



CATÓLICA
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA | PORTO

HETERO-REGULAÇÃO

VS.

AUTO-REGULAÇÃO

As Entidades Reguladoras Independentes e as Associações Públicas
Profissionais - em especial a Ordem dos Advogados.

Paulina Pinto Pardal

Dissertação de Mestrado em Direito Administrativo apresentada à
Universidade Católica Portuguesa - Centro Regional do Porto, Pólo da Foz,
sob a orientação da Doutora Filipa Urbano Calvão.

Porto

2016

Universidade Católica Portuguesa
Centro Regional do Porto
Escola de Direito
Mestrado em Direito Administrativo

**Hetero-Regulação vs. Auto-Regulação:
As Entidades Reguladoras Independentes e as Associações
Públicas Profissionais - em especial a Ordem dos Advogados.**

Paulina Pinto Pardal

Dissertação apresentada na Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto, Pólo da Foz, para obtenção do grau de Mestre em Direito, elaborada sob a orientação da Doutora Filipa Urbano Calvão.

Porto
2016

Aos meus pais, por absolutamente tudo. As palavras serão sempre escassas para descrever todo o carinho e dedicação. Estou-vos eternamente grata.

Aos amigos, que são a família que se escolhe e caminham ao nosso lado, mesmo quando achamos que estamos sós.

À minha orientadora, a Doutora Filipa Calvão, pela disponibilidade, simpatia e sobretudo, pela sabedoria que tão bem soube transmitir.

Obrigada.

Índice

Abreviaturas.....	4
Nota introdutória.....	5
1. As Associações Públicas Profissionais: o estado da arte em Portugal	6
1.1. As Associações Públicas Profissionais no ordenamento jurídico português – perspetiva geral	6
1.2. Questões específicas suscitadas pelos poderes das Associações Públicas Profissionais	13
2. As Entidades Reguladoras Independentes e as Associações Públicas Profissionais.....	19
2.1. Formas de organização administrativa: Administração Independente e Administração Autónoma – análise comparativa	20
3. Proposta de soluções.....	36
Conclusões e reflexões finais	41
Bibliografia.....	42

Abreviaturas

Art(s). – Artigo(s)

Al(s). – Alínea(s)

AP–Administração Pública

AED–Administração Estadual Direta

AEIndir.–Administração Estadual Indireta

AA–Administração Autónoma

AI–Administração Independente

AAVV–Autores Vários

CRP–Constituição da República Portuguesa

Cf.–Confronte

DF(s)–Direitos Fundamentais

DLG(s)–Direitos, Liberdades e Garantias

EUA–Estados Unidos da América

EPE(s)–Entidades Públicas Empresariais

ERI(s) ou ER(s)–Entidade(s) Reguladora(s) Independentes

IP(s)–Instituto(s) Público(s)

LQ–Lei-quadro das Entidades Reguladoras Independentes

NCPA–Novo Código do Procedimento Administrativo

P. (pp.)–Página(s)

OA–Ordem dos Advogados

Ob. cit–Obra citada

RU–Reino Unido

UE–União Europeia

Ss.-Seguintes

Nota introdutória

O nosso estudo tem como pretensão a realização de uma análise das duas formas organizatórias de regulação que se encontram hoje em pleno funcionamento no nosso ordenamento jurídico: a Administração Independente e a Administração Autónoma.

Assim, o que nos comprometemos a fazer é, primeiro, esclarecer qual o estado da arte em Portugal, isto é, descrever o que se passa hoje no ordenamento jurídico português, no que às Associações Profissionais diz respeito. Depois, para nos auxiliar na procura das soluções mais adequadas aos problemas encontrados, iremos esmiuçar os dois modelos de organização administrativa, referindo-nos, para isso, aos regimes jurídicos de ambos para tentar perceber no que é que diferem e no que é que se relacionam, para, finalmente, nos debruçarmos sobre o aspeto essencial que aqui nos traz e que se prende com a descoberta de uma ou várias soluções para os problemas de base que a OA - e eventualmente outras associações profissionais – enfrenta. São problemas, poucas vezes apreciados, mas que minam a credibilidade de uma profissão que tanto auxilia a comunidade. Daí a nossa vontade de os expor, tendo sempre presente que não pretendemos denegrir a imagem positiva que se possa ter destas instituições, muito pelo contrário, é elencando os seus problemas e tentando procurar soluções mais adequadas que se consegue avançar e evoluir. É esse o nosso único propósito aqui.

Impõe-se ainda uma nota para alertar para a circunstância de que este tema não se confina só à área do Direito Administrativo da Regulação. Outras áreas do Direito têm de ser referidas, uma vez que é uma tarefa impossível compartimentalizar o Direito. Todos os ramos se tocam, em especial no nosso caso, o Direito da Concorrência, o Direito Constitucional, o Direito Civil e o Direito Administrativo.

1. As Associações Públicas Profissionais: o estado da arte em Portugal ¹

O presente capítulo servirá para assinalar um ou outro aspeto relativo ao Estatuto das Associações Profissionais com relevância direta para a definição de soluções alternativas a um modelo de auto-regulação. Neste contexto, a OA servirá recorrentemente de exemplo.

1.1. As Associações Públicas Profissionais no ordenamento jurídico português – perspetiva geral

O modelo de auto-regulação, de um modo geral e as ordens profissionais, em particular, têm já larga tradição no nosso ordenamento jurídico. Encontram-se as primeiras referências às ordens, como organismos públicos, na época do Estado Novo (1926), com o surgimento daquela que é a ordem profissional mais antiga em Portugal. Referimo-nos, claro, à Ordem dos Advogados. As demais ordens que hoje existem ainda como tal, foram criadas, umas ainda durante o Estado Novo, outras já depois de 1974.

Passaram por um momento menos positivo, quando não receberam acolhimento no texto da Constituição de 1976, o que resultou numa vaga de contestação da sua legitimidade democrática e constitucional. Ainda assim, este contratempo foi ultrapassado aquando da sua inclusão expressa no corpo da Lei Fundamental, com a reforma operada à CRP em 1982.

Atualmente, as Associações Públicas Profissionais encontram abrigo constitucional no art. 267º, nºs 1, 2 e 4 e estão dotadas de lei própria (Lei 2/2013, de 10 de Janeiro) que estabelece o regime jurídico da criação organização e funcionamento destas entidades. São de criação excecional, isto é, só quando o interesse público o justifique é que estas entidades são instituídas – este é apenas um dos requisitos a ter em conta, existem outros não menos importantes que serão abordados mais adiante.

Quando falamos de Associações Públicas Profissionais, não nos estamos só a referir às ordens profissionais. Estas também abrangem as chamadas câmaras profissionais - art. 11º da Lei 2/2013. Assim, consideram-se, para efeitos legais, Associações Públicas

¹ Neste capítulo seguiremos de perto Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Editora Almedina, Coimbra, 1997, pp. 287 a 296.

Profissionais todas as entidades públicas que “congregam os praticantes de determinada profissão, para defesa dos interesses específicos dessa profissão e que, (...) são dotadas por lei de poderes de regulação da respetiva profissão, abrangem as profissões liberais, que são as exercidas de forma independente de uma relação de trabalho assalariado e (...) todas as que exigem uma específica formação académica e profissional e que obedecem a regras deontológicas (...)” (arts. 2º e 4º da Lei 2/2013).²

O que se pede atualmente às Associações Profissionais é a ordenação da atividade profissional respetiva, de modo a garantir a qualidade dos serviços prestados e a criação de um nível de confiança pública nas prestações profissionais, revelando-se nesta última o interesse público prosseguido por estes organismos e que se traduz no correto exercício da atividade profissional. Por serem atividades com especial importância para a comunidade, devem ser submetidas a regimes específicos, de cariz técnico e deontológico. Por outro lado, devem ainda ser sujeitas a um controlo específico, quer no que diga respeito ao acesso à profissão, assim como naquilo que se relacione com o seu exercício. Esta tarefa de controlo e de definição de regras é desenvolvida pelos próprios profissionais, daí que se fale a este respeito de auto-regulação. Se não fosse assim esta tarefa seria cometida ao Estado, que poderia comprometer a autonomia técnico-intelectual destas profissões.³

Por outras palavras, podemos dizer que, tipicamente, são de salientar a título principal, duas funções de auto-regulação profissional: a representação e defesa dos interesses da profissão e a função de tutela da confiança relativamente à mesma, sendo que esta última tem que ver com a preocupação das ordens de garantir que a profissão é exercida com a dignidade e qualidade necessárias para que os clientes e a comunidade em geral usufruam dos serviços colocados à sua disposição e confiem nos respetivos profissionais (este é o interesse público que prosseguem) – art. 5º da Lei 2/2013.^{4 5}

² Filipa Urbano Calvão, *Regulação das profissões – As associações profissionais e outras formas de regulação*, edição policopiada, fornecida nas aulas de Direito Administrativo da Regulação (curso de Mestrado) p. 2.

³ *Ibidem*, p. 3.

⁴ Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, Novembro 1997, p. 191;

⁵ Cf. Filipa Urbano Calvão, *Regulação das profissões...*, *ob. cit.* p.5.

Assim, no que diz respeito às ordens profissionais, aquilo com que nos deparamos é que cada ordem profissional tem o seu próprio estatuto, e que, cada caso é um caso particular. Não existe um modelo comum estatutário das diversas associações profissionais, ao contrário do que acontece em Espanha, onde existe, além deste modelo estatutário comum, uma Lei-quadro das ordens profissionais.

Todavia, não obstante as notáveis diferenças entre cada estatuto, todos têm algo em comum. Por um lado, todas preveem um regime de inscrição obrigatória, pois é dela que depende o exercício da profissão. São também condição para esse exercício a detenção, no mínimo, do grau de licenciado (exigência que não é feita quando falamos de câmaras profissionais), e nalguns casos, é ainda exigido o preenchimento dos requisitos de idoneidade moral e o estágio profissional (é o que acontece com a OA); requisito negativo é o que refere que se encontram impossibilitados de se inscrever aqueles que tenham sido criminalmente condenados (uma vez mais, a OA prevê este requisito nos seus Estatutos). Os últimos requisitos são, tanto do ponto de vista de Vital Moreira ⁶, como do nosso, problemáticos: os primeiros, por abrirem as portas a que estas entidades detenham um vasto poder discricionário no que concerne o acesso à profissão. Muitas vezes, estas põem em primeiro lugar os interesses dos membros já inscritos, deixando de parte, aqueles que pretendem efetivamente aceder à profissão, podendo violar o preceito constitucional que institui a liberdade de profissão como um DLG (categoria mais forte e mais protegida no catálogo dos DFs), vertido no art. 47º, nº1 – problema ao qual faremos uma observação mais aprofundada adiante. O último requisito é também problemático por força do preceituado no art. 30º, nº4, da CRP. Esta exigência contraria aquilo que é dito no referido artigo (“nenhuma pena pode ter como efeito a perda de direitos civis, profissionais ou políticos.”). E nós acrescentamos o seguinte: não poderíamos aplicar por analogia o que se estabelece no nº5 do art. 29º também da CRP (“ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”) para refutar esta exigência? Esta hipótese não nos parece de todo incompatível com o normativo em apreço, até porque, muitas das vezes, o cumprimento da pena pode terminar, mas o “apontar de dedo” e a estigmatização continuam lá, impedindo o indivíduo - que até se arrependeu do crime que cometeu - de poder levar uma vida normal.

