

A LIBERDADE DE PROFISSÃO

JOÃO PACHECO DE AMORIM

SUMÁRIO: PARTE I — A LIBERDADE DE PROFISSÃO NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL PORTUGUESA E NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO. CAP. I — NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL PORTUGUESA. 1.1. Nas Constituições liberais. 1.2. Na Constituição portuguesa de 1933. CAP. II — NA CONSTITUIÇÃO ITALIANA DE 1947. 2.1. Noções gerais. 2.2. O debate sobre a medida e os limites da intervenção restritiva do legislador. CAP. III — NA CONSTITUIÇÃO ALEMÃ DE 1949. 3.1. Noções gerais. 3.2. Âmbito de aplicação do art. 12.º, n.º 1, GG; a liberdade de empresa e o exercício privado de funções públicas. 3.3. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência constitucional; a teoria dos degraus. CAP. IV — NO DIREITO CONSTITUCIONAL FRANCÊS. 4.1. Noções gerais. 4.2. A vulnerabilidade da liberdade de trabalho e profissão, como simples princípio geral de direito, face ao legislador. CAP. V — NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978. 5.1. Noções gerais. 5.2. O conteúdo essencial da liberdade de profissão: a “imagem de profissão”. PARTE II — A LIBERDADE DE PROFISSÃO NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976. CAP. VI — O ART. 47.º, n.º 1, CRP: NOÇÕES PRELIMINARES. 6.1. Inserção sistemática da liberdade de profissão, antes e depois da 1.ª revisão constitucional. 6.2. Natureza clássica do direito: liberdade de trabalho e direito ao trabalho; a liberdade de profissão como direito de personalidade. 6.3. O conceito constitucional de profissão. CAP. VII — LIBERDADE DE PROFISSÃO E LIBERDADE DE EMPRESA. 7.1 O conceito jurídico-constitucional de “empresa”. 7.2. O estatuto constitucional da profissão. 7.3. Conclusões provisórias. CAP. VIII — LIBERDADE DE PROFISSÃO E DIREITO DE ACESSO A FUNÇÕES PÚBLICAS. 8.1. Inserção sistemática do art. 47.º, n.º 2, CRP; o caso do “exercício privado de funções públicas”. 8.2. As profissões consubstanciadoras de um “exercício privado de funções públicas”. CAP. IX — LIBERDADE DE ESCOLHA, LIBERDADE DE EXERCÍCIO E CONTEÚDO ESSENCIAL NA LIBERDADE DE PROFISSÃO. 9.1. Os momentos da escolha e do exercício na estrutura do art. 47.º, n.º 1, CRP (p. 122). 9.2. O conteúdo essencial da liberdade de profissão: a “imagem de profissão” (p. 134). 9.3. A jurisprudência do Tribunal Constitucional: a sentença portuguesa das farmácias (Ac. TC n.º 76/85, de 6-5) (p. 141).

PARTE I

**A LIBERDADE DE PROFISSÃO
NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL PORTUGUESA
E NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO**

CAPÍTULO I

NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL PORTUGUESA

1.1. NAS CONSTITUIÇÕES LIBERAIS ⁽¹⁾

1.1.1. A liberdade de trabalho e profissão é um direito fundamental cujo advento remonta às origens do próprio Estado de direito; está hoje consagrada nos principais instrumentos jurídicos de direito internacional relativos a direitos humanos ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Sobre esta matéria, ver LOPES PRAÇA, *Estudos sobre a Carta Constitucional*, I, p. 73-76, Coimbra, 1878, MARNOCO E SOUSA, *Constituição Política da República Portuguesa — Comentário*, p. 164-174, Coimbra, 1913 (sobre a Constituição de 1911), A. SILVA LEAL, *O princípio constitucional da liberdade de trabalho*, em *Revista do Gabinete de Estudos Corporativos*, 1961, p. 143-157 (incidindo já este último trabalho, sobretudo, sobre a Constituição de 1933 e sobre o direito corporativo nela ancorado).

Não podemos deixar de relevar, ainda, a perspectiva sócio-económica e histórico-institucional da revolução liberal portuguesa que nos dá MIRIAM HALPERN PEREIRA numa obra preciosa obra surgida recentemente: *Negociantes, fabricantes e artesãos, entre novas e velhas instituições*, II vol. da colecção *A crise do antigo regime e as Cortes Constitucionais de 1821-1822*, Lisboa, 1992. Esta monografia é de leitura indispensável para qualquer estudo (também) incidente sobre a história constitucional económica portuguesa, sobretudo para quem, como nós, sufrague a perspectiva do direito constitucional como “direito conformador do político”, necessariamente “o direito de uma realidade social, historicamente determinada; e, portanto, também da história constitucional “não apenas nem fundamentalmente” como a “história do texto”, mas também e sobretudo como a “história do contexto (o conjunto de práticas constitucionais e de estratégias), o que o coloca no cerne da própria produção histórica e social” (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 5.^a ed., Coimbra, 1991, p. 251).

⁽²⁾ Sobre esta matéria, ver, por todos, ANTÓNIO J. DA MOTTA VEIGA, *Direito do Trabalho Internacional e Europeu*, Lisboa, 1994. Consta a referida liberdade da Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 23 — “toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho...), da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (art. 4 — “toda a pessoa tem direito à liberdade de escolha e de exercício duma profissão...”), da Carta Social Europeia (art. 1.º, n.º 2 — “as Partes Contratantes com-

O processo da sua concreta implementação entre nós não foi propriamente pacífico, tendo resultado das atribuições sofridas a pura e simples omissão do princípio na primeira Constituição liberal. Em contradição com o ideário proclamado pelos revolucionários de 1820, as burguesias comercial e artesanal, que constituíram os mais fortes pilares sociais da revolução liberal, empenharam-se na defesa dos seus próprios privilégios, e portanto dos respectivos esteios institucionais — ou seja, das tão anatemizadas estruturas corporativas. Com efeito, domina as petições dos comerciantes estabelecidos e dos artesãos dirigidas às Cortes Constituintes de 1821-1822 a preocupação pela manutenção do seu estatuto e a limitação do acesso de novos elementos às actividades comercial e artesanal, defendendo-se os primeiros, sobretudo, da proliferação dos tendeiros volantes, e os segundos das emergentes indústrias mecanizadas ⁽³⁾ ⁽⁴⁾.

prometem-se a: proteger de modo eficaz o direito dos trabalhadores a ganhar a sua vida mediante um trabalho livremente aceite”).

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem limita-se a proibir o trabalho forçado no seu art. 4, §§ 2 e 3. Este tratado assume, contudo, uma assinalável importância para o presente tema — não directamente para o tema nuclear da liberdade de profissão, mas para questões levantadas pela figura das ordens profissionais: designadamente, os seus arts. 6.º (direito de “toda a pessoa” a ser julgada “por um tribunal independente e imparcial”) e 11.º (liberdade de associação, designadamente, o direito de toda a pessoa de “com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses”).

⁽³⁾ Os tendeiros volantes ripostaram às investidas corporativistas dos comerciantes estabelecidos, invocando linearmente “os princípios dos livre comércio e seus benefícios, as Bases da Constituição e a igualdade de direitos nela escorada”; e na Comissão parlamentar do Comércio esta argumentação colheu inicialmente, chegando esta Comissão a afirmar que “os clamores dos que procuram afastar a concorrência são filhos da sede de monopólio, própria de semelhantes classes [mercadores ricos] contra os quais deve estar sempre de guarda um governo ilustrado e previdente”; mas tal posição de princípio diluir-se-ia no plenário do Congresso, tendo o comércio retalhista acabado por conseguir a confirmação (ímpar), pelas Cortes, dos estatutos da poderosa Mesa do Bem Comum dos Mercadores; e manter-se-ia, até meados do sec. XIX, a prática da emissão de passaportes internos para o exercício do comércio fora da localidade de residência (MIRIAM HALPERN PEREIRA, *Negociantes...*, cit., p. 38 a 41).

⁽⁴⁾ As corporações dos artesãos travaram, por sua vez, uma luta prolongada pelos seus privilégios — não só pela manutenção dos que ainda lhes assistiam, como ainda pela recuperação dos já lhes haviam sido retirados pela Monarquia Absoluta (cuja política económica, cá como noutros países, como a Prússia e a Rússia, e também a França e a Espanha, fora orientada pelo liberalismo económico); uma luta que traduziu, essencialmente, o conflito entre artesãos independentes e empresários capitalistas. Era uma causa perdida de antemão; mas a verdade é que “o artesanato opôs uma contínua resistência à extensão do capitalismo industrial. Lutou desesperadamente. Organizadamente”. E pese a falta de simpatia pela estru-

Contudo, e passado o período compromissório dos anos vinte, nenhuma das nossas outras constituições liberais deixou de proclamar a liberdade de profissão e trabalho ⁽⁵⁾. Mas o âmbito deste direito de liberdade, no Estado liberal (em consonância, aliás, com o próprio modelo deste Estado), era bem mais lato do que o dos seus actuais correspondentes semânticos (“trabalho” e “profissão”), como resulta do confronto dos respectivos contextos com os das constituições modernas como a portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978.

Como precisa SILVA LEAL, “a confusão ou identificação destas liberdades (*económicas*) têm, além do mais, uma razão de ser terminológica. A palavra *trabalho* (e também outras palavras, como *profissão* e *indústria*)” tinha “uma acepção muito ampla, em que designava todas as formas legítimas da acção humana no domínio da produção e distribuição da riqueza” ⁽⁶⁾. A liberdade de trabalho era, pois, “a esta luz, toda a liberdade de acção que o homem possuía na vida económica, — quer essa acção se traduzisse na fundação de uma empresa comercial ou industrial, quer ela consistisse no exercício de um mester” ⁽⁷⁾.

Mas não só: estas liberdades de *facere* constituíam por sua vez simples componentes, conjuntamente com o direito de propriedade, de uma liberdade económica, definível, no seu todo, como “liberdade de trabalho, comércio e indústria, e de propriedade privada, com a livre concorrência entre os produtores” (Prof. LUÍS CABRAL DE MONCADA ⁽⁸⁾), na medida em

tura corporativa evidenciada pelas Cortes, estas não ousaram eliminá-la, tendo assim sobrevivido até 1834 (MIRIAM HALPERN PEREIRA, *Negociantes...*, cit., p. 356 e 357, e 396 a 399).

⁽⁵⁾ A Carta Constitucional de 1826 transcreve integralmente o texto do § 24 do art. 179 da Constituição brasileira de 1824 (que por sua vez emprega uma fórmula semelhante à usada no art. 16.º da Declaração de direitos da Constituição francesa de 1793): “Nenhum género de trabalho, cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos” (art. 145, § 23); também a Constituição de 1838 declara ser “permitido todo o género de trabalho, cultura, indústria e comércio, salvas as restrições por utilidade pública”; e, por sua vez, a Constituição republicana de 1911 não deixa de dizer que “é garantido o exercício de todo o género de trabalho, indústria ou comércio, salvo as restrições da lei por utilidade pública”, especificando ainda o mesmo número que “só o Poder Legislativo e os corpos administrativos, nos casos de reconhecida utilidade, poderão conceder o exclusivo de qualquer exploração comercial ou industrial”.

⁽⁶⁾ A. SILVA LEAL, *O princípio...*, p. 145.

⁽⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁾ Em *Verbo* — *Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, vol. 12, s.v. *Liberdade-Direito*, citação de A. SOUSA FRANCO, *Nota sobre o princípio da liberdade económica*, em “Boletim do Ministério da Justiça”, n.º 335, p. 11-40, 1986.

que, na tradição das declarações de direitos e do movimento jusnaturalista que lhes esteve subjacente, toda a liberdade económica é considerada “*património*, atributo essencial da pessoa humana, enquanto realização directa da *capacidade* e da *disposição* a esta inerente”⁽⁹⁾ ⁽¹⁰⁾.

Atente-se, por outro lado, que os limites e restrições que com maior ou menor amplitude as constituições do liberalismo não deixaram de ressaltar, nunca extravasaram do âmbito da cláusula geral de “ordem pública” (as nossas constituições liberais utilizam, como únicas causas legítimas de restrições, conceitos típicos daquela noção, como os de “utilidade pública”, “costumes públicos”, e “segurança e saúde”). Isto é, para aqueles constituintes, essas restrições só seriam permitidas em função do interesse geral (de um interesse imputável a toda uma comunidade de indivíduos iguais perante a lei), e não, directa ou indirectamente, de interesses de tipo corporativo.

1.1.2. Com efeito, a proclamação de tal liberdade resultou de uma rotura total (e se não imediatamente nos planos social e institucional, como vimos, pelo menos no plano dos princípios) com a estrutura sócio-económica de origem medieval ainda subsistente, em maior ou menor medida, nas

⁽⁹⁾ ANTONIO BALDASSARE, *Iniziativa economica privata*, EdD, v. X, p. 596.

⁽¹⁰⁾ Aliás, a própria localização relativa de um e de outras, nos referidos textos do constitucionalismo liberal, é reveladora: na Carta Constitucional e na Constituição de 1911, a liberdade de “trabalho”, “indústria” ou “comércio” surge imediatamente a seguir à consagração do direito de propriedade (respectivamente, § 21 e § 23 do art. 145, e n.ºs 25 e 26 do art. 3 — só se interpolando, na Carta, entre os referidos preceitos — § 21 e § 23 — uma ressalva a garantir a dívida pública — mas que mais não é, afinal, do que uma concretização do direito de propriedade dos cidadãos então credores do Estado); ainda a respeito desta norma, afirma peremptoriamente LOPES PRAÇA que “este direito (*‘liberdade industrial’*) envolve o direito de propriedade, a sua demonstração seria um pleonasma” (*Comentários...*, p. 73).

Na Constituição de 1838, a mesma liberdade está consagrada num simples parágrafo único (§ 3) de um artigo (23) cujo corpo principal trata apenas do direito de propriedade — ou seja, já não no mesmo plano, como na Carta, mas como se de uma mera concretização, ou derivação daquele, se tratasse. E mesmo na Constituição de 1922, pelo menos no plano teórico (e pese a ambiguidade das Cortes Constituintes nesta matéria), a não consagração expressa da liberdade de trabalho, comércio e indústria (tal como na Declaração francesa de direitos de 1789) não deixou de ser justificada com base nesta aceção ampla do direito de propriedade, de que aquelas liberdades não constituiriam mais do que simples derivações — já protegidas, portanto, pela norma consagradora daquele.

anteriores monarquias absolutas ⁽¹¹⁾: a ela se seguiu a formal extinção, normalmente por via legislativa ⁽¹²⁾, primeiro dos privilégios corporati-

⁽¹¹⁾ Como dizem JEAN RIVERO/JEAN SAVATIER, “o princípio da *liberdade do trabalho* liga-se à tradição individualista e liberal, em reacção contra as limitações que implicavam para essa liberdade o regime corporativo” (*Droit du Travail*, 5.^a ed., Paris, 1975, p. 368). Mas precesse-se, contudo, e na esteira do que já acima se disse a propósito da Constituição portuguesa de 1822, que o desmantelamento do sistema corporativo já havia sido despoletado, *sponte sua*, pelas monarquias absolutas. Na verdade, os privilégios corporativos foram condenados de antemão pela própria evolução económica, social e tecnológica, cujas exigências os monarcas absolutos não deixaram de reconhecer explicitamente em países como a França e a Espanha.

Ainda antes da eclosão da Revolução Francesa (e quando nem se sonhava com a possibilidade de tal tipo de ocorrência), já o governo de Luís XVI, pela mão de Turgot (Edito de Turgot, de 12 de Março de 1776) suprimira as magistraturas corporativas (à excepção das profissões mais carecidas de vigilância, designadamente, dos barbeiros, farmacêuticos, ourives e impressores-livreiros) e proclamara a “liberdade para exercer no nosso Reino a espécie de comércio e profissão de artes e ofícios que a cada qual convenha e até de exercer várias”, taxando as corporações, no preâmbulo do mesmo diploma, de instituições arbitrárias “que não permitem ao indigente viver do seu trabalho, que retardam o progresso das artes, pelas dificuldades que encontram os inventores...” (registre-se, contudo, que o parlamento de Paris conseguiu sustentar a aplicação deste decreto); nesta matéria, ver RÉGINE PERNOUD, *As origens da burguesia*, Lisboa, 1971, e J. RAMON PARADA, *Derecho administrativo II (organización y empleo)*, 4.^a ed., p. 290, Madrid, 1992.

Também pela mesma época (ainda na última década do sec. XVIII) o governo monárquico absolutista espanhol, com as “Reales Ordenes” de 26 de Maio de 1790 e de 1 de Março de 1798, estabeleceu “a liberdade de quaisquer pessoas de trabalhar nos seus ofícios ou profissões, sem outro requisito que não o fazer constar a sua perícia, ainda que lhes faltem os da aprendizagem, do ‘oficialato’, do domicílio e dos que prescreviam as ordenações gremiais” — ver J. RAMON PARADA, *Derecho...*, cit., *idem*.

Por outro lado, nota ainda MIRIAM HALPERN PEREIRA, reportando-se às reflexões de JEAN-PIERRE HIRSCH (*Revolutionary France, Cradle of free enterprise*, em *The American Historical Review*, 94, 1989), que em França, como em Portugal, “negociantes e industriais, até às vésperas da Revolução, oscilaram entre duas filosofias distintas, um forte intervencionismo e as novas oportunidades proporcionadas pela competição e a liberdade dos circuitos comerciais. Apoiavam o sistema corporativo e o sistema de regulamentação da actividade comercial e industrial (...). Na realidade, a nova retórica da liberdade de comércio e da natureza individual da empresa gerou um crescente fosso entre o discurso e a realidade. O regresso à regulamentação veio a efectuar-se durante o Consulado e o Diretório” (*Negociantes...*, cit., 67).

Recorde-se, ainda a este propósito, que a Assembleia Nacional constituinte francesa, tal como as nossas primeiras Cortes Constituintes, se limitou também, significativamente, ao direito de propriedade na sua proclamação de direitos (diferentemente da Convenção, que viria a consagrá-la no art. 17 da sua Declaração de direitos — “nenhum género de trabalho, de cultura, de comércio pode ser interdita à indústria dos cidadãos”), só a tendo garantido num simples diploma legal — a já citada lei de 2-17 de Março de 1791.

⁽¹²⁾ Constitui excepção a Constituição brasileira de 1824, que no seu § 25 do art. 179 (imediatamente a seguir ao § 24, que consagra a liberdade de “trabalho, comércio e indús-

vos, e a seguir, em via de regra, dos seus inspiradores e beneficiários (dos próprios organismos corporativos) (13).

Estas medidas, que marcam a génese do Estado de direito, exprimem, na sua radicalidade, a perfeita compreensão, pelos novos poderes, da radical incompatibilidade do sistema corporativo com a liberdade de trabalho e profissão.

Na verdade, o explícito repúdio por qualquer privilégio ou forma de autoridade económica de tipo corporativo virá a constituir como que uma característica “negativa” da liberdade de profissão, comércio e indústria; com a excepção de algum modo representada pela Constituição de 1933, “pode assim dizer-se que a proibição de exclusivos corporativos (...) é uma parte integrante da própria ‘civilização constitucional’” (14).

tria”) declara ela própria, desde logo, que “ficam abolidas as corporações de ofícios, seus juizes, escrivães e mestres”.

(13) Como vimos, em França a proclamação expressa da liberdade de “trabalho, comércio e indústria” só passou a integrar explicitamente o ordenamento jurídico francês com a lei de 2-17 de Março de 1791, que dispõe passar a ser “livre a toda a pessoa de fazer o negócio ou exercer a profissão, arte ou ofício que entenda por bem [fazer ou exercer]”, suprimindo ainda “os ofícios, direitos de recebimento das ‘mestrias’ e todos os direitos e privilégios das profissões” (decreto de Allarde), seguindo-se-lhe, por fim, a extinção das corporações pela Lei Le Chapelier, de 14 e 17 de Junho de 1791.

Declara enfaticamente este último diploma: “deve, sem dúvida, aos cidadãos de um mesmo ofício ou profissão reconhecer-se-lhes o direito de celebrar assembleias, mas não se lhes deve permitir que o objecto dessas assembleias seja a defesa dos seus pretensos interesses comuns; não existem mais corporações no Estado, e não existem mais outros interesses que não o interesse particular de cada indivíduo e o interesse geral; não pode permitir-se a ninguém que inspire aos cidadãos a crença num interesse intermédio que separe os homens da coisa pública por um espírito de corporação”; ver J. RAMON PARADA, *Derecho...*, p. 290-291, e G. ARIÑO ORTIZ/J. M. SOUVIRON MORENILLA, *Constitucion y colegios profesionales*, p. 30-31, Madrid, 1984).

A Espanha liberal, ao proclamar, sob a égide das Cortes de Cádiz, através do Decreto de 3 de Junho de 1813, “a liberdade de indústria sem que seja necessário para o seu exercício, exame, título ou incorporação em grémio algum”, mais não vem, como vimos, do que confirmar o conteúdo das Reais Ordens de 1890 e 1898 (J. RAMON PARADA, *Derecho...*, p. 291).

Entre nós, as “corporações das artes e ofícios” foram extintas pelo decreto de 7 de Maio de 1834 (logo após a vitória dos liberais), rezando o preâmbulo desse diploma que “não se coadunavam com os princípios da Carta Constitucional da monarquia, base em que devem assentar todas as disposições legislativas, a instituição de juiz e procuradores do povo, mesteres, caso dos Vinte e Quatro e classificação dos diferentes grémios, outros tantos estorvos à indústria nacional, que, para medrar, muito carece de liberdade que a desenvolva e de protecção que a defenda” (ver LOPES PRAÇA, *Comentários...*, p. 165).

(14) Declaração de voto do Conselheiro Vital Moreira, no Ac. TC de 6-5-85 (sentença portuguesa das farmácias). Diz ainda este Conselheiro que “foi contra exclusivos” de tal

Com efeito, a História se encarregou de demonstrar a inelutabilidade dessa mútua exclusão: lá onde as corporações acabaram por conseguir ultrapassar os quadros jurídicos da mera liberdade de associação, e retomar, ora de uma forma evidente, ora subrepticamente, as suas antigas prerrogativas ao aparelho estadual — independentemente da consistência teórica dos novos princípios organizatórios que como tal as passaram a enquadrar, e dos interesses colectivos para tanto específica e pontualmente invocados — sempre resultou (e resulta) do sucesso de cada uma de tais investidas, directa ou indirectamente, a criação de novos e injustificados obstáculos, pelos indivíduos já membros da corporação profissional, ao livre acesso de novos operadores à correspondente actividade profissional (15).

1.1.3. Note-se, ainda, que a supra referida cláusula geral de ordem pública se resumia, no respeitante às actividades económicas, ao “mínimo indispensável para a garantia do funcionamento da vida social e política”, sendo certo que se circunscreviam então as actividades política e administrativa a uma esfera de assuntos de um modo geral alheios “à decisão económica” (L. S. CABRAL DE MONCADA (16)).

Não quer isto dizer que não houvesse no liberalismo oitocentista uma ordenação jurídica da economia, e que aquelas leis fundamentais não contivessem em si, inclusive, uma verdadeira constituição económica; simplesmente, as constituições liberais, ao limitarem-se a garantir a abstenção

“natureza (mais do que contra os exclusivos estaduais e contra as restrições objectivas) que se afirmou originariamente, nos primórdios do constitucionalismo, a ‘liberdade comércio e indústria’. Diversamente do que ocorreu com muitos outros princípios do constitucionalismo liberal-burguês, nunca aquele princípio anti-corporativo foi posto seriamente em causa, salvo nos chamados ‘Estados corporativos’ (e mesmo aí só em pequena medida quanto a este aspecto)”. Na mesma declaração Vital Moreira distingue, porém, os “exclusivos corporativos em matéria de direito de propriedade e de liberdade” da chamada “reserva de profissão para os habilitados a exercê-la”; sobre esta matéria, ver adiante (cap. IX) a análise a esta sentença do Tribunal Constitucional, bem como a distinção entre liberdade de empresa e liberdade de profissão.

(15) As principais questões que se levantaram, e se levantam, nesta sede, prendem-se, pois, com a figura das associações públicas profissionais; basta, para se chegar a essa conclusão, qualquer análise, ainda que superficial, da jurisprudência dos principais tribunais constitucionais europeus relativa à liberdade de profissão (com a excepção do Tribunal Constitucional Federal Alemão, o que se explica, sem dúvida, pelo reduzido número de câmaras profissionais na Alemanha, praticamente circunscritas às profissões públicas e às profissões liberais mais antigas): é clara a sua predominância (quantitativa e qualitativa).

(16) Em *Direito Económico*, 2.^a ed., p. 16, Coimbra, 1984.

do Estado neste domínio “através do efeito negativo e denegatório dos direitos fundamentais dos cidadãos”, operavam uma remissão para o direito privado (civil e comercial), atribuindo-lhe desse modo “o papel de ordem jurídica socialmente conformadora e integradora através de instituições e regras que lhe são próprias” (17), nomeadamente, através do modelo jurídico do contrato, e, em geral, da consagração dos direitos da personalidade.

Desta particular configuração da ordenação económica do Estado liberal resulta, pois, a importância da legislação civil e comercial, para onde nos conduzem, por remissão, as normas constitucionais garantidas da liberdade económica (18). Mas, obviamente, e dada a longa vida dos Códigos Civis, o posicionamento recíproco das normas fundamentais destes e das normas da Constituição formal com aquelas conexas teve (tem) que ser reequacionada com o advento das Constituições pós-liberais, obrigando, nomeadamente, entre nós, ao confronto do Código de Seabra com a Constituição de 1933, e ao do actual Código Civil com a Constituição de 1976 (que diferentemente da de 1933, é já uma constituição totalmente enformada pelos princípios, conceitos e técnicas próprias do Estado social de direito).

