassasse mais do que a mera enunciação das três modalidades de órgãos, em princípio, exigíveis – de *execução* ou *gestão*, de *deliberação* e de *fiscalização* –, sendo que se podem identificar deliberação e fiscalização nas associações públicas integradas por entidades públicas, designadamente autarquias locais”⁴³.

Não cremos, porém, que essa íntima diferenciação possa ser obstáculo para a ereção de um regime geral: ele não só já existe do ponto de vista constitucional, como decorre do facto de haver uma competência legislativa parlamentar a própria ideia da sua possibilidade e da sua conveniência. Aliás, como é MARCELO REBELO DE SOUSA logo a reconhecer, “Em qualquer caso, a legislação sobre associações públicas integra-se, como antes dissemos, na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República”⁴⁴, com isso inculcando tal ténue possibilidade.

⁴² MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições...*, I, pp. 315 e 316.

⁴³ MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições...*, I, p. 316.

⁴⁴ MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições...*, I, p. 316.

IX. Fica assim demonstrada a possibilidade constitucional de a Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, desempenhar uma função vinculativa dos diplomas que, com a mesma qualificação de leis, venham a estabelecer em concreto o estatuto de cada associação pública profissional.

Quer isso dizer que a Proposta de Estatutos da nova Ordem dos solicitadores e agentes de execução tem de respeitar a eficácia paramétrica da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, num conjunto apreciável de exigências que terá de cumprir e que, infelizmente, não cumpre.

19.A violação do princípio da prévia avaliação do impacto da criação de uma nova ordem profissional

I. Analisando as relações que especificamente se estabelecem entre a Lei n.º 2/2013 e a proposta de lei dos estatutos da nova ordem dos solicitadores e dos agentes de execução, *é de realçar uma dimensão procedimental que, não tendo que ver com a substância da decisão, não deixa de se impor ao legislador que pretende a criação de uma concreta ordem profissional.*

É o que se diz no art. 3.º, n.º 2, da Lei n.º 2/2013: “A constituição de novas associações públicas profissionais é sempre precedida dos seguintes procedimentos: a) Apresentação de estudo, elaborado por entidade de independência e mérito reconhecidos, sobre as exigências referidas no artigo

anterior e o cumprimento dos requisitos previstos no número anterior, bem como sobre o seu impacte na regulação da profissão em causa”.

II. A verdade, porém, é que, compulsado o procedimento legislativo que foi posto à apreciação, não se vislumbra qualquer estudo independente sobre o “...impacte na regulação da profissão em causa”.

É por isso linear chegar-se à conclusão de que a criação desta nova ordem profissional – que se consubstanciaria na aprovação, por lei, dos Estatutos da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução – será sempre uma clara ilegalidade por ausência de um estudo que explicasse essa solução legislativa.

III. Poder-se-ia contrariar esta conclusão – e desde já se antecipa o devido argumento contrário, que nos parece ineliminável – dizendo-se que a ordem profissional a ser criada não seria, em rigor, a “constituição de nova associação pública profissional”, com o facto se dispensando aquele requisito prévio da elaboração do mencionado estudo, mas a simples consolidação de uma associação profissional já existente.

Não parece que essa linha de pensamento tenha consistência, porquanto há dados estruturais que fazem com que a ordem a ser criada seja algo de substancialmente diverso da anterior Câmara dos Solicitadores, e por vários motivos:

- por um lado, a associação pública profissional anterior – ainda em funções – nem sequer era uma “ordem”, mas uma “câmara”, designações que visam enquadrar não apenas a tradição das profissões reguladas, mas essencialmente os pressupostos da respetiva admissão, estipulando o art. 11º, nº 1, da Lei nº 2/2013 que “As associações

públicas profissionais têm a denominação «ordem profissional» quando correspondam a profissões cujo exercício é condicionado à obtenção prévia de uma habilitação académica de licenciatura ou superior e a denominação «câmara profissional» no caso contrário”;