É de notar ainda - quanto ao requisito da idoneidade - que o Estatuto da OA prevê os casos em que esta é averiguada para apreciar da capacidade de exercício da profissão e

⁶ Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional...*, *ob cit*, pp. 291 *in fine* e 292.

prevê a possibilidade de reabilitação do advogado a quem tenha sido reconhecida a inidoneidade (o que resolve parte do problema, mas não todas as questões que acabam de se discutir).⁷

No que diz respeito à matéria disciplinar, há bastantes diferenças entre as várias ordens estabelecidas no nosso ordenamento jurídico. Mas todos os estatutos regulam, de forma mais ou menos densa, esta matéria. Por outro lado, são previstos órgãos disciplinares separados dos órgãos executivos (hoje, com o novo Estatuto da OA, também se prevê a independência destes órgãos, no art. 127º). Não podemos deixar de mostrar o nosso agrado com a solução adotada nesta matéria apesar de considerarmos que esta independência se deveria garantir também noutras matérias.

É ainda relevante referir que nenhum Estatuto confere às respetivas ordens competência em matéria de honorários (o Estatuto da OA contém apenas um artigo sobre esta matéria e não faz referência à existência de uma tabela de honorários – art. 105º), até por se tratar de um assunto que condiciona o exercício da atividade (se forem fixados honorários mínimos) e contraria a lógica de um mercado aberto e de livre concorrência. No entanto, a OA disponibiliza uma tabela de honorários aos seus membros, que apesar de meramente indicativa, não deixa de suscitar dúvidas sobre a sua legalidade, por não ter cobertura legislativa e por potencialmente poder vir a contender com o princípio da livre concorrência. Fixando-se um teto mínimo está-se a restringir a concorrência pelo preço, impossibilitando os recém-chegados ao mercado, ou os profissionais mais eficientes, de cobrarem valores inferiores aos estabelecidos na tabela. Não é pelo estabelecimento de preços mínimos que se garante a qualidade do serviço prestado. Muito pelo contrário, uma solução deste género propiciaria o isolamento dos agentes económicos das pressões que resultam do normal funcionamento do mercado.⁸

Relacionada com esta questão, está a da proibição da publicidade. É comum as ordens profissionais proibirem a publicitação dos respetivos serviços, quer em absoluto, quer no que diga respeito a determinadas formas de publicidade. Contudo, esta proibição é suscetível de afetar negativamente o mercado se pensarmos que a publicidade pode ser

⁷ Para este efeito, cf., com os arts. 177º e 179º do Estatuto da Ordem dos Advogados, Lei nº 145/2015 de 9 de setembro, publicada em *Diário da República, 1ª série, nº 176, 9 de setembro de 2015*.

⁸ Cf. Carolina Cunha, *Profissões liberais e restrições da Concorrência*, in *Estudos de Regulação Pública – I, ob. cit.*, p. 464, 465, 480 e 481.

um meio importante de dinamização da concorrência – se o consumidor não sabe quais os serviços, nem a que preço são oferecidos, não poderá escolher o que melhor se adequa às suas necessidades, o que, em última instância resultará na diminuição da concorrência entre os prestadores do serviço. A publicidade é um meio adequado ao fornecimento de informação, importante para o bom funcionamento dos mercados, permite ao consumidor obter as informações necessárias para fazer a escolha que melhor lhe convém, conduzindo, por conseguinte a uma descida dos preços, tornando os mercados mais competitivos. Por outro lado, esta proibição afeta ainda os recém-chegados ao mercado, por os impedir de divulgar a sua presença (algo, que do nosso ponto de vista, não tem nada que ver com a defesa da manutenção do padrão da qualidade dos serviços prestados e da dignidade da profissão, mas antes, serve, hoje mais do que nunca, para garantir que a clientela não foge da mão das grandes sociedades que detêm maior influência e poder no mercado).

Não nos parece de todo incompatível com a manutenção da qualidade dos serviços a que nos reportamos, a possibilidade de se permitir uma publicidade meramente informativa. Não vemos também, como este tipo de mensagens afete a dignidade de uma profissão, aliás, ela promove uma maior transparência do mercado e em última instância beneficia o consumidor destes serviços. Já não seremos da mesma opinião se falarmos de uma publicidade comparativa ou impositiva, que poderá descreditar a profissão. Aliás, no RU, a liberalização das regras sobre publicidade aconteceu já na década de oitenta.⁹

Mais se acrescenta que, o argumento da deontologia profissional também aqui não parece colher frutos – sem pretendermos, de todo, questionar o mérito e os propósitos que visam alcançar estas regras, ao promoverem a adoção de condutas honestas e a lealdade, além de promoverem também o respeito entre as pessoas – uma vez que estas não são as regras que estão em causa quando se fixam honorários mínimos, se proíbe a publicidade informativa e a existência de sociedades pluridisciplinares (entre outros exemplos). A utilização destes argumentos para justificar que se restrinja a concorrência, não faz, segundo o nosso entendimento, sentido quando daquilo que se trata é de modos lícitos de a promover. Inclusive coloca em foco a ancestral dicotomia entre a visão tradicional, quase sagrada que se tinha – e ainda se terá -da profissão de Advogado – em que este

⁹ Cf. Carolina Cunha, *Profissões liberais e restrições da Concorrência*, in *Estudos de Regulação Pública – I*, ob. cit., pp. 465, 466, 481 a 483, dando especial atenção à nota de rodapé nº 88, presente na p. 481.

surgia como um erudito, fazendo parte de uma classe de ordem espiritual e intelectual, nível a que o comum dos mortais nunca teria oportunidade de chegar – e a realidade atual, que prima pela democratização e entendimento de que estamos perante uma verdadeira atividade económica de prestação de serviços no mercado.¹⁰

Há, finalmente, que dizer a este respeito, que a UE tem feito esforços no sentido de impor a supressão das restrições legais à publicidade destas profissões e que tem também vindo a proibir a fixação de tabelas de honorários.¹¹

Continuando, há ainda outras questões que não podemos ignorar e que, tal como as anteriormente analisadas, podem contender, em última instância, com a prossecução do interesse público para que foram criadas o qual, convém lembrar, se traduz, na representação dos interesses da profissão e sobretudo daqueles que entrem em contacto com estas entidades, como os clientes que procuram os serviços destes profissionais.

Uma primeira palavra para nos referirmos à imposição de um seguro de responsabilidade civil aos advogados estagiários que eles próprios têm de custear e não tendo também, ao que parece, liberdade na escolha de outra agência de seguros com a qual negociar os termos desse contrato. Esta imposição encontra-se prevista na Lei 2/2013, no art. 31º. Parece-nos bem que este seguro exista, no entanto, é-nos mais difícil de aceitar, que no caso de um advogado estagiário, que teve já de custear, do seu próprio bolso, os pesados encargos com a inscrição na respetiva ordem (a OA, no caso em apreço), tenha ainda de ser sobrecarregado com mais este fardo. O que nos leva a questionar o seguinte: não deveria este seguro ser inicialmente custeado pelo patrono, uma vez que o estagiário se encontra sob as suas ordens e não lhe é auferida, na maior parte dos casos, uma remuneração? É também difícil compreender, que a ordem profissional exija que a celebração do contrato de seguro seja feita com uma determinada entidade, sem proporcionar ao candidato a advogado estagiário (uma vez que é uma condição de aceitação da inscrição que se cumpra este requisito), a possibilidade de procurar o agente de seguros que lhe ofereça as melhores condições negociais. Até porque

¹⁰ Cf. Carolina Cunha, *Profissões liberais e restrições da Concorrência*, in *Estudos de Regulação Pública – I*, ob. cit., pp. 487 a 489.

¹¹ Para este efeito, há que ter em atenção a Diretiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006 e cf. com Filipa Urbano Calvão, *Regulação das profissões...*, ob. cit.p. 14.

estamos no seio de uma relação contratual de Direito Privado, regida pelas regras do Direito Civil, que se pauta por Princípios como o da Liberdade e Autonomia contratuais.¹² A ser realmente assim, julgamos que a OA deveria rever os pressupostos em que a aplicação deste requisito se baseia.

Passemos agora à análise da segunda e mais importante questão. Referimo-nos neste sentido, aos perigos que as associações públicas poderiam ter de enfrentar no que diz respeito, sobretudo, à constante tensão existente entre o interesse público e o interesse dos membros destas associações. Esta tensão revela-se com maior intensidade quando entram em colisão os interesses dos que já são membros desta associação profissional e daqueles que estão ainda a dar os primeiros passos nesse sentido. O mais grave é que este conflito contende, no nosso entendimento, com DLGs, protegidos pela Lei Fundamental.

Ora, relacionado com tudo o que temos estado a dizer está então o segundo e mais relevante problema: o do acesso à profissão. Além de se fazer depender a eficácia da inscrição a circunstância de se ter de contratualizar um seguro de responsabilidade profissional, há ainda um conjunto de requisitos cumulativos a preencher antes de conseguir a certificação. Em todo este processo se encontram problemas que é urgente resolver, pois o que se está a promover hoje não corresponde de todo à realidade fáctica das coisas. Aos jovens que pretendem seguir o caminho da advocacia, é-lhes vendido um sonho que na maioria das vezes não se concretiza. O caminho a percorrer é desanimador e a OA parece não querer entender que, com a adoção de determinadas condutas, que pensa que apenas se repercutem no seio do seu grupo, traz consequências que transcendem esse âmbito.

Atente-se que não estamos contra a OA (a instituição foi criada assente em pilares que merecem o nosso aplauso). Todavia, cremos que hoje, os verdadeiros interesses que a ordem protege se afastaram dos interesses que realmente deveriam ser prosseguidos muito por força da dicotomia de que temos vindo a falar. A fronteira que separa os dois interesses é cada vez menos perceptível.

Não estamos também – apesar de parecer - contra o modelo de inscrição obrigatória, exatamente porque a profissão de advogado – como outras, também elas agrupadas em associações profissionalizadas – requer conhecimentos científico-técnicos que a maioria das pessoas não detém, pelo que concordamos que só aqueles que possuam as devidas

¹² Heinrich Ewald Hörster, *A parte geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Editora Almedina, 5ª reimpressão da versão de 1992, Coimbra, 2009, pp.52 a 70.

qualificações possam exercer a profissão. Estamos também céticos no que diz respeito à reapreciação que a OA faz desses conhecimentos que se pressupõe que os candidatos já detêm - por terem o grau de licenciados, no mínimo - o que deveria valer só por si como prova suficiente do domínio desses conhecimentos.

Também não somos contra a imposição da realização do estágio profissional, achamos até que é um percurso importante neste processo, pois é através dele que os novéis advogados fazem a aplicação prática dos conhecimentos teóricos já adquiridos.

Em suma, aquilo que nos preocupa realmente, neste domínio, é a forma como são postos em prática todos estes requisitos – que no final de contas, se mal aplicados, vão sempre contender com a liberdade de escolha da profissão.

1.2. Questões específicas suscitadas pelos poderes das Associações Públicas Profissionais

Feita esta introdução passemos ao apreço do tema em concreto.