Ora, a primeira e principal questão levantada nesta sede pelos autores é a da parificação material das normas fundamentais do Código Civil relativamente às homólogas normas consagradas da maioria dos direitos fundamentais de defesa. Trata-se, por um lado, da identificação das liberdades económicas constitucionalmente consagradas como projecções da personalidade — tendo em conta que a expressa protecção desta última se encontra normalmente nos Códigos Civis (quer o próprio direito a um genérico desenvolvimento da personalidade, quer os princípios enformadores dos seus instrumentos jurídicos no domínio económico, ou seja, os princípios da liberdade contratual, da liberdade de conformação do conteúdo dos contratos, etc.) —, e por outro lado, da constitucionalização quer do citado direito geral da personalidade (consagrado entre nós no Código de Seabra e no art. 70.º do actual Código Civil), quer dos específicos direitos legais da personalidade “esquecidos” pela Constituição formal (todos eles consi-

(17) L. S. CABRAL DE MONCADA, *Direito...*, p. 81.

(18) Importância essa acrescida pela perenidade e estabilidade dos Códigos civis e comerciais, bem superiores às das Constituições sob cuja égide são publicados: o Código de Seabra e o Código Comercial foram publicados sob a Carta Constitucional (1867), tendo o primeiro durado exactamente um século (fazendo assim companhia a mais duas Constituições), e continuando o segundo, pura e simplesmente, em vigor (ainda que já com a maioria das suas disposições revogadas).

derados como direitos, liberdades e garantias pela via da sua qualificação como direitos de natureza análoga até à 4.^a Revisão Constitucional, de 1997, e desde esta revisão como direitos fundamentais de liberdade por “direito próprio” no próprio texto da lei fundamental, designadamente no actual art. 26.º, n.º 1, CRP).

1.2. NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1933 ⁽¹⁹⁾

1.2.1. A Constituição de 1933 consagra, no seu art. 8.º, n.º 7, “a liberdade de escolha de profissão ou género de trabalho, indústria ou comércio, salvas as restrições legais requeridas pelo bem comum e os exclusivos que só o Estado e os corpos administrativos poderão conceder nos termos da lei, por motivo de reconhecida utilidade pública”.

Este preceito parece constituir, à primeira vista, uma transcrição da norma homóloga da Constituição antecedente. Mas se é certo que a não autonomização da liberdade de trabalho e profissão relativamente às liberdade de comércio e indústria é tributária das declarações de direitos do liberalismo, nos restantes aspectos já se verifica a ocorrência de alterações substanciais (resultantes, no caso, da intercepção de influências de correntes de pensamento políticas, jurídicas e filosóficas de origens bem diferenciadas).

Com efeito, a marca distintiva por excelência da Constituição de 1933 (o corporativismo) ⁽²⁰⁾ não podia deixar de esvaziar boa parte do con-

⁽¹⁹⁾ Nesta matéria, ver A. SILVA LEAL, *O princípio constitucional da liberdade de trabalho*, em *Revista do Gabinete de Estudos Corporativos*, 1961, p. 143-157 e AFONSO QUEIRÓ/A. BARBOSA DE MELO, *A liberdade de empresa e a Constituição*, em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1967, p. 216-258.

⁽²⁰⁾ O art. 5.º declara que “o Estado português é uma República unitária e corporativa”; o art. 6.º atribui ao Estado a incumbência de definir e fazer respeitar “os direitos e as garantias resultantes da natureza ou da lei, em favor dos indivíduos, das famílias, das autarquias locais e das corporações morais e económicas” (a revisão constitucional de 1935 virá substituir esta última expressão por “outras pessoas colectivas públicas e privadas”); os títulos IV e V ostentam, significativamente, as epígrafes “Das corporações morais e económicas” e “Da família, das corporações e das autarquias como elementos políticos”. Finalmente, o art. 102.º institui, junto do parlamento, uma “Câmara Corporativa”, a que o art. 106.º atribui funções consultivas no procedimento legislativo, cujos pareceres são obrigatórios mas não vinculativos.

Note-se porém que a criação desta última instituição, supostamente o traço mais caracterizadamente corporativista da Constituição, se inspirou mais no “Conselho Supremo

teúdo útil, sobretudo, daquela liberdade fundamental. Veja-se, desde logo, o inciso do artigo: é apenas aparente a permutabilidade dos termos usados num e noutro preceito (“Estado” em vez de “Poder Legislativo”); na verdade, uma vez instituído o regime corporativo, tal ressalva ganha uma amplitude e um sentido bem distintos dos resultantes do contexto da Constituição republicana: enquanto que nesta a designação de “corpos administrativos” se circunscrevia tão só aos tradicionais corpos territoriais ⁽²¹⁾, naquela a utilização da mesmíssima expressão abre caminho à intervenção dos organismos corporativos nas actividades económicas em geral — também, portanto, e no que ora nos importa, nas actividades laborais ou profissionais.

Mas conjugue-se ainda esta com outra clara compressão do âmbito de protecção da norma analisada, que é a que resulta do art. 31.º (“O Estado tem o direito e a obrigação de coordenar e regular superiormente a vida económica e social com os objectivos seguintes: 1.º — “Estabelecer o equilíbrio da população, das profissões, dos empregos, do capital e do trabalho...”): esta norma, reforçada pelo art. 34.º ⁽²²⁾, propicia, na certa expressão de RENÉ SAVATIER, a política do chamado “malthusianismo profissional” ⁽²³⁾ (sistema em que é Estado, e não a sociedade — o mercado — quem avalia e determina as necessidades da comunidade em termos de serviços profissionais, regulando a oferta — isto é, o número dos profissionais admitidos a exercer cada ramo de actividade, de acordo com aquelas necessidades, por forma a evitar a concorrência “selvagem”, a

da Economia” da Constituição de Weimar — uma Constituição não propriamente corporativista, mas que, não imune às tendências políticas e filosóficas do tempo, não deixou de conferir um relevo significativo aos grupos sociais — do que nas instituições italianas dela contemporâneas; neste sentido, ver A. SILVA LEAL (que realça ainda, com acuidade, que foi sobretudo o Estatuto Nacional do Trabalho, e não tanto a Constituição, que se comprometeu com a linha ideológica do fascismo italiano), em *Os grupos sociais e as organizações na Constituição de 1976 — a rotura com o corporativismo*, em *Estudos sobre a Constituição*, v. III, p. 221 e 227-228, dir. de Jorge Miranda, Lisboa, 1979.

⁽²¹⁾ Designadamente, aos constantes dos títulos IV e V: instituições administrativas locais — distritais e municipais — e províncias ultramarinas.

⁽²²⁾ É o seguinte o texto deste artigo: “O Estado promoverá a formação e desenvolvimento da economia nacional corporativa, visando a que os seus elementos não tendam a estabelecer entre si concorrência desregrada e contrária aos justos objectivos da sociedade e deles próprios, mas a colaborar mutuamente como membros da mesma comunidade”.

⁽²³⁾ RENÉ SAVATIER, *L'origine et le développement du droit des professions libérales*, APD, Paris, 1953, p. 94.

“desregulação”, enfim, a infelicidade, quer dos cidadãos, quer dos próprios profissionais) (24).

É que, como vimos, dos próprios termos da Constituição, decorre a possibilidade de nem ser, sequer, a pessoa colectiva Estado, directamente, a

(24) Pese a existência deste expresso fundamento constitucional, o sistema corporativo de “porta fechada” circunscreveu-se, no anterior regime, às actividades industriais (através da célebre Lei do Condicionamento Industrial), e já não, no que nos importa, ao universo das profissões. Deixou, pois, incólume, a liberdade de escolher e exercer as profissões mais sensíveis à tentação corporativista: as chamadas profissões liberais.

Paradoxalmente, ocorrerão já na nova ordem constitucional as primeiras investidas corporativistas nesta sede, destacando-se em tais arremedos (novo paradoxo)... a Ordem dos Advogados.

As razões deste desencontro residem, quanto ao primeiro ponto, no estádio de atraso sócio-económico em que o país ainda vivia na anterior ordem constitucional: dada a carência de quadros e técnicos qualificados, a todos os níveis, o “terreno” não era, na prática, fértil para o incremento do proteccionismo profissional, antes pelo contrário.

Quanto ao segundo ponto: para além da avalanche de quadros qualificados provocada pelo surto desenvolvimentista dos anos 70 e 80 ter alterado esta realidade factual, (re)suscitando, portanto, o joga das motivações proteccionistas, sucede que sobrevive ainda na sociedade portuguesa muito da cultura constitucional do anterior regime — qual hera frondosa a que hajam cortado há pouco a raiz... (e pese, nesta sede, o flagrante contraste de tais investidas com o espírito e a letra na Constituição de 1976 — que, como veremos, rompeu radicalmente com o corporativismo, não oferecendo para tais efeitos, e diversamente de outras constituições “aparentadas”, um único ponto de apoio). Podemos pois, subscrever ainda, aqui e agora, as palavras de JEAN RIVERO, ditas num contexto espacio-temporal análogo ao nosso: “o ‘ar do tempo’ mudou, mas as organizações profissionais — pelo menos as que se mantiveram ou se recriaram — nem sempre despojaram por completo o velho homem” (*Le pouvoir réglementaire des Ordres professionnels et la sauvegarde des libertés individuelles*, “Droit Social”, 1950, p. 393).

Ressalva ainda RIVERO, na mesma obra e local, que “seria injusto injuriá-las” por isso, pois “para respeitar a lei, é preciso conhecê-la”; ora, “os profissionais, que não são — à parte o caso dos auxiliares da justiça, evidentemente! — juristas, pecam sobretudo por ignorância, sem dúvida, mais do que por malícia”. Mas paradoxalmente, entre nós, têm sido os advogados e a sua ordem a revelar as mais brutais tendências corporativistas (ver, a este respeito, o nosso *A liberdade de escolha da profissão de advogado*, Coimbra, 1992); e — infelizmente, neste caso — cremos que também, sobretudo, por ignorância: já de si pouco sensibilizados para o direito público, com que não lidam habitualmente, as poucas noções deste sector do direito que ainda terá uma boa parte desses profissionais, na sua esmagadora maioria, limitar-se-ão, porventura, ao que em tempos aprendeu nos bancos da Universidade, isto é, ao que bebeu ainda nas fontes da deposta ordem constitucional.

encarregar-se dessa missão, mas as próprias corporações, agora rejuvenescidas com as modernas vestes da “publicidade” (25).

1.2.2. Importará focar, em contrapartida, a nítida consideração, pelo constituinte, da “liberdade de escolha de profissão ou género de trabalho, indústria ou comércio” como uma liberdade individual, isto é, como protecção a uma manifestação da personalidade, atenta a expressa consagração do momento da “escolha”, e a sua posição relativa entre os restantes direitos e liberdades fundamentais (26).

Também a protecção ao trabalho subordinado, e os decorrentes limites conformadores das actividades económicas, passam a constar do texto constitucional (sobretudo com a revisão constitucional de 1951, que proclama explicitamente o direito ao trabalho, logo a seguir, significativamente, ao direito à vida). Alarga-se assim também por esta via à decisão económica a esfera dos assuntos próprios do Estado.

Às componentes liberal, autoritária e corporativa da Constituição de 1933, junta-se, a uma vez, ainda que em estreita conexão com o sistema corporativo, a componente social, por influência, sobretudo, das constituições contemporâneas ditas “de transição”, que preludiam o Estado social de Direito (27). Ou seja, através, afinal, de outras normas da mesma lei fundamental, o conceito constitucional de “trabalho” (e por arrastamento o de “profissão”) deixa de significar, no plano jurídico-constitucional, como

(25) Lembra AFONSO QUEIRÓ/BARBOSA DE MELO a limitação da liberdade de profissão, comércio e indústria na Constituição de 1933 “pelo princípio corporativo, o qual implica (...) a existência de associações, formadas pelos agentes económicos, que interferem, em maior ou menor medida, na disciplina das actividades económicas respectivas”, podendo por via deste princípio sofrer aquela liberdade “apreciáveis limitação face aos organismos corporativos” (*A liberdade...*, cit., p. 247, nota).

(26) Colocou-a o constituinte no conjunto dos direitos fundamentais da personalidade; concretamente, entre o direito à vida e à integridade pessoal (§ 1), o direito ao bom nome e reputação (§ 2), a liberdade religiosa (§ 3), a liberdade de expressão (§ 4), a liberdade de ensino (§ 5), o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (§ 6), e a liberdade pessoal (§ 8); e deixa, a mesma liberdade, concomitantemente, de estar associada ao direito de propriedade (que só emerge no § 15).

(27) JORGE MIRANDA (*Manual...*, v. I, cit., p. 276) refere “o aparecimento, enquadrados no projecto, de vários direitos sociais — protecção da família (art. 13.º), associação do trabalho à empresa (art. 36.º), direito à educação e à cultura (arts. 42.º e 43.º), e, a partir de 1951, direito ao trabalho (art. 8.º, n.º 1-A) e incumbência da defesa da saúde pública (art. 6.º, n.º 4) — bem como da contratação colectiva (art. 37.º), a acrescentar à função social da propriedade (citado art. 35.º).

que um sinónimo de “comércio” e “indústria”, acabando por pôr em causa a tradicional unidade jurídica da “liberdade de escolha de profissão ou género de trabalho, indústria ou comércio” consagrada no § 7.º do art. 8.º, em conformidade, de resto, com as tendências do tempo ⁽²⁸⁾.

CAPÍTULO II

NA CONSTITUIÇÃO ITALIANA DE 1947 ⁽²⁹⁾

2.1. NOÇÕES GERAIS

2.1.1. Reza o art. 4 da Constituição italiana de 1947 — a primeira sobre que nos debruçaremos, por ordem cronológica, de entre as quatro constituições mais próximas da nossa (e que elegemos para uma breve resenha de direito comparado, com especial incidência, de entre estas, nas que mais influenciaram o nosso último constituinte, designadamente a italiana e a alemã) — que a “república reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho e promove as condições que tornem efectivo este

⁽²⁸⁾ Como refere SILVA LEAL em 1961 (*A liberdade...*, cit., p. 145), “no nosso tempo, a palavra *trabalho* parece tender cada vez mais para uma significação rigorosa e reduzida. Se não se pode negar que os empresários em nome individual ou os sócios gerentes *trabalhem* — o certo é que, quando se fala agora em *trabalho* e em *trabalhar*, se tem em vista fundamentalmente a prestação subordinada de serviços”.

⁽²⁹⁾ Sobre direitos fundamentais em geral, ver ALESSANDRO PACE, (*El legislador de los derechos fundamentales*, em *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, dir. A. Lopez Pina, trad. Elena Cappucio, Ignacio Gutiérrez e J. F. López Aguilar, Madrid, 1991; sobre a liberdade de trabalho e profissão ver: MANLIO MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milão, 1956; GIUSEPPE MANCINI, *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca. arts. 1-12, principi fondamentali*, Bolonha/Roma, 1975; GIUSEPPE PERA, *Professioni (libertà di)*, em “EdD”; VINCENZO SPAGNUOLO-VIGORITA e GIUSEPPE PALMA, *Professione e lavoro (libertà di)*, em “Nov. Dig. It.”; RICARDO DEL GIUDICE, *Diritto e dovere di lavoro*, em *Diritto del Lavoro*, ano de 1960; FRANCO LEVI, *Libertà fondamentale del professionista ed ordini professionali*, em RTDP, ano de 1976; RENATO SCOGNAMIGLIO, *Personalità umana e tutela costituzionale delle libere professioni*, em *Dir. fam. e pers.*, 1973; DOMENICA LAPELLA, *Le professione intellettuale. I profili costituzionalistici*, em *Le professione intellettuale* (obra colectiva), Turim, 1987; ACHILLE MELONCINI, *Le professione intellettuale nella Costituzione italiana*, em *Scritti per Mario Nigro*, I, Milão, 1991; SERGIO BARTOLE, *Albi, ordini professionali e diritto al lavoro*, em *Giur. Ital.*, 1961, I, 1, p. 941; ALESSANDRO CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, Milão, 1976.

direito”, especificando o § 1.º do mesmo artigo que “todo o cidadão tem o dever de desenvolver, *segundo as suas próprias possibilidades e escolha*, uma actividade ou uma função que contribua para o progresso material ou espiritual da sociedade”.

A liberdade de trabalho é entendida pela doutrina e pela jurisprudência italianas segundo a já clássica distinção entre os momentos da escolha e do exercício (apesar do texto do preceito só referir o primeiro) como uma garantia da liberdade pessoal, com eficácia imediata, “por efeito da qual todo o cidadão pode exigir que os poderes públicos se abstenham de qualquer intervenção destinada a impedir a actividade do trabalho dos privados, a sua *escolha* e o seu modo de *exercício*” (MORTATI ⁽³⁰⁾), incluindo a livre opção do local de trabalho, e a livre “individualização da contraparte” destinatária da actividade laboral, quer esta seja desenvolvida “em forma autónoma” quer “em forma subordinada” (MANCINI ⁽³¹⁾); podem “os privados exigir ainda que os poderes públicos intervenham para impedir ou reprimir a actividade de aqueles que intentem obstacular a liberdade de trabalho” (MAZIOTTI ⁽³²⁾).

É, contudo, mais amplo do que nos outros textos constitucionais ora analisados, o objecto da protecção do direito consagrado no art. 4.º, n.º 2, CI — facto a que não é certamente estranha a própria colocação deste artigo, no “átrio” da Constituição (“Princípios fundamentais”). Como releva MANCINI, a expressão “progresso material e espiritual” amplia consideravelmente a tutela concedida pelo preceito: correlacionados com aquela expressão, “os conceitos em si mesmos neutros de ‘actividade’ e de ‘função’ não podem não ser entendidos no seu sentido mais lato”, ultrapassando “os limites que os comentadores do art. 12.º da Lei Fundamental de Bona apreendem como conaturais à noção de *Beruf*, identificando-os nas características da estabilidade e da aptidão a funcionar como suporte económico, ou, de todo o modo, como base de vida para o cidadão. Diferentemente da alemã, a constituição italiana garante ainda a assunção de iniciativas precárias e de actividades economicamente irrelevantes” ⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ Em *Il diritto al lavoro secondo la costituzione della Repubblica (Natura giuridica, efficacia, garanzia)*, em *Atti della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla disoccupazione*, v. IV, P. I, p. 81, citado por MAZZIOTTI, *Il diritto...*, p. 59 (sublinhados nossos).

⁽³¹⁾ *Commentario...*, cit., p. 267.

⁽³²⁾ MAZZIOTTI, *ibidem*.

⁽³³⁾ *Ibidem*, p. 266.

2.1.2. Note-se, ainda, que na redacção deste artigo a distinção entre o direito ao trabalho e a liberdade de trabalho e profissão é bem mais nebulosa do que no texto originário da nossa actual Constituição; desde logo, o constituinte italiano, quando começa por dizer que a República “*reconhece* o direito ao trabalho”, já está a usar um termo (“reconhecimento”) referenciador, por definição, de uma liberdade pessoal (um dos direitos fundamentais de personalidade — “invioláveis” — genericamente consagrados no art. 2.º CI), e não de um direito em sentido técnico, ou positivo; ou seja, só a *liberdade* de trabalho (autonomamente consagrada no § 2.º, como liberdade de *escolha*), e não o *direito* ao trabalho, pode ser o objecto de tal “reconhecimento”.

Uma parte considerável da doutrina constitucionalista, e, ainda que de forma implícita, a própria jurisprudência constitucional (pelo menos até à sentença n.º 45 de 1965) encarava todo o art. 4.º CI como consagrador de um único direito de carácter social⁽³⁴⁾, e, sem dúvida por influência do direito público francês (e ainda que à revelia do espírito e da letra da nova Constituição), a liberdade de trabalho como um princípio geral⁽³⁵⁾. Outros autores, subscrevendo também a tese do direito único (impressionados com a identidade do objecto — o direito de exercer uma actividade laboral — e com o facto de a Constituição falar “de um só direito”), já assinalam, contudo, a (co)existência de duas vertentes, constituindo uma delas — a liberdade de trabalhar — o “núcleo essencial” da outra⁽³⁶⁾.

(34) Como explica MANCINI, “uma série de razões ligadas ao clima político dos anos 50 induziram quase toda a doutrina a entender a liberdade de profissão nos perfis que mais directamente investem a condição operária, como um aspecto do direito ao trabalho; e por isso a fazer objecto de pesquisa, com as inevitáveis distorções que uma tal abordagem comporta, fora do âmbito normativo em que o constituinte a havia colocado” (*Commentario...*, cit., p. 248).

(35) Note-se, como teremos ocasião de ver melhor, que a natureza de princípio geral na norma consagradora da liberdade de trabalho e profissão, diferentemente dos termos em que se terá posto a questão no debate travado a este propósito na doutrina italiana, não exclui que o preceito que a institua não garanta *simultaneamente* um direito subjectivo público fundamental; como diz J. J. GOMES CANOTILHO “quer as normas que garantem direitos subjectivos quer as normas que impõem obrigações objectivas ao Estado podem ter a natureza de princípio” (*Direito...*, cit., p. 545).

(36) Como é o caso de MAZZIOTTI; segundo este autor, “a Constituição quis dar relevo à missão dos poderes públicos (...) não só de não colocar obstáculos e de impedir que outros ponham obstáculos à liberdade de trabalho, mas ainda de promover as condições que tomem “efectivo” o direito ao trabalho, ou seja, de criar, se necessário, novas possibilidades de trabalho” (*Il diritto...*, *op. cit.*, *loc. cit.*). Ver, a este respeito, as críticas que formulamos a tal concepção, na análise do texto originário da Constituição portuguesa de 1976.

Tende hoje a prevalecer, contudo, o entendimento de que o art. 4 CI, ao garantir duas pretensões (“uma, positiva, a que sejam suscitadas oportunidades de trabalho; outra, negativa, à abstenção de qualquer interferência na escolha, no modo de exercício e no desenvolvimento da actividade laboral” (37)) consagra dois distintos direitos. Pelo que teremos, assim, no § 1.º um *direito social*, no sentido técnico da expressão (no sentido em que o interesse para cuja tutela foi instituído — genericamente, a participação nos benefícios da vida associada — só pode ser satisfeito mediante prestações dos poderes públicos) e, no § 2.º, não um simples “princípio geral do ordenamento jurídico”, mas um característico *direito fundamental de liberdade*: designadamente, “da liberdade de dispor da própria força de trabalho” (38) (isto é, de “decidir *qual* a actividade que pretende desenvolver, em que condições, e onde quer desenvolvê-la, sem encontrar obstáculos de natureza jurídica, à excepção daqueles que a própria Constituição implica ou consente” (39)); enfim, de uma “liberdade profissional, ou, mais amplamente, liberdade de seguir a própria vocação”, explicitamente “assegurada no § 2.º do mesmo artigo” (MANCINI (40)), entendida hoje “como uma das mais importantes afirmações da personalidade humana” (SPAGNUOLO VIGORITA/GIUSEPPE PALMA (41)).

Na Constituição italiana como na versão originária da nossa actual Constituição (pelo menos até 1982), os dois direitos limitam-se, pois, a ser simples “companheiros de viagem” (42). Todavia, não deixe de se salien-

(37) MANCINI, *Commentario...*, cit., p. 203 e 206.

(38) *Ibidem*.

(39) MAZZIOTTI, *Il diritto...*, cit., p. 73; sublinhados nossos.

(40) *Commentario...*, cit., p. 203 e 206. Num útil resumo do debate doutrinário nesta matéria, DOMENICA LATELLA, contudo, referencia MANCINI (remetendo para a p. 206 e segs. do seu *Commentario...*) como o expoente máximo (aconselhando a ver “por todos”!) da corrente doutrinária “contrária” à que defende que a “afirmação do direito ao trabalho contida no art. 4 const. comporta antes do mais o reconhecimento” no ordenamento jurídico italiano “do princípio da liberdade de trabalho” (*Le professione...*, cit.). Ora, MANCINI, não só não defende tal posição nesse local (limitando-se a refutar a tese da “dupla pretensão” de um mesmo direito, de que alguns autores fariam resultar, *ex equo* com a obrigação negativa de abstenção, uma obrigação positiva de resultados, para o Estado, de prover à obtenção de postos de trabalho para todos os cidadãos), como defende aliás vigorosamente, mais adiante (p. 265 e segs.), a consagração, pelo art. 4.º § 2.º, de uma liberdade fundamental de trabalho (que este autor distingue claramente do direito consagrado no § 1.º).

(41) *Professione...*, cit., p. 15.

(42) Expressão de NIKISCH (na expressão original, *unvermeidliche Gefährte*), em *Arbeitsrecht*, I, p. 35, citado por MANCINI, *Commentario...*, cit., p. 249.

tar que alguns autores ainda defendem a tese “francesa” da liberdade de trabalho como um simples princípio geral cuja concretização careceria de uma intervenção constitutiva do legislador.

É o caso de MICHELE PERINI, para quem, por essa razão, o acto de admissão nas ordens profissionais reentraria nas ditas “admissões constitutivas dos direitos de liberdade” (43); para este autor a inscrição no “album” não removeria um limite ao exercício do direito de liberdade profissional, “já que sobre o plano constitucional o direito à liberdade de trabalho profissional” só poderia “ser entendido apenas como conteúdo parcial do próprio *status libertatis*, o qual em concreto” se especificaria “apenas no direito a obter uma particular qualificação profissional” de que seria sempre a lei, “pelo carácter constitucional do *status libertatis*, a predispor as condições”. Assim, para PERINI uma qualificação profissional nasceria “apenas do acto de constituição da autoridade administrativa (inscrição), ainda que tal acto fosse “um acto devido e que o particular” tivesse “um direito à emanção desse acto” (44).