- por outro lado, *a associação pública profissional anterior não dispunha de um tratamento unitário da profissão dos agentes de execução cuja regulamentação se esparsa em vários diplomas dispersos, sendo certo que os agentes de execução cuja habilitação é a de advogado nem sequer se encontram representados pelos anteriores estatutos que só contemplam os agentes de execução com formação em solicitadoria.*

20. A violação do princípio da participação por discussão pública

I. Além da avaliação do impacto da criação de uma nova ordem no exercício de uma profissão, a Lei-Quadro das Associações Públicas Profissionais é também muito clara na obrigação procedimental a que vincula o legislador de submeter a discussão pública qualquer projeto de estatutos de uma ordem profissional.

É isso o que consta do art. 3º, nº 2, al. c), da Lei nº 2/2013: “Submissão a consulta pública, por um período não inferior a 60 dias, de projetos de diploma de criação e de estatutos da associação pública profissional, acompanhado do estudo referido na alínea a)”.

II. Não há qualquer dúvida de que o actual procedimento legislativo que se pretende que conduza à criação da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução preenche os pressupostos fáticos desta norma.

Trata-se de uma nova associação pública profissional, no caso designada “ordem”, que é criada *ex novo*, diploma que tem por escopo revogar leis pré-existentes.

Nem se diga que a nova ordem profissional será apenas uma reconfiguração da anterior Câmara dos Solicitadores: *são substanciais as alterações a introduzir nos âmbitos profissionais envolvidos e, fundamentalmente, na regulamentação adotada.*

III. Ora, perante o preenchimento da previsão desta norma, *verifica-se o seu incumprimento por não ter havido qualquer discussão pública, como impõe a sua estatuição.*

É certo que no texto da proposta da lei dos estatutos da nova Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução se vislumbra, numa linha oblíqua, a expressão “Audições Públicas”.

Mas “audição pública” não equivale a “discussão pública”, como tão bem o sublinha o Regimento da Assembleia da República⁴⁵:

- *a discussão pública é um debate generalizado, em que intervém um universo amplo de cidadãos.* “Em razão da especial relevância da matéria, a comissão parlamentar competente pode propor ao Presidente a discussão pública de

⁴⁵ Sobre esta distinção, v., por todos, Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, II, 5ª ed., Coimbra, 2013, pp. 1149 e 1150.

projetos ou propostas de lei, nos termos dos n.ºs 3 e 4 do artigo 134.º”, conforme se pode ler no art. 140.º, n.º 1, do RAR;

- a audição pública é um debate que especificamente se dirige a certas entidades, que são convidadas a intervir. “O disposto nos números anteriores não prejudica as iniciativas que as comissões parlamentares competentes em razão da matéria entendam desenvolver de modo a recolher os contributos dos interessados, designadamente através de audições parlamentares ou do sítio da Assembleia da República na Internet”, nos termos do art. 140.º, n.º 2, do RAR.

Assim sendo, eis mais uma razão para encontrar um vício de ilegalidade no diploma a ser aprovado, o que acarretará a sua invalidade jurídica.

21. A violação do princípio da unicidade profissional na criação de uma ordem profissional

I. A Lei n.º 2/2013 é do mesmo modo sensível a um outro princípio, este agora de natureza substantiva, e que tange à exigência de que a criação de uma associação profissional deve abranger apenas uma única profissão, orientação que podemos designar por princípio da unicidade profissional.

É isso mesmo o que se pode ler no art. 3.º, n.º 3, daquela lei parlamentar: “A cada profissão regulada corresponde apenas uma única associação pública profissional, podendo esta representar mais do que uma profissão, desde que tenham uma base comum de natureza técnica ou científica”.

II. Este preceito é uma das várias concretizações possíveis da relevante premissa constitucional inserta nas normas sobre a Administração Pública, a qual dispõe, no art. 267º, nº 4, primeira parte, da CRP que “As associações públicas só podem ser constituídas para a satisfação de necessidades específicas...”.