Um dos poderes que as ordens profissionais detêm é o poder de emanar regulamentos. É uma das matérias sobre a qual a Lei 2/2013 permite que estas regulem tem que ver com o acesso e exercício da profissão (art. 5º, nº1, al. c)). De frisar que os regulamentos nesta matéria, são meros regulamentos de execução da referida lei, por serem matérias que contendem com DFs, mais propriamente com o art. 47º, nº1 da CRP que se refere à liberdade de escolha da profissão, cuja parte final do referido artigo admite que se possa restringir este DF para salvaguardar o interesse público ou por razões inerentes à capacidade dos titulares do direito. Mas, é importante deixar claro que não se trata de uma compressão constitucional do conteúdo do direito. O direito só será restringido, se e quando ocorra intervenção legislativa nesse sentido, cujo limite inelutável será o núcleo essencial do direito. Neste sentido, há que fazer uma distinção: de um lado teremos a liberdade de escolha da profissão; do outro teremos a liberdade de exercício da mesma. A primeira deve ser restringida o menos possível por se considerar que constitui o núcleo essencial da liberdade de profissão. Nesta medida, as restrições que se justifiquem por fatores inerentes à capacidade de um potencial profissional apenas se podem impor na medida em que se demonstre que, para o exercício de uma atividade profissional, seja imprescindível a detenção de certos conhecimentos ou qualidades. No que diz respeito à

segunda liberdade, ela pode ser mais fortemente restringida pelo legislador, desde que o interesse da comunidade assim o dite.¹³

Quais são então as restrições que o legislador ordinário impõe à liberdade de acesso à profissão?

Em primeiro lugar temos a exigência prévia de habilitação académica (licenciatura, no mínimo). A esta já nos referimos atrás, pelo que vamos apenas dizer que consideramos ser esta uma restrição que não conflitua com o núcleo essencial do direito a que nos reportamos.

Dúvidas constitucionais maiores levantarão as exigências de um período probatório ou de estágio como complemento à formação e modo de averiguar das capacidades técnico-profissionais dos candidatos. Antes de mais há que referir que as dúvidas dependerão sempre da forma como as coisas forem interpretadas e, por conseguinte, aplicadas na prática. Com isto queremos dizer o seguinte: no que toca ao período probatório, faz sentido que se testem as capacidades do candidato, mas não em áreas nas quais já demonstrou ter as qualificações necessárias. Por outras palavras, a realização de exames em que se testem de novo os conhecimentos teóricos do estagiário não encontram justificação legal, sobretudo quando a própria associação exige que este, para se inscrever, tenha previamente de ter, no mínimo, uma licenciatura na área de atuação da respetiva associação. Justifica-se sim que se testem os conhecimentos práticos e deontológicos que ele adquira no decorrer do estágio profissional.

Todavia, esta situação agrava-se quando é a própria ordem a realizar estes exames. Se pensarmos bem, os órgãos que compõem as associações profissionais são os seus associados e, por sua vez, vão ser eles a avaliar os conhecimentos dos candidatos à profissão. Ora, estes, com a preocupação da defesa dos seus próprios interesses (sob o desígnio da “proteção da dignidade e qualidade da profissão”) poderão fechá-la à entrada de novos membros. Repare-se, o problema não é tanto a realização do exame, mas antes sobre que matérias versa e quem os avaliará. A solução passará pela instituição de um exame nacional, igual para todos os interessados realizado por um grupo de entidades independentes com conhecimentos na área a que respeita a profissão cujo acesso está a

¹³ Filipa Urbano Calvão, *Regulação das profissões...*, *ob. cit.* p. 11.

ser regulado¹⁴, tal como acontece no ordenamento jurídico Alemão¹⁵. Em Portugal, com o anterior regime, a OA previa a realização de um exame de aferição da qual se fazia depender a respetiva aprovação para poder-se passar à segunda fase do estágio, no qual se avaliavam os estagiários nos seus conhecimentos teóricos, além dos conhecimentos que diziam respeito à deontologia profissional - regime esse que estava a operar contrariamente aos desígnios legais e constitucionais. Hoje, com o novo estatuto da OA, de 2015, todo o processo de estágio foi alterado, não se prevendo atualmente a exigência de realização deste exame. Resta-nos ver se o exame de agregação versará apenas sobre os aspetos práticos das matérias submetidas a avaliação ou se vai extrapolar essa condição como aconteceu no passado.¹⁶

Agora, no que ao estágio profissional diz respeito. O nosso entendimento vai no sentido de que é um requisito que se justifica e que não é de todo desproporcional, por conferir ao estagiário as competências práticas que complementam os conhecimentos teóricos que já possuem. Todavia, há que ter em atenção que, se a sua duração for desadequada pode contender com o Direito da Concorrência ao pôr em causa a entrada de “sangue novo” no mercado de trabalho. Por outro lado, temos ainda o facto de na maioria dos casos estes estágios não serem remunerados. Na nossa ótica, esta realidade promove a precariedade laboral. Não faz sentido que no século XXI, jovens com cursos superiores tenham de trabalhar, muitas vezes, mais do que aquilo que o horário de trabalho permite, a troco de “aprendizagem”, parecendo quebrar-se a regra de que “ninguém trabalha de graça”. Hoje, mais do que nunca tem de se apostar nos jovens, tem de se lhes permitir que criem uma vida e que ganhem estabilidade financeira. Os jovens são o futuro e se não lhes é dada uma oportunidade de vingar no mundo laboral, como conseguirão sair do buraco da falta de experiência de trabalho? Apregoam-se ações como

¹⁴ Filipa Urbano Calvão, *Regulação das profissões...*, *ob. cit.*, p. 11

¹⁵ João Pacheco de Amorim, *Direitos Fundamentais e Ordens Profissionais – em especial, do direito de inscrição nas Ordens, Parte II*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Setembro de 2004, p. 753.

¹⁶ Ver, a este respeito, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº3/2011, acerca dos exames da OA – Retirado do sítio: <http://www.udireito.com/wp-content/uploads/2011/03/Acord%3%a3o-TC-3.2011-Processon%2%ba-561.10-Exames-de-acesso-%c3%a1-OA.pdf?a148c3>

Desta forma retirou-se algum do poder regulamentar que o legislador tinha dado às ordens, evitando assim outros conflitos de interesses.

o empreendedorismo e a inovação (e bem, atenção) em tantos domínios e depois, noutras áreas, caminha-se num sentido completamente oposto. Os interesses das classes instaladas não podem sobrepor-se ao interesse e à vontade da comunidade. Isso mesmo é demonstrado pelo regime das Associações Profissionais, quando coloca em primeiro lugar, na lista das atribuições destas entidades, a defesa dos interesses gerais dos destinatários dos serviços e só depois se refere aos interesses da profissão. O mais grave é que, no nosso ponto de vista está a violar-se o art. 47º, nº1 da CRP de forma gritante sem que o poder político e legislativo intervenha. A justificação que a OA poderá dar é a de que o mercado dos prestadores de serviços se encontra sobrelotado e a entrada de pessoas com pouca experiência pode baixar a qualidade dos serviços prestados. Todavia, achamos este argumento pobre, primeiro porque se democratizou o acesso ao ensino superior o que levou a que naturalmente houvesse um incremento elevado de licenciados, e até aí tudo bem, contudo é uma realidade que não vai parar de crescer e que não cabe às ordens profissionais tentar resolver através de limitações ao acesso que só vão atrasar o progresso, nem usar isso como arma para justificar as suas opções chamando a si o argumento da tradição e do eruditismo da profissão¹⁷; por outro lado, com aquele argumento parece camuflar-se a verdadeira razão por detrás destes acontecimentos: a falta de interesse por parte dos membros da associação em participarem num mercado livre e concorrencial. De outra forma não conseguimos encontrar uma justificação para esta situação penosa. Mais, Pacheco de Amorim, refere, e com razão, que é incompatível com a natureza pública destas associações a defesa de interesses próprios, por fechar o acesso à profissão, “por meio de *numerus clausus* ou de estágios demorados e mal remunerados... tudo de modo a dificultar a entrada.”¹⁸

Finalmente, temos a exigência de inscrição prévia na respetiva ordem profissional. É uma exigência razoável, adequada, proporcional e necessária aos interesses públicos que a associação visa tutelar, justificando-se pela garantia da qualidade no desempenho da profissão protegida, por um lado e assegurando, por outro, que só acedam aqueles que possuam os efetivos conhecimentos para o exercício digno da profissão; finalmente,

¹⁷ João Pacheco de Amorim, *A liberdade de escolha da profissão de Advogado (Procedimento Administrativo de Concretização*, Coimbra editora, Coimbra, 1992, pp. 100 e 101 (nota de rodapé nº1).

¹⁸ João Pacheco de Amorim, *Direitos Fundamentais e Ordens Profissionais...*, *ob. cit.*, pp 716 e 717.

contribui para a segurança do tráfico jurídico, uma vez que com a inscrição as ordens ficam com um registo dos profissionais inscritos e sobre os quais deve exercer o seu controlo. A este propósito uma dúvida surge: a cédula profissional que certifica que o advogado pode exercer a respetiva profissão não deveria ser temporalmente delimitada? Perguntamos isto, simplesmente porque existem profissionais que possuem a cédula, mas efetivamente não exercem a profissão. Isso não contribuirá também para as alarmantes estatísticas que apontam para uma sobrelotação do mercado que tanto apoquentam as Associações Profissionais?

Outra questão que pode ser suscitada ainda a este propósito tem a ver com a obrigatoriedade de inscrição configurar uma barreira à entrada de novos profissionais no mercado da prestação de serviços. Situação que, no entendimento de Carolina Cunha¹⁹, é agravada pela circunstância de, adicionalmente se exigirem outros requisitos, como exames, ou a realização de um estágio para proceder à inscrição. Estas situações, além de possivelmente restringirem a concorrência, aumentam o período de tempo necessário para que uma nova entrada no mercado ocorra. A mesma autora refere ainda como condicionante, o facto de não existir mais do que uma ordem profissional por setor de atividade de modo a que se dê a possibilidade de os sujeitos poderem escolher aquela que lhes oferecesse as melhores condições e assim facilitasse a entrada no mercado.

Importa notar que as restrições legais não têm o objetivo perverso de produzir este efeito, mas a sua aplicação pelos órgãos associativos parece ter esse intuito, com o argumento da preservação da qualidade e dignidade da profissão que temos vindo a referir.

Quanto à previsão de outras associações, o argumento da autora tem pertinência, contudo, pelo menos no nosso ordenamento jurídico, isso não é possível de realizar pelo facto de estas entidades beneficiarem de uma reserva da atividade, que só permite a sua criação quando o interesse público o justifique.

Finalmente, o último condicionalismo que aqui nos interessa expor é o do *numerus clausus*. Esta restrição traduz-se na limitação do número de candidatos no acesso à profissão, ideia, que tem sido defendida por vários grupos profissionais. Por corresponder à restrição máxima do art. 47º, nº1 da CRP, esta limitação é considerada inadmissível no

¹⁹ Cf. Carolina Cunha, *Profissões liberais e restrições da Concorrência*, in *Estudos de Regulação Pública – I*, ob. cit., pp 462, 463, 473 *in fine*, 474 e 478 e ss.

plano constitucional e violadora do princípio comunitário da livre concorrência pelo que no art. 24º, nº7 da Lei 2/2013 se proibiu expressamente a sua instituição.²⁰

Depois da exposição daquilo que é hoje realidade no ordenamento jurídico português no que às Associações Profissionais em geral, e à OA em particular, diz respeito, parece-nos pertinente que em seguida se compare este instituto auto-regulatório, pertencente à Administração Autónoma, ao instituto da hetero-regulação e das Entidades Reguladoras Independentes, que se inserem na Administração Independente, de modo a equacionar soluções alternativas às atualmente apresentadas na nossa ordem jurídica.