Também e ainda a propósito da questão da natureza do acto de inscrição nas ordens, outro autor — ALESSANDRO CATELANI — não chega a reconhecer a liberdade de escolha e de exercício de profissão como um direito subjectivo fundamental, que a Constituição atribua e garanta directamente a todo o cidadão face desde logo ao próprio legislador, como verdadeira posição jurídica subjectiva e individual. Segundo CATELANI, “o genérico direito de liberdade laboral” especificar-se-ia “em várias situações jurídicas subjectivas”, as quais constituiriam “outras tantas manifestações” objecto de configuração pelo legislador ordinário — limitando-se assim “a garantia constitucional do direito ao trabalho” a constituir uma genérica “proibição de ingerência da esfera pública na esfera privada” (45). Tais situações jurídicas subjectivas surgiriam desse modo “em concreto sobre a base das leis ordinárias”, não devendo estas tão só “estar em contraste com o estatuído na Constituição” (46); mas “elas (situações jurídicas subjectivas)” não surgiriam “directamente por efeito da Constituição”, pois “a norma constitucional” não poderia “disciplinar, nas suas particularidades, as concretas relações jurídicas”, tendo apenas “o valor de um princípio geral”, enformador da “legislação ordinária existente na matéria”; tra-

(43) *Osservazioni...*, cit., p. 74.

(44) MICHELE PERINI, *Osservazioni sull'accertamento costitutivo*, Padua, 1953, p. 50.

(45) *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, Milão, 1976, p. 144-146.

(46) *Ibidem*.

tar-se-ia pois de “situações jurídicas subjectivas” que seriam “relativas e não absolutas” (47).

Por sua vez, BRUNO CAVALLO, e ainda a propósito do mesmo tema, não reconhece igualmente a preexistência de um direito fundamental de liberdade ao exercício profissional na esfera de cada candidato às profissões colegiadas, relativamente ao acto de inscrição: para este autor, só através de tal acto adquiriria o particular *ex novo* todo o *status* (neste se incluindo o próprio direito de escolher e exercer a profissão). Para CAVALLO, não seria ainda concebível um direito ao *status*, “porque o sujeito, accionando o seu direito, tenderia “exclusivamente ao reconhecimento de uma situação de vantagem, sabendo-se porém que a esta são consequentemente ligadas situações passivas” (48); enfim, “o critério da necessidade”, determinando a obrigatoriedade do “vínculo associativo”, tornaria a “pertença necessária a tal grupo” um “*prius* lógico e jurídico”, por força do qual se habilitaria “o sujeito ao exercício de uma determinada profissão (*status* profissional) ou ainda se legitimaria “a titularidade de uma série de relações jurídicas (por exemplo, *status* familiar)” (49) (50).

2.2. O DEBATE SOBRE A MEDIDA E LIMITES DA INTERVENÇÃO RESTRITIVA DO LEGISLADOR

2.2.1. Porém, e como já sublinhámos, as posições que acabamos de referir são hoje minoritárias. Mas se se pode dizer que a caracterização da

(47) *Ibidem*.

(48) CAVALLO, *Lo status professionale*, v. I, Milão, 1968, p. 95. Esta observação terá que ser enquadrada na especificidade do sistema do contencioso administrativo italiano, que opera uma distinção talhante entre direitos subjectivos públicos e interesses legítimos, encaminhando a resolução dos litígios relativos aos primeiros para os tribunais comuns.

(49) CAVALLO, “*Lo status...*”, v. I, cit., p. 172-173.

(50) O acto de inscrição nas ordens teria assim uma “natureza constitutiva de uma nova situação jurídica, isto é, do *status* profissional”, que certamente se não poderia “considerar preexistente ao seu acto constitutivo; pelo que “a titularidade das obrigações e dos direitos” que se ligariam ao exercício de uma profissão intelectual derivariam “da existência de um específico *status* profissional, e não já do genérico direito à liberdade de trabalho”, que reentraria “na esfera de liberdade de qualquer sujeito” 50. Em suma, “o *status* profissional”, não sendo um direito subjectivo, “mas uma mais fundamental posição jurídica”, nasceria “apenas sobre a base do acto de inscrição”, a respeito do qual, sendo “acto devido”, o particular teria “simplesmente um direito à respectiva emanção” (CAVALLO, *Lo status...*, v. II, cit., p. 166).

liberdade de trabalho como um direito subjectivo público fundamental que a Constituição atribui e garante directamente a cada cidadão é uma concepção actualmente dominante no direito italiano, estão longe de constituírem um tema pacífico a medida e os limites constitucionalmente admissíveis à intervenção restritiva do legislador. Balança-se a doutrina entre duas alternativas, ambas hermeneuticamente possíveis, mas que apresentam o inconveniente de pecar uma, por defeito, e outra, por excesso.

Na primeira hipótese (e com base numa consideração tecida pelo próprio Tribunal Constitucional, ao apontar como “limite insuperável” à ingerência do legislador “a necessidade do próprio direito não ficar desnaturado através de uma compressão ou de uma redução do respectivo âmbito”) (51), da falta de um “explícito reenvio à lei ordinária” resultaria que desta liberdade “só as modalidades do seu exercício poderiam ser reguláveis”, excluindo-se assim os “limites substantivos” (52) (na expressão algo simplificadora dos autores italianos) (53).

Na segunda hipótese, e face ao carácter genérico e impreciso do art. 4.º, § 1.º, CI, justificar-se-ia o reenvio para uma norma mais específica, designadamente, o art. 41.º CI (prescreve este artigo que “a iniciativa económica

(51) C.C., Sent. de 19 de Junho de 1958, n. 36, publ. em *Giur. Cost.*, 1958, p. 487, cit. de S. Bartole, *Albi...*, cit., p. 945.

(52) V. CRISAFULLI, *Libertà di scuola e libertà di insegnamento*, em *Giur. Cost.*, 1958, p. 184, citado por S. Bartole, *Albi...*, cit., p. 945-946.

(53) É evidente a imperfeição técnica do direito constitucional italiano em matéria de direitos fundamentais (quer dos próprios preceitos constitucionais, quer das sucessivas considerações doutrinárias). Não nos convence, pois, ALESSANDRO PACE, quando afirma que “a ausência na Constituição italiana de uma disposição análoga ao art. 19.2 da Constituição alemã e ao art. 53.1 da Constituição espanhola” deve ser apreciada não como uma “característica negativa” do ordenamento italiano, mas, pelo contrário, como um característica positiva, na medida em que isso “implica (ao menos em teoria!) que o legislador ordinário não está autorizado a distinguir o que é essencial do que não o é no conteúdo do conteúdo de um direito constitucionalmente reconhecido” (*El legislador de los derechos fundamentales*, em *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, dir. A. Lopez Pina, trad. Elena Cappucio, Ignacio Gutiérrez e J. F. López Aguilar, Madrid, 1991, p. 76-77). Na verdade, cremos que só com recurso às ideias de salvaguarda do conteúdo essencial e da proporcionalidade poderiam ter a jurisprudência e a doutrina constitucionais italianas dispensado o vago e caduco conceito de “ordem pública” como cláusula genérica de limitação da liberdade de profissão, e elaborado um critério gradualístico adequado à moderna especificidade desta problemática liberdade, à semelhança do que fez o Tribunal Constitucional Federal Alemão com a “teoria dos degraus”.

privada é livre”, ressalvando contudo o § 1.º o não se poder ela desenvolver “se se opuser à utilidade social ou quando cause danos à segurança, à liberdade e à dignidade humana”, e encarregando ainda o § 2.º o legislador de determinar “os programas e os controlos oportunos para que a actividade económica pública ou privada possa orientar-se e coordenar-se com os fins sociais”) (54).

Ora, esta interpretação, que visa aplicar à liberdade de trabalho a amplíssima cláusula de ordem pública do art. 41.º CI, ao estender “notavelmente o alcance” deste preceito, “por forma a fazer com que ele cubra ainda o trabalho profissional”, suscita fundadas dúvidas à melhor doutrina. Como lembra V. SPAGNUOLO VIGORITA, logo à partida, “a falta de limites explícitos ou lógicos na fórmula adoptada numa norma não exige, com efeito, de indagar se existem outros indícios com base nos quais se possa concluir por uma aceção restrita da mesma fórmula” (55). E no caso, diz ainda o mesmo autor, existiriam indícios que apontariam claramente para uma aceção restrita: desde logo, de outro modo, “resultaria pleonástica a garantia especialmente concedida pelo art. 4, § 2.º (sobretudo entendendo-se, como se entende, por sua vez, tal termo como referenciador de qualquer actividade económica)” (56).

Mas a razão mais ponderosa residiria no facto de a “utilidade social” e os “fins sociais” de que fala o artigo não poderem deixar de se reportar ao “pesado encargo de atribuições sociais e de realização do bem estar colectivo” assumido pelo Estado, e que este não poderia prosseguir sem “uma limitação das posições económicas de privilégio”: designadamente, “da propriedade e da empresa, que se demonstra desde logo historicamente serem antitéticas à utilidade colectiva, e idóneas a contrastar com os fins públicos” (57).

(54) Como na nossa actual Constituição, também na lei fundamental transalpina se encontra dissociada a liberdade de trabalho e profissão da sua liberdade congénere (de comércio e indústria, ou de empresa), sendo de realçar a identidade de designação desta última em ambas as leis fundamentais (direito de “iniciativa económica privada”), inserindo-se ainda a mesma liberdade no capítulo dos direitos e deveres económicos, diferentemente da liberdade de trabalho e profissão, que consta logo dos princípios fundamentais — duas notas reveladoras, pois, de uma directa inspiração nesta matéria do nosso constituinte no texto italiano de 1947.

(55) V. SPAGNUOLO VIGORITA, em *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoles, 1959, p. 69-71.

(56) *Ibidem*.

(57) SPAGNUOLO VIGORITA, *idem*.

Daí a *ratio* do artigo: o ele não poder “representar o estatuto de *toda* a economia privada, mas só ou essencialmente daquelas forças *organizadas e coordenadas* que estejam em situação de exercer uma influência proeminente sobre a economia nacional, isto é, das *empresas*. É a força, a empresa económica *organizada e profissional* que, com efeito, relevando essencialmente para os fins de tutela do interesse geral, justifica a posição de articuladas proposições constitucionais limitativas que constituem o principal objecto da norma” (58).

Especifica ASCARELLI (59), por seu turno, que “as profissões liberais, apesar de tenderem em certos aspectos para a industrialização e para o perfil concorrencial, se subtraem, todavia, à disciplina geral da actividade económica e da concorrência, uma vez que, relativamente a elas não se verifica o pressuposto de facto daquela disciplina, isto é, a produção em massa” (60).

RENATO SCOGNAMIGLIO subscreve ainda esta tese, na análise que empreende (de outro ângulo) aos preceitos constitucionais pertinentes, ao considerar o trabalho autónomo (profissional), mais do que qualquer outra espécie do género “trabalho”, como uma “expressão” por excelência “da personalidade e da liberdade” do homem que obtém, sob este perfil, “uma tutela genérica ainda nas normas fundamentais sobre relações civis e ético-sociais” (e não propriamente nas normas sobre relações económicas) (61) (62). Releva ainda o mesmo autor que nesta espécie de trabalho

(58) *Ibidem*.

(59) Em *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milão, 1956, p. 19, citado por V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa...*, cit., p. 71, nota 43.

(60) Enfim, a utilização da expressão mais ampla de “iniciativa económica” (liberdade de) em vez da corrente expressão “liberdade de empresa”, visaria, essencialmente, abranger as “operações económicas singulares sujeitas a uma disciplina publicística — ou que pudessem vir sê-lo no futuro”, por causa da “influência que, evidentemente no seu complexo, se considera exercerem sobre o bom andamento da economia nacional: pense-se na exportação de determinados produtos, nas especulações de Bolsa, nos pagamentos ao exterior, etc. Tais actos ou actividades, ainda que levados a cabo fora de qualquer estrutura empresarial, devem considerar-se compreendidos no conceito de iniciativa e submetidos à disciplina do art. 41” (V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa...*, cit., p. 72-73).

(61) *Personalità...*, cit., p. 801. Este autor opera uma subtil distinção entre as três categorias do labor humano (trabalho autónomo *profissional*, trabalho subordinado e actividade empresarial), de acordo com o grau de interferência que cada uma delas apresenta por definição, ou por natureza, relativamente aos interesses colectivos que mais valia apresentam para o Estado social, e encontra-lhes uma correspondência precisa em cada uma das referidas normas constitucionais.

(62) Na sua concepção radicalmente “personalista” da liberdade de profissão, SCOGNAMIGLIO, atendendo à ambiguidade do art. 4, § 2.º, duvida, contudo da invocabilidade deste

“as correspondentes relações não assumem no plano sócio-económico uma fisionomia tão característica, e uma relevância tão intensa, como o trabalho subordinado” (tutelado directa e especificamente pelo arts. 35 e segs. (63)) ou “a actividade económico-privada” (tutelada por sua vez pelo art. 41), que “nos respectivos âmbitos levantam problemas e solicitam escolhas de particular importância” não levantados e não solicitados, por definição, por aquela primeira categoria do trabalho humano (64).

Nota ainda MANCINI que apesar dos contrastes que dividem os autores italianos “sobre a natureza da liberdade de iniciativa económica”, ninguém pode, todavia, duvidar que esta última liberdade tem um “irredutível conteúdo patrimonial; e — quer se queira, quer não — disso resulta uma posição não só mais restrita, como menos intimamente conexas com a pessoa, menos ‘inviolável’ do que a liberdade de escolher a direcção da própria energia”. Por sua vez, ANTONIO BALDASSARE explica a separação e diversidade de disciplinas do trabalho (art. 4 CI por um lado, e arts. 35 CI e segs., por outro) relativamente à actividade produtiva, pelo facto do “trabalho, como tal, e diferentemente da produção”, ser uma projecção de valores humanos “não só materiais, mas antes e sobretudo espirituais” (65).

Todavia, e pese o acerto destas observações, a jurisprudência constitucional (66) e parte significativa da doutrina inclinaram-se para a primeira solução referida; isto é, a da aplicação (por analogia ou por uma interpretação extensiva de todo o preceito consagrador da liberdade de iniciativa económica) à liberdade de trabalho da cláusula dita de “ordem pública” do art. 41 CI (67).

preceito como norma protectora de tal liberdade, considerando mais pertinente para o efeito, desde logo, a própria garantia constitucional da liberdade pessoal (*Il lavoro nella Costituzione italiana*, em *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milão, 1978, n. 9, p. 42 e segs., cit. de G. Pera, *Professione...*, cit., p. 1033, nota I).

(63) Começa este artigo (que abre o título das “Relações económicas”) por garantir a “tutela” do “trabalho em todas as suas formas e aplicações”; mas é evidente, pelo contexto em que está inserido (designadamente, pelo conteúdo dos preceitos seguintes), que o termo “trabalho”, nesta parte da constituição, é sinónimo de trabalho subordinado”.

(64) SCOGNAMIGLIO, *idem*.

(65) Em *Iniziativa economica privata*, EdD, v X, p. 594, nota 39.

(66) A doutrina, contudo, divide-se quanto à posição do Tribunal, num ou noutro sentido (!); com efeito, esta jurisdição caracteriza-se, sobretudo, pela ambiguidade (ver o ponto da situação feito por DOMENICA LATELLA, *Le professione...*, p. 60-61).

(67) Note-se que mesmo autores como V. SPAGNUOLO VIGORITA, que perfilham a primeira solução, acabam mesmo assim por revelar uma cultura constitucional autoritária, expressando pontos de vista acerca da liberdade de profissão que sendo porventura defen-

Ora, esta opção, como era previsível, deixou uma porta aberta a ingêrências estranhas: nas palavras de G. PERA, servindo optimamente como serve, “como peça formal de apoio” para a generalidade destas situações, “o princípio consagrado no início do art. 41.º CI, em função dos possíveis limites à iniciativa económica privada”, justifica-se o “temor, dada a comprovada situação dos êxitos constantes” das intervenções corporativistas do legislador “nos repetidos incidentes de constitucionalidade, que tudo seja possível, e que possa verdadeiramente chegar-se a uma sociedade de profissões totalitariamente reguladas” (68).

2.2.2. Outra questão divide a doutrina italiana, relativamente à liberdade de profissão: é a de saber “até que ponto são admissíveis limitações ao acesso e ao exercício das profissões intelectuais” ou academicamente tituladas, face à “acentuada relevância social” dessas profissões (69). O principal problema que se coloca nesta matéria é o já aflorado da “inscrição no ‘album’ profissional” (consistindo este num elenco ou registo de profissionais “cuja custódia é confiada às ordens ou colégios constituídos pelos próprios inscritos”, e que “se coordena com uma ‘associação-orde-

sáveis naquele ordenamento jurídico, dada a falta de um regime de protecção análogo ao prescrito pelo art. 18.º da nossa Constituição (apesar de contestados por muitas e autorizadas vozes), não são transponíveis para o nosso ordenamento (cuja matriz constitucional é, como veremos, a Lei Fundamental alemã — que é bem mais respeitadora dos direitos fundamentais de liberdade).

É bem ilustrativo dessa concepção autoritária (diametralmente oposta, em cada uma das concretas afirmações e exemplos adiantados, como veremos, às construções da doutrina e da jurisprudência constitucionais alemãs) o seguinte excerto, da autoria conjunta do citado autor e de GIUSEPPE PALMA: “Com base no segundo número do art. 4 CI (...) o Estado está obrigado a respeitar apenas o conteúdo essencial da liberdade de escolha, no sentido de não poder substituir a própria à do privado, impondo a este o desenvolvimento de uma actividade não querida. Mas pode limitar o âmbito da escolha, ou colocar condições para a concreta operatividade da mesma. Deste ponto de vista, dever-se-á considerar legítimo, a respeito do art. 4.º CI, por exemplo, a proibição do mester de saltimbanco ou de faquir, como socialmente inúteis; a supressão das profissões privadas de notário, farmacêutico, agente de câmbio, com substituição por serviços estaduais; a ‘nacionalização’ da profissão médica; a instituição de um “*numerus clausus*” para os ‘albums’ forenses e para a inscrição nos cursos universitários e escolares” — *Professione e lavoro (libertà di)*, “Nov. Dig. Ital.”. A nosso ver, a admissibilidade de qualquer uma destas restrições (e à excepção do caso dos notários e dos agentes de câmbio, por razões diferentes) equivale ao esvaziamento do direito.

(68) *Professione...*, cit., p. 1037.

(69) DOMENICA LATELLA, *Le professioni...*, cit., p. 42.

namento jurídico”), *conditio sine qua non* “para o legítimo exercício da profissão nos casos previstos na lei” (70).

Para uma parte da doutrina, este “qualificar-se-ia como uma admissão”, por operar “a inserção do requerente numa organização administrativa, com a consequente atribuição de direitos e deveres” (71); é o caso dos já citados PERINI, CAVALLO e CATELANI. Diferentemente “da ‘autorização’, ou do *accertamento* simples ou constitutivo”, este tipo de acto” atribuiria assim “um direito ou um poder não preexistente ao acto administrativo”, constituindo o “*quid* qualificante” a “existência de um interesse público reconhecido pela Constituição” que assim justificaria tal limitação (72).

Já para outra parte da doutrina, seria o exame de Estado previsto no art. 33.5 CI para o acesso às profissões intelectuais o acto não só “atributivo de uma qualidade profissional, mas sobretudo de um direito ao exercício da profissão” (73), deduzindo-se daí “que as ulteriores condições que a lei ordinária” pudesse “apor ao exercício de tal direito” teriam “um carácter autorizatório”, ou seja, dariam “lugar a actos que, sobre o pressuposto da existência de um direito subjectivo”, consentiriam “o concreto exercício deste” mal fosse “verificada a existência das condições previstas na lei” (74). Não deixe de se notar, enfim, que a simples e pacífica existência da primeira das posições citadas, que não tem tão poucos defensores como isso (75) não vem senão confirmar a oscilação da doutrina entre a concepção da liberdade de profissão como um simples princípio geral, e a concepção própria do nosso espaço civilizacional, da mesma liberdade como direito subjectivo público fundamental atribuído a cada cidadão pela Lei fundamental.

(70) *Ibidem*.

(71) DOMENICA LATELLA, *Le professioni...*, cit., p. 44.

(72) *Ibidem*.

(73) Sobre o exame de Estado profissional no ordenamento jurídico italiano, ver CARLO MAVIGLIA, *Professione ie preparazione alle professione*, Milão, 1992, p. 293 e segs., NAZARENO SAITTA, *Esame di stato*, EdD, v?, ALBERTO PREDIERI, *Annotazioni sull’esame di Stato e l’esercizio professionali*, em Giur. Cost., 1963, p. 506 e segs., e PIERGIOVANNI PISCIONE, *Ordini e collegi professionali*, Milão, 1959, p. 67-72.

(74) DOMENICA LATELLA, *Le professioni...*, cit., p. 50-51.

(75) Note-se que apesar de não ter um significativo acolhimento na jurisprudência constitucional, ela já constituiu fundamento para uma ou outra sentença do Tribunal constitucional contrária ao reconhecimento da preexistência ao acto de inscrição do “direito de liberdade de profissional”.

2.2.3. Enfim, como hoje salienta, e com veemência, a mais autorizada doutrina juspublicista italiana, devido à falta de critérios e de medida relativamente às ingerências dos poderes públicos, conjugada com uma tendência para a “absolvição” do legislador nesta matéria por parte da jurisdição constitucional, foi ficando a liberdade de trabalho à mercê do mesmo legislador (e para mais, como veremos a seguir, de um legislador excessivamente permeável às pressões dos grupos de interesse de base profissional), acabando por resultar dessa ausência de critérios um verdadeiro esvaziamento de conteúdo do direito fundamental afectado.

Assim, e pese a caracterização da liberdade de trabalho e profissão como uma “liberdade ‘total’ gozando do mais amplo reconhecimento”, a situação real acaba por ser outra: “é uma situação na qual esta essencial liberdade de partida é plurimamente limitada, em diferentes sentidos e nas mais diversas direcções”, nomeadamente, através de normas de polícia “que condicionam a exercitabilidade de numerosos mesteres, geralmente os que implicam um imediato contacto com o público, a autorizações e a inscrições em determinados registos” (GIUSEPPE PERA) (76).

Nas incisivas palavras de DEL GIUDICE, deve-se esta proliferação de restrições ao facto de “muitas categorias profissionais” terem conservado “a pior inclinação do corporativismo, que é aquela do proteccionismo categorial tendente a limitar a concorrência mediante autorizações, patentes, ‘albuns’, ‘numerus clausus’, limitações territoriais, etc.”, provocando tal inclinação “um reflexo concreto imediato” no ordenamento jurídico italiano. Ainda segundo o mesmo autor, “começa-se por exigir uma preparação específica, para o exercício de uma actividade, depois uma escola, depois um diploma, enfim o exclusivo do diploma e, quando o diploma tende a generalizar-se, distinções entre os próprios diplomados” (77).

Tendo sido suscitada, as mais das vezes, a inconstitucionalidade de cada uma das leis instituidoras das referidas autorizações habilitatórias, ‘albuns’, registos, inscrições em ordens e colégios profissionais, etc. por violação da liberdade profissional, o Tribunal Constitucional Italiano tem desatendido, porém, a quase totalidade dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade, defendendo genericamente que o interesse no desenvolvimento da personalidade do cidadão, prosseguido também através da escolha e do exercício de uma profissão, pode entrar em conflito com interesses colectivos

(76) *Professione...*, cit., p. 1034.

(77) Em *Il diritto...*, cit., p. 180.

que sejam igualmente dignos de protecção constitucional, sendo por isso limitável por tais “esferas concorrentes” (78).

(78) Dá-nos GIUSEPPE PERA uma síntese da jurisprudência do Tribunal Constitucional Italiano nesta matéria: “O Tribunal desatendeu a dúvida relativa à ordem dos jornalistas, sublinhada fundamentalmente em relação ao art. 21 CRI, constatando que a respectiva lei se limitara, através de uma avaliação discricionária do legislador, a prover à disciplina da profissão, não lesando o direitos dos cidadãos de escrever nos jornais (S. de 23 de Junho de 1968, n. 11, pub. em *‘Foro Ital.’*, 1968, I, p. 863). Relativamente ao ‘album’ dos consultores de trabalho, a argumentação centrou-se na complexidade da legislação social do trabalho e da previdência social, que justificaria assim, na óptica do interesse público, a disciplina da profissão, orientada predominantemente a favor das empresas de modestas proporções (S. de 16 de Julho de 1968, n. 102, pub. em *Foro Ital.*, 1968, I, p. 2381). Pela particular delicadeza das tarefas, afastou-se a dúvida sobre a disciplina da profissão de auxiliar de radiologia (S. de 10 de Julho de 1973, n. 120, pub. em *Foro Ital.*, 1973, I, p. 2677). Admitiu-se a legitimidade da autorização de polícia para os vendedores ambulantes, para a defesa dos interesses do público indiferenciado, em geral, e da adolescência, em particular (S. de 4 de Março de 1968, n. 41, pub. em *Foro Ital.*, 1971, I, p. 840). Chegou-se à mesma conclusão (...) relativamente à licença policial requerida para os distribuidores de jornais (S. de 16 de Janeiro de 1957, n. 33, pub. em *Foro Ital.*, 1957, I, p. 321). Ainda no mesmo sentido se pronunciou o Tribunal sobre a autorização exigida para a actividade de porteiro e de vigilante de lojas, de novo para a tutela de interesses estranhos à relação de trabalho, pois os princípios constitucionais (arts. 4 e 35) não inibiriam regulamentações ditadas pelo interesse público, uma vez ajustado o dever da Administração deliberar com base numa avaliação objectiva e não arbitrária, no incondicional respeito das liberdades política, sindical e religiosa (S. de 8 de Fevereiro de 1966, n. 7, pub. em *Foro Ital.*, 1966, I, p. 381). Disse-se, igualmente, no respeitante à licença policial para o serviço de vigilância e custódia da propriedade mobiliária ou imobiliária: toda a liberdade deve ser ‘temperada’ (moderada) quando entre em contacto com esferas concorrentes que sejam igualmente dignas da protecção constitucional, constatando-se aqui que a satisfação das necessidades privadas de informação e de protecção da propriedade é convergente com a função da polícia pública, sendo chamadas à colação a segurança pública e a liberdade dos cidadãos” (S. de 6 de Julho de 1965, n. 61, pub. em *Foro Ital.*, 1965, I, p. 1325). Foi ainda “justificado o sistema de ‘album’ para os agentes de comércio, na medida em que a lei não comprime a liberdade de escolha dos sujeitos, limitando-se a disciplinar o exercício, com a dupla finalidade de dar pública notícia, com o ‘album’, dos sujeitos que desenvolvem esta actividade e de verificar os requisitos de idoneidade técnica e moral, na tutela contextual dos agentes e de todos os que entrem em contacto com aqueles, em função do carácter fiduciário da actividade e das exigências de fé pública (S. de 25 de Março de 1976, n. 59, pub. em *Foro Ital.*, 1976, I, p. 892). Refere o autor, ainda, as sentenças relativas ao art. 226 do Código de Navegação, sobre os serviços de transporte, reboque e arrasto de navios (S. de 12 de Julho de 1967, n. 111, pub. em *Foro Ital.*, 1967, I, p. 2265), à lei n. 4613, sobre o contrato de obra — que obriga à personalização do serviço prestado (S. de 23 de Março de 1960, n. 12, pub. em *Foro Ital.*, 1960, I, p. 543), todas elas de “absolvição” do legislador, sempre com base na tutela “de outros interesses e de outras exigências sociais” (*Professione...*, cit., p. 1034-1035).