O que está aqui em causa é, neste momento, a fundamentação para a necessidade da criação de uma associação profissional – com as características de uma ordem – que cuida em conjunto de duas profissões distintas, a de solicitador e a de agente de execução.

III. *Assume-se a convicção de que não se apresenta constitucional e legalmente legítimo consagrar numa mesma ordem profissional a regulação de duas distintas profissões, como a de solicitador e a de agente de execução.*

Nem mesmo se cumpre o requisito legal que o admitiria, ainda que a título excecional, qual seja o da verificação de “...uma base comum de natureza técnica ou científica”.

IV. *Não há uma base comum de natureza técnica ou científica porque ambas as profissões de submetem a uma apreciação diferenciada na respectiva regulação ao nível das normas técnicas aplicáveis, dada as diferenças de intervenção e de poderes.*

Se dúvidas houvesse, bastaria compulsar o conjunto das normas técnicas e dos regulamentos em geral que se aplicam a ambas as profissões e ver o resultado: poucos ou nenhuns.

Vejamos o que faz um agente de execução: nos termos do art. 162º da Proposta de Estatutos, “O agente de execução é o auxiliar de justiça que, na prossecução do interesse público, exerce poderes de autoridade pública no cumprimento das diligências que realiza nos processos de execução, nas notificações, nas citações, nas apreensões, nas vendas e nas publicações no âmbito de processos judiciais, ou em atos de natureza similar que, ainda que não tenham natureza judicial, a estes podem ser equiparados ou ser dos mesmos instrutórios”.

Vejamos o que faz um solicitador: nos termos do art. 139º, nº 1, da Proposta dos Estatutos, o solicitador é um “... livre prestador de serviços...” ressaltando logo em primeiro lugar como atos próprios dos solicitadores o “...exercício do mandato forense...”, sendo certo que, nos termos do nº 2 do mesmo artigo, “Consideram-se atos próprios dos solicitadores os atos que, nos termos do número anterior, forem exercidos no interesse de terceiros e no âmbito de atividade profissional...”.

Já o agente de execução, é “...uma auxiliar da justiça...”, mesmo se indicado por uma parte, nunca a pode representar, atuando com independência, ao passo que o solicitador é mandatário do seu cliente: nos termos do art. 162º, nº 3, da Proposta de Estatutos, “Em regra, o agente de execução é indicado por uma das partes processuais, não sendo mandatário destas nem as representando”.

Daí se percebe que a base técnica de regulamentação de ambas as profissões, dada esta sua essencial destrição nas respetivas naturezas, seja

acentuadamente contraposta, como se pode ver, de resto, pela consulta dos regulamentos aplicáveis a uma ou a outra profissão.

V. Não são os argumentos substanciais os únicos relevantes porque a criação de uma ordem profissional, quando nela integra a regulação de duas profissões, tem de atender ao equilíbrio que se alcançará, o qual será precário, para não dizer inexistente.

O primeiro argumento esgrime-se em torno do número de profissionais de ambas as profissões. A adoção de uma ordem profissional única para tratar de duas profissões naturalmente que vai beneficiar a profissão mais numerosa e a assimetria é enorme: o número de solicitadores é sempre muito maior, podendo com isto facilmente dominar a ordem profissional, que será sempre uma ordem profissional dos solicitadores.

Poder-se-ia pensar que pelos colégios de especialidade se atalharia a esse óbice, mas simplesmente nos órgãos de governo, que são comuns, cada profissão é livre de votar em assuntos da especialidade da outra profissão.

Isso vê-se com facilidade no tocante ao poder regulamentar: como a titularidade deste poder é da assembleia geral, e como nesta têm assento ambas as profissões, tal resultado afigura-se inevitável.