²⁰ Cf. Filipa Urbano Calvão, *Regulação das profissões...*, *ob. cit.* p. 14.

2. As Entidades Reguladoras Independentes e as Associações Públicas Profissionais

Todos sentimos necessidades no dia-a-dia que se prendem com questões de saúde, segurança, justiça, educação, fornecimento de água, ou de eletricidade, entre outras não menos importantes, que é preciso ver satisfeitas de alguma forma. Nesse sentido, o Estado criou uma estrutura que satisfizesse essas necessidades coletivas em vez de deixar que fosse cada indivíduo a tratar de as satisfazer pelos seus próprios meios. Assim, a AP pode ser encarada num sentido material, quando nos referimos à atividade propriamente dita de satisfação das necessidades públicas, que é concretizada pela administração em sentido organizatório, que se reporta à estrutura que exerce essa mesma atividade pública. Neste último sentido, a missão da AP é a prossecução regular e contínua do interesse público através de um sistema complexo de pessoas coletivas públicas²¹, integradas em serviços públicos, que visam desempenhar tarefas importantes e sobretudo necessárias para a satisfação das referidas necessidades. Como se consegue perceber, estes dois conceitos estão intimamente relacionados. Como refere Mário Aroso de Almeida, “...é porque se entende que existe um certo tipo de tarefas que correspondem a uma atividade de administração pública (...) que se institui uma máquina organizatória pública, um conjunto de entidades (...) destinadas a desempenhar essas tarefas (...). A Administração Pública enquanto aparelho de serviços públicos, só existe, na verdade, porque existem essas tarefas que devem ser desempenhadas.”. Todavia, e concordando inteiramente com as palavras do autor, é importante frisar que estas realidades não são indissociáveis. Como teremos oportunidade de ver adiante, nem sempre a atividade administrativa é exercida, de forma exclusiva pelas instituições que integram a AP.²²

²¹ Pessoas coletivas públicas são sujeitos de Direito com características que as diferenciam das pessoas coletivas de Direito Privado, e que passam pelo facto de elas deterem poderes de autoridade, terem por missão a satisfação do interesse público através dos órgãos e serviços que as compõem, e finalmente, serem instituídas por ato legislativo.

²² Mário Aroso de Almeida, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O novo regime do Código do Procedimento Administrativo*, 2ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 16 e 17.

2.1. Formas de organização administrativa: Administração Independente e Administração Autónoma – análise comparativa

Chegados a este ponto, começaremos por fazer uma breve referência à distinção entre as formas de organização administrativa, para, de seguida, passarmos à descrição dos dois tipos de regulação administrativa que relevam para o nosso estudo, referindo-nos ainda, a este propósito, ao o conceito de regulação.

2.1.1. A AP portuguesa organiza-se de acordo com alguns princípios, de entre eles, há que referir dois: o Princípio da Unidade do Estado, que justifica que o Estado tenha poderes sobre as restantes formas de organização administrativa, tendo contudo em atenção que este princípio deve ser conjugado com outras realidades, tais como o facto de este ter de ser compatibilizado com formas supraestaduais do poder, como as instâncias europeias, mas também com formas intraestaduais do poder, pois, ambas situações têm reflexos na organização administrativa. Em relação direta com este princípio, temos o Princípio da Subsidiariedade que tem que ver com a relação do Estado com outras formas de organização supra e intraestaduais (como referido atrás). Este princípio rege-se pelo seguinte: as decisões devem ser tomadas pelas estruturas mais próximas dos cidadãos, porque conhecem melhor os problemas a que se encontram sujeitos. Só quando essas instituições se revelarem ineficientes na realização das suas atribuições é que se partirá para uma estrutura mais afastada da comunidade. É importante referir que estes princípios não são absolutos e podem ficar mitigados quando conjugados com outros princípios ou quando colocados em realidades distintas.²³

Assim sendo, a AP portuguesa encontra-se dividida em Administração Estadual que, por sua vez, se subdivide em Administração Estadual Direta e Administração Estadual Indireta, temos depois a Administração Autónoma e finalmente a Administração Independente. São as duas últimas as que mais nos interessam para a realização desta dissertação, pelo que é sobre estas que recairá a nossa análise.

Naquilo que à AA diz respeito, ela não é considerada Administração Estadual pois estas entidades prosseguem interesses próprios que muitas das vezes são distintos e entram em conflito com os interesses prosseguidos pelo próprio Estado. As Autarquias Locais, as Associações Públicas e as Regiões Autónomas, prosseguem interesses próprios

²³ Estes Princípios encontram-se plasmados na nossa CRP de 1976, nos arts. 6º e 7º, nº6.

comuns a um núcleo de pessoas mais restrito, que é o substrato que representam. Ainda assim, o Estado exerce poderes de tutela da legalidade sobre esta forma organizatória. Não faz sentido que sobre estas exerça o poder de superintendência pelo que temos estado a referir: estas entidades prosseguem interesses diferentes daqueles que são prosseguidos pelo Estado.²⁴ Uma última palavra para referir que a AA se baseia no princípio da descentralização de poderes.²⁵

No que concerne agora a AI. Esta forma de organização administrativa encontra-se expressamente consagrada na CRP, no nº3 do art. 267º. Estas entidades têm uma natureza distinta, já que não se encontram sujeitas a qualquer forma de poder do Estado por força das matérias que regulam e que passam por domínios como a proteção de Direitos Fundamentais – a saúde, a liberdade de expressão, o ambiente, etc... - (como acontece com a Entidade Reguladora da Comunicação Social (ERC) - ou a área económica, que é a mais comum e que visa a supervisão dos mercados.²⁶

Inicialmente estas entidades eram órgãos do Estado que se encontravam dentro da sua cadeia hierárquica (foi o que aconteceu com o Conselho Económico e Social), mas também aconteceu em determinados casos, que o surgimento destas entidades foi ditado, por um lado, por imposição do Direito da UE, por força da liberalização dos mercados (a UE expressamente defende uma política de mercado aberto e de livre de concorrência, nos arts. 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da UE – TFUE)). A própria CRP, a par com o TFUE, na al. f) do art. 81º, refere quais são as “incumbências prioritárias do Estado” e que passam por assegurar “o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas...”²⁷ Por outro lado, temos ainda situações em que estas entidades começaram a brotar de uma vaga de privatizações de

²⁴ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo, Vol. I*, Editora Almedina, 3ª edição, Coimbra, 2014, pp.419 a 421.

²⁵ Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias, *Noções fundamentais de Direito Administrativo*, Editora Almedina, 4ª edição, Coimbra, 2015, p. 79.

²⁶ Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa, *Noções de Direito Administrativo*, Coimbra Editora, 1ª edição, Coimbra, 2011, pp. 193 e 194.

²⁷ “Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:

(...) f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral; (...)” – Retirado do sítio <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html#art81>

determinadas atividades económicas, uma vez que o Estado, que detinha poder direto sobre essas atividades, teve de se retirar dessas áreas de atuação, não abandonando, no entanto, a sua regulação (exemplos disso são a Autoridade da Concorrência, ou a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos).

Podemos então dizer que existem vários tipos de ERs: os serviços do Estado (inexistentes, atualmente); ERs de base institucional e que integram a AEIndir. (por exemplo, o InCI); por último, podemos ter as Entidades Reguladoras Independentes, que, em princípio só se encontram sujeitas a tutela financeira em matéria de gestão (exemplos de ERIs são a Autoridade da Concorrência ou a ERSE), sem prejuízo de poderem ser submetidas a um poder de tutela.

Por outro lado, podemos ter outros tipos de regulação distintos entre si: a hetero-regulação feita por um terceiro elemento que se encontra acima dos agentes sujeitos à atividade regulatória; e a auto-regulação, quando são os próprios regulados que supervisionam o mercado onde se inserem – é o que acontece com as associações públicas profissionais inseridas, no entanto, no seio da AA. Podemos ainda ter uma regulação transversal a todos os setores económicos, ou uma regulação sectorial (por exemplo no âmbito dos Serviços de Interesse Económico Geral – SIEG – a ANACOM ou a ERSE), quando esta se cinja a um determinado setor do mercado, podendo acontecer que a ER que se ocupa de todos os mercados em geral e que no caso português é a Autoridade da Concorrência., ter de intervir, sempre que as ERs sectoriais não consigam garantir o funcionamento eficiente desse mercado.

Mas afinal, o que é regular? No que é que se traduz a função de regulação? No fundo, pode dizer-se que regular é definir e implementar regras gerais de conduta, para orientar os operadores económicos sobre as condutas que devem seguir. É também supervisionar a respetiva atividade e sancionar as empresas quando estas ajam ilicitamente.²⁸. Isto significa que são reconhecidos, com bastante amplitude, às ERIs essencialmente, três poderes, que lhes permitam desenvolver a atividade regulatória da melhor forma possível: o poder regulamentar (isto é, fixar regras, criando normas e regulamentos), o poder de supervisão (permite ao regulador orientar e acompanhar os regulados, quer antes de estes entrarem no mercado - supervisão prévia ou *a priori* - quer num momento posterior – supervisão sucessiva ou *a posteriori* – quando estes já atuam neste) e o poder

²⁸ Vital Moreira e Fernanda Maçãs, *Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projeto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 13 a 15.

sancionatório (aplicação de coimas e outras sanções - muitas vezes mais penalizadoras para o infrator do que as primeiras - às empresas reguladas que não cumpram com as regras estabelecidas pelo regulador). Todavia, existe um outro poder que pode ser conferido a certas ERs, não tão essencial, mas que é, ainda assim importante, e que envolve os tribunais. O poder de que falamos é o de dirimir litígios, quer entre dois regulados quer quando esteja em causa um litígio que oponha o regulado e o consumidor.²⁹ Não só este poder, como os restantes são muito contestados por se entender que se está a dar demasiado poder a entidades privadas com estas funções reguladoras. Mas a seu tempo voltaremos a este tema, para o aprofundar mais.

2.1.2. Feito este interlúdio mais teórico, é hora de passar ao que realmente aqui nos traz e que tem que ver com a distinção entre a Administração Independente e a Administração Autónoma para percebermos o que as separa, mas sobretudo o que as poderá unir de modo a que se abra a porta para a possibilidade de atingir o verdadeiro propósito deste trabalho.