Observa ainda MANCINI que esta argumentação, à primeira vista, não parece “destituída de bom senso” (79). Mas que “restringindo o ângulo visual, diferentemente”, se apercebe “que tais argumentos são genéricos, insuficientes e por isso mesmo perigosos”; e ainda mais perigosos, como nota o mesmo autor, quando se concorde com a grande amplitude que oferece a garantia em questão na Constituição italiana — como o faz, como vimos, a doutrina predominante, ao assinalar o carácter “total”, merecedor do mais amplo reconhecimento constitucional, da respectiva liberdade (80).

GIUSEPPE PERA, por sua vez, opina que tal “argumentação se transforma, em boa verdade, numa espécie de caixa vazia na qual tudo se pode colocar, sem qualquer limite substancial à intervenção corporativista da lei” (81); no mesmo sentido, chama ALESSANDRO PIZZORUSSO a atenção para a ausência dos raciocínios jurídicos fundados na “razoabilidade”, tão caros àquele tribunal noutros assuntos, nos fundamentos das sentenças por ele emanadas na matéria em questão (82). E, ainda a este respeito conclui SERGIO BARTOLE que “raciocinando-se em tais termos, se torna vã a afirmação do direito contido na Carta Constitucional, descurando-se a diferença existente entre constituição rígida e constituição flexível” (83).

O paradoxo seria evidente, sobretudo quando se constata que “nos critérios enunciados pelo Tribunal” o direito de escolher “a direcção da própria energia” (como é qualificável a liberdade de escolher uma profissão), “sobre cuja possibilidade de sujeição a limites a Constituição não se pronuncia, seria tutelada mais brandamente” do que a liberdade de iniciativa privada, “cujos limites estão assinalados na Constituição” (84).

2.2.3. Alertam ainda os autores para o contraste entre a afirmação constitucional da liberdade de profissão como liberdade fundamental estreitamente ligada à personalidade, e a situação real (legislativa e jurisprudencial) no que respeita à repressão criminal indiscriminada que recai sobre a violação das múltiplas normas de polícia que “condicionam a

(79) *Commentario...*, cit., p. 269.

(80) *Ibidem*.

(81) *Professione...*, cit., p. 1037.

(82) Em nota à Sentença do Tribunal Constitucional de 25-3-76, n. 59 (*Foro It.*, 1976, I, p. 892 e segs.).

(83) *Albi...*, cit., p. 945.

(84) MANCINI, *Commentario...*, cit., p. 269.

exercibilidade de numerosos mesteres, geralmente de contacto imediato com o público, a autorizações e a inscrições em determinados registos” (85).

Para GIUSEPPE PERA, “deve dizer-se, à vista de alguns pronunciamentos que por vezes constam dos repertórios” (de jurisprudência), que “a respeito de muitas dessas normativas está em curso uma interpretação anormalmente policiesca e vexatória, de incriminação das manifestações mais inocentes do viver civil” (86). No mesmo sentido se pronuncia MANCINI, quando chama a atenção para a atitude branda do legislador, na hora de restringir a actividade empresarial (uma liberdade “menos ‘inviolável’”, dado o seu “irredutível conteúdo patrimonial”, do que a “liberdade de escolher a direcção da própria energia” que constitui a liberdade de trabalho), em contraste com o rigor das restrições “ao exercício das chamadas profissões livres e dos patéticos mesteres subproletários contra os quais se encarniçam as leis de segurança pública” (87), em nome de “contra-interesses fictícios, vetustos ou brutalmente corporativos” (88).

CAPÍTULO III

NA CONSTITUIÇÃO ALEMÃ DE 1949 (89)

3.1. NOÇÕES GERAIS

3.1.1. Na Lei Fundamental de Bona (*Bonna GrundGesetz*) a liberdade de trabalho e profissão está consagrada no art. 12.1; diz este preceito que

(85) GIUSEPPE PERA, *Professione...*, cit., p. 1034.

(86) *Ibidem*.

(87) MANCINI, *Commentario...*, cit., p. 269.

(88) MANCINI, *idem*, p. 270.

(89) Sobre esta matéria, ver EKKEHART STEIN, *Derecho Político*, trad. F. Sainz Moreno, Madrid, 1973, p. 176-181, 215-221 e 238-253; ROLF STÖBER, *Derecho Administrativo Económico*, trad. Santiago Gonzalez-Varas Ibáñez, Madrid, 1993, p. 143 a 151; HANS G. RUPP, *Objecto y alcance de la proteccion de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal Alemán*, em *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, 1984, p. 378-389 (*Artículo 12 de la Ley Fundamental: libre elección de la profesión*); CHRISTIAN STARCK, *El concepto de ley en la Constitucion alemana*, trad. L. Legaz Lacambra, Madrid, 1979; MICHEL FROMONT, *RFA. La jurisprudence constitutionnelle en 1979*, em *Revue du Droit Public*, n.º 2 (Março-Abril), 1981, p. 363-375; JÖRG LUTHER, *La giurisprudenza del Tribunale Costituzionale Federale tedesco nel biennio 1991-1992*, em *Giurisprudenza Costituzionale*, Set.-Out. 1993; SERGIO ORTINO, *L'esperienza*

“todo o alemão tem o direito de eleger livremente a sua profissão, o seu local de trabalho e o da sua aprendizagem”, determinando ainda a mesma norma, no seu segundo período, que “o exercício da profissão poderá ser regulado por lei ou com base numa lei” ⁽⁹⁰⁾.

Como veremos adiante, este preceito foi a principal fonte de inspiração do nosso último constituinte; ele é por isso, de entre os normativos equivalentes constantes das quatro constituições “aparentadas” com a nossa, o que mais similitudes apresenta com o actual art. 47.º, n.º 1, da Constituição portuguesa de 1976 (“liberdade de escolha de profissão...”) — atendendo não tanto ao seu âmbito de aplicação, como veremos, mas mais ao contexto de ambos os normativos. Com efeito, inserindo-se esta liberdade, entre nós, no conjunto dos “direitos, liberdades e garantias” (primeiro como liberdade de “natureza análoga”, depois como direito formalmente integrado no catálogo), ela goza do regime especial consignado no art. 18.º CRP, em quase tudo idêntico ao regime dos direitos fundamentais de liberdade da Constituição alemã. Daí, pois, a especial importância que tal preceito reveste para o nosso estudo, e a maior atenção que lhe vamos prestar, em sede de direito constitucional comparado.

Atendo-nos apenas aos pontos mais relevantes para a presente investigação, importará relevar que o citado regime dos direitos fundamentais, estabelecido no art. 19, n.º 1, GG, para além, claro, da vinculação de todos os poderes públicos “como direito directamente aplicável” (prevista no art. 1, n.º 3, GG, que corresponde ao 18.º, n.º 1, CRP), estabelece ainda:

- a) Como o nosso art. 165.º, n.º 1, al. b), CRP, uma reserva de lei em sede de restrição de direitos fundamentais;
- b) Como também acontece com o art. 18.º, n.º 3, CRP, o mesmo preceito impõe ainda à lei restritiva a característica da generalidade (reserva de lei material);

della Corte Costituzionale di Carlsruhe, Milão, 1966; JOSE LUÍS CARRO, *Polémica y reforma universitaria en Alemania. Libertad científica. Cogestion. 'Numerus clausus'*, p. 73-97, Madrid, 1976; ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *A Ordem...*, *op cit.*, *loc cit.*; ALEJANDRO NIETO, *La ley alemana de farmacias de 28-8-60*, RAP, n. 34, 1961, p. 361-382.

⁽⁹⁰⁾ Regulam ainda os dois outros números a liberdade negativa de profissão, prescrevendo o n.º 2 o ninguém poder ser “obrigado a um trabalho determinado, salvo em cumprimento de um serviço público normal, de ordem geral e igual para todos”, e o n.º 3 ser o trabalho forçado “unicamente admissível no caso de privação de liberdade judicialmente determinada”.

- c) O n.º 2 do mesmo artigo, como o nosso art. 18.º, n.º 3, CRP, ressalva (como vimos) a *essência* ou conteúdo essencial de cada direito;
- d) O art. 2, n.º 1, GG, como o nosso art. 26.º CRP (na redacção que lhe foi dada pela 4.º Revisão Constitucional), consagra um direito geral de personalidade que funciona como cláusula geral em sede de direitos fundamentais de liberdade.

Importa chamar ainda a atenção para um aspecto que será adiante objecto do devido desenvolvimento: é que a doutrina e a jurisprudência constitucionais alemãs decantaram também do próprio conceito de lei ínsito na norma que estatui a reserva especial do art. 19, n.º 1, GG ⁽⁹¹⁾, senão a proibição da retroactividade ⁽⁹²⁾, pelo menos a exigência de uma relação de proporcionalidade entre a profundidade da restrição legal e a importância do bem a salvaguardar pela restrição em sede de direitos fundamentais (expressamente previstos pelo constituinte português no art. 18.º, n.ºs 2 e 3, CRP ⁽⁹³⁾), por entender postular esta reserva uma lei restritiva, como veremos, não apenas geral, mas *universal*.

3.1.2. No entendimento do Tribunal Constitucional Federal Alemão, partilhado pela larga maioria da doutrina ⁽⁹⁴⁾, o âmbito do art. 12, n.º 1, GG abrange toda a actividade lícita apta a constituir “a base económica da existência individual, através da qual, simultaneamente, cada indivíduo presta o seu contributo para o trabalho global da sociedade” — mesmo que tal actividade não corresponda a uma “imagem de profissão” com características bem estabelecidas pela tradição ou pela legislação ⁽⁹⁵⁾. Com base nesta definição, a doutrina assinala os limites inerentes à própria noção de *Beruf*, iden-

⁽⁹¹⁾ Tenha-se presente que segunda a letra da Constituição alemã, para além do parlamento manter o monopólio da actividade legislativa, toda a actividade regulamentar externa do executivo carece de uma base legal (reza o art. 80, n.º 1, GG que “o Governo Federal, um Ministro federal ou os Governos dos Estados, poderão ser autorizados mediante lei a ditar decretos. Na lei deverá determinar-se o conteúdo, o objecto e o alcance da autorização outorgada [...]”).

⁽⁹²⁾ Tendendo o TCFA a considerá-lo, aliás, pelo contrário, como um mero princípio sujeito a excepções, como veremos adiante.

⁽⁹³⁾ Obviamente já influenciado por esta construção.

⁽⁹⁴⁾ Nas palavras de ROLF STOBER, o termo “profissão” consignado no art. 12.º GG “vale para toda a actividade profissional concebível” (*Derecho...*, cit., p. 145).

⁽⁹⁵⁾ HANS G. RUPP, *Objecto...*, cit., p. 379; ver ainda OTTO BACHOF, *Freiheit...*, p. 186, citado por A. Queirós/Barbosa de Melo (*loc. cit., op. cit.*), e EKKEHART STEIN, *Derecho...*, cit., p. 176.

tificando-os nas características da estabilidade e da aptidão a constituírem o suporte económico, ou a base de vida do cidadão (subtraindo-se assim desse âmbito específico uma parte da liberdade económica — designadamente a assunção de iniciativas precárias, que cairia na alçada da cláusula geral do art. 2, n.º 1, GG — e ainda as actividades economicamente irrelevantes) ⁽⁹⁶⁾.

Como a Constituição portuguesa de 1933, a actual Constituição da Alemanha não rompeu a tradição do constitucionalismo liberal de consagrar um direito uno, no mesmo preceito, e usando inclusive um só termo para designar o objecto desse direito — *beruf* (profissão), mantendo-se assim fundidas, aparentemente, as liberdades de trabalho e de empresa ⁽⁹⁷⁾. A matriz clássica deste direito revela-se ainda noutro aspecto: apesar da inequívoca caracterização do Estado alemão como um Estado Social de Direito, empreendida pelo mesmo constituinte, aliás, logo nos arts. 14.º, 15.º e 20.º, n.º 1, da Lei Fundamental ⁽⁹⁸⁾, e solenemente reafirmada pela jurisprudência constitucional ⁽⁹⁹⁾, a verdade é que, como observa EKKEHART STEIN,

⁽⁹⁶⁾ Nesse sentido, VON MANGOLDT-KLEIN, *Bonner Grundgesetz*, I, p. 358 e OTTO BACHOF, *Freiheit des Berufs*, em *Die Grundrechte*, dir. F.A. Bettermann, H. C. Nipperdey e U. Scheuner, III, I, Berlim, 1958, p. 181 (ref. de Mancini, *Commentario...*, cit., p. 266).

Contra a interpretação constitucional de alguma jurisprudência e doutrina que “intenta circunscrever o âmbito objectivo deste direito aos casos em que a actividade profissional tenha utilidade social e seja permissível” pronuncia-se ROLF STOBER, por não conhecer “o art. 21, n.º 1, GG tal delimitação objectiva” (*Derecho...*, cit., p. 145).

⁽⁹⁷⁾ Ver, no entanto, adiante, a referência à posição de autores, como H. C. NIPPERDEY, que não subsumem a liberdade de empresa no art. 12, n.º 1, GG.

⁽⁹⁸⁾ O art. 14, n.º 2, GG (limites ao direito de propriedade consagrado no n.º 1) determina que a propriedade “obriga”, e que “o seu uso deve servir o bem estar colectivo”; reza por sua vez o art. 15 GG que “com fins de *socialização*, e mediante uma lei que estabeleça o modo e o montante da indemnização, a terra e o solo, as riquezas naturais e os meios de produção poderão ser convertidos em propriedade colectiva ou em outras formas de economia colectiva (...)”; e proclama o art. 20, n.º 1, GG que “a República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e *social*”.

⁽⁹⁹⁾ Num julgamento em que era pedida a declaração de nulidade das disposições de uma lei de 1976 sobre cogestão dos trabalhadores (lei essa que igualava o número de representantes dos trabalhadores ao número de representantes dos proprietários nos órgãos de fiscalização das empresas com mais de dois mil empregados), o Tribunal Constitucional Federal Alemão, reconhecendo que tal lei restringia a liberdade de exercício de profissão dos dirigentes de tais sociedades, considerou, porém, constitucionalmente legítimo o escopo por elas visado, e que as mesmas não lesavam a essência daquela liberdade fundamental; e não deixou, por fim, de afirmar enfaticamente que a Lei Fundamental não impunha uma ordem económica liberal, mas tão só o respeito por certas liberdades essenciais (Sentença de 1-3-79, BVerf G. E., t. 50, p. 290, citada por M. FROMONT, *R.F.A...*, cit., p. 364-365).

o art. 12.º, n.º 1, GG, e apesar do seu âmbito abranger a liberdade de trabalho de todas as classes sociais, “só tem sido actualizado quase exclusivamente em favor dos que exercitam uma profissão livre, segundo se deduz da jurisprudência ditada pelo Tribunal Constitucional Federal” (100).

Note-se, porém, que na jurisprudência do TCFA, o direito consagrado no art. 12.º, n.º 1, GG não tem uma dimensão exclusivamente negativa, de mero direito de defesa. A propósito do acesso à Universidade, e apesar da jurisprudência e a doutrina constitucionais alemãs convergirem no sentido de a liberdade de escolha do local de aprendizagem não ser, em princípio, conversível numa pretensão a uma concreta prestação de ensino por parte do Estado (independentemente da obrigação constitucional que impede sobre o mesmo Estado de procurar, na medida das suas forças, proporcionar as condições de realização desta e das outras liberdades fundamentais), teve aquele Tribunal o ensejo de estabelecer estreitos limites, quer substantivos, quer procedimentais, ao sistema de “*numerus clausus*” (mesmo quando este último seja mera consequência da incapacidade do requerido estabelecimento de ensino superior receber mais candidatos do que o número fixado por esse sistema) (101).

(100) *Derecho...*, cit., p. 176. O Tribunal de Karlsruhe ainda há pouco confirmou esta tendência: em sentença emanada a 24-3-93, reafirmando que a liberdade de escolha do posto de trabalho abrangida não só o acesso ao mercado de trabalho, mas ainda a liberdade de manter ou de abandonar o posto de trabalho, o Tribunal negou no entanto a sua eficácia horizontal, precisando que tal direito não protegeria o trabalhador subordinado da perda do seu posto de trabalho resultante da decisão de um privado (BVerfGE 84, 133, citada por JÖRG LUTHER, *La giurisprudenza...*, op. cit., loc. cit.); entre nós, tal problema não se coloca relativamente ao art. 47.º, n.º 1, CRP, na medida em que essa dimensão já está protegida especificamente por um “direito, liberdade e garantia dos trabalhadores” (art. 53.º CRP, *Segurança no emprego*: “É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa [...]”).

(101) Sobre este tema, ver J. L. CARRO, *Polémica...*, op. cit., loc. cit. Não se oferecem pois, dúvidas, quanto à inconstitucionalidade do mecanismo do “*numerus clausus*” no acesso a um estabelecimento de ensino superior que prepare o estudante para uma determinada profissão, por violação do art. 12, n.º 1, GG, se a utilização de tal mecanismo resultar de uma intenção, por parte do Estado, de se aproveitar da sua situação de monopólio de facto naquele nível de ensino, para regular o número de profissionais existentes, de acordo com uma avaliação das necessidades colectivas de indivíduos com aquela formação profissional.

Mas já não será inconstitucional se o sistema resultar de uma impossibilidade material dos estabelecimentos solicitados (como a escassez de recursos para poder responder à procura), sujeitos como estão (também) os direitos fundamentais à “reserva do possível”;

3.1.3. Apesar do maior rigor técnico deste artigo, ou talvez *por virtude* desse rigor técnico (sobretudo se o compararmos com os lacónicos incisos, por exemplo, do art. 4, n.º 2, da Constituição italiana e do art. 31, n.º 1, da Constituição espanhola), o certo é que a jurisdição constitucional alemã herdou do constituinte de 1949 uma pesada tarefa exegética (WALTER JELLINEK chega mesmo a dizer que este artigo constitui “a cruz mais pesada que o sistema de garantias constitucionais do cidadão endossa à doutrina e à jurisprudência” ⁽¹⁰²⁾) — missão, diga-se desde já, e como veremos melhor adiante, em que o Tribunal Constitucional Federal Alemão viria a ter um desempenho admirável.

As dificuldades que apresenta o art. 12.º GG são evidentes. Desde logo, pela sua qualidade de norma constitucional consagradora de um direito fundamental: nestas normas, abundam “as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados (*les normes souples*), sobremaneira rebeldes, pela sua feição, a uma análise *in abstracto*, rigorosa e esgotante” ⁽¹⁰³⁾. A propósito, especificamente, do conceito de profissão do art. 12, n.º 1, GG, caracteriza-o ROLF STOBER como “um conceito indeterminado, de natureza sociológica, que deve concretizar-se” ⁽¹⁰⁴⁾

Contudo, o problema específico do art. 12, n.º 1, GG está no seguinte: é que, por um lado, e diferentemente da disposição análoga da Constituição antecedente ⁽¹⁰⁵⁾, é um facto que este normativo consagra a liberdade de profissão como um direito de “autonomia individual” ⁽¹⁰⁶⁾, objecto já, portanto, de uma protecção “máxima” pela via do regime consignado no art. 19.º GG — sobretudo através da protecção do “conteúdo essencial” (que como já foi referido institui uma verdadeira “reserva absoluta de Constituição”); e neste sentido, nada mais parece trazer de novo, se não uma (re)afirmação da supremacia da liberdade individual sobre os interesses

contudo, o Tribunal de Karlsruhe exigiu ainda, cumulativamente: *a*) que já estivesse totalmente esgotada a capacidade de admissão dos estabelecimentos existentes; *b*) que fosse dada uma oportunidade a todo o candidato que reunisse as condições legais de admissão (J. L. CARRO, *idem*, p. 94-97).

⁽¹⁰²⁾ Em *Die öffentliche Verwaltung*, Berlim, 1952, p. 383 (citação de G. F. Mancini, *Commentario...*, cit., p. 266)

⁽¹⁰³⁾ AFONSO QUEIRÓ/BARBOSA DE MELO, *A liberdade...*, cit., p. 224.

⁽¹⁰⁴⁾ *Derecho...*, cit., p. 144.

⁽¹⁰⁵⁾ Art. 151, n.º 3, da Constituição de Weimar, cujo texto era o seguinte: “É garantida a liberdade de comércio e indústria *em harmonia com as leis do Império*”.

⁽¹⁰⁶⁾ Na sugestiva expressão adoptada, entre nós, por MANUEL AFONSO VAZ (*Lei...*, cit., p. 300).

da comunidade já genericamente proclamada no art. 2, n.º 1, GG no campo específico da escolha profissional (consagrando aquela norma, explicitamente, um direito geral de personalidade que funciona como cláusula geral de protecção relativamente a cada direito fundamental).

Mas por outro lado, e atendendo sobretudo à dificuldade prática de cindir os momentos da escolha e do exercício ⁽¹⁰⁷⁾, o mesmo artigo acaba por submeter a liberdade de profissão a uma reserva legal de carácter geral, ou seja, a um poder de intervenção do legislador à partida tendencialmente ilimitado. Desse modo, fica o conteúdo do direito à mercê do mesmo legislador, correndo um risco de *esvaziamento* ⁽¹⁰⁸⁾.

Não se pode deixar de ter presente, todavia, que a indeterminação dos conceitos constitucionais “não autoriza a reconhecer a estas disposições menor força vinculante do que às disposições formuladas com melhor acabamento e mais rigor. A particularidade daquelas reside, porventura, em mostrarem real significado normativo somente quando se põem em confronto com as situações da vida que intentam ser resolvidas à luz dos valores nela inscritos, e por outro lado, em oferecerem, mesmo então, maiores dificuldades no acesso à compreensão do seu conteúdo positivo” ⁽¹⁰⁹⁾. E para além do mais, quando haja que restringir direitos fundamentais, mesmo uma reserva de lei de carácter geral não tem o condão de subtrair o legislador aos limites decorrentes do princípio da proporcionalidade.

Assim, e para evitar que o direito consagrado no art. 12, n.º 1, GG se tornasse num direito “ ‘funcionante’ a votos” ⁽¹¹⁰⁾, baseou-se o Tribunal Constitucional Federal Alemão naquele princípio ⁽¹¹¹⁾ para a elaboração de um sistema integrado de critérios de delimitação e controlo da actuação do

⁽¹⁰⁷⁾ Conceitos que, como constatou o Tribunal de Karlsruhe, se não podem deixar de se reconduzir ao “complexo unitário e geral da actividade profissional” (OTTO BACHOF, *Freiheit des Berufs*, em *Die Grundrechte. Handbuch der theorie und praxis der grundrechte*, dir. Bettermann-Nipperdey-Scheuner, v. III/1, Berlim, 1958, p. 156 e segs. (cit. S. Ortino, *L'Esperienza...*, cit., p. 118).

⁽¹⁰⁸⁾ No termo original, *inhaltsleer*; ver, neste ponto, EKKEHART STEIN, *Derecho...*, p. 178.

⁽¹⁰⁹⁾ AFONSO QUEIRÓ/BARBOSA DE MELO, a propósito do art. 12, n.º 1, GG e do homólogo preceito da nossa anterior Constituição, *A liberdade...*, cit., p. 225.

⁽¹¹⁰⁾ Na expressão original, *leer-laufend*.

⁽¹¹¹⁾ Princípio que desde sempre considerara, aliás, aquele Tribunal, dever ser respeitado pelo legislador, toda a vez que este se propusesse limitar qualquer direito fundamental, mas que só com a *sentença das farmácias* viria a inspirar a elaboração de um quadro permanente de critérios de delimitação das futuras restrições legais à liberdade de profissão.

legislador nesta matéria: a chamada “teoria dos degraus”, a que se fará referência adiante, e que mais não é, pois, do que uma aplicação da teoria da proporcionalidade ao art. 12, n.º 1, da Constituição alemã ⁽¹¹²⁾.