Os colégios de especialidade – que são o estratagema organizatório para manter a separação – não logram tal desiderato porque o poder essencial está na aprovação dos regulamentos e esta competência está acima dos colégios de especialidade, tendo sido atribuída à assembleia geral.

VI. Outro argumento há que se relaciona com a situação atual que se vive na regulamentação da profissão de agente de execução e que constitui um elemento regulatório nada despiciendo.

Nos termos da Lei n° 77/2013, de 21 de novembro, que cria a CAAJ, as profissões aí referidas não são as de solicitador e de agente de execução, mas antes as de agente de execução e administrador judicial.

Como se pode ler no art. 1º, n° 2, deste diploma, “Estão sujeitos ao acompanhamento, fiscalização e disciplina da CAAJ os auxiliares de justiça cujos estatutos prevejam a sua intervenção, nomeadamente os agentes de execução e os administradores judiciais, bem como outros auxiliares de justiça nos termos que a lei determine”.

Significa isto que foi o próprio legislador recente – o legislador de Novembro de 2013, que é o mesmo de agora – a frisar a maior proximidade entre estas duas profissões forenses, excluindo dessa maior proximidade os solicitadores.

E note-se que esta proximidade regulativa, que tem múltiplas consequências, sobretudo ao nível disciplinar, foi assumida com uma especial força vinculativa de estatutos de ordens profissionais, passados ou futuros, por via da imperatividade referida no art. 35º, n° 1: “O disposto na presente lei relativamente à disciplina dos auxiliares de justiça prevalece sobre quaisquer outras disposições legais que disponham de modo diverso, designadamente as que regulam as associações públicas profissionais”.

VII. Cumpre ainda dizer que o legislador, no respeito por estas orientações constitucionais e legais, tem sempre feito a rigorosa distinção entre todas as profissões que pretende submeter ao império regulativo de uma associação pública profissional.

E isso acontece mesmo na situação em que o número de profissionais é reduzido, não se deixando o legislador amedrontar por esse facto e revelando a sabedoria de distinguir os meandros de cada profissão, garantindo-lhes, perante profissões próximas, a sua independência e identidade estatutária.

Mas, por absurdo, pense-se que o legislador, a partir de agora, alargaria aquilo que pretende fazer aos agentes de execução, integrando-se numa ordem profissional nova, mas na qual imperam os solicitadores.

Eis o resultado possível:

- integrar numa só ordem os profissionais forenses: os advogados, os notários, os solicitadores, os administradores judiciais e os agentes de execução;
- integrar numa só ordem os profissionais de engenharia: os engenheiros e os engenheiros técnicos;
- integrar numa só ordem os profissionais de saúde: os médicos e os enfermeiros.

Só esta ilustração ficcionada permite entrever o resultado abstruso a que se chegaria nestas profissões: infelizmente, a ser aprovada a proposta de novos Estatutos da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, este resultado sairá da fantasia para chegar a realidade portuguesa...

22. A violação do princípio da proibição de o poder disciplinar máximo se fundar em considerações pecuniárias

I. A Lei n.º 2/2013 também oferece uma relevante orientação em matéria de exercício do poder disciplinar, diferenciando a sua gravidade em função dos bens jurídicos envolvidos.

A disposição do art. 18.º, n.º 3, da Lei-Quadro das Associações Públicas Profissionais prescreve o seguinte: “As sanções disciplinares de suspensão e de expulsão da associação pública profissional são aplicáveis apenas às infracções graves e muito graves praticadas no exercício da profissão, não podendo ter origem no incumprimento pelo membro do dever de pagar quotas ou de qualquer outro dever de natureza pecuniária”.

Aqui aflora um princípio muito importante e que se relaciona com a finalidade punitiva do poder disciplinar em associações públicas profissionais, com a delicadeza de lidar com o exercício de uma profissão e com o meio de vida das pessoas: *a proibição de as pessoas ficarem privadas de exercer uma profissão por não terem dinheiro para custear a sua pertença a organismos públicos de regulação da sua atividade profissional.*

II. A este propósito, é bom que se atente no mecanismo estabelecido na proposta de Estatutos da nova ordem dos Solicitadores e de Agentes de execução de permitir a cobrança coerciva dos pagamentos da retribuição da caixa de compensações.