Assim, começamos por sublinhar o facto de estarmos perante dois modos de organização administrativa distintos. A AI por um lado e a AA por outro. Significa, portanto, que, em princípio, estas realidades não se tocam. Mas não nos parece que seja assim tão linear. Certo que, quando falamos de AA e por conseguinte das Associações Públicas (no nosso caso, apenas nos interessam as ordens profissionais, como é o caso da OA, mas existem outras formas de associativismo), falamos de entidades que representam o seu substrato, isto é, elas surgem da necessidade de acautelar os interesses comuns de uma profissão, submetidas a um poder de tutela da legalidade e, portanto, ainda sob alçada do Estado. Por outro lado, as ERIs inserem-se no âmbito da AI e não se encontram, em princípio, submetidas ao poder político, para que se garanta a total independência na sua atuação. Ainda assim, parece-nos que o seu propósito se assemelha ao das ordens profissionais e que é a garantia dos interesses daqueles que diariamente interagem no seio dos mercados, como os regulados e os consumidores. Também o substrato que estas entidades representam é mais circunscrito do que o público atingido pela AED, por

²⁹ Cf. com os arts. 3º e 40º da Lei 67/2013, de 28 de agosto e João Confraria, *Uma análise económica da Lei-quadro das Autoridades Reguladoras Independentes*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, nº 17, janeiro – março 2014, p. 141.

exemplo. A única crítica aceitável que se poderá fazer a este respeito é que, ao contrário do que acontece com as Associações Profissionais, que prosseguem os interesses do substrato que representam, as ERIs são instituídas para “fazer valer o interesse público geral, independentemente dos interesses particulares” dos que se encontram sujeitos às suas regras, e por vezes, se necessário, indo contra eles. Todavia, parece que, na dicotomia que caracteriza as associações profissionais, deve muitas das vezes sobrepor-se o interesse geral, em detrimento dos interesses da profissão que no nosso entendimento, cada vez mais estão a ser desvirtuados, sobretudo em matérias tão sensíveis como a forma como a classe profissional é representada, ou noutras matérias que têm cobertura constitucional e nada é feito para travar os desvios feitos a esta cobertura (referimo-nos às restrições no acesso à profissão, por exemplo). Podemos argumentar que os domínios de atuação de uma ER são de tal modo sensíveis que justificam a independência destas entidades, mas, uma vez mais, também a proteção dos interesses de um grupo profissional, são suficientemente sensíveis, ao ponto de o Estado preferir que seja uma outra entidade, mais vocacionada – por ter mais conhecimentos técnicos e da realidade em que se insere - para cumprir as atribuições que lhe são incumbidas. Daí que defendamos que, por serem matérias de foro tão sensível, tanto de um lado como do outro, seria melhor para o interesse público e para o interesse da profissão, que o Estado se afastasse, por representar, hoje, mais do que nunca, um perigo para as liberdades individuais, que exigem, cada vez mais um controlo e vigilância imparcial.³⁰

Acrescente-se ainda que os profissionais liberais, quando exerçam a sua atividade de forma independente e com total autonomia, isto é, não juridicamente subordinados por um contrato individual de trabalho, são destinatários do Direito da Concorrência, o que demonstra uma vez mais que as duas realidades não são de todo indissociáveis³¹.

Nesta hipótese, estes profissionais integram a categoria de empresa³², que compreende várias realidades consoante o contexto em que sejam inseridas. Hoje, são essencialmente

³⁰ Cf. Vital Moreira e Fernanda Maçãs, *Autoridades Reguladoras...*, *ob. cit.*, p. 31.

³¹ Carolina Cunha, *Profissões liberais e restrições da concorrência*, in *Estudos de Regulação Pública – I*, *ob. cit.*, pp. 447 a 449.

³² O art. 3º, nº1 da Lei nº 19/2012, de 8 de maio - Lei da Concorrência - contém a seguinte noção de empresa:

“Considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado,

dois, os sentidos em que se desdobra o conceito de empresa.³³ O sentido objetivo e o sentido subjetivo, sendo que é na segunda aceção que se enquadram os profissionais liberais por serem sujeitos de direitos e deveres que exercem uma atividade económica (art. 3º, nº1 da Lei da Concorrência), com capacidade de celebrar acordos e que com o seu comportamento, isoladamente ou de forma concertada, poderão impedir, falsear, ou restringir a concorrência (art. 9º da Lei da Concorrência). O próprio nº1 do art. 3º da dita lei refere que, independentemente do seu estatuto jurídico, se a entidade em causa exercer uma atividade económica que tenha que ver com a “oferta de bens ou serviços”, será considerada empresa³⁴, pelo que parece ser entendimento unânime que as profissões consideradas liberais (como a medicina e a advocacia, entre outras...), quando exercidas de forma autonomizada se encontram sujeitas à Concorrência, como se referia atrás. Contudo, não só os profissionais liberais individualmente considerados se encontram sob alçada do Direito da Concorrência.

Também as ordens profissionais, como forma de associativismo público que se enquadra na AA - cujas funções passam por supervisionar e controlar a atividade dos profissionais liberais nas quais se insiram (isto é, são os próprios interessados que se auto-administram por intermédio de um órgão representativo que é a associação profissional, no caso dos profissionais liberais) - parecem estar, também elas sujeitas às regras da Concorrência.³⁵ Por se entender que, nas associações públicas existe uma tensão, (que se agudiza quando falamos das ordens profissionais), entre aquilo que é o interesse público que suscitou a criação da associação e o interesse coletivo do grupo que representam, teme-se que se possam constituir “grupos de interesses”³⁶ que, de acordo com alguns

independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento.” – Retirado do sítio http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1705&tabela=leis

³³ AAVV, *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, Editora Almedina, Coimbra, 2013, p. 34.

³⁴ AAVV, *Lei da Concorrência...*, *ob. cit.*, p. 36.

³⁵ Cf. Carolina Cunha, *Profissões liberais e restrições da Concorrência*, in *Estudos de Regulação Pública – I*, *ob. cit.*, p. 452.

³⁶ Tendo sido definido, o conceito de interesse por João Caupers e Maria Lúcia Amaral, no artigo “*Grupos de interesses*” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1999, volume XL, nºs 1 e 2, pp. 23 a 43, p. 26, “como algo que emerge da conjunção entre um valor privado, titulado por um ator político, e uma ação ou proposta de ação governativa.”.

autores, pode levar a que esta concertação possa adquirir o caráter de um cartel, (prática absolutamente proibida pela Lei da Concorrência, a nível nacional e pelo TFUE a nível europeu) através do qual, as ordens, utilizam o seu poder normativo conseguido pelo reconhecimento ou criação da instituição pelo Estado, para vir depois, eventualmente, isolar a profissão em causa, das restantes entidades que atuam no mesmo mercado, impondo restrições de várias ordens (como por exemplo, a forma de exercício da profissão, ou até restrições no seu acesso).³⁷ Entre nós, Vital Moreira, na sua obra, *Administração autónoma e associações públicas*, de 1997, também reconhece que esta faceta das ordens profissionais se possa revelar, por serem domínios mais propícios a que restrições desta natureza possam ocorrer, sendo esta uma das preocupações suscitadas pela criação destes institutos.³⁸ Todavia, estas práticas, como foi acima referido, são expressamente proibidas pela Lei da Concorrência, no nº 1 do art. 9º. E não são apenas os agentes económicos os potenciais destinatários desta norma, também as associações poderão estar sujeitas a estas proibições, pois, “[e] nas palavras do Tribunal de Justiça, basta que a atividade específica da associação ou das empresas a ela aderentes tenda a produzir os efeitos que as normas concorrenciais visam reprimir”³⁹, o que pode provocar restrições maiores e até mais gravosas que os próprios cartéis, pelo que a decisão mais acertada parece ser a de enquadrar as próprias ordens profissionais no âmbito do conceito de associação de empresas apesar do seu estatuto de associação pública.⁴⁰ Este é, portanto, outro ponto que

Excerto retirado do texto escrito por Carolina Cunha para a monografia *Estudos de Regulação Pública – I, ob. cit.*

³⁷Cf. Carolina Cunha, *Profissões liberais e restrições da Concorrência*, in *Estudos de Regulação Pública – I, ob. cit.*, p. 454.

³⁸ *Ibidem*, p. 455.

³⁹ Veja-se para este efeito, por exemplo, o caso *NV IAZ International Belgium e outros vs. Comissão*, decidido pelo acórdão de 08-11-1983. – Retirado de uma nota de rodapé do texto escrito por Carolina Cunha, para a monografia *Estudos de Regulação Pública – I, ob. cit.*, p. 457.

⁴⁰ O próprio Tribunal de Justiça e a Comissão Europeia afirmam que o estatuto de organismo público não obsta a aplicação das regras da concorrência e sobretudo que o exercício dos poderes públicos por parte destas entidades, não impede, de todo em todo que as ordens profissionais sejam qualificadas como associações de empresas. – A este propósito, ver, o Acórdão de 18 de Junho de 1998, *Comissão vs. República Italiana* e a Decisão de 30 de Janeiro de 1995, *Processo IV/33.686 – COAPI*. – Retirado de uma nota de rodapé do texto escrito por Carolina Cunha, para a monografia *Estudos de Regulação Pública – I, ob. cit.*, p.459.

aproxima, na nossa perspetiva, as associações públicas profissionais das ERIs e por conseguinte, do modelo de hetero-regulação.

Por outro lado, há ainda que aludir à forma como estas entidades são criadas e se organizam internamente, tendo desde já presente que, em ambos casos, tanto as ERs como as ordens, mantêm uma relação triangular com os respetivos intervenientes. Ou seja, em ambos os casos, temos uma entidade supra-partes que vai supervisionar a atividade dos seus membros e sendo caso disso sancioná-los (aplicando-lhes coimas ou sanções acessórias, no caso das ERs, ou aplicando sanções disciplinares, como a suspensão ou a exclusão, no caso das ordens profissionais).

No que toca à sua criação, “as ordens são criadas pelo Estado, tendo um substrato homogéneo composto pela coletividade dos membros da profissão; são dotadas de autogoverno e de autodeterminação, apenas estando sujeitas ao poder de tutela...”⁴¹. Há, contudo, que referir que estas entidades são de criação excecional, apenas ocorrendo quando a sua criação “visar a tutela de um interesse público de especial relevo que o Estado não possa assegurar diretamente”; por outro lado, a sua criação tem de se justificar sob o ponto de vista dos Princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade. Assim: só serão criadas as associações que forem adequadas, necessárias e proporcionais para tutelar os respetivos bens jurídicos a proteger. São criadas por ato legislativo da Assembleia da República (art. 165º, al. s) da CRP), no qual se definem os aspetos essenciais do regime a que se encontrarão sujeitas, como por exemplo, os fins e atribuições destas pessoas coletivas de Direito Público. (arts. 4º, nº1 e 7º, nºs 1 e 3, al. c), da Lei 2/2013).

De frisar ainda, que, elas encontram abrigo constitucional no art. 267º, nºs 1, 2 e 4. São instituições de âmbito nacional, podendo compreender estruturas regionais, ou locais, às quais incumbe a prossecução dos interesses e atribuições da sua circunscrição geográfica (art. 13º da Lei 2/2013); têm autonomia administrativa, patrimonial e financeira (arts. 9º e 10º da Lei); estão, ainda, sujeitas ao Princípio da Separação de Poderes, e possuem, no seio da sua organização interna, órgãos próprios, entre os quais se contam, nomeadamente, uma assembleia representativa, um órgão executivo colegial, um órgão de supervisão (eleito, tal como acontece com a assembleia representativa, por sufrágio universal e no seu caso em particular é independente no exercício das suas funções) e um

⁴¹ Cf. Carolina Cunha, *Profissões liberais e restrições da Concorrência*, in *Estudos de Regulação Pública – I*, ob. cit., p. 452.