3.1.4. Crucial, pela inequívoca influência que tal particularidade exerceu sobre o nosso constituinte de 1976 (bem como, de resto, sobre o constituinte espanhol de 1978 ⁽¹¹³⁾), é a expressa salvaguarda da chamada “essência”, ou “conteúdo essencial” (*Wesensgehaltsgarantie*) dos direitos fundamentais em geral pelo art. 19.º, n.º 2, GG (“Em nenhum caso poderá um direito fundamental ser afectado na sua essência”). Sendo certo que tal salvaguarda já constitui uma exigência lógica de toda a ordem constitucional que erija os direitos fundamentais como “fundamento dos fundamentos” da organização política da comunidade (configurando-se assim essa protecção como um intangível princípio constitucional ⁽¹¹⁴⁾), a verdade é que a sua formal e autónoma consagração institui nesta matéria uma verdadeira “reserva absoluta de Constituição” ⁽¹¹⁵⁾, valendo ainda, em sede de interpretação, como um indício mais do que seguro da intenção do respectivo

⁽¹¹²⁾ Com referência à sentença BVerfGE 21, 173 (179 e segs.), onde o Tribunal considera legítima não só a proibição de distintas formas de exercício de uma mesma profissão (como a proibição de cada farmacêutico ser titular de mais do que uma farmácia), mas ainda a proibição de acumular várias profissões (considerando-as simples restrições à liberdade de exercício); opina contudo CHRISTIAN STARCK ser a ‘teoria dos degraus’ “demasiado rígida e pouco dúctil para o juízo de proporcionalidade, que tem de dominar uma multidão de combinações que não puderam ser suspeitadas no desenvolvimento da dita teoria (*Autonomie and Grundrechte*, AöR, t. 92, p. 468, nota 112b, citação do mesmo autor em *El concepto de ley en la Constitución alemana*, trad. L. L. Lacambra, Madrid, 1979, p. 315, nota 14).

⁽¹¹³⁾ Diz o 2.º período do art. 53 deste texto constitucional que “só por lei, *que em o todo o caso deverá respeitar o seu conteúdo essencial*, poderá regular-se o exercício de tais direitos e liberdades (...)”.

⁽¹¹⁴⁾ A Constituição de Weimar, como a nossa Constituição de 1933 (que como vimos foi fortemente influenciada por esta, sobretudo na parte dos direitos fundamentais) não tinha norma equivalente; contudo, a existência deste princípio de “reserva absoluta de Constituição” já era então pacífica na doutrina: pode-se ver, por exemplo, em CARL SCHMITT, a afirmação de que em todos os direitos fundamentais “autênticos” a “ingerência legal aparece como excepção, e, por certo, como excepção limitada em princípio e mensurável, regulada em termos gerais” (*Teoria...*, cit., p. 171). Ver ainda, a propósito do art. 8.º, n.º 7, da Constituição portuguesa de 1933, AFONSO QUEIRÓ/BARBOSA DE MELO, *A liberdade...*, cit., p. 226-228.

⁽¹¹⁵⁾ Sobre o significado desta expressão, e respectivas implicações, ver, por todos, MANUEL AFONSO VAZ, *Lei...*, cit., p. 315-345.

constituente de conferir uma amplitude e um alcance máximos àqueles direitos.

No que se refere à liberdade de profissão, esta “reserva de Constituição” assume um interesse especial, tendo suscitado no direito alemão o desenvolvimento da curiosa ideia de “imagem de profissão”. Parte esta construção da premissa de que toda a actividade económica individual enraizada na comunidade, para além do *nomen*, pode ser ainda identificada socialmente com uma imagem típica, formada por um conjunto de funções e tarefas tradicionalmente interligadas com um conteúdo e limites perfeitamente determinados, bem como pelas condições técnicas, pessoais e económico-financeiras com ela conectadas, e para cuja formação teriam contribuído (e continuariam a contribuir) quer a tradição, quer a própria legislação que já regulava as profissões protegidas ao tempo de feitura da Constituição ⁽¹¹⁶⁾.

Ora, toda a profissão por essa forma identificada estaria ao alcance da escolha de cada cidadão, tendo os poderes públicos que respeitar o seu conteúdo essencial (o conteúdo essencial de cada “imagem”, que estaria dessa forma protegido conjugadamente pelos arts. 12.º, n.º 1, e 19.º, n.º 2, GG); e só assim o art. 12, n.º 1, GG ganharia utilidade, na medida em que acrescentaria algo de novo à protecção geral já conferida pelo art. 2, n.º 1, GG.

3.2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO ART. 12.º, N.º 1, GG; A LIBERDADE DE EMPRESA E O EXERCÍCIO PRIVADO DE FUNÇÕES PÚBLICAS

3.2.1. Nesta análise do art. 12, n.º 1, da Lei Fundamental de Bona, começámos por salientar a particularidade de o constituinte alemão de 1949 ter consagrado uma única liberdade (usando inclusive um só termo para designar o objecto desse direito — *beruf* [profissão], diferentemente, por exemplo, do art. 8.º, n.º 7, da Constituição portuguesa de 1933, que fala em “liberdade de escolha de profissão, género de trabalho, indústria ou comércio”), divergindo neste ponto aquela lei fundamental das actuais constituições italiana, portuguesa e espanhola (que optaram por desdobrar

⁽¹¹⁶⁾ Ver, sobre esta matéria, TOLIVAR ALAS, *La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio*, em *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Madrid, 1991, p. 1351.

esta clássica liberdade fundamental numa liberdade de trabalho e profissão e numa liberdade de empresa, ou de livre iniciativa económica).

Claro está, mesmo que se excluísse a liberdade de empresa do âmbito do art. 12, n.º 1, GG, ela não deixaria de cair na alçada do art. 2, n.º 1, GG, dado o explícito enfoque dos direitos fundamentais de liberdade como corolários de um direito geral de personalidade proclamado naquele preceito (que funciona, assim, como cláusula geral de protecção de qualquer daquelas liberdades, constituindo como constituem, quer o art. 12, n.º 1, GG, quer as restantes normas consagradoras das ditas liberdades, normas especiais relativamente ao referido art. 2, n.º 1, GG ⁽¹¹⁷⁾) — e uma vez que também a empresa particular, como qualquer outra forma de “actuação conjunta” na economia, não deixar de constituir, antes do mais, um instrumento de “realização pessoal” dos seus promotores e agentes, devendo o regime legal da respectiva actividade sujeitar-se a esse “signo de liberdade” ⁽¹¹⁸⁾).

⁽¹¹⁷⁾ Proclama este artigo o direito de todos “ao livre desenvolvimento da sua personalidade sempre que não contendam com os direitos de outros nem atentem à ordem constitucional ou à moral”. Numa admirável síntese sobre o seu correcto entendimento, diz-nos o Tribunal Constitucional Alemão: “Ao lado da liberdade geral de actuação garantida pelo art. 2, n.º 1, a própria Lei Fundamental protegeu através de preceitos relativos aos direitos fundamentais a liberdade da actuação humana em determinadas esferas vitais que, segundo a experiência histórica, se expuseram especialmente à intervenção do Poder público; em tais esferas a Constituição delimitou, através de uma gradação de níveis de reserva legal, a amplitude em que são possíveis os actos de intervenção nas respectivas esferas dos direitos fundamentais. Na medida em que tais esferas não estejam protegidas pelos direitos fundamentais, o indivíduo pode, em caso de uma intervenção do Poder público limitativa da sua liberdade, invocar o art. 2, n.º 1, da Lei Fundamental. Neste âmbito não era precisa uma reserva legal, por quanto da limitação do livre desenvolvimento da personalidade que leva a cabo o ordenamento constitucional resulta sem mais a amplitude das possibilidades da intervenção estatal” (BVerfGE 6, 37, citada por DIETRICH JESCH, *Ley e administracion*, trad. M. Herdero, Madrid, 1978, p. 175, em nota).

⁽¹¹⁸⁾ Para EKKEHART STEIN, sempre acresceria a esta conclusão um entendimento amplo do art. 9 GG (sobre a liberdade de associação), como normativo que consagra, no seu n.º 1, a liberdade de fundar sociedades (n.º 1) e que permite, no seu n.º 3, “a todos os que participam em actividades económicas assumir por si mesmos a defesa das actividades não protegidas pela Lei Fundamental e, mediante uma acção conjunta, fazer vingar a liberdade na economia” (*Derecho...*, cit., p. 188). Contudo, e independentemente de se poder aplicar a outras formas de associação nas actividades económicas, este preceito parece querer contemplar especificamente a “liberdade de coligação” (*Koalitionsfreiheit*), isto é, de criação de associações profissionais, quer sindicais, quer patronais (“fica garantido a toda a pessoa e a todas as profissões o direito de formar de formar associações destinadas a defender e a melhorar as condições económicas e de trabalho [...]”); neste sentido, e particularmente sobre a autonomia desta liberdade, que tal como as liberdades de associação reli-

Feita essa ressalva, resta averiguar o interesse da distinção entre duas liberdades constitucionais (uma *berufsfreiheit* e uma *gewerbefreiheit*, ou liberdade de indústria), com base na natureza pessoal e na especialização dos serviços profissionais (PETER BADURA ⁽¹¹⁹⁾) indissociáveis do conceito constitucional de profissão (*beruf*), que por essa particularidade se diferenciariam da organização colectiva e da produção em massa próprias da actividade industrial, a que se reportaria por sua vez o conceito de *gewerbe*.

Ora, independentemente do interesse teórico que possa apresentar ⁽¹²⁰⁾, a autonomização de uma *gewerbefreiheit* relativamente à *berufsfreiheit* não parece ter correspondência no texto constitucional. Terá sido a “evidente impossibilidade de uma rigorosa separação analítica” do significado de termos como *profissão*, *comércio* ou *indústria* a causa da consagração expressa de uma única liberdade económica, indiciadora, portanto, da consideração pelo constituinte da unidade “substantiva” das realidades a que se referem. Por conseguinte, no art. 12, n.º 1, da Lei Fundamental de Bona, como no art. 8.º, n.º 7, da Constituição Portuguesa de 1933, “no objecto da mesma garantia constitucional encontram-se incluídas, em igual plano, tanto as profissões propriamente ditas, liberais ou dependentes, como a indústria e o comércio autónomos, importando isso o mesmo que afirmar que cada um dos cidadãos pode, a todo o momento, escolher, como via para a sua realização pessoal, uma ou outra de todas essas actividades económicas” ⁽¹²¹⁾.

giosa política e religiosa apresentaria face à liberdade geral de associação (*Vereinigungsfreiheit*) uma relação norma especial/norma geral, ver A. HUECK / H. C. NIPPERDEY, *Compendio de Derecho del Trabajo*, trad. M. R. Piñero/L. E. Villa, Madrid, 1956, p. 263, e HAMANN, *Das Grundgesetz*, 1956, p. 21 (ref. de G. Quadri, *Libertà...*, cit., p. 224, nota 24).

⁽¹¹⁹⁾ Em *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Berlim, 1969, p. 275, cit. de Sainz Moreno, *El ejercicio privado de funciones públicas*, RAP, 100-102, 1983, p. 1724.

⁽¹²⁰⁾ Um autor italiano explica o não reconhecimento autónomo da liberdade de empresa no direito positivo alemão, pela sua inspiração na experiência anglo-saxónica das liberdades, e pelas suas raízes na tradição jurídica “lockiana”, da tripartição do “*life, liberty and state*” — desenvolvida por BLACKSTONE (*Commentaries on the law of England*, I, Oxford, 1765, p. 129) com a distinção entre “*personal security*”, “*personal liberty*” e “*personal property*”. Nesta perspectiva, aquela liberdade seria uma simples combinação entre a genérica liberdade pessoal e o direito de propriedade privada (A. BALDASSARE, *Iniziativa economica privata*, EdD, p. 585, nota 10).

⁽¹²¹⁾ AFONSO QUEIRÓ/BARBOSA DE MELO, *A liberdade...*, cit., p. 235 e 239, a propósito do art. 8.º, n.º 7, da Constituição portuguesa de 1933. Invocam ainda estes autores, em abono do seu entendimento acerca do art. 8.º, n.º 7, da Constituição portuguesa de 1933, precisamente, a orientação da jurisprudência constitucional alemã.

A liberdade de profissão, enquanto direito fundamental de personalidade (como derivação que é da ideia de dignidade humana ⁽¹²²⁾), não é pois, por isso, atribuível neste plano à empresa como pessoa colectiva, mas a cada um dos seus dirigentes (sócios, gerentes, administradores e restantes agentes, que por esta via, e nessa qualidade, exercem o direito de escolher e exercer a respectiva actividade profissional) ⁽¹²³⁾.

3.2.2. Ao precisar, na célebre *sentença das farmácias*, o âmbito da norma e o alcance da sua protecção (ela abrangeria toda a actividade lícita apta a constituir “a base económica da existência individual, através da qual, simultaneamente, cada indivíduo presta o seu contributo para o trabalho global da sociedade” — mesmo que tal actividade não correspondesse a uma “imagem de profissão” com características bem estabelecidas [quer, no plano social, pela tradição, quer, no plano legislativo, pelas normas jurídicas pertinentes]), o Tribunal de Karlsruhe considerou ainda a inclusão, no âmbito da norma, daquelas actividades cujo conteúdo radica nas tarefas reservadas ao Estado, assim como as profissões que levam 'aparelhadas obrigações cuja origem é estatal' "(*Indienstnahme*), sem embargo" do art. 33.º GG conceder e permitir em grande medida o estabelecimento de

⁽¹²²⁾ Na supracitada sentença de 1-3-79, o Tribunal de Karlsruhe viria a afirmar explicitamente a matriz exclusivamente subjectiva e personalista dos direitos fundamentais na Constituição alemã: o direito de propriedade, a liberdade de fundar sociedades, a liberdade de profissão são concebidos essencialmente como direitos reconhecidos às pessoas “com a finalidade de permitir a sua plena realização; eles não são concebidos (...) como princípios de direito objectivo que imponham uma determinada organização das relações sociais”, interpretando-se os direitos fundamentais “à luz dos valores proclamados pelo primeiro artigo da Lei Fundamental, a saber, a dignidade da pessoa humana” (M. FROMONT, *R.F.A...*, cit., p. 366).

⁽¹²³⁾ OTTO BACHOF, *Freiheit...*, cit., p. 179, cit. A. Queiró/B. Melo. Alguns autores, sustentam opinião diversa: não considerando a actividade dos empresários como “exercício de uma profissão”, (abrangida portanto pela reserva de lei do art. 12, n.º 1), fazem funcionar a “cláusula geral” do art. 2.1 a seu favor, fazendo derivar directamente desta norma “direitos especiais (...) como, por exemplo, o direito à liberdade económica da empresa, à livre concorrência, à liberdade de preços ou à liberdade de produção”; e por esta via, certos autores como H. C. NIPPERDEY (*Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, 3.ª ed., 1965, p. 21 e segs.) concluem que a Lei Fundamental de Bona impõe ao Estado alemão o modelo da economia de mercado, na sua versão de “economia social de mercado” (referência de EKKEHART STEIN, *Derecho...*, p. 177-178 e 186-187).

O Tribunal de Karlsruhe, contudo, já repudiou explicitamente esta última asserção (em sentença de 1-3-79), além de ter sempre considerado a actividade dos empresários como “exercício de profissão”, e portanto também abrangida pelo art. 12, n.º 1, GG.

regulamentações especiais para profissões com carácter de 'serviço público' (*Beleihung* ⁽¹²⁴⁾) ⁽¹²⁵⁾.

A amplitude deste conceito, que abrange ainda as profissões públicas (desde logo, as que consubstanciam um “exercício privado de funções públicas), permite assim elevar ao plano dos direitos fundamentais o direito de aceder a tais profissões. E, na verdade, compreende-se que assim seja, pois outra solução que excluísse o exercício profissional associado a funções públicas diminuiria consideravelmente o âmbito efectivo do art. 12, n.º 1, GG, pela exclusão de inúmeras profissões ⁽¹²⁶⁾).

Na verdade, o direito alemão apresenta uma tradição de forte interferência dos poderes públicos nos campos profissional ligados à saúde e à administração da justiça, situando-se por isso tais profissões protegidas numa zona indefinida, a par de profissões pura e simplesmente estatais (que são explicitamente consideradas como serviços públicos) e dos casos anacrónicos (muitas vezes pluricentenários) de actividades subtraídas à organização administrativa, e confiadas a particulares, em regime de exercício individual ⁽¹²⁷⁾; de qualquer forma, e por uma ou outra razão, um

⁽¹²⁴⁾ O significado comum ou literal deste termo é o de “empréstimo”; e com efeito, a *beleihung* exprime uma delegação de poderes em (profissionais) privados, por parte do Estado, com carácter de precariedade, isto é, “recuperáveis” a todo o momento pelo seu verdadeiro titular — o Estado-organização.

⁽¹²⁵⁾ HANS G. RUPP, *Objecto...*, cit., p. 379, OTTO BACHOF, *Freiheit...*, cit., p. 186, citado por A. Queiró/Barbosa de Melo, e EKKEHART STEIN, *Derecho...*, cit., p. 176.

Note-se que esta ressalva relativa à “imagem de profissão” não anula a utilidade desta construção (que se referirá adiante, a propósito da protecção de conteúdo essencial que o art. 19.2 também concede à liberdade de profissão); apenas esclarece que qualquer actividade económica individual lícita está protegida pelo art. 12.1, independentemente da questão de se concluir pelo carácter constitucional ou infraconstitucional da determinação do conteúdo das concretas profissões, e conseqüentemente se será sempre inconstitucional (a priori) a eliminação de uma determinada profissão (ou da sua imagem típica), ou a sua estatização; sobre este ponto (confrontando o direito alemão com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol), ver T. ALAS, *La configuracion...*, cit., p. 1353.

⁽¹²⁶⁾ Registe-se todavia que já não são poucos os autores que como ROLF STOBER consideram no mínimo “duvidoso” que “o art. 12, n.º 1, GG abarque as profissões que estão reservadas à Administração como monopólio estatal” (*Derecho...*, cit., p. 146); este autor cita ainda uma sentença mais recente do TCFA que se pronuncia negativamente quanto a tal abrangência (BverwGE 3, 21).

⁽¹²⁷⁾ Cite-se, a título de exemplo de profissões que pressupõem uma *Beleihung*, os casos de *Schiffs-und-Flugkapitäne* (comandante de bordo); *Luftaufsichtsbeauftragte* (controlador de tráfego aéreo); *Schiedsmänner* (Juizes-árbitros); *Öffentliche Privatschulträger*; (“detentor” — director, administrador, gerente — de estabelecimentos de ensino privado ofi-

número considerável de profissões acaba por se encontrar tradicionalmente sujeito a concessão (*Erteilung einer Konzession*), através de um acto formal de nomeação (*Bestallung*)⁽¹²⁸⁾.

A tão longa sobrevivência destes sistemas na Alemanha (sobretudo na medida em que atravessaram mais ou menos incólumes o Estado liberal) deve-se sem dúvida, e sucessivamente: ao carácter compromissório das monarquias dualistas ou limitadas que pontificaram na Europa central, no sec. XIX⁽¹²⁹⁾ (e que atenuou a tendência para a abolição do intervencionismo típico do Estado de Polícia, bem como do ancestral sistema de privilégios⁽¹³⁰⁾), à curta vigência da Constituição de Weimar, e, por

cializado ou homologado); *Jagdaufseher* (guarda de caça, couteiro); *Feld-und Forsthüter* (guarda-de-campos-e-florestas); *Fischaufseher* (guarda-de-pesca); *Freiberufliche Fleischbeschauer* (inspector independente ou privado de carne); *Lebensmittel-und Weinkontrolleure* (fiscal de géneros alimentícios e de vinhos); *Öffentlich bestellte Vermessungsingenieure* (engenheiro-topógrafo de nomeação estadual); *Bezirksschornsteinfeger* (limpa-chaminés municipal); *Sachverständigen der technischen Überwachungs Vereine* (auditor); *Prüfungsingenieure für Baustatik* (engenheiro encarregado da verificação das condições de segurança das construções); *Schulerlotsen* (instrutor de vôo); *Börsenvorstände* (director de Bolsa de Valores), etc. (exemplos referidos, no original, por Sainz Moreno, *op. e loc. cit.*, com tradução nossa).

⁽¹²⁸⁾ O caso da actividade farmacêutica é paradigmático: ao tempo de feitura da Lei Fundamental de Bona (e se não considerarmos o direito transitório emanado pelas potências ocupantes) sobreviviam três títulos distintos de habilitação para esta profissão: o “direito real privado” (*realrecht*), ou “privilégio” (*privilegen*), de carácter hereditário, e com a natureza e as características dos direitos reais; a “concessão real” (*realkonzession*), através do qual, e diferentemente da anterior, o executivo confere um verdadeiro direito subjectivo público (pessoal) ao concessionário (uma vez demonstrado o interesse público da abertura de um novo estabelecimento); e, por fim, o instituto mais recente (e que foi o ainda adoptado, a nível federal, pela Lei de 18 de Abril de 1937): a “concessão pessoal” (*personalkonzession*), uma verdadeira concessão administrativa (que tinha por consequência a sua reversão automática — para o Estado — em caso de morte ou renúncia do titular); sobre este ponto, ver A. NIETO, *La ley...*, cit., p. 373-375.

⁽¹²⁹⁾ Sobre esta matéria, ver CHRISTIAN STARCK, *El concepto de ley en la constitucion alemana*, Madrid, 1979, trad. L. L. Lacambra, p. 117-140, e DIETRICH JESCH, *Ley y administracion*, Madrid, 1978, trad. M. Heredero, p. 131-219.

⁽¹³⁰⁾ Como conclui DIETRICH JESH, nesta(s) monarquia(s) constitucional(ais), deve-se inverter a proposição de CARL SCHMITT (para quem, segundo “um princípio de distribuição” típico das constituições do Estado de Direito, “fica a liberdade do indivíduo *ilimitada em princípio*, enquanto que a faculdade do Estado de a invadir é *limitada em princípio*” — *Teoría...*, cit., p. 138): fora do âmbito da reserva de lei (propriedade e liberdade dos cidadãos) “o poder executivo é, em princípio, ilimitado. Pois este é este o sentido do ‘princípio monárquico’: a realza absoluta manteve-se no fundamental; só lhe foram postos limites por meio da primazia da lei e da reserva de lei” (*Ley...*, cit., p. 192).

último, à simpatia do regime nacional-socialista pelas “românticas tradições de profissões corporativas com direitos centenários e remotas tradições” (131).

Esta tradição jurídica, conjugada com o facto de o direito consagrado pelo art. 33, n.º 2, GG (“todos os alemães têm igual acesso a qualquer cargo público segundo a sua aptidão, a sua capacidade e o seu labor profissional”) estar fora do catálogo dos direitos fundamentais (diferentemente do nosso art. 47.º, n.º 2, CRP, que autonomiza e eleva ao plano dos direitos liberdades e garantias “pessoais” o direito de aceder “à função pública, em condições de igualdade e liberdade”), parece estar na origem do não estabelecimento prévio, no direito alemão, de uma distinção radical e precisa entre profissões públicas e privadas. Ao que nos é dado aperceber, os autores preferem antes proceder a uma classificação “gradualística”, dadas as acentuadas diferenciações entre si que apresentam os referidos regimes — e ainda que se registe de comum nestes regimes uma propensão publicizante, verificando-se a existência de actos formais de nomeação (*Bestallung*) a concluir procedimentos descondicionadores de profissões “materialmente” privadas, em regimes legais, aliás, normalmente anteriores à Lei Fundamental. Note-se que estas características não se verificam nas homólogas regulamentações legais de países como a Itália e a Espanha, mais próximos, nesta matéria, da nossa tradição jurídica, de raiz francesa (republicana ou monárquica-parlamentar).

Apesar de se ter verificado uma evolução relativamente à concepção de cunho estatizante de TRIEPEL (132) (princípio do século), que via os exercentes das mais antigas profissões liberais (caso dos notários, médicos e advogados) como *halbbeamte* (significado próximo de “semi-funcionário público”), referida amiúde (e aliás parcialmente rejeitada) num estudo contemporâneo de ZANOBINI (133), alguma indefinição parece subsistir entre as duas categorias “contíguas”: entre a categoria das profissões sujeitas a regulamentação estatal [*Staatlich gebundener Beruf*], sobre as quais pode recair a obrigação de desempenhar tarefas de natureza pública em substituição do Estado [*Indienstnahme* ou *Inpflichtnahme*], mas a título esporádico, e sem comportar necessariamente o exercício de poderes públicos

(131) A. NIETO, *La ley...*, cit., p. 377.

(132) *Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf*, em *Festschrift für Karl Binding*, v. II, Leipzig, 1911, p. 1-86.

(133) *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, em *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, dir. Orlando, parte III, v. II, Milão, 1920, p. 233 e segs. (ver, em especial, o cap. IV — *La professione* —, p. 338-418).

— não alterando tal circunstância, pois, a sua natureza), e a categoria da *Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private*, ou *Beleihung* (o exercício privado de funções públicas propriamente dito — que implica o exercício permanente de verdadeiros poderes públicos, como actividade desempenhada por um sujeito privado em nome próprio e com a respectiva remuneração).

Importa todavia fazer neste ponto duas chamadas de atenção.

A primeira é que só as mais antigas profissões liberais (nomeadamente, as profissões médicas e as profissões ligadas à administração da justiça) estão sob este signo, digamos, de publicidade “reforçada”, acabando por ser de algum modo associadas ao caudal das diversas outras profissões subtraídas ao aparelho estadual, que consubstanciam (essas sim) um verdadeiro “exercício privado de funções públicas” (e que são mais numerosas do que em países como a França, a Itália e a Espanha, pelas razões já aduzidas) — e não, portanto, as restantes profissões chamadas “liberais”, a começar pelas profissões técnicas⁽¹³⁴⁾. Não é por isso exacto dizer-se — nem o era sequer antes da Sentença das Farmácias —, como diz o autor de um estudo de direito comparado nesta matéria, que cada profissão liberal (no sentido de profissão intelectual protegida ou regulamentada quando exercida em regime independente) constitui na Alemanha “um serviço público (...) não exercitado pelo Estado, mas atribuído em titularidade, por concessão profissional, aos privados, mediante um decreto de nomeação”⁽¹³⁵⁾.