Determina-se que este pagamento é feito de forma automática (art. 175º, nº 7), concretamente por débito direto automático, sempre que esteja indexado ao valor de um honorário determinado (art. 175º, nº 8).

Se isso não suceder, cominam-se sanções – que assumem o carácter de uma suspensão da atividade – no caso de incumprimento do pagamento automático, previstas nas alíneas do art. 175º, nº 10, da Proposta de Estatutos.

III. É assim que este art. 178º, nº 10, da Proposta prescreve que a não realização do pagamento por débito direto implica a indisponibilidade do acesso a várias ferramentas fundamentais ao exercício da profissão.

Se assim for, o agente de execução não pode ter acesso às ações de formação. Como estas são ações de formação obrigatórias e levando ao cancelamento da inscrição, já se vê que o mesmo é dizer que, quem não aderir ao débito direto, se arrisca a ver a sua inscrição cancelada.

Ora, essa consequência configura uma verdadeira sanção disciplinar de suspensão da atividade e viola o artigo 18º, n.ºs 2 e 3, da Lei-Quadro das Associações Públicas Profissionais, onde se prevê a existência de sanções apenas para o não pagamento de quotas e não “outro dever de natureza pecuniária”, como é o caso da caixa de compensações.

Tudo isto é ainda feito ao arrepio de um direito de defesa que qualquer processo disciplinar deve aceitar. Mas como a sanção é automática, não há a possibilidade de exercer esse direito. Apesar de o n.º 11 daquele artigo prever a audiência prévia, esta de nada vale porque o n.º 12 nem pondera alterar a posição mediante aquele meio de defesa, já que “após a audiência prévia do

agente de execução”, a Ordem lhe comunica a aplicação das sanções constantes do n.º 10.

23. A violação do princípio democrático na integração forçada da profissão de agente de execução numa nova ordem profissional conjunta com a profissão de solicitador

I. Para além de tudo quanto se disse de específico no tocante à violação da Lei n.º 2/2013, em matéria de criação de uma nova ordem profissional, *sempre restará um pensamento de fundo – que deve ser referido no fim do texto deste parecer – e que se relaciona com a vontade de toda uma classe profissional em ser integrada nesta nova ordem profissional proposta.*

Decerto que não se questiona a legitimidade formal de o poder legislativo parlamentar poder aprovar a configuração proposta da lei que aprovará – espera-se que não – os estatutos da nova ordem profissional dos solicitadores e agentes de execução.

E também agora já não analisamos, porque já foi feito, as inconstitucionalidades e ilegalidades específicas de que enferma tal proposta de estatutos.

O ponto é agora saber até em que termos se afigura legítimo, no plano material, impor a uma classe profissional o desenho de uma ordem profissional cujo impacto na organização da actividade se desconhece.

II. Esta é, além da dimensão de decisão política, uma decisão que está filtrada por parâmetros jurídicos muitos fortes e que se relacionam com o princípio democrático.

Pode porventura esta dimensão não ter ficado muito explícita, mas ela estará necessariamente presente e vai muito para além da tradicional visão do princípio democrático no funcionamento da ordem, profissional já constituída.

Na verdade, de acordo com essa perspetiva, a Lei nº 2/2013 é clara em vários aspetos:

- na sua própria definição, devendo ser representativas dos seus associados, nos termos do art. 2º: “Para efeitos da presente lei, consideram-se associações públicas profissionais as entidades públicas de estrutura associativa representativas de profissões que devam ser sujeitas, cumulativamente, ao controlo do respetivo acesso e exercício, à elaboração de normas técnicas e de princípios e regras deontológicos específicos e a um regime disciplinar autónomo, por imperativo de tutela do interesse público prosseguido”;

- nas suas atribuições, nos termos do art. 5º, nº 1, al. b): “A representação e a defesa dos interesses gerais da profissão”;

- na sua estrutura interna, nos termos do art. 15º, nº 1: “As associações públicas profissionais dispõem de órgãos próprios e a sua organização interna está sujeita ao princípio da separação de poderes”.