órgão de fiscalização, sem prejuízo de os estatutos de determinadas ordens preverem a existência de um presidente ou bastonário, como órgão autónomo, ou como presidente do órgão executivo, cuja eleição é feita pelos membros das ordens e escolhidos de entre os próprios (cf. com o art. 15º da Lei 2/2013). Finalmente, há que referir que estas entidades são criadas por tempo indeterminado, extinguindo-se apenas quando os requisitos do art. 3º da Lei das associações profissionais já não se verificarem (art. 7º), respondendo em nome próprio pelos atos lesivos que pratiquem no âmbito do exercício da respetiva atividade.

No que agora diz respeito à criação, extinção e organização interna das ERs. O seu regime encontra-se plasmado na Lei 67/2013, de 28 de Agosto, designada como “Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo”.⁴²

Estas são criadas, tal como as associações públicas profissionais, por ato legislativo (art. 7º, nº1), e a sua criação é também excecional, querendo-se com isto dizer que só surgirão para prosseguir atribuições de regulação de atividades económicas em que seja recomendável a não submissão ao Governo pela necessidade de independência no desenvolvimento dessas atividades (ver o art. 45º da LQ), o que significa que a sua criação obedece à necessidade efetiva e interesse público na criação desta nova pessoa coletiva, para a prossecução dos interesses visados; obedece ainda à necessidade de independência orgânica, funcional e técnica, para a prossecução dessas atribuições; mais, estas entidades devem ser capazes de assegurar a sua autonomia financeira, administrativa e de gestão; devem ainda possuir património, órgãos, serviços e pessoal próprio; ter poderes de regulação, regulamentação supervisão, fiscalização e de sancionamento, e finalmente devem garantir a proteção dos direitos e interesses dos consumidores (arts. 6º, 3º, nº2 e 47º da LQ).

No que diz respeito à sua extinção, fusão ou cisão, o nº2 do art. 8º refere-se a esta situação explicando que a partir do momento em que a sua criação já tenha cumprido o seu desígnio, ou caso o desempenho da função para o qual fora criada se tornar impossível, elas devem ser extintas, por lei. Estas entidades, a par com as associações profissionais, têm alcance nacional, podendo dispor de serviços a nível regional, sempre que isso se justifique (art. 13º). Quanto aos órgãos que compõem as ERs, estão previstos

⁴² Lei publicada em *Diário da República*, 1ª série, nº 165, 28 de agosto de 2013.

essencialmente dois: o conselho de administração e a comissão de fiscalização ou o fiscal único (art. 15º, nº1 da LQ). Por último, há que referir que tal como acontece com as associações públicas, também as ERIs respondem em nome próprio pelos atos lesivos que pratiquem no âmbito do exercício da respetiva atividade, é isso que nos é dito no art. 46º da Lei 67/2013.

Também a respeito deste elemento se consegue perceber como os dois institutos se assemelham. O ato de criação é ditado, em ambos os casos, pela mesma pessoa jurídica, os pressupostos em que esta assenta são semelhantes e os próprios requisitos que ditam a extinção destas entidades são semelhantes, o que nos beneficiará caso pretendamos seguir para as Associações Profissionais, um modelo de hetero-regulação.

2.1.3. Finalmente, é importante ainda neste contexto, debruçarmo-nos de forma breve sobre os poderes conferidos pelo Estado a estas entidades. Tradicionalmente, a ambas lhes são atribuídos poderes regulamentares, de supervisão e sancionatórios. A par destes, as Associações Profissionais têm ainda poderes de representação dos interesses dos profissionais, e certas ERs podem ter ainda poderes de resolução de litígios. Passemos à sua análise comparativa.⁴³

A) O poder regulamentar

No que diz respeito ao poder regulamentar das ERIs, este compreende a definição de regras jurídicas e a orientação dos comportamentos dos visados por essas normas. Muitas dessas regras são a concretização de opções políticas prévias, isto é, os regulamentos emitidos neste âmbito, vão executar a lei (referimo-nos ao domínio dos DFs, como por exemplo, o acesso à atividade, matéria reservada exclusivamente à Assembleia da República – art. 165º, nº1, al. b) da CRP e art. 40, nº1, als. a) e b) da LQ da ERIs). Mas também pode acontecer que os regulamentos que as mesmas emitam sejam independentes (o que acontece na maioria das vezes), quando as matérias sobre as quais versem sejam mais técnicas e não contendam com DLGs (art. 40º, nº2, al. a) da LQ). Por outro lado,

⁴³ Ver a propósito dos poderes das ERIs o que é dito por João Confraria, *Uma análise económica da Lei-quadro das Autoridades Reguladoras Independentes*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, nº 17, janeiro – março 2014, pp. 141 e 142, sobre o poder regulamentar.

estas entidades têm ainda o poder de emitir outros instrumentos normativos sem força jurídica vinculativa, como orientações, recomendações gerais ou códigos de conduta (a chamada *soft law*,⁴⁴ vertida no art. 40º, nº2, als. b), c) e e) da LQ). Este poder é conferido às Entidades Independentes porque são elas as que detêm os conhecimentos técnicos especializados, e estão em melhores condições, quando comparadas com o Governo, de definir regras comportamentais em concreto, relativamente à área em apreço, que acaba por se traduzir numa maior rapidez e eficiência no exercício da atividade reguladora.⁴⁵

O poder regulamentar que as Associações Profissionais detêm é a sua função mais típica (encontra-se previsto no art. 17º da Lei 2/2013). Estas têm, portanto, um amplo poder de auto-regulamentação, que se traduz na criação de normas jurídicas que visam de forma direta os respetivos membros e que, em princípio, só produzem efeitos vinculativos sobre eles, tal como sucede com as ERs. Este traduz-se na criação de regulamentos autónomos com influência na vida associativa, como o código deontológico e o disciplinar, e possuem também, dentro deste poder, o de definir as regras de acesso à profissão, como o procedimento de inscrição ou o procedimento de acesso ao estágio, não podendo, no entanto, fazer nada além de concretizar ou especificar determinados aspetos previamente previstos na lei sob pena de violar DLGs (referimo-nos, a este propósito, ao art. 47º, nº1 da Lei Fundamental) e que não podem ser postos em causa por força do previsto no art. 18º da CRP. O mesmo é dizer que, as ordens profissionais podem definir regras sobre estes assuntos, mas não podem acrescentar novos requisitos, para além daqueles que já se encontram legalmente instituídos. E há ainda que referir que, se vinculam os membros da associação, naturalmente, que também vincularão aqueles que pretendam aceder à profissão, possuindo, neste sentido, eficácia jurídica externa (arts. 24º e 25º da Lei 2/2013).⁴⁶

⁴⁴ A *soft law* é útil, sobretudo para os regulados pois permite ver qual a interpretação que a ER faz da lei. Além do mais, é muitas vezes mais fácil impor condutas utilizando este método, uma vez que permitem que se otimizem as condutas dos regulados. É encarado, como uma espécie de conselho, neste sentido, e não tanto como uma regra, uma imposição legal, à qual não se admitem, em princípio, desvios – a LQ das Entidades Reguladoras refere-se a esta possibilidade no seu art. 40º, nº1, al. i).

⁴⁵ Uma nota para referir, que em princípio, estes regulamentos só têm eficácia interna. Isto significa que só valem para os respetivos regulados e consumidores, não produzindo efeitos fora destas relações.

⁴⁶ Cf. Filipa Urbano Calvão, *Regulação das profissões...*, *ob. cit.*, p. 7.

É também por serem as entidades com mais conhecimentos técnicos e por estarem mais próximas da realidade fáctica que são estas e não o Estado que produzem regras nestas matérias, tal como tivemos oportunidade de observar quanto às ERIs.

Parece ser relevante referir por último, que este poder não se esgota na capacidade que as associações têm de emanar regulamentos. Elas também têm a seu cargo funções de supervisão e de controlo do cumprimento das normas que produzem. Por outras palavras, significa que também é incumbência destas entidades, garantir que os regulamentos são implementados, aplicados e executados (é o que Vital Moreira entende como “auto-execução”⁴⁷).

B) O poder de supervisão

Agora no que diz respeito ao segundo poder referido no início (o poder de supervisão). Este traduz-se na realização de um controlo, que pode ser feito *a priori*, isto é, imediatamente antes do regulado entrar no mercado, ou pode ainda concretizar-se num controlo feito *a posteriori* – depois de este já integrar o mercado regulado.

Ora, a supervisão prévia (concretizada através da atribuição de autorizações administrativas) ocorre, quando, antes de uma empresa desenvolver uma atividade, ser sujeita a um controlo para garantir que esta está em condições de desenvolver a atividade respetiva, sem prejudicar terceiros ou o interesse público (art. 40º, nº1, al. i) da LQ). Na maior parte dos casos ela ainda existe, justificada por razões imperiosas. E muitas das vezes é realizada, não pelo Estado, mas por entidades privadas nas quais é delegada essa tarefa de certificação.

Diferente desta realidade é a estabelecida na UE, domínio em que só existe supervisão prévia, verificados que estejam os seguintes requisitos cumulativos: verificação de razões ponderosas de interesse geral ⁴⁸; verificar-se que é efetivamente necessário este tipo de controlo (requisito da proporcionalidade); proibição da discriminação; e não haver espaço para decisões discricionárias – os requisitos para aplicar o controlo prévio, não podem estar sujeitos a valorações discricionárias, devendo ser objetivos.

Por outro lado, o procedimento que conduza a um controlo prévio pode culminar num Ato Administrativo (sendo, neste caso, a atuação da ER, unilateral) ou num contrato

⁴⁷ Vital Moreira, *Auto-regulação Profissional...*, *ob. cit.*, pp.69 e 71.

⁴⁸ Que se traduzem na saúde pública, segurança pública, ordem pública e ambiente.

(quando a ER decida celebrar um contrato com o regulado). Esta última hipótese traz vantagens, uma vez que existe uma maior aceitação da decisão e assim uma diminuição da litigiosidade, trazendo à luz do dia as negociações informais entre o regulador e o regulado.

No que concerne a fiscalização sucessiva. Esta ocorre quando não esteja previsto o controlo prévio. Neste domínio, as ERs têm amplos poderes de autoridade, que se traduzem em poderes de fiscalização, inspeção, busca e apreensão de bens. Além destes poderes musculados que os regulados repugnam, existe o problema de haver um dever de colaboração por parte dos regulados (art. 44º da LQ). Eles devem colaborar, respondendo a questões que lhes possam fazer quando são inspecionados.

Há ainda que referir que, se estas entidades não tivessem estes amplos e musculados poderes, a tarefa de abolição das ilegalidades e dos ilícitos seria uma tarefa muito mais complicada de alcançar e as ERs não seriam tão eficazes no cumprimento dos interesses para que foram criadas.

Seria sobretudo no âmbito do poder de supervisão e controlo que se colocaria o problema do acesso à profissão que tantas questões levanta e cuja solução desvendaremos adiante. As Associações Profissionais, além de regularem estas matérias também fazem um controlo daqueles que pretendem aceder à profissão, através, por exemplo, da averiguação da idoneidade do candidato, ou da exigência de habilitações académicas.