E a segunda é o omnipresente e omnicompreensivo conceito de “público” no direito público alemão, que designa toda uma zona de entidades e actividades heterogéneas que se situam entre a esfera do que é genuinamente “estadual” e a esfera do “privado” (dos assuntos e actividades próprios da sociedade): é que a latitude deste conceito no direito alemão

⁽¹³⁴⁾ Na Alemanha o exercício destas profissões (e designadamente, as múltiplas engenharias) é, em princípio, livre; mas as leis dos diferentes Estados protegem o título profissional, só permitindo o seu uso aos licenciados pelas Universidades alemãs (ou Escolas Superiores equiparadas), aos que obtenham o reconhecimento dos títulos obtidos no estrangeiro ou ainda aos que tenham obtido das autoridades competentes o direito a usar a denominação. Para além de que, claro está, muitas leis sectoriais exigem a assinatura desses técnicos para a apresentação de projectos. O § 132 do Código Penal (StGB) não pune, porém, o uso ilegítimo da qualidade ou denominação tais profissões (como crime de *Kurpfuscherei* — usurpação de título ou qualidade).

⁽¹³⁵⁾ P. PISCIONE, *Ordini...*, cit., p. 191-192.

(saco onde cabem fenómenos tão diversos como a chamada “administração pública sob forma privada” — designação proposta por VITAL MOREIRA — a administração autónoma, a concessão de serviços públicos, certas actividades com um elevado grau de utilidade e interesse público, etc.) não nos deverá iludir, e fazer-nos remeter para o (nosso) universo do “público-estadual” (segundo o nosso esquema bipartido público/privado) fenómenos que na sua natureza profunda o direito alemão — as próprias doutrina e jurisprudência alemãs — consideram ainda “privados”.

É pois neste distinto quadro conceptual “tripartido” que, para além do *beleihung* (que WOLFF qualifica como um mandato de direito público — *Öffentlichrechtliches Auftragsverhältniss* — e que é a única categoria, de entre as esboçadas pela doutrina alemã, que entre nós corresponde ao conceito de “exercício privado de funções públicas”, na construção italiana desta figura, cujos fundamentos remontam ao início do século — devendo-se a sua inicial teorização a ZANOBINI e a SANTI-ROMANO — e que é a genericamente acolhida entre nós ⁽¹³⁶⁾), ainda a doutrina alemã acentua a natureza “pública” dos casos de *Indienstnahme*. Não deixando o Estado, por princípio, de se arrogar a titularidade de um poder de disposição, ainda que a actividade profissional não implique o exercício de um poder público — como é o caso da profissão médica — admite-se pacificamente, por exemplo, que os médicos estejam sujeitos a um investidura formal (que incluiu uma ajuramentação), através de um despacho de nomeação (*bestallung*) indiciador de uma situação de concessão. É ainda considerado um caso à parte, noutra dimensão de publicidade, a admissão ao exercício da advocacia perante um tribunal (*zulassung zur Rechtsanwaltschaft*) ⁽¹³⁷⁾.

⁽¹³⁶⁾ Ela é acolhida hoje entre nós, claro está, mas com todas as transformações que essa teorização sofreu, e desde logo em Itália, ao longo deste século — uma evolução que infelizmente, e como veremos, é pura e simplesmente ignorada por alguns autores, que ainda aplicam acriticamente a construção inicial de ZANOBINI como se todos os seus pressupostos se houvessem mantido incólumes à evolução do direito público.

⁽¹³⁷⁾ A natureza da advocacia, como actividade indissociável, no seu conjunto, do exercício da autoridade pública — e como tal abrangida pelo art. 55 do Tratado de Roma (que exclui as actividades que participam no exercício da autoridade pública do direito de estabelecimento) — foi, significativamente, defendida pelo governo alemão, no âmbito da então Comunidade Económica Europeia. Mas essa posição não vingou: quer as actividades de representação, quer mesmo as de defesa das partes em juízo foram consideradas como essencialmente privadas pelo Tribunal de Justiça das Comunidades, e portanto sujeitas ao princípio comunitário da liberdade de estabelecimento (ver, sobre esta polémica, J.-P. CRAYENCOURT, *Comuni-*

Sublinhe-se, enfim, e de todo o modo, a alteração da disciplina jus-publicística mesmo das profissões acima referidas, a nível federal, no sentido de uma maior liberalização, na sequência da Sentença das Farmácias (TCFA); e nomeadamente a da medicina ⁽¹³⁸⁾, a da advocacia ⁽¹³⁹⁾ e a da actividade farmacêutica ⁽¹⁴⁰⁾, tendo-se eliminado os sistemas de “*numerus clausus*” e outras restrições similares ⁽¹⁴¹⁾.

Em suma, de uma maneira geral, parece-nos que a doutrina alemã tende a aceitar a ideia transposta para o direito espanhol por SAINZ MORENO, de que “o conceito de ‘função pública é variável’, dependendo o seu conteúdo concreto do direito positivo vigente, o qual sugere uma distinção entre ‘tarefas públicas’ e ‘tarefas estatais’” ⁽¹⁴²⁾, no sentido acima explicado. Simplesmente, repita-se, no direito alemão a “publicidade” das profissões sujeitas a “concessão” é determinada por um critério amplo (mate-

dade Europeia e livre circulação das Profissões Liberais, Bruxelas, 1982). Nesta matéria, ver ainda, quer sobre o próprio direito público alemão do ensino e das profissões, quer da sua adaptação ao direito comunitário, ver CARLO LEGA, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milão, 1974, p. 925-968, e FABIO LIGUORI, *Verso la figura dell'avvocato europeo? L'attuazione della direttiva 89/48 CEE relativa al reciproco riconoscimento dei diplomi e la sua influenza sulla professione legale*, *Dir. Comm. Intern.*, Julho/Dez. 1992.

⁽¹³⁸⁾ Pelo Regulamento dos Médicos, de 2 de Outubro de 1961, BGBl, I, p. 1301 (que veio alterar o regime instituído pela Lei de 13 de Setembro de 1935, modificada pela lei de 17 de Fevereiro de 1939).

⁽¹³⁹⁾ Pelo Regulamento da Advocacia, de 1 de Agosto de 1959, BGBl, I, p. 565 (que veio terminar, por exemplo, com o poder dos ministros estaduais da Justiça — a quem competia a nomeação, ouvida a *Anwaltskammer* — de indeferirem o pedido de qualificação profissional definitiva com fundamento no excessivo número de profissionais já a exercer). Esta lei federal foi alterada pela *Gesetz zur enderung des Berufsrecht der Rechtsanwalte und Patentwalte vom 13 Dezember 1989* (BGBl, 1989, I, S. 2135), no sentido ainda de uma maior liberalização, sob o impulso do direito comunitário.

⁽¹⁴⁰⁾ Pela Lei de 28 de Agosto de 1960 (que veio modificar o regime instituído pela Lei de 18 de Abril de 1937).

⁽¹⁴¹⁾ Os candidatos à advocacia, como todos os estudantes de qualquer curso superior (como veremos), depois de concluídos os estudos universitários, são submetidos a dois exames de Estado: um anterior, e outro posterior, a um período de estágio de dois anos, (*Vorbereitungsdienst*); mas neste estágio ficam sujeitos a um regime especial, idêntico ao da função pública, sob a directa supervisão estadual (do respectivo *Land*). Apenas conseguem o título de *Assessor* uma vez superado este segundo exame. Depois disso, já não têm que superar mais nenhuma prova; e só aqui intervém o elemento propriamente corporativo no procedimento de acesso à profissão: é que lhes exige ainda um período de estágio de um ano junto de um advogado, só findo o qual, enfim, são considerados como *rechtsanwalt*.

⁽¹⁴²⁾ SAINZ MORENO, *El ejercicio...*, cit., p. 178.

rial ou teleológico), cujos indicadores apontariam antes, entre nós, para o conceito de "interesse público", e no direito italiano, por exemplo, para o conceito análogo de (profissões de) "necessidade pública" (como qualifica o Código Penal as profissões sanitárias e forenses).

Tenha-se, contudo, em atenção — e finda esta breve recensão da doutrina alemã, de que nos dá notícia, sobretudo, SAINZ MORENO ⁽¹⁴³⁾ — que, no fundo, tal alargamento da noção de "publicidade" acaba por não prejudicar a protecção constitucional da actividade profissional "concessionada", em virtude do correspondente alargamento do âmbito de aplicação do art. 12, n.º 1, GG. Na verdade, a "publicidade" dessas profissões não transforma o direito a escolhê-las e a exercê-las numa mera expectativa legítima ou num simples interesse reflexamente protegido.

Aplicar-se-á, assim, a todas as profissões não integradas no aparelho estadual (ainda que consubstanciadoras de um "exercício privado de funções públicas", no sentido amplo desta expressão) a teoria dos degraus. Veja-se, a este respeito, na jurisprudência do Tribunal de Karlsruhe, o caso das farmácias ⁽¹⁴⁴⁾, bem como, mais recentemente, o dos "peritos públicos" (biénio 1991-1992): a propósito de uma lei sobre o acesso à profissão de "perito público" (*öffentlicher Sachverständiger*), o Tribunal, admitindo a possibilidade da exigência de preenchimento de requisitos subjectivos, designadamente relativos à capacidade e idoneidade do candidato, ou mesmo de

⁽¹⁴³⁾ Em *El ejercicio privado de funciones públicas*, RAP, 100-102, 1983, p. 1699-1783, com base nos trabalhos de HANS J. WOLFF (*Verwaltungsrecht*, v. II, 1970, p. 387 a 392), de MICHAEL KRAUTZBERGER (*Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private*, Berlim, 1971) e de FRITZ OSSENBHÜL e HANS-ULLRICH GALLWAS (*Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private*, em VVDSrL, 1971).

⁽¹⁴⁴⁾ Adiante-se, contudo, que a legislação dos *Länder* que já sob a égide da Lei Fundamental de Bona revogou o sistema de *lizenzen* introduzido pela pelas potências ocupantes (e que foi objecto, nomeadamente a Lei do Estado da Baviera, da apreciação do Tribunal Constitucional), não regressou ao sistema das *personalkonzession* (que pressupõe a natureza pública da actividade), tendo antes adoptado o sistema da "licença de estabelecimento" (*betriebslaubnis*) — cuja dimensão publicística o direito alemão distingue da da *Beleihung* (através do *erlaubnis* é um particular autorizado a iniciar a actividade de um estabelecimento que poderá ser considerado como um serviço público em sentido objectivo, mas que não faz parte da Administração).

No caso, e face à não distinção, no plano constitucional, entre profissão e empresa (sendo uma e outra abrangidas igualmente pelo art. 12, n.º 1, GG), sobrelevou à virtual dimensão publicística da actividade de farmácia (como profissão sanitária que é) a sua *estrutura* comercial-privada, de estabelecimento comercial de natureza predominantemente privada, objecto de um *direito de propriedade* do seu titular.

uma verificação da exigência, em abstracto, da necessidade de existirem peritos disponíveis numa determinada matéria, recusou, porém, a admissibilidade constitucional de uma disposição que fazia depender, sem mais, o acesso à profissão do número de peritos já existentes ⁽¹⁴⁵⁾.

Contudo, a tradicional consideração da natureza pública destas profissões — e designadamente a assunção dessa qualificação à data da entrada em vigor da Lei Fundamental — poderá já não as proteger de um maior grau de intervenção do legislador na sua organização. Apesar do Tribunal de Karlsruhe, ao considerar a sua inclusão no âmbito do art. 12, n.º 1, GG, se ter limitado a ressaltar o facto do art. 33 GG “conceder e permitir em grande medida o estabelecimento de regulamentações especiais para profissões com carácter de 'serviço público' (*Beleihung*)”, não está fora de hipótese o constituir aquela configuração fundamento, inclusive, para uma total estatização.

3.3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL; A TEORIA DOS DEGRAUS

3.3.1. O art. 19.º da Constituição alemã, diferentemente do nosso art. 18.º CRP, não proíbe a retroactividade da lei restritiva de direitos fundamentais, nem lhe assinala literalmente a obrigação de respeitar o princípio da proporcionalidade (critério de proporcionalidade na distribuição dos custos entre os valores conflitantes a salvaguardar).

Mas senão o primeiro ⁽¹⁴⁶⁾, pelo menos o segundo princípio, além de estar de algum modo implícito no art. 2, n.º 1, GG (“todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade desde que não vulnerem os direitos alheios nem atentem à ordem constitucional e à lei moral”), é, como vimos, inferível do conceito de lei do preceito consagrador da reserva especial do art. 19, n.º 1, GG (que é uma reserva de lei *material*). Assim,

⁽¹⁴⁵⁾ BVerfGE 88, 28, citada por JÖRG LUTHER, *La giurisprudenza...*, cit., p. 3283.

⁽¹⁴⁶⁾ O Tribunal Constitucional Federal Alemão, apesar de aceitar o princípio da não retroactividade das leis onerosas, parece orientar-se no sentido de não incluí-lo no próprio conceito de lei, ao admitir quatro excepções, entre as quais os casos “em que razões inexoráveis de bem comum, superiores ao imperativo de segurança jurídica” justifiquem os efeitos retroactivos; no mesmo sentido, ver CHRISTIAN STARCK, *El concepto...*, cit., p. 348-354).

segundo a exposição de CHRISTIAN STARCK ⁽¹⁴⁷⁾, a característica da generalidade (ou universalidade *formal*) exigida à lei restritiva por este preceito não se esgotaria em si mesma, destinando-se, sobretudo e ainda, a *assegurar* ⁽¹⁴⁸⁾ a sua *universalidade* propriamente dita, ou universalidade *material* ⁽¹⁴⁹⁾. Ora, a universalidade (material) da lei implicaria uma “profissão de fé” (art. 2, n.º 1, GG) a favor da liberdade e da igualdade”, constituindo estas os elementos materiais do próprio conceito de lei.

Claro está, continua STARCK, que “de forma análoga, a lei geral é também garante da liberdade. Desde logo, o princípio da liberdade determina o equilíbrio entre os particulares e a relação entre estes e a comunidade. Enquanto assim for, a lei permanece dominada pelo princípio da liberdade. Se o equilíbrio estabelecido na lei se considera adequado, se a lei, portanto, é materialmente universal, importa generalizar no escalão imediato, quer dizer, há que formar géneros abertos; deste modo, a liberdade está de novo garantida. Este aspecto da liberdade consiste em que o afectado pode apoiar-se na lei, porque esta vale para casos que, à partida, ainda têm que se verificar”; portanto, “as esquematizações e tipificações da lei geral são apoio e complemento da sua universalidade material” ⁽¹⁵⁰⁾.

Explica ainda CHRISTIAN STARCK que uma “lei que precisa ou limita o espaço de liberdade será universal quando o bem jurídico, individual ou comunitário, protegido pela lei está em relação *adequada* com a liberdade” ⁽¹⁵¹⁾. Ora, daqui se inferiria, enfim, a ideia de proporcionalidade: “para tornar viável uma actualização o mais ampla possível da liberdade é preciso também que as leis só contenham a regulamentação mais suave que seja susceptível de proteger eficazmente o respectivo bem comunitário. Daí resultarão diferenças importantes que a lei terá que assumir para ser universal. Para a necessária coordenação *correlativa* das exigências

⁽¹⁴⁷⁾ *El concepto...*, cit., p. 286 a 321.

⁽¹⁴⁸⁾ O constituinte, ao exigir a característica da generalidade à lei restritiva, não o terá feito, pois, por considerar suficiente tal exigência para garantir aqueles direitos, mas por suspeitar “que a sua limitação por meio de leis não gerais” contradiria “sempre a universalidade material”, suspeita que, ainda segundo C. STARCK, se “deve considerar válida para a maioria dos direitos fundamentais” (*El concepto...*, cit., p. 334).

⁽¹⁴⁹⁾ Com efeito, e independentemente de a generalidade continuar a ser uma característica própria da lei (ainda que já não absolutizada), ela não garante por si só um *conteúdo* justo à lei (sendo a inversa também verdadeira: nem toda a lei-medida será necessariamente injusta por lhe faltar a característica da generalidade).

⁽¹⁵⁰⁾ CHRISTIAN STARCK, *El concepto...*, cit., p. 333.

⁽¹⁵¹⁾ *El concepto...*, cit., p. 314.

individuais e comunitárias há que atender sempre à matéria objecto da regulação” (152).

3.3.2. Foi, precisamente, a teoria da proporcionalidade que esteve na base de uma sentença do Tribunal Constitucional Federal Alemão que levou à liberdade de estabelecimento de farmácias, e cujos fundamentos passamos a analisar com algum detalhe (153).

Pode dizer-se, sem receio de exagerar, que os critérios estabelecidos pelo Tribunal na “teoria dos degraus” (*stufentheorie*), e que constituem os fundamentos da mesma sentença, integram hoje a Constituição material daquele país (154); diferentemente das sumárias resenhas dos normativos constitucionais estrangeiros que ora intentamos esboçar, no que se refere ao art. 12, n.º 1, da Lei Fundamental de Bona não podemos deixar, pois, de ir um pouco mais longe, encetando uma breve incursão pela pretoriana jurisprudência do TCFA, com especial enfoque na citada teoria.

A “teoria dos degraus” foi elaborada, como já foi referido, na *sentença das farmácias (Apotheken-Urteil)* de 11-6-58 — através da qual aquele tribunal pôs fim à insegurança jurídica derivada do manto de silêncio (quer jurisprudencial, quer doutrinal) que desde o início de vigência da Constituição caíra sobre o art. 12, n.º 1, GG. Nos seus fundamentos, os juízes do TCFA partem da relação entre os momentos da escolha e do exercício de uma profissão, considerando que se justificaria uma menor liberdade do

(152) *Ibidem*.

(153) A supra referida similitude de regimes entre a Lei Fundamental de Bona e a actual Constituição portuguesa nesta matéria já constituiria por si só justificativo suficiente para não dispensar uma análise cuidada da jurisprudência constitucional alemã nesta matéria; mas acresce ainda o facto de o Tribunal Constitucional Federal alemão ter tido um notável desempenho no cumprimento deste ingrato legado que lhe deixou o constituinte de 1949.

(154) O conteúdo das críticas de alguma doutrina a este extenso e minucioso aresto do Tribunal Constitucional de Karlsruhe demonstra que esta nossa afirmação não é excessiva: lembraram essas vozes discordantes, com base no princípio da separação de poderes, que não competiria aos tribunais a elaboração de teorias gerais (mas tão só a resolução de casos concretos); e que, face quer aos antecedentes, quer às circunstâncias históricas em que foi emanada a sentença, esta teria lesado o princípio da separação de poderes, na medida em que se tornou de facto evidente que o Tribunal sugeriu ao legislador (para não dizer, em boa verdade, que acabou por lhe *impor*) os “traços vermelhos” de qualquer futura norma naquela matéria (em sentido contrário a estas críticas, ver a posição de ALEJANDRO NIETO, *La ley...*, cit., p. 379 e 380).

cidadão no momento do exercício, na medida em que a esfera social, que incumbe ao Estado proteger, só através deste seria, em princípio, afectada; e que se exigiria já no momento da escolha, inversamente, a máxima liberdade, não só por este momento não contender com aquela esfera, mas ainda pela importância que revestiria em termos de realização pessoal, constituindo como constitui tal momento uma opção quanto ao modo de vida de cada um; ou seja, na medida da importância que a escolha de uma profissão representa para a personalidade ⁽¹⁵⁵⁾.

Desse modo, a liberdade do legislador seria tanto mais ampla quanto mais se circunscrevesse ao exercício (e menos à escolha), e, inversamente, tanto mais limitada quanto mais interferisse com a escolha (e menos com o exercício).

Nesta perspectiva, configurou o TCFA três degraus ou patamares de intervenção.

Teríamos assim um primeiro grau de *maior liberdade*, que ocorreria quando o legislador se confinasse a restringir apenas o exercício, sem afectar a escolha, isto é, quando só o “como” (“realização da modalidade”), e não o “se” (“realização de substância”) fosse objecto de uma regulamentação restritiva ⁽¹⁵⁶⁾; aqui, “a regulação do exercício profissional versa sobre o tema de como e de maneira pode realizar-se uma actividade depois do começo de uma profissão sem que (aquela regulação) se possa repercutir na liberdade de escolha da profissão” (ROLF STÖBER ⁽¹⁵⁷⁾). É o caso, sobretudo, das normas destinadas a evitar a produção de danos em terceiros, valendo aqui a simples adequação da restrição ao fim em vista (só estariam excluídos, por violação do princípio da proibição do excesso, os encargos considerados em si mesmo excessivos, sujeitando-se assim a opção restritiva do legislador a um mero juízo de *razoabilidade*; bastaria, pois, uma *apreciação razoável* ⁽¹⁵⁸⁾ do inte-

⁽¹⁵⁵⁾ O Tribunal de Karlsruhe admitiu, pois, a possibilidade da lei restringir também a liberdade de escolha (apesar do teor literal do art. 12, n.º 1, GG, que circunscreve a autorização ao exercício profissional); justificou o Tribunal esta última posição, na medida em que considerou ser evidente a não correspondência de uma interpretação literal do preceito com a “realidade da vida”, pelo não poderia, desse modo, “conduzir juridicamente a resultados esclarecedores” (sobre este ponto, ver EKKEHART STEIN, *Derecho...*, cit., p. 178 e 179, e HANS G. RUPP, *Objecto...*, cit., p. 380).

⁽¹⁵⁶⁾ Sobre este ponto, ver OTTO BACHOF, *Freiheit...*, p. 468, cit., S. Ortino, *L'Esperienza...*, cit., p. 120, e ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *A Ordem...*, cit., p. 228.

⁽¹⁵⁷⁾ *Derecho...*, cit., p. 147.

⁽¹⁵⁸⁾ Na expressão original, *vernünftige Erwägungen*.

resse público que presidisse à restrição para se concluir pela bondade desta) ⁽¹⁵⁹⁾ ⁽¹⁶⁰⁾.

Já quando a restrição legal incidisse sobre a escolha (tocando o momento da escolha com “a questão do *se* uma profissão é assumida, continuada ou abandonada — “realização de substância” ⁽¹⁶¹⁾), fazendo a lei depender o acesso a uma actividade profissional da posse de determinados requisitos, teríamos dois novos graus (segundo e terceiro).

No segundo grau (de menor liberdade) situar-se-iam apenas as condições ou pressupostos subjectivos (todos os que em maior ou menor grau pudessem ainda depender da pessoa do candidato — da sua vontade, da sua capacidade, etc.). Teríamos agora os casos de exigência de uma prévia qualificação para o acesso à profissão (da aquisição de determinados conhecimentos — de uma formação escolar determinada, devidamente compro-

⁽¹⁵⁹⁾ Diferentemente do nosso art. 18.º, n.º 2, CRP, o art. 19 da Constituição alemã não circunscreve formalmente a lei restritiva à salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; mas tal exigência decorre do valor supremo nas normas constitucionais na ordem jurídica, e portanto da prevalência dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos — e desde logo dos espaços de liberdade garantidos pelas normas consagradoras dos direitos fundamentais de “autonomia individual” — sobre quaisquer outros bens comunitários com mero valor legal (improcedendo assim a possibilidade de o legislador restringir o conteúdo daqueles direitos em resultado de uma ponderação de valores juridicamente desiguais).

Contudo, o art. 12, n.º 1, GG parece constituir excepção, na medida em confere explicitamente ao legislador uma “autorização em branco” para restringir o exercício de uma profissão; parece bastar, pois, no que se refere às restrições à liberdade de exercício, a invocação de um interesse público secundário, sem assento constitucional (nesse sentido se falou acima numa reserva de lei aparentemente ilimitada). Recorde-se, contudo, que a lei restritiva sempre terá que respeitar o princípio da proporcionalidade, mas na medida em que deverá corresponder ao conceito de lei suposto na reserva especial do art. 19, n.º 1, ou seja, ser lei *universal* também nos seus elementos materiais (igualdade e liberdade), e não meramente *geral* — e que só poderá sê-lo (lei *liberal*) se obedecer à ideia de proporcionalidade (ver as referências à obra de CHRISTIAN STARCK, *El concepto... op. cit., loc. cit.*).

⁽¹⁶⁰⁾ O TCFA considerou não violar a liberdade de exercício de profissão a norma costumeira que obriga os advogados ao uso da toga ante os tribunais: tal obrigação poder-se-ia justificar mediante considerações razoáveis e adequadas fundadas na preocupação pelo interesse colectivo (a comunidade teria um interesse considerável — não especialmente intenso, mais ainda assim considerável — em que os litígios judiciais decorressem ordenadamente e segundo as fórmulas estabelecidas); S. 7, 377 (409), referida por HANS G. RUPP, *Objecto... cit., p. 383*.

⁽¹⁶¹⁾ R. EHRHARDT SOARES, *A Ordem... cit., p. 228*. Nas palavras de ROLF STOBER, “a regulação da escolha profissional resolve a questão do *se* (e abaixo de que condições) pode desempenhar-se ou prosseguir-se uma actividade” (*Derecho... cit., p. 147*).

vada e titulada), por poder constituir um perigo para a comunidade o exercício dessa profissão sem a qualificação exigida (por postular a posse de elevados conhecimentos técnicos e científicos, e por se prestar ainda a mesma profissão a um “exercício público”, ou de porta aberta, como se passa com o grosso das chamadas profissões liberais). E teríamos também os outros pressupostos subjectivos condicionadores não propriamente do acesso à profissão, mas, por exemplo, da duração do seu exercício, como o limite de idade (como vimos acima, tem a ver a escolha não apenas com o facto de uma profissão ser ou não *assumida*, mas ainda *continuada* ⁽¹⁶²⁾ e *abandonada*) ⁽¹⁶³⁾.

⁽¹⁶²⁾ Considerou o TCFA que a introdução de um limite de idade legal para certas profissões não constituía uma simples limitação ao exercício dessas profissões, mas uma interferência na liberdade de escolha. No caso *sub judice* (de uma lei impunha para a profissão de parteira, como limite etário, os setenta anos), entendeu, contudo, tal limite compatível com a art. 12, § 1, da Constituição, atendendo à importância da protecção da saúde da mãe e do filho, bem este que, face aos riscos que ambos aqueles sempre correriam nos trabalhos de parto, se teria que equiparar à liberdade objecto de restrição; e, por fim, que o concreto limite dos setenta anos não violava o princípio da proporcionalidade (BVerfGE 9, 341, 344 e ss., referida por HANS G. RUPP, *Objecto...*, cit., p. 384).