III. A questão da aplicabilidade do princípio democrático afigura-se relevante a montante da existência da ordem profissional, que sendo criada deverá ser democrática.

Não olvidando que a ordem profissional tem uma natureza associativa, assentando num substrato humano e não patrimonial ou empresarial, julga-se objetivamente necessário que o princípio democrático também insufle o momento da decisão legislativa de realizar a sua criação.

Por aquilo que tem sido reiteradamente afirmado, em público e em privado, por agentes de execução e, sobretudo, pela Associação de Agentes de Execução, que é a única organização representativa destes profissionais, *considera-se que essa vontade não existe para suportar a arquitetura de uma nova ordem profissional com solicitadores e agentes de execução com as características das que são agora propostas.*

V CONCLUSÕES

23. Enunciado das Conclusões

Do exposto, conclui-se que a Proposta de Lei dos Estatutos da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução é inválida por se encontrar viciada de:

- a) Inconstitucionalidade por estabelecer restrições inadmissíveis à liberdade de profissão dos agentes de execução num conjunto de disposições que lhes impõe uma regulamentação mais severa do que as que se aplicam à profissão dos solicitadores, igualmente integrada na mesma ordem, contrariando essas restrições os princípios da igualdade e da proporcionalidade, como se vê em matéria de acesso e exercício da profissão;

- b) Inconstitucionalidade por fixar restrições inadmissíveis à liberdade de iniciativa económica privada e direito de propriedade privada dos agentes de execução, contrariando as mesmas a liberdade económica e a concorrência, as quais se traduzem, especificamente, em diversos

mecanismos expropriatórios dos seus rendimentos, como sucede com caixa de compensações e o fundo de garantia;

- c) Inconstitucionalidade do art. 3º, nº 16, do diploma preambular de aprovação dos Estatutos na medida em que põem em causa os princípios constitucionais da proteção da confiança e a reserva de jurisdição por fazer repriminizar normas que estão caducadas e sobre as quais há ações judiciais pendentes;
- d) Ilegalidade por violação da necessidade da prévia avaliação do impacto da criação de uma nova ordem profissional, diligência que consta do art. 3º, nº 2, al. a), da Lei nº 2/2013, mas que foi omitida;
- e) Ilegalidade por violação da necessidade da participação dos interessados num amplo contexto de discussão pública, como estabelece o art. 3º, nº 2, al. c), da Lei nº 2/2013, auscultação que não existiu nestes termos, não se confundindo a audição pública realizada com aquela discussão pública que era exigível;
- f) Ilegalidade por violação do princípio da unicidade profissional na criação de uma ordem profissional, uma vez que a proposta em causa regulamenta duas profissões que, pela sua distinta natureza, deveriam estar inseridas em duas ordens profissionais diversas;

- g) Ilegalidade por violação do princípio da proibição de o poder disciplinar máximo se fundar em considerações pecuniárias, porquanto a falta do pagamento automático devido à caixa de compensações cancela a inscrição na Ordem do agente de execução, punição disciplinar que, não tendo esse nome, ainda por cima se aplica sem que haja lugar a qualquer direito de defesa;
- h) Ilegalidade por violação do princípio democrático na criação de uma ordem profissional por via da rejeição do modelo adotado por parte de uma das classes profissionais que a mesma visa regular;

Este é, salvo melhor, o parecer de



Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de
Lisboa e da Universidade Autónoma de Lisboa

Lisboa, 13 de março de 2015.