C) Os poderes de representação e de resolução de litígios

Quanto ao poder de representação. Este traduz-se na representação dos interesses da profissão e em princípio, também dos seus associados. Todavia, a Lei das Associações Públicas Profissionais, não se refere a esta última hipótese no seu art. 5º, referente às suas atribuições, mas nem por isso os Estatutos das ordens profissionais (entre elas é de destacar o da OA) admitem a defesa dos interesses e direitos, não só da profissão em geral, mas também dos seus associados (indo contra o princípio enunciado).⁴⁹

⁴⁹ A este propósito, cf com o artigo 3º, alínea e) do Estatuto da Ordem dos Advogados, vertido na Lei n.º 145/2015 de 9 de setembro, publicado em *Diário da República*, 1.ª série, N.º 176, 9 de setembro de 2015.

Relativamente ao poder de resolução de litígios (que nem todas as ERIs possuem) há que dizer que é um poder recente no nosso ordenamento jurídico.

A atividade regulatória baseia-se (tal como foi referido *supra*) numa relação triangular. O regulador de um lado e os regulados e os consumidores do outro. É, portanto, missão destas entidades a manutenção do equilíbrio entre as relações estabelecidas. As relações entre regulados e clientes regem-se por regras de Direito Privado, enquanto as relações estabelecidas entre o regulador e os regulados, ou entre o primeiro e os consumidores, está sujeita a regras de Direito Público. Mas o que acontece quando surjam conflitos entre regulados, ou entre estes e os seus clientes? Tipicamente, esses litígios resolvem-se no seio dos tribunais, todavia, recentemente têm vindo a admitir-se outras formas de resolução destes conflitos, como a arbitragem ou a mediação (art. 40º, nº4 da LQ). Como se trata de domínios em que tempo é dinheiro, compreende-se que estas questões devam ser resolvidas de forma célere, pois, como se sabe, ir para Tribunal é um processo muito moroso. Há uma urgência na resolução dos litígios, pelo que as formas mais adequadas ao cumprimento desta premissa são a arbitragem ou a mediação (solução mais usada em Portugal). Por outro lado, estamos perante relações tendencialmente duradouras, pelo que é do interesse das partes envolvidas que se resolva a situação de forma pacífica, através de um acordo a que ambas chegam, em vez de através da imposição de uma solução por um terceiro. Contudo, surge uma questão a este respeito: fará sentido que as ERIs detenham este poder? Critica-se esta opção por violar o Princípio da separação de poderes e também o da reserva da função jurisdicional previsto no art. 202º da CRP. Os argumentos que se podem trazer para cima da mesa no sentido de justificar a atribuição deste poder são os seguintes: em primeiro lugar, como estamos a falar de meios alternativos de resolução de litígios, as próprias partes podem seguir essa solução sem que a ER as convide a tal; em segundo lugar, as ERIs prosseguem o interesse público, não cabendo nas suas atribuições, a pacificação da sociedade, que tipicamente pertence ao poder jurisdicional.⁵⁰

⁵⁰ Mas até que ponto podem as referidas entidades resolver os litígios? Desde que se garanta a possibilidade recurso para os tribunais, a função jurisdicional permanece intacta e garantida, porque existe uma segunda instância que permite a resolução do litígio. – Cf com o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 230/2011, http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=2011&numero_actc=230

D) O poder sancionatório

Finalmente, quanto ao poder sancionatório. Ele relaciona-se com o poder de supervisão sucessiva. É através deste poder que se garante uma regulação efetiva, aplicando sanções aos infratores. Na LQ, encontramos, nos arts. 40º, nº3, als. c) e d), e 43º, um conjunto de poderes particularmente intensos no plano das sanções passíveis de aplicação. Assim, existem dois tipos de sanções que podem ser aplicadas: as sanções pecuniárias (coimas) e as sanções acessórias que podem complementar as primeiras (aplicadas, geralmente através de Ato Administrativo e com prazo limite de dois anos, e que compreendem a suspensão de laboração da empresa, o seu encerramento, ou a publicidade da sanção pecuniária aplicada, tendo, esta última o objetivo dissuasor de alertar os mercados e a própria empresa infratora de que poderá perder clientela se continuar a praticar o ilícito, o que pode beneficiar os concorrentes).

O problema, que é transversal aos poderes das ERIs, mas que reúne maior preocupação no domínio do poder sancionatório é a questão da separação de poderes. Fará sentido, que entidades privadas, com legitimidade democrática de duvidosa índole, detenham tantos e tão fortes poderes? Na verdade, são poderes verdadeiramente semelhantes àqueles que encontramos quando falamos dos poderes típicos do Estado (o poder executivo, legislativo e judicial). No fundo, é a mesma entidade que cria as normas, que supervisiona os comportamentos adotados pelo regulado no exercício da sua atividade, e é ainda essa mesma entidade que sanciona e resolve os possíveis litígios que possam ocorrer. Todos os poderes se encontram concentrados na mesma entidade, algo que colide com o princípio a que nos estamos a referir. Todavia, é através destes que as ERs se afirmam no mercado, porque têm os poderes à sua disposição e não temem fazer bom uso dele, o que dissuade os infratores e promove o respeito por parte dos regulados. Se apenas emitissem recomendações, o seu peso e lugar no mercado seria significativamente menor.

No que toca aos poderes disciplinar e sancionatório detidos pelas Associações Profissionais (a “autodisciplina”, como Vital Moreira refere ⁵¹). Neste sentido, o poder disciplinar, que deve ser enquadrado pela lei, no Estatuto de cada ordem (arts. 114º e ss do Estatuto da OA, por exemplo). Estes compreendem – tal como acontece com as ERs - a capacidade que as ordens têm, de poder sancionar os seus membros pelas infrações que

⁵¹ Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional... ob. cit.*, pp.69, 71, 72 e 73.

cometam no exercício da sua atividade profissional, quer para com a respetiva associação, quer para com os seus clientes ou outros colegas. Assim, as sanções podem ir desde uma advertência até à suspensão ou revogação da licença e conseqüente expulsão da associação. A título de sanção acessória, pode ainda aplicar-se, a par com as sanções disciplinares referidas, a perda total ou parcial de honorários.⁵²

Quanto aos problemas que se colocam no domínio que as associações profissionais possuem e que tentam combater, esses prendem-se essencialmente com a dicotomia entre o interesse coletivo do grupo e o interesse público que motivou a sua criação como entidade pública. Existe uma evidente dificuldade de conciliação das duas funções que são muitas das vezes contraditórias: a defesa do grupo vs. a defesa dos clientes e da comunidade em geral.⁵³ Pensamos ser nesta tensão que se colocam a maior parte das nossas questões, sobretudo no que diz respeito ao acesso e à liberdade de escolha da profissão, princípio com cobertura constitucional, considerado um DLG e previsto no nº1 do art. 47º da Lei Fundamental. É sobre a resolução destes problemas que abordámos já no primeiro ponto deste trabalho, que nos debruçaremos mais detalhadamente no ponto seguinte.

Portanto, a ilação fundamental que podemos retirar desta descrição mais ou menos geral do que é o regime jurídico, tanto das ERIs como das associações públicas profissionais em geral e das ordens profissionais em particular, é que, apesar de à primeira vista pertencerem a mundos distintos, já que uma pertence à AI e a outra integra a AA, o que pode levar a que pensemos que não conseguem correlacionar-se entre si, demonstramos que afinal, elas não são assim tão distintas e que o seu núcleo essencial é até bastante parecido (os interesses que prosseguem, a forma como são criadas e se organizam, etc), o que nos auxilia na construção da nossa teoria que se relaciona com a mudança do paradigma atual no que diz respeito às ordens profissionais, tentando tornar estas entidades mais independentes e separadas do poder político, algo que nos parece que apenas seja alcançável adotando-se um modelo de Administração Independente e de hetero-regulação.

⁵² *Ibidem*, pp 72 e 73 e Filipa Urbano Calvão, *Regulação das profissões...*, *ob. cit.*, p.18.

⁵³ Cf. Filipa Urbano Calvão, *Regulação das profissões...*, *ob. cit.*, p.5, *in fine*.

3. Proposta de soluções

Tudo o que tem vindo a ser dito ao longo deste trabalho teve o propósito final de nos auxiliar na construção de soluções que verdadeiramente sirvam, da melhor forma, os interesses da comunidade. Enquanto algumas das dúvidas foram já esclarecidas no ponto um deste trabalho, há outras que merecem uma atenção redobrada da nossa parte.

Depois de intensa reflexão, as soluções que passamos a apresentar e que, no nosso entendimento, poderão ajudar a mostrar que existem outros pontos de vista e outros caminhos que não afetem tanto, nem o interesse público, nem o interesse daqueles que pretendem aceder à profissão, nem dos utentes do serviço, passando, as nossas soluções por reajustar os problemas que temos vindo a enunciar.

A primeira conclusão a que chegamos, depois de fazer este estudo, foi a de que, hoje, as desigualdades são cada vez mais patentes. E isto porquê? Primeiro porque na maioria dos casos, o estágio não é remunerado – remetemos a discussão deste infortúnio para o que foi dito no ponto um deste trabalho; outras vezes porque sai realmente caro a um recém-licenciado ter de custear os encargos com a inscrição na respetiva ordem, que são realmente pesados, do nosso ponto de vista⁵⁴. Muitas das vezes são até os progenitores que têm de se encarregar disso, além de todos os encargos que tiveram já com o pagamento do curso. Vivemos num momento em que a precariedade laboral é o dia-a-dia dos jovens que sobrevivem de estágios mal pagos ou nem isso e continuam a ser considerados inexperientes porque o mercado de trabalho não lhes dá uma chance.

Continua-se a permitir, sob os argumentos da “autonomia financeira e dignidade e qualidade da profissão” que a OA cobre valores altíssimos no momento da inscrição e num momento posterior, exigindo o pagamento de quotas e ainda, obrigando os seus membros a contribuir para a caixa de previdências. E depois não se consegue fazer algo tão simples como conferir uma remuneração aos estagiários. Os emolumentos que devem ser pagos aquando da inscrição na OA demonstram a forma como os seus membros vêm a profissão – como algo a que poucos ou quase nenhuns conseguem chegar, uma classe erudita – com lentes retrógradas e desfasadas da realidade. Atrevemo-nos até a dizer que também esta situação contende com a liberdade de acesso à profissão por se colocarem uma vez mais, os interesses dos profissionais já no ativo em primeiro plano, esquecendo-se contudo, que também os candidatos à profissão são também já membros desta

⁵⁴ A este propósito, ver: <https://dre.pt/application/file/72963640>

associação profissional⁵⁵, ou estão, pelo menos cobertos pela proteção constitucional do art. 47º, nº1. E os argumentos que a OA usa, são novamente os que temos vindo a apregoar: deve zelar-se pela qualidade e dignidade da profissão, a inexperiência não lhes permite alcançar a excelência a que se habituaram os clientes, existe uma sobrelotação do mercado de prestadores destes serviços, etc... Para nós, isto traduz-se numa só frase: não se quer ter uma concorrência efetiva e melhor para a comunidade em geral, porque os interesses instalados da classe assim o ditam.