⁽¹⁶³⁾ Ocorreu recentemente (BVerfG de 17-4-91, e 16-10-91) uma importantíssima mudança de orientação na jurisprudência do TCFA, em matéria de controlo jurisdicional sobre os exames de Estado de avaliação de conhecimentos para o acesso às profissões protegidas (pressupostos subjectivos): aquele tribunal entendeu que os juizes administrativos — que até então haviam concedido uma larga margem de discricionariedade à Administração examinadora, relativamente aos critérios de avaliação por esta adoptados — deveriam intensificar o controlo sobre tais exames (não chegando a clássica verificação de erro manifesto), recorrendo, se necessário, à ajuda de peritos, para controlar, por exemplo, a idoneidade dos chamados “métodos de escolha múltipla” nos exames de medicina (BVerfGE 84, 59) (ref. de JORG LUTHER, *La giurisprudenza...*, cit., p. 3284-3285).

Deste modo, a profundidade da intervenção da Administração, pelo mero facto de incidir essa intervenção sobre um direito fundamental (liberdade de profissão), torna-se claramente em si mesma um critério material a adoptar obrigatoriamente pelos tribunais administrativos, ainda que estes tenham que penetrar no campo tradicionalmente reservado à Administração da dita “folga” ou “margem de apreciação” (*Beurteilungsspielraum*), operando-se uma substituição desta “margem de apreciação” por uma “margem de valoração” (*Bewertungsspielraum*) (ref. de A. F. SOUSA, ‘*Conceitos indeterminados*’ no direito administrativo, Lisboa, 1994, p. 231, nota 17a).

Também a propósito dos exames de acesso às profissões de advogado e procurador, determinou o Tribunal que o próprio *procedimento* de tais exames deveria passar oferecer o máximo das garantias necessárias, por forma a tornar efectiva a tutela da liberdade de escolha daquelas profissões (BVerfGE 84, 34) (ref. de JÖRG LUTHER, *La giurisprudenza...*, cit., p. 3284-3285).

Mas para este segundo grau de ingerência na liberdade de profissão (requisitos subjectivos) exigiu já o Tribunal de Karlsruhe que o bem colectivo a salvaguardar com a restrição fosse *particularmente importante* ⁽¹⁶⁴⁾, e que a protecção de tal bem exigisse *necessariamente* ⁽¹⁶⁵⁾ a restrição ⁽¹⁶⁶⁾.

⁽¹⁶⁴⁾ Na expressão original, *besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter*.

⁽¹⁶⁵⁾ No termo original, *zwingend*.

⁽¹⁶⁶⁾ Conforme explica EKKEHART STEIN, na *sentença sobre as profissões artesanais*, de 17-7-61 (S. 13, 97), o Tribunal de Karlsruhe viria a precisar e delimitar este requisito, mas ao jeito de um “emendar de mão”, relativamente à posição de maior controlo que aquele tribunal a si mesmo se atribuiu na *sentença das farmácias*.

Segundo aquela sentença, só estariam justificados os pressupostos de admissibilidade subjectiva quando protegessem um bem comunitário importante. Mas não seriam só dignos de protecção os “valores comunitários ‘absolutos’ reconhecidos por todos, com independência da política seguida num dado momento pela comunidade, como, por exemplo, a saúde pública; bastaria tratar-se de “valores comunitários ‘relativos’, isto é, daqueles valores que derivam das ideias e fins adoptados pelo legislador em matéria social ou económica e que, portanto, haja sido o próprio legislador a elevá-los ao nível de interesses comunitários importantes”. Pôs ainda aquele Tribunal em relevo que “só se poderia repudiar o critério do legislador sobre esta questão se aqueles interesses públicos que devem ser expressão de valores comunitários do mais alto nível” e que justificariam uma limitação à liberdade de escolha de profissão revelassem ser falsos ou “resultassem inconciliáveis com o sistema de valores da Lei Fundamental”.

No caso *sub judice*, fora questionada a obrigatoriedade de um exame de aptidão para o exercício das profissões artesanais, cujo aproveitamento constituía requisito indispensável para a inscrição no respectivo registo; ora, foi considerado “valor comunitário relativo” conciliável com o sistema de valores da Lei Fundamental, a manutenção do nível de qualificação e da capacidade profissional do artesanato e a garantia da renovação dos seus membros (sobre esta sentença, ver ainda HANS G. RUPP, *Objecto...*, cit., p. 386).

Não se pode, contudo, deixar de ter presente que o art. 12, n.º 1, da Constituição alemã não autoriza formalmente o legislador a restringir a liberdade *de escolha* de profissão (e ainda que a doutrina e a jurisprudência alemãs, neste e noutros casos, não considerem sempre tal expressa autorização indispensável para a existência de restrições legais — ver, a este propósito, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 232, nota 36). Nesta sede parece-nos já não proceder, pois, a ideia de uma autorização “em branco” ao legislador, abrindo caminho a uma limitação imposta do exterior, no sentido de conferir um carácter constitutivo-limitativo da liberdade de escolha à intervenção do mesmo legislador.

Para lá do que se possa deduzir do texto da norma, só com base, pois, nos chamados “limites imanentes” (*immanente Schranken*), que é uma operação meramente interpretativa, e não numa “criação” do legislador, se poderão justificar as restrições legais à liberdade de escolha, designadamente as que estabeleçam requisitos subjectivos para o acesso (ver, neste sentido, S. ORTINO, *L’Esperienza...*, cit., p. 125, e J. L. CARRO, *Polemica...*, cit., p. 77, em nota), devendo-se proceder a “uma ponderação (*Abwägung*) de bens e direitos a fim de se obter uma *concordância prática* entre os vários bens ou direitos protegidos (...)” (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 613). E para uma voz autorizada nesta sede como

Nestes casos regeria o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, no sentido em que os pressupostos subjectivos não poderiam ser desproporcionados relativamente à finalidade prosseguida de ordenação da profissão ⁽¹⁶⁷⁾ — isto é, já impenderia sobre o legislador a estrita obrigação de engendrar a solução menos gravosa para o indivíduo sem com isso frustrar a prossecução do fim em vista, ou seja, de encontrar um ponto de equilíbrio entre os pressupostos subjectivos e o fim prosseguido.

No terceiro grau teríamos, por fim, os casos da fixação de pressupostos objectivos para o acesso (estranhos à pessoa do pretendente, que assim em nada poderia contribuir para a sua verificação), como a introdução de “*numerus clausus*” como mecanismo regulador da profissão (*berufslenkung*) ⁽¹⁶⁸⁾, ou de um sistema de autorizações dependente de uma apreciação de necessidades objectivas (em que fosse possível, por exemplo, negar a alguém o acesso a uma profissão por esta estar saturada); neste último patamar de intervenção legislativa dá-se um reforço das precauções do juiz constitucional alemão, reduzindo-se, na prática, a quase nada as faculdades de ingerência do legislador.

Considerou o Tribunal de Karlsruhe serem este tipo de pressupostos em si mesmo contrários ao sentido do direito fundamental em questão, pelo que só a protecção imperiosa de um *bem colectivo de importância capital* ⁽¹⁶⁹⁾, directamente legitimado pela Constituição (como seria o caso da saúde pública) os poderia justificar. Mas seria ainda necessária uma *exigência especialmente grave* ⁽¹⁷⁰⁾ (isto é, que a não se operar tal restrição, sobreviessem perigos graves para tal bem); e não bastaria a simples possibilidade de emergirem tais perigos, requerendo-se a demonstração de que, a não se produzir a restrição, sobreviria necessariamente a receada

a da KONRAD HESSE, a aplicação do “princípio da concordância prática”, com recurso à teoria da proporcionalidade (indispensável para a determinação da medida da lei restritiva), sempre suporá uma originária equiparação dos bens jurídicos em jogo a partir da Constituição: “resulta por completo inadmissível outorgar prevalência a ‘bens superiores da comunidade’ não protegidos constitucionalmente — cuja presença cabe sempre afirmar discricionariamente — prescindindo não só da unidade da Constituição como da própria Constituição” (*La interpretación constitucional*, trad. P. Cruz Villalon, em *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, 1992, p. 45, n. 31).

⁽¹⁶⁷⁾ Na expressão original, *nicht ausser Verhältnis stehen dürfen*.

⁽¹⁶⁸⁾ Ver ainda, nesta matéria, o que atrás se disse a propósito do acesso à Universidade.

⁽¹⁶⁹⁾ Na expressão original, *ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut*.

⁽¹⁷⁰⁾ Na expressão original, *besonders strenge Anforderungen*.

lesão, ou, pelo menos, que existiriam fortes probabilidades de ela vir a ocorrer ⁽¹⁷¹⁾.

Enfim, a intervenção do legislador prevista no art. 12, n.º 1, *al.* 2.ª, GG, teria que respeitar esta sucessão de graus (ou “degraus”), devendo aquele, para salvaguardar o interesse colectivo, recorrer ao “degrau” que menor intromissão implicasse na liberdade de escolha de profissão, não podendo cada um dos “degraus” ser galgado senão quando pudesse ser satisfatoriamente demonstrado que os perigos a evitar não poderiam ser eficazmente combatidos no degrau inferior ⁽¹⁷²⁾ ⁽¹⁷³⁾.

⁽¹⁷¹⁾ EKKEHART STEIN, *Derecho...*, cit., p. 180. Neste terceiro degrau (como aliás já no segundo, como vimos), trata-se, no fundo, e uma vez assente a igualdade dos interesses em conflito, de aplicar ao art. 12, n.º 1, GG o “princípio da concordância prática”, que constitui uma adaptação ao direito constitucional do princípio administrativista da proporcionalidade (neste sentido, EKKEHART STEIN, *Derecho...*, cit., p. 178). Diz-nos tal princípio, nas palavras do autor a quem se deve o seu desenvolvimento teórico (KONRAD HESSE, *La interpretación...*, cit., p. 45-46), que “na solução do problema, os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de forma a que todos eles conservem a sua entidade. Onde quer que se produzam colisões não se deve, através de uma precipitada ‘ponderação de bens’, realizar um à custa de outro.

“Pelo contrário, o princípio da unidade da Constituição exige um trabalho de ‘optimização’: torna-se necessário estabelecer os limites de ambos os bens por forma a que ambos alcancem uma efectividade óptima. A fixação de limites deve responder em cada caso concreto ao princípio da proporcionalidade; não deve ir mais além do que for exigido pela realização da concordância entre ambos os bens jurídicos. *‘Proporcionalidade’ significa neste contexto uma relação entre duas magnitudes variáveis, concretamente aquela relação que melhor responda à dita tarefa de optimização, e não uma relação entre um ‘objectivo’ constante e um ou mais ‘meios’ variáveis*” (KONRAD HESSE, *ibidem*; o itálico é nosso).

⁽¹⁷²⁾ S. ORTINO, *L’Esperienza...*, cit., p. 120.

⁽¹⁷³⁾ Foi precisamente a propósito de uma lei restritiva deste último tipo (lei do Parlamento do Estado da Baviera, de 16 de Maio de 1952, sobre a profissão de farmacêutico) que o Tribunal de Karlsruhe desenvolveu a “teoria dos degraus” (com a *sentença das farmácias*). Esta lei fazia depender a outorga da licença para a abertura do estabelecimento farmacêutico (no termo original, *betriebslaubnis*), para além de certos requisitos subjectivos (nomeadamente, a posse do título académico adequado, a nacionalidade alemã, cinco anos de prática desde a obtenção do título e um local para a abertura do estabelecimento de uma prévia apreciação das necessidades da população em termos de abastecimento de medicamentos; para além disso, deveria a Administração certificar-se, segundo a mesma lei, que a exploração de qualquer nova farmácia seria empreendida em bases rentáveis, não podendo ainda a sua criação comprometer a situação económica dos estabelecimentos já existentes (pelo menos ao ponto de não se poder mais garantir as condições mínimas da sua exploração).

O TCFA declarou a nulidade destas disposições, por violação do art. 12, n.º 1, da Lei Fundamental. Apesar da saúde pública ter merecido aos juízes o qualificativo de “bem colectivo de importância capital” (primeiro requisito), depois de obter o parecer de peritos (alemães e estrangeiros), não adquiriram os juízes a convicção de que um sistema de liberdade

CAPÍTULO IV

NO DIREITO CONSTITUCIONAL FRANCÊS (174)

4.1. NOÇÕES GERAIS

4.1.1. A liberdade de trabalho e profissão na ordem constitucional francesa apresenta um escasso interesse quer teórico, quer prático, estando o correspondente bem jurídico ainda de um modo geral bem menos protegido

total de estabelecimento pudesse vir a perturbar o abastecimento regular de medicamentos ao ponto de fazer perigar tal bem (HANS G. RUPP, *Objecto...*, cit., p. 388-389). Depositou o Tribunal, pois, a sua confiança mais nas virtualidades do sistema de mercado, como a melhor solução para a necessária adaptação da rede de distribuição de medicamentos às mudanças na densidade populacional, do que no sistema de transferência e criação de estabelecimentos farmacêuticos através do exercício do poder discricionário da Administração (S. ORTINO, *L'Esperienza...*, cit., p. 126-127).

O Tribunal ignorou, pura e simplesmente, os chamados “interesses da categoria”, não lhes fazendo sequer qualquer referência. Mas, mais do que isso, também não se impressionou particularmente com o alegado perigo de uma “concorrência desenfreada” afectar a moral da profissão, levando os farmacêuticos, ao debaterem-se com dificuldades financeiras, a iludir as normas de segurança prejudiciais à mesma venda: o mesmo perigo existiria para outras profissões, como a medicina (relativamente à prestação de serviços médicos), e nunca ninguém se lembrara de levantar tal obstáculo à liberdade de escolher essa profissão.

Dando ainda provas, para além do mais, de um apreciável bom senso, chamou o Tribunal a atenção para o facto do incumprimento das obrigações profissionais resultar mais do desejo de maiores ganhos (muitas vezes da parte de quem já muito ganha), do que propriamente da emergência de dificuldades financeiras.

E, enfim, lembrou ainda que para a protecção de tal interesse sempre poderia recorrer o legislador à via repressiva, prevendo a penalização do infractor (primeiro “degrau” — restrições ao exercício) ou a ainda prévia limitação do acesso à profissão da posse do requisito subjectivo da idoneidade moral (segundo “degrau” — pressupostos subjectivos — bastando assim para a salvaguarda de tal bem intervenções com um menor grau ingerência.

(174) Sobre direitos fundamentais em geral, ver LOUIS FAVOREU, em *La garantia constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, obra colectiva, dir. A. Lopez Pina, trad. P. López Pietsch, Madrid, 1991, p. 43-47, (*El legislador de los derechos fundamentales*) e p. 297-306 (*La jurisprudência constitucional de los derechos fundamentales*), MICHEL FROMONT, *idem*, p. 48-50 (*El legislador de los derechos fundamentales*) e p. 307-310 (*La jurisprudência constitucional de los derechos fundamentales*), CLAUDE-ALBERT COLLIARD, *Libertés publiques*, 5.^a ed., Paris, 1975; e PIERRE LIVET, *L'autorization administrative préalable et les libertés publiques*, Paris, 1974; sobre a liberdade de profissão, ver: JEAN RIVERO/JEAN SAVATIER, *Droit du travail*, Paris, 1975; GÉRARD LYON-CAEN, *Le droit du travail non salarié*, Paris, 1990; LISE CASAUX, *La pluriactivité ou l'exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles*, Paris, 1993; HERVÉ DETTON, *Droits individuels et organisation professionnelle*, ECDE, 1952.

do que nas outras ordens constitucionais. Todavia, e apesar de por isso mesmo não sofrer o nosso direito uma influência *directa* nesta matéria do direito público francês, a verdade é que se acaba por se constatar uma sua influência *indirecta* entre nós, por via dos autores italianos cujas concepções, mesmo à revelia da letra e do espírito da Constituição italiana de 1947, são ainda tributárias do modelo francês das “*libertés publiques*” (sobretudo, como já vimos, dos administrativistas que se dedicam *ex professo* ao tema das ordens profissionais e do acto de inscrição nas mesmas). O tema apresenta, pois, na nossa investigação, um interesse considerável, ainda que pela “negativa” — ou seja, na medida em que ajuda a esclarecer as diferenças entre os dois modelos em confronto nas quatro ordens constitucionais objecto da mesma investigação (e que são o alemão e o francês).

Diferentemente dos restantes sistemas constitucionais aqui analisados, em França, os direitos fundamentais de liberdade, ou, mais precisamente, as chamadas *liberdades públicas* ⁽¹⁷⁵⁾, não eram considerados, até há bem pouco tempo, como objecto de uma reserva de Constituição. Por motivos óbvios, mais do que em qualquer outro lado, na pátria da “Grande Revolução” perdurou a tradição liberal/continental oitocentista, que se expressa, cumulativamente, num princípio de suspeição face ao juiz (incluindo a[s] eventual[ais] jurisdição[ões] constitucional[ais]) e num voto permanente de confiança no legislador ⁽¹⁷⁶⁾.

A Constituição francesa de 1958 não fugiu à regra: segundo o entendimento dominante ao tempo da sua entrada em vigor, mais não veio, até, do que confirmar tal concepção, pelo papel diminuto a que o constituinte teria reduzido a lei, face à norma produzida pelo Executivo (regulamento) — parecendo ter aquela ficado quase exclusivamente confinada, precisamente, à missão de protecção das liberdades públicas ⁽¹⁷⁷⁾ ⁽¹⁷⁸⁾.

⁽¹⁷⁵⁾ Aliás, a própria expressão “liberdades públicas” apresenta o significado específico de áreas de livre actuação dos cidadãos face ao poder executivo cuja protecção é confiada, por definição, ao legislador (ver, neste sentido, LOUIS FAVOREU, *El legislador...*, cit., p. 43).

⁽¹⁷⁶⁾ Esta concepção foi desde logo firmada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: depois de afirmar, no seu art. 4, que “o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que não aqueles que assegurem aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos”, o mesmo artigo especifica ainda que “esses limites não podem ser determinados senão pela lei”.

⁽¹⁷⁷⁾ Segundo os termos do art. 36 CF, “a lei fixa as normas que regulam os direitos cívicos e as garantias fundamentais concedidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas”.

⁽¹⁷⁸⁾ Ver, nesta matéria, LOUIS FAVOREU, *El legislador...*, cit., p. 43 e 44, e MICHEL FROMONT, *El legislador...*, cit., p. 48 e 49.

Por outro lado, a Constituição francesa de 1958, tal como as suas antecedentes, a da III República, de 1875, e a da IV República, de 1946 (sendo, por sinal, a primeira e a segunda das citadas constituições francesas as que maior longevidade apresentam), não integrou directamente no seu articulado qualquer declaração ou elenco de direitos fundamentais, com todos os problemas advenientes de tal omissão: sobretudo na medida em que, diferentemente das actuais Constituições alemã, italiana, portuguesa e espanhola — onde “se integrou, enumerou e consagrou uma relação de direitos acompanhada de uma lógica” intrínseca de interpretação “derivada das próprias prescrições constitucionais, e portanto das indicações do constituinte acerca do tratamento específico que haveriam que receber estes direitos fundamentais” (179) — a Constituição francesa de 1958 não oferece qualquer apoio ou indicação nesta matéria (180).

Resta saber se essa circunstância, independentemente do grau de eficácia e de sofisticação dos mecanismos de fiscalização da constitucionalidade das leis, não implicou (e não implica) a redução ou a eliminação do valor jurídico-positivo das históricas declarações de direitos. Se para autores como LÉON DUGUIT estas apresentariam o valor de um texto de direito positivo, “e de um texto muito solene, superior a todos os outros”, para uma significativa corrente doutrinária (onde se destaca ESMEIN), as declarações de direitos seriam “o simples enunciado de princípios filosóficos e dogmáticos” perfeitamente distintos das “leis executórias”, na medida em que de outra forma não se justificaria a sua sobrevivência “à abrogação de uma constituição ou pura e simplesmente ao seu abandono por desuso” — significando precisamente tal permanência que elas constituem simples “máximas meta-jurídicas” (181).

Todavia, “se as declarações não têm um valor eterno e não sobrevivem necessariamente ao naufrágio do regime constitucional que acompanham, elas podem ser repostas em vigor e retomar uma força positiva por

(179) LOUIS FAVOREU, *La jurisprudência...*, cit., p. 297.

(180) Claro está que a Constituição de 1958 não deixou de consagrar algumas (poucas e dispersas) “garantias de direitos” (simples normas positivas integradas no texto constitucional “que organizam o livre exercício de um ou mais liberdades públicas” — C.-A. ALBERT COLLIARD, *Libertés...*, cit., p. 104); mas tais normas, sobretudo de carácter orgânico e processual, obviamente, não oferecem — nem pretendem oferecer — a completude, âmbito e alcance dos referidos elencos, só apresentando estes últimos analogias com as históricas “declarações de direitos” (onde aliás se inspiraram os respectivos constituintes).

(181) C.-A. COLLIARD, *Libertés...*, cit., p. 100-101.

via dos novos textos constitucionais”; ora, a Declaração de direitos de 1789, “completada e confirmada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946”, que proclama uma série de princípios enformadores do Estado Social de Direito (na expressão do constituinte, de “princípios políticos, económicos e sociais particularmente necessários ao nosso tempo”), vem invocada no preâmbulo da Constituição de 1958, afirmando linearmente o constituinte a “adesão” dos franceses àqueles textos ⁽¹⁸²⁾.

Tal invocação torna no mínimo defensável, no caso, uma interpretação da actual Constituição francesa no sentido da reposição em vigor daqueles elencos de direitos e princípios fundamentais, como a que fez o Conselho Constitucional (órgão encarregue da fiscalização da constitucionalidade das leis em França) nos anos setenta: com efeito, “mediante um ‘golpe de audácia’ ⁽¹⁸³⁾”, tais “veneráveis textos” foram por este órgão “incorporados no texto constitucional”, só então se iniciando “uma definição constitucional das liberdades” ⁽¹⁸⁴⁾.

Contudo, e num primeiro momento, apenas o direito ao trabalho parece integrar, como princípio geral, o conjunto constituído pela Declaração de direitos de 1789, “completada e confirmada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946” (nomeadamente, o preâmbulo da Constituição de 1946, que prescreve o direito de cada um “a obter um emprego”), a que o preâmbulo da Constituição de 1958 conferiu valor constitucional, como é hoje o entendimento dominante em França (e desde a referida decisão do Conselho Constitucional); e já não a liberdade de trabalho e a liberdade de empresa (ou de comércio e indústria), que se limitam a estar garantidas por um simples diploma legal, designadamente, pela lei de 2-17 de Março de 1791 (rezando o seu art. 7.º que “toda a pes-

⁽¹⁸²⁾ É o seguinte o texto do referido preâmbulo: “O Povo francês proclama solenemente a sua adesão aos Direitos do Homem e aos princípios da soberania nacional tal como foram definidos na Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946”.

⁽¹⁸³⁾ Esta expressão deve-se ao carácter controvertido da decisão; com efeito, foi contestada a legitimidade do Conselho Constitucional para tanto na medida em que este não terá atendido na sua interpretação ao elemento histórico — não oferecendo na verdade, os trabalhos preparatórios, dúvidas, quanto ao facto de os redactores da lei fundamental não terem tido a intenção de incorporar aqueles textos na Constituição. Claro está que o preâmbulo invoca e reafirma, inequivocamente, tais textos, mas nunca lhe fora (ao próprio preâmbulo) atribuída força normativa (ver, nesta matéria, LOUIS FAVOREU, *La jurisprudence...*, cit., p. 299).

⁽¹⁸⁴⁾ LOUIS FAVOREU, *El legislador...*, cit., p. 46.

soa será livre de fazer o negócio, ou de exercer a profissão, arte ou ofício que essa pessoa entenda por bom”).

É pacífico ser esta norma o único texto vigente ⁽¹⁸⁵⁾ que em França autoriza quer a liberdade de trabalho, quer a liberdade de empresa. Nela repousa, formalmente, o específico direito de “cada um a empreender o ofício da sua escolha como profissional independente, e temos então a liberdade do comércio, mas também a exercer não importa que profissão assalariada, e temos então a liberdade de trabalho”, comportando por sua vez esta última “a liberdade de trabalhar e a livre escolha do trabalho” (JEAN RIVERO/JEAN SAVATIER) ⁽¹⁸⁶⁾.

4.1.2. Uma questão prévia que se coloca nesta sede, é precisamente, a da identificação e autonomia das liberdades de trabalho, profissão e empresa (para além do problema da distinção entre o direito ao trabalho e a liberdade de trabalho, que não aprofundaremos aqui por já ter sido abordado com suficiente detença na análise da Constituição italiana ⁽¹⁸⁷⁾).

⁽¹⁸⁵⁾ Não descortinamos, contudo, o fundamento da afirmação de LISE CASAUX, de que “ao contrário (do direito ao trabalho), o princípio da liberdade de trabalho extraído da lei de 2-17 de Março de 1791 (art. 7.º), não foi jamais invocado num texto constitucional” (*La pluriactivité...*, cit., p. 73-74), mesmo tendo presente a distinção entre a liberdade de trabalho e a liberdade de comércio e indústria; pois para além, como vimos, da Declaração de direitos montanhesa, também a Constituição do Ano III (1795) não deixou de garantir, no seu art. 355, que não haveria mais “privilégio, nem mestria, nem ajuramentação, nem limitação à liberdade de comércio e ao exercício da indústria *e das artes de toda a espécie*; e a Constituição da II República (1848) garantiu igualmente “aos cidadãos a liberdade de *trabalho* e de indústria” (art. 13). O que se passa é que todos estes textos foram pura e simplesmente revogados pelas constituições que se lhes seguiram — e não mais repositos em vigor —, diferentemente daquela simples lei fiscal de 1791, cujo art. 7.º, pelo menos, ainda hoje se considera vigente.