Os nossos remédios nesta matéria passam, antes de mais, pela regulação em matéria de remuneração dos estágios. Poderia conseguir-se isto pela criação de um fundo de apoio ao jovem advogado, por via do qual a OA auxiliaria as sociedades de advogados a tornar o estágio remunerado com parte do dinheiro recebido através de inscrições, taxas de recursos de provas, entre outros. Ou então, poderia considerar-se a redução dos custos relativos aos emolumentos cobrados. Por outro lado, cremos que não exista na OA uma bolsa de apoio social para auxiliar aqueles que não têm possibilidades de aceder à profissão, por não terem meios financeiros para tal. Também esta situação poderá configurar um ataque ao direito à livre escolha e exercício da profissão, pelo que também apresentamos como solução a criação desta bolsa.

Outra forma de melhorar o panorama atual é a criação de um modelo distinto de estágio, que permita aos cursos de Mestrado incluírem já no seu plano curricular a realização de um estágio profissional, sujeito à realização de um relatório final e sem prejuízo de submeter os candidatos à realização de provas orais, permitindo que o processo de certificação seja mais célere. Claro que, tanto isto, como o que vamos referir de seguida, passa pelo diálogo entre as faculdades de Direito, o Estado e as próprias ordens, algo que não parece ocorrer com frequência, atenta a quantidade de vezes que vemos a OA reportar-se publicamente sobre a existência de demasiados licenciados no curso de Direito.⁵⁶ De facto, existe um vasto número de vagas de acesso ao curso neste domínio. Todavia, esta realidade não parece que vá diminuir a médio-longo prazo, pelo que não pode ser este mais um argumento a favor da limitação do acesso à profissão. Acrescente-se ainda que defender que as Universidades devem diminuir o número de vagas do curso de Direito, contenderia com o Direito ao ensino, DLG constitucionalmente previsto no art. 43º da CRP, cujo nº2 se refere expressamente à proibição de uma

⁵⁵ João Pacheco de Amorim, *A liberdade de escolha... ob. cit.*, p. 69, nota de rodapé nº10.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 29 e 100.

programação do ensino sob diretrizes políticas ou ideológicas. Por outro lado, estar-se-ia a aplicar-se a premissa do *numerus clausus*, com a qual não nos identificamos, por afrontar o Direito ao livre acesso à profissão. A este respeito não haverá, portanto, nada a fazer. A única solução que podemos propor e à qual nos reportámos já aquando da descrição do estado da arte em Portugal, tem que ver com o controlo que se poderia fazer quando o profissional se encontra já a exercer a atividade respetiva. Esse controlo *a posteriori* passaria pela delimitação temporal da cédula profissional de modo a que se faça um controlo mais efetivo dos profissionais que efetivamente estão a exercer a profissão e daqueles que não o fazem incentivando-se assim a entrada de novos profissionais que realmente pretendem ser advogados num mercado que supostamente estará lotado.

Adotando-se estas soluções, parece-nos que os resultados seriam, antes de mais positivos. Os jovens tornar-se-iam, financeiramente mais independentes e incentivava-se a sua entrada de forma mais célere no mercado de trabalho.

Finalmente temos ainda mais uma solução a apresentar, esta mais arriscada, mas nem por isso impossível de concretizar, na nossa perspetiva e que poderia resolver os problemas que aqui expusemos. Esta refere-se à possibilidade de se poder mudar completamente o modelo implementado e englobá-lo numa forma de hetero-regulação sem que haja possibilidade de o instituto ser corrompido pelo poder político. Fechando o círculo que abrimos logo na primeira parte do trabalho aquando da distinção entre Administração Independente e Administração Autónoma – e para onde remetemos para melhores esclarecimentos - julgamos que exista essa possibilidade. Por muito que se diga que as Associações Públicas Profissionais protegem e seguem interesses distintos daqueles que a Administração Independente acautela e por se pensar que a hetero-regulação pode pôr em causa a autonomia técnica ou intelectual que as primeiras tanto defendem, nós acreditamos que esta solução é conciliável com todos os princípios e qualidades que tão bem caracterizam ambos os institutos.

Creemos, ao contrário do que é entendimento geral⁵⁷, que os interesses que prosseguem não são assim tão distintos (basta pensarmos que ambas têm como escopo a proteção do interesse dos consumidores/comunidade, em primeira linha), que os seus princípios são

⁵⁷ José Lucas Cardoso, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição – Contributo para o estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Administração independente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 427 a 433.

semelhantes e que os pressupostos em que assentam têm vários pontos de contacto entre si. Por outro lado, as Associações Profissionais detêm, na sua maioria, o mesmo tipo de poderes (já nos referimos a eles no ponto anterior), com características idênticas aos detidos pelas ERs. É ainda um fator a ter em consideração o facto destas Associações, e em particular os seus membros já se encontrarem submetidas ao Direito da Concorrência, que rege a atividade regulatória das ERs e dos operadores no mercado. Somos da opinião que se conseguem alcançar os mesmos objetivos e resultados mesmo adotando-se um modelo de hetero-regulação, em que um terceiro independente face às restantes partes e ao próprio Estado, com vasta experiência e conhecimentos na área, supervisione este mercado e regule assim a profissão tendo sempre em vista o superior interesse do cliente e da profissão em geral, que passaria a estar submetida às regras da concorrência. Se repararmos bem, já é isto que acontece na OA, o único traço distintivo, será mesmo o da independência que não vemos que se garanta atualmente através de um modelo de auto-regulação.⁵⁸

A ideia que temos em mente seria a de criar uma ER de âmbito sectorial, submetida, em última instância, à Autoridade da Concorrência (que atua de modo transversal em todos os mercados regulados). Essa ERI sectorial, poderia reportar-se apenas às profissões liberais, ou de forma mais abrangente ao mercado dos prestadores de serviços profissionais. De qualquer das formas, seriam criadas regras comuns a todos esses profissionais (como por exemplo, a regulação do acesso à profissão, no qual se estabeleceriam as condições gerais de acesso – fixação de um critério de inscrição dos profissionais para que haja um controlo *a posteriori* mais eficaz do mercado; fixação de condições de entrada no mercado (controlo prévio), como por exemplo, obrigatoriedade de realização de um estágio, no qual se garanta que este seja sempre remunerado, exigência de habilitações académicas, não imposição do pagamento de qualquer tipo de contribuições depois de estar já inserido no respetivo mercado, entre outras... Por outro lado, temos consciência de que se deve respeitar a autonomia técnica que caracteriza estas profissões, pelo que seria depois, cada uma delas a concretizar de melhor forma possível (isto é, conciliando, os interesses da respetiva profissão, com os interesses gerais de proteção do mercado livre e concorrencial, onde se inserem os seus clientes e aqueles que pretendem aceder ao mercado), as regras comuns pré-estabelecidas e inelutáveis.

⁵⁸ João Pacheco de Amorim, *Associações públicas e liberdade de associação, in, Estudos em homenagem...*, ob. cit., pp. 367 e 368.

Por se tratar de entidades com necessidades especiais de proteção da profissão e de garantia da sua autonomia técnica, o mais lógico será atribuir-lhes poderes também eles especiais nessas matérias, de modo a que se garanta a defesa da profissão.

Sobretudo, com o alcance desta solução permitir-se-ia uma entrada no mercado menos demorada, as condições de acesso a esse partiriam de premissas iguais, permitir-se-ia uma maior democratização destas profissões e garantir-se-iam melhores condições para os profissionais, que atuando num mercado livre estariam sujeitos a regras de concorrência mais leais e transparentes. Por outro lado, adotando-se este modelo de hetero-regulação, uma das preocupações que mais assola as ordens profissionais tenderia a desaparecer, uma vez que seria agora o mercado a encarregar-se de excluir os profissionais menos qualificados, não havendo, portanto, a preocupação de se estar a prejudicar a dignidade e a qualidade da atividade profissional. Mais se acrescenta que esta solução proporcionaria a estas novas entidades uma dupla independência, face ao Estado, de um lado, e no exercício da respetiva profissão, de outro. Somos ainda da opinião que este remédio seria o mais adequado a garantir o cumprimento do artigo 47º, nº1 da CRP que, como tivemos oportunidade de ver, é tão mitigado pelo modelo hoje instituído.

Conclusões e reflexões finais

Ao longo da nossa exposição deparámo-nos com uma constante que tem que ver com a coexistência destas entidades. De um lado encontramos as ERIs cujo tempo de vida em Portugal e no seio da comunidade internacional é ainda recente o que, naturalmente, faz com que ainda se levantem inúmeras questões acerca da sua conformidade com a Constituição e com a lei, atentos os seus pressupostos e os princípios por que se rege. E no reverso da moeda temos as Associações Profissionais, que apesar de larga tradição no ordenamento jurídico português continuam a merecer dúvidas quanto às escolhas feitas e que se se refletem no respetivo regime jurídico da sua atividade.

Com isto se demonstra que, nada se encontra isento de críticas. Aliás, nada do que seja tocado pelo Homem é perfeito, mas é isso que torna as coisas únicas na sua imperfeição. Tudo pode ser alvo de crítica, mas cabe-nos a nós tentar ver além disso; admitindo as falhas, mas procurando sempre dar-lhes uma justificação.

Apenas foi nosso propósito demonstrar que, apesar de todos os defeitos e arestas por limar, estas entidades poderão sempre ser melhoradas, poderão sempre evoluir no sentido de proteger melhor os respetivos interesses. Aliás, julgamos ter demonstrado que mesmo deixando cair um destes modelos organizatórios, os interesses mais relevantes nesta matéria – os da sociedade em geral - não são colocados de parte em momento algum.

Bibliografia

ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O novo regime do Código do Procedimento Administrativo*, 2ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2015;

AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Editora Almedina, 3ª edição, Coimbra, 2014;

AMORIM, João Pacheco de, *A liberdade de escolha da profissão de Advogado (Procedimento Administrativo de Concretização)*, Coimbra editora, Coimbra, 1992;

AMORIM, João Pacheco de, *Direitos Fundamentais e Ordens Profissionais – em especial, do direito de inscrição nas Ordens, Parte II*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Setembro de 2004;

AAVV, *Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projeto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003;

AAVV, *Estudos de Regulação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004;

AAVV, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010;

AAVV, *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, Editora Almedina, Coimbra, 2013;

AAVV, *Noções fundamentais de Direito Administrativo*, Editora Almedina, 4ª edição, Coimbra, 2015;

CALVÃO, Filipa Urbano, *Regulação das profissões – as associações profissionais e outras formas de regulação*, edição policopiada, fornecida nas aulas de Direito Administrativo da Regulação (curso de Mestrado), 2015;

CARDOSO, José Lucas, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição – Contributo para o estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Administração independente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002;

CONFRARIA, João, *Uma análise económica da Lei-quadro das Autoridades Reguladoras Independentes*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, nº 17, janeiro – março 2014, p. 141;

MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Editora Almedina, Coimbra, 1997;

HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A parte geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Editora Almedina, 5ª reimpressão da versão de 1992, Coimbra, 2009;

SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque, *Noções de Direito Administrativo*, Coimbra Editora, 1ª edição, Coimbra, 2011.

Webgrafia:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html#art81>

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1705&tabela=leis

http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=2011&numero_actc=230

<https://dre.pt/application/file/72963640>

<http://www.udireito.com/wp-content/uploads/2011/03/Acord%c3%a3o-TC-3.2011-Processon%c2%ba-561.10-Exames-de-acesso-%c3%a1-OA.pdf?a148c3>