⁽¹⁸⁶⁾ *Droit...*, cit., p. 369.

⁽¹⁸⁷⁾ Note-se que apesar da diversidade das fontes, e da clareza de cada um dos textos que suportam uma e outra liberdade, parte da doutrina francesa parece não se conseguir libertar da confusão entre a liberdade de trabalho (independentemente da questão da sua circunscrição ou não à liberdade contratual no âmbito do trabalho subordinado), como direito de liberdade, e o direito ao trabalho (como direito a que corresponde, da parte do Estado, uma obrigação de meios — e não de resultado — no domínio da política de emprego). Por exemplo, C.-A. COLLIARD, na sua sistematização das liberdades públicas, considera o direito ao trabalho uma das “liberdades do trabalho”, a par da liberdade de “escolha de emprego” e da liberdade sindical (*Les libertés...*, cit., p. 695 e segs.), cujo conjunto integraria, por sua vez, o das “liberdades e conteúdo económico e social” (que se contraporiam, ainda, às liberdades de “conteúdo pessoal” e de “conteúdo intelectual”);

Pese a estrutural unidade destas liberdades no texto em questão, os citados autores acolhem a opinião dominante na doutrina francesa, que parte da distinção entre, por um lado, uma liberdade de trabalho e, por outro, uma liberdade de comércio e indústria, inserindo, num segundo momento, nesta segunda liberdade, a liberdade de escolher e exercer qualquer profissão ou género de trabalho em regime independente (e aqui já à semelhança, como vimos, do que se passa no direito constitucional alemão). Não teríamos, pois, *uma liberdade* de trabalho e profissão, mas (duas) *liberdades* (uma de trabalho, e uma de profissão), diferentemente dos sistemas constitucionais já estudados, onde, como vimos, a doutrina tenta estabelecer uma separação, quando muito, entre uma liberdade de trabalho e profissão e uma liberdade de empresa (comércio e indústria).

G. LYON-CAEN precisa e aprofunda esta distinção, dizendo, por sua vez, que o princípio da liberdade de comércio e indústria, que rege o exercício das profissões independentes, é “rebaptizado algumas vezes como *liberdade profissional*, para ter em conta que não são unicamente as profissões comerciais e industriais que dele beneficiam” (mas também as profissões liberais) — constituindo, contudo, “num certo sentido, o *pendant* simétrico da liberdade de trabalho”. Partindo, pois, de uma separação de águas entre uma *liberdade de profissão* e uma *liberdade de trabalho*, o mesmo autor aprofunda a distinção: “as restrições à liberdade de trabalho sobre o fundamento da ordem pública dita de protecção, são numerosas e são a matéria prima da regulamentação do trabalho” (188); em contrapartida, regra geral, já não faria sentido existirem “restrições à liberdade profissional editadas no interesse do próprio trabalhador independente. Ela (liberdade profes-

JEAN ROCHE opera, também no conjunto das “liberdades do homem enquanto agente económico”, uma cisão entre a liberdade do comércio e da indústria e os direitos dos trabalhadores — não distinguindo, depois, na esfera destes, o direito ao trabalho da liberdade de trabalho (*Libertés publiques*, Paris, 1976, p. 94 e segs.); G. LYON-CAEN considera, significativamente, ser o direito ao trabalho “uma metáfora utilizada para lembrar que cada um em a faculdade de exercer a actividade profissional da sua escolha, sem que alguma interdição lhe possa ser oposta” (*Les sans emploi et la loi hier et aujourd’hui*, Paris, 1987, p. 205, citado por Lise Casaux, *La pluriactivité...*, cit., p. 78). Ora, como observa LISE CASAUX, tal modo de conceber o direito ao trabalho não deixa de “engendrar uma certa confusão com o princípio da liberdade de trabalho” (*La pluriactivité...*, cit., p. 78).

(188) Como seriam, entre outras, a “interdição de fazer trabalhar as crianças, a interdição de trabalhar no dia de repouso semanal ou durante as férias anuais, a interdição de fazer trabalhar as mulheres grávidas” (*Le droit...*, cit., p. 96).

sional) é geral e absoluta. Está no próprio fundamento da constituição económica da França” (189).

De qualquer modo, coloca-se nos mesmíssimos termos, relativamente a uma e outra liberdade, a controvérsia quanto ao respectivo valor jurídico, face ao desfasamento existente entre a importância da ideia, na chamada constituição social, e o carácter de simples diploma legal do texto que a suporta (190). Como sintetiza LISE-CASAU, “entre o valor legislativo ordinário e a promoção à categoria de norma constitucional, existe uma distância que nem todos os autores quiseram transpor”: enquanto que “para a maior parte, a liberdade de trabalho faz parte integrante da legalidade constitucional, para outros ela constitui simplesmente um princípio geral de direito” (191).

Assim, para P. LAVIGNE o seu valor “geral e absoluto” explica-se por constituir o art. 7 da Lei de 2-17 de Março de 1791 “um texto fundamental da constituição social” (192); E. SCHAEFFER baseia-se, por sua vez, na *necessidade* de tal qualificação (sendo a actividade profissional “normalmente o ganha-pão do indivíduo, leia-se da célula familiar, o direito de exercer uma tal actividade deve ser considerado como uma indispensável liberdade pública, mesmo se nem a Constituição nem o seu preâmbulo a previram expressamente” (193)); enfim, na senda dos critérios enunciados pelo Conselho Constitucional a propósito de outras liberdades públicas, como a liberdade de associação, também assentes em meros textos legais, outros autores, como A. JAMMEAUD (194), conferem-lhe ainda esse valor, na medida em que a consideram um princípio igualmente merecedor de ser classificado ao nível dos chamados “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República” (195).

(189) G. LYON-CAEN, *ibidem*.

(190) Neste sentido, ver LISE CASEAUX, *La pluriactivité...*, cit., p. 74.

(191) LISE CASAU, *ibidem*; note-se que diferentemente da doutrina dominante, este autor parece pressupor a existência de uma única liberdade (de trabalho e profissão).

(192) Em *Le travail dans les Constitutions françaises 1789-1945*, Paris, 1946, p. 93, citado por L. Caseaux, *La pluriactivité...*, cit., p. 74.

(193) Em *Les principes dans le droit français du travail, Droit Social*, 1982, p. 628, citado por L. Caseaux, *La pluriactivité...*, cit., p. 74.

(194) Em *Professions, Dalloz Rép. Trav.*, n. 58 e 59, citado por L. Caseaux, *La pluriactivité...*, cit., p. 74.

(195) LISE CASEAUX cita, como autores que integram a corrente minoritária (que consideram as liberdades de trabalho e de empresa como meros princípios gerais de direito), M. GUBAL (em *Commerce et industrie, Dalloz Rép. Com.*, 1988, n. 22 e segs.), F. LUCHEIRE/

4.2. A VULNERABILIDADE DA LIBERDADE DE TRABALHO E PROFISSÃO, COMO SIMPLES PRINCÍPIO GERAL DE DIREITO, FACE AO LEGISLADOR

4.2.1. Como vimos, a partir dos anos setenta o Conselho Constitucional provocou uma verdadeira revolução nas mentalidades ⁽¹⁹⁶⁾, ao inaugurar uma protecção constitucional das liberdades face ao próprio legislador, através do controlo de um Juiz constitucional (um juiz que adopta a lei fundamental, e já não a lei ordinária, como norma de referência dos direitos fundamentais) — tendo aquele órgão de guarda da Constituição considerado, numa sentença pretoriana, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como os princípios consignados no preâmbulo da Constituição de 1946, integravam o bloco de constitucionalidade.

Mas não só: na mesma célebre decisão (n.º 71-44 DC, de 16 de Julho de 1971), considerou o Conselho Constitucional que para além dessa Declaração de direitos, e dos princípios expressa e directamente previstos no preâmbulo da Constituição de 1946 (como o direito ao trabalho, a que já fizemos referência), integravam ainda o referido bloco de constitucionalidade, por efeito de uma dupla remissão, “os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República” invocados no mesmo preâmbulo ⁽¹⁹⁷⁾. Aliás, estava em questão na referida decisão, precisamente, uma lei que contrariava a liberdade de associação — outra liberdade, como as de trabalho e profissão, suportada apenas por um diploma

/G. CONAC, La Constitution de la Republique française, Analyses et commentaires, 1987, p. 99, e, enfim, G. LYON-CAEN, em Les principes généraux du droit du travail, p. 41, Tendances du droit du travail contemporain, Etudes offertes à G.H. Camerlinck; contudo, parece ter este último autor mudado de posição nesta matéria, na medida em que na sua obra mais recente atribui expressamente à liberdade de profissão um “valor constitucional” (Le droit..., cit., p. 96-97).

⁽¹⁹⁶⁾ Note-se que esta expressão de L. FAVOREU (em *El legislador...*, cit., p. 43) não peca por exagero: ainda não há muito tempo um autor representativo como C.-A. COLLARD afirmava, na questão “de saber se esse princípio (liberdade de comércio e indústria) tem um valor constitucional ou um simples valor legislativo”, ser “o interesse do problema muito menos importante do que por vezes se pretendeu, sobre o plano prático pelo menos, pois que nos dois casos o princípio, quer ele tenha valor constitucional ou valor legislativo, se impõe ao poder regulamentar” (*Libertés...*, cit., p. 767).

⁽¹⁹⁷⁾ Reza o dito preâmbulo que o povo francês “proclama de novo solenemente os Direitos e Liberdades do Homem e do Cidadão consagrados por (pel)...os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”.

legal, designadamente, pela lei francesa da liberdade de associação, de 1 de Julho de 1901 — tendo o Conselho considerado que as principais normas contidas nesta lei “tinham valor de norma constitucional, e que estava vedado ao Legislador da V República questionar esta conquista republicana” (198).

Evidentemente, esta última e genérica categoria de “princípios fundamentais” levanta problemas delicados; como observa MICHEL FROMONT (199), se se percebe que o constituinte de 1946 se quis referir às “grandes leis liberais”, acaba por não ser fácil determinar com exactidão o que se entende por “lei da República”. Pela negativa, o Conselho já considerou, por exemplo, estarem excluídas do conceito as leis da IV República, tendo aceitado recorrer, neste caso, e para chegar a tal conclusão, à interpretação subjectivista (na análise do preâmbulo da Constituição de 1958).

Ora, como vimos, a maioria dos autores não hesita em qualificar a lei de 4-17 de Março de 1791 como “lei da República”, e portanto a(s) liberdade(s) de trabalho e profissão (e a liberdade de empresa) como (um) princípio(s) fundamental(ais) reconhecido(s) por essa lei — cujo art. 7.º integra, dessa forma, o bloco de constitucionalidade, impondo-se assim não só ao poder executivo, mas também e ainda ao legislativo.

Mas tal qualidade não deixa de ser contraditada pelos “numerosos limites sofridos pela liberdade de trabalho desde que ela foi proclamada”, pois, como nota ainda LISE CASAUX, a verdade é que “o legislador, pelas diversas derrogações que admite” a esse princípio, “deixa por isso supor que o entende como um princípio geral de direito e não como uma liberdade pública” (200); por sua vez, C.-A. COLLIARD conclui pela mesma razão que o princípio da liberdade de comércio e indústria parece não subsistir “senão na medida em que o legislador o mantém” (201).

(198) MICHEL FROMONT, *El legislador...*, cit., p. 49-50.

(199) *Ibidem*.

(200) *La pluriactivité...*, cit., p. 75.

(201) O mesmo autor, que não deixa de lembrar que o mesmo art. 7 da lei 4-17 de Março de 1791 sujeita o princípio à reserva “de se conformar com os regulamentos de polícia que são ou podem ser tomados (e que tais “limitação que procedem do poder de polícia se ajustam evidentemente às restrições que a lei traz a essa particular liberdade”), fala ainda na conjugação “de um princípio liberal e de um princípio dirigista, um ou outro dominando certas actividades, certas profissões segundo a escolha do legislador”, concluindo que vigora, “de qualquer modo, um sistema de indiferença admitindo a ‘plasticidade legislativa’” (*Libertés...*, cit., p. 768).

4.2.2. Com efeito, dos quatro tipos possíveis de restrições às liberdades públicas, segundo a classificação dos autores franceses (por ordem decrescente de intervenção administrativa, a interdição, a autorização prévia, a declaração e a possibilidade de uma sanção repressiva — consubstanciando a segunda o regime preventivo, a última o regime repressivo e a terceira uma figura mista), o legislador tem sujeitado a liberdade de trabalho e profissão, por princípio, ao regime mais limitativo das liberdades (para além, naturalmente, do da pura e simples interdição), ou seja, ao sistema da autorização prévia ⁽²⁰²⁾.

Na medida em que “as licenças não são mais do que derrogações particulares a regimes especiais de proibição ou de limitação”, todas as intervenções legislativas que suportam tais regimes constituem, pois, “atendidos à liberdade à liberdade do comércio e da indústria afirmada pelas leis de 2-17 de Março de 1791” ⁽²⁰³⁾. Claro está que o grau de compressão das liberdades, neste sistema, diminuirá consideravelmente se a “autorização prévia da administração deva ser dada desde que o interessado preencha certas condições” ⁽²⁰⁴⁾ (ou seja, se a competência for vinculada, como é o caso da exigência de superação de uma prova de carácter técnico, como, por exemplo, o exame de condução). Mas acontece que “logo que se intente medir a extensão desse poder”, se torna forçosa a constatação de que sempre “a administração conserva, no exame dos pedidos, uma certa liberdade de apreciação”, comportando, pois a decisão atributiva “uma margem de poder discricionário” ⁽²⁰⁵⁾.

Para além disso, as múltiplas medidas preventivas que se subsumem à figura da autorização prévia (a licença, o *agrément*, a carta profissional,

⁽²⁰²⁾ Nas palavras de JEAN RIVERO, “sobre todas as suas formas, em todas as suas encarnações, a autorização prévia é a *bête noir* dos liberais, pois, se ela deixa ao cidadão a liberdade do projecto, ela confisca em proveito da autoridade administrativa a verdadeira liberdade, a da decisão que permite passar do projecto ao acto. No limite, ele vai contra ao princípio fundamental de toda a cidade livre, que quer que tudo o que não seja interdito seja lícito: no regime da autorização prévia, é interdito tudo o que não seja objecto de uma permissão formal” (em prefácio à obra de PIERRE LIVET, *L'autorization...*, cit., p. 1); ver, ainda, nesta matéria, C.-A. COLLIARD, *Libertés...*, p. 110-115.

⁽²⁰³⁾ P. LIGNEAU, *Un instrument...*, cit., p. 68.

⁽²⁰⁴⁾ C.-A. COLLIARD, *Libertés...*, p. 112.

⁽²⁰⁵⁾ P. LIGNEAU, *Un instrument...*, cit., p. 71. Como nota P. LIVET, é normal que, por definição, a administração “disponha em espécie de um certo poder de apreciação; mal se compreenderia, com efeito, que a sua competência fosse sempre vinculada, pois isso seria a própria negação do sistema” (*L'autorization...*, cit., p. 17).

a inscrição sobre uma lista especial, etc.), mas sobretudo a licença (definível como uma autorização administrativa indispensável “ao exercício de comércios ou actividades profissionais cuja qualidade, número e desenvolvimento o Estado entenda desse modo controlar”⁽²⁰⁶⁾), sofreram uma tal expansão (num movimento de intervenção do Estado nas actividades económicas iniciado nos anos 30, e que desde então não parou de crescer)⁽²⁰⁷⁾, que não poucos autores — como é o caso, entre outros, de P. LIGNEAU — se questionam sobre “sobre o (triste) destino” que desde há várias décadas “conhece a liberdade profissional em França”⁽²⁰⁸⁾.

De facto, como sublinha PIERRE LIVET, a mais nítida intervenção nas liberdades públicas é “sem contestação a que se tende a praticar cada vez mais no domínio do comércio e da indústria. Isto deu origem a que se pensasse — mal, ao que parece — que uma ordem pública muito particular teria nascido, de natureza estritamente económica, na qual a liberdade do comércio e da indústria não teria mais, enquanto princípio, que um lugar extremamente limitado”⁽²⁰⁹⁾. Ora, a verdade é que, nota ainda MÉGRET, “há poucos domínios onde a intervenção do Estado introduza um risco, uma potencialidade de arbitrariedade maior do que no sector económico”⁽²¹⁰⁾. Por sua vez, DE SOTO fala, mesmo, num verdadeiro esvaziamento de conteúdo do princípio da liberdade de comércio e indústria⁽²¹¹⁾.

São de vária ordem os específicos motivos dessas “polícias especiais”: constituindo as licenças, sobretudo, instrumentos de orientação da vida económica, não deixam de abundar, também, nos regimes preventivos,

⁽²⁰⁶⁾ Entram no conceito, desde logo, “certas licenças que têm por objecto limitar o acesso à profissão: é notoriamente o caso do fabrico de material de guerra, das agências de viagens, dos estabelecimentos farmacêuticos, das empresas de espectáculos, das profissões auxiliares do transporte terrestre” (P. LIGNEAU, *Un instrument...*, cit., p. 67); mas também e ainda de numerosas outras profissões comerciais e industriais, como os transportes, bancos, seguradoras, imprensa, construção civil, etc.

⁽²⁰⁷⁾ Como sublinha G. LYON-CAEN, são, na verdade, cada vez mais as profissões “que escapam à liberdade económica”; dá-nos este autor (em 1991) notícia da “última a chegar à lista: o ensino da dança (lei de 10 de Julho de 1989), onde — comenta com justeza o mesmo autor — se vê mal o interesse que possa haver em subtraí-la à livre concorrência” (*Le droit...*, cit., p. 99-100).

⁽²⁰⁸⁾ *Un instrument...*, cit., p. 68.

⁽²⁰⁹⁾ P. LIVET, *L'autorization...*, cit. p. 50.

⁽²¹⁰⁾ *Le contrôle par le juge administratif de l'intervention économique de l'Etat*, E.D.C.E., 1971, p. 119, citado por P. Livet, *L'autorization...*, cit., p. 50.

⁽²¹¹⁾ Em *Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique*, E.C.D.C., 1952, p. 65 (referência de P. LIVET, *L'autorization...*, cit., p. 50).

motivos ligados à manutenção da ordem pública: “motivos morais e estéticos nas licenças exigidas aos artistas e às empresas de espectáculos que visam dar ao público a garantia da qualidade dos espectáculos, motivos de comodidade para os utentes na implantação racional dos estabelecimentos farmacêuticos ou a coordenação dos meios de transporte...” (212).

Importa ainda nesta matéria ver até que ponto podem ir as restrições legalmente previstas. Ora, verifica-se uma enorme latitude, em termos de profundidade das restrições, no ordenamento jurídico francês; no acesso às profissões auxiliares do transporte, por exemplo (e pese a excepcionalidade de tal regime), a administração goza da mais ampla discricionariedade, dispondo a lei que o respectivo ministro pode conceder novas autorizações “se as *necessidades* da economia o *justificarem*”.

Mas o fundamento mais comum (cuja constitucionalidade parece não ser, de um modo geral, frontalmente questionada) é o que decorre do princípio da contigitação da oferta profissional em certas actividades: quer através do clássico sistema de *numerus clausus*, quer através de um poder de verificação, no sentido de se averiguar, caso a caso, se “as necessidades estão satisfeitas pelos profissionais já instalados”, e se, portanto “o interesse geral está suficientemente realizado pelas reservas existentes” — devendo os poderes públicos, se entenderem tais necessidades já satisfeitas, “renunciar a modificar a situação” (213). Nas profissões “regulamentadas” ou de “título protegido”, “em definitivo, a ideia de base é a ideia de protecção, que pode ir até ao monopólio. Lá onde exista monopólio, reforçado de uma patrimonialidade do cargo e de um *numerus clausus* (*officiers ministériels*), a protecção é máxima” (G. LYON-CAEN (214)).

Claro está que, como observa G. RIPERT, a propósito das restrições a certas actividades comerciais, o “limitar o número de comerciantes, é reduzir a concorrência, é fornecer a cada retalhista uma clientela assegurada”; conclui o mesmo autor ser “uma lei fatal” o tornar-se toda a limitação profissional “uma vantagem dos possidentes” (215). Independentemente dos supracitados fins consignados na lei, cada vez mais se sente a presença interessada da “profissão organizada” (216). Desde logo, porque esta não hesita,

(212) P. LIGNEAU, *Un instrument...*, cit., p. 69.

(213) P. LIGNEAU, *Un instrument...*, cit., p. 76).

(214) *Le droit...*, cit., p. 98.

(215) *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1951, p. 194, citado por P. Ligneau, *Un instrument...*, cit., p. 70).

(216) P. LIGNEAU, *Un instrument...*, cit., p. 70.

é claro, “em intervir ela própria na instância em toda a medida em que estime dever zelar pelo respeito por um ‘estatuto’” (217). Mas ela compreendeu que tinha muito mais a fazer. A limitação significa para ela a melhor das protecções” (218). Nas sugestivas palavras de ANDRÉ HEILBRONNER, “desde que as fronteiras estejam traçadas, elas tornam-se instrumento de defesa”: “cada profissão quer ter as suas reservas de caça e não admite senão o menor possível de participantes” (219), chegando-se a falar em “neo-corporativismo” (220).

Enfim, dado o controlo meramente preventivo a que está circunscrito o Conselho Constitucional, só o próprio legislador poderá alterar os regimes legais já vigentes (o que não se afigura provável, pese a sua missão de guardião das liberdades públicas). E mesmo quanto a uma possível inversão das assinaladas tendências restritivas e corporativistas das intervenções legislativas por interferência daquele Conselho, ela não se dará certamente tão cedo. Na verdade, depois da arrojada jurisprudência produzida ao longo década de setenta (em que este órgão chegou a ser acusado de ter ultrapassado os poderes meramente interpretativos que lhe competem, enveredando por uma actividade de verdadeira criação normativa), o Tribunal, nos anos 80, resolveu, por prudência, arrepiar caminho, sacrificando, precisamente, as franjas do chamado “bloco de constitucionalidade” — isto é, pela substancial redução do recurso aos ditos “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República” (221).

CAPÍTULO V

NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978 (222)

5.1. NOÇÕES GERAIS

5.1.1. Na actual lei fundamental de Espanha, a liberdade de profissão está consagrada nos seguintes termos: “Todos os espanhóis têm o

(217) P. LIGNEAU, *ibidem*.

(218) P. LIGNEAU, *ibidem*.

(219) A. HEILBRONNER, *Le pouvoir professionnel*, EDCE, 1952, p. 36.

(220) J. MEYNAUD, *Les groupes de pression en France*, em *Cahiers de la Fondation Natinale des Sciences Politiques*, n. 95, p. 271 e segs., citado por P. Ligneau, *Un instrument...*, cit., p. 67.

(221) Nesta matéria, ver LOUIS FAVOREU, *La jurisprudencia...*, cit., p. 301-302.

(222) Nesta matéria, ver LUCIANO PAREJO ALFONSO, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*, REDC, n. 3, 1981, p. 169 e segs;

dever de trabalhar e o direito ao trabalho, *à livre escolha de profissão ou ofício*, à promoção através do trabalho e a uma remuneração suficiente para satisfazer as suas necessidades, as da sua família, sem que em algum caso possa fazer-se discriminação em razão do sexo; 2. A lei regulará um estatuto dos trabalhadores.” (art. 36, n.º 1).

Esta norma integra o capítulo dedicado pela Constituição aos direitos fundamentais em geral (cap. II — “Direitos e liberdades”); contudo, dentro deste, não emparelha com os direitos fundamentais de liberdade, previstos numa 1.ª secção (“Dos direitos fundamentais e das liberdades públicas”), situando-se antes na outra secção que completa o mesmo capítulo, a que o constituinte deu a designação de “Dos direitos e deveres dos cidadãos”. Tal arrumação corresponde à empreendida originariamente pelo constituinte da nossa actual lei fundamental (e que poderá ter influenciado inclusive o constituinte espanhol de 1978), bem como, de certo modo, à da Constituição italiana (223).

Com isto subtraiu o constituinte a liberdade de trabalho e profissão do catálogo das clássicas liberdades públicas, emparelhando-a com os outros direitos e liberdades económicas (designadamente, com direito ao trabalho, com o direito de propriedade e com a liberdade de empresa), tendo-os inserido a todos, por sua vez, num conjunto de direitos (*e deveres*) fun-

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, *Reflexiones sobre la libertad profesional*, RAP, n. 100-102, 1983; LEOPOLDO TOLIVAR ALAS, *La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio*, em *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II (*De los derechos fundamentales*), Madrid, 1991; SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, LUCIANO PAREJO ALFONSO, ELOY RUILOBA, *La libertad de ejercicio de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados*, Madrid, 1983; JOSÉ LUIS VILLAR PALASI, e JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA, *La libertad constitucional del ejercicio profesional*, em *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II (*De los derechos fundamentales*), Madrid, 1991; FERNANDO SAINZ MORENO, *Comentario al artículo 36.º*, em *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, dir. de Oscar Alzaga, tomo III, Madrid, 1983; GASPARE ARIÑO ORTIZ, e JOSÉ MARIA SOUVIRON MORENILLA, *Constitución y colegios profesionales*, Madrid, 1984; JOAQUIN GARCIA MURCIA, *Derecho de sindicacion y colegios profesionales en la jurisprudencia constitucional*, REDA, n. 31, 1991; ANTONIO FANLO LORAS, *El debate sobre colegios profesionales y camaras oficiales*, Madrid, 1992.

(223) Recorde-se, contudo, que na Constituição italiana, apesar de umbilicalmente ligada ao direito ao trabalho (o que como vimos dificultou inclusive a sua autonomia conceptual), a liberdade trabalho (e profissão) não está consagrada em qualquer dos dois títulos dedicados aos direitos fundamentais de liberdade (tít. I — *Relações civis* e tít. II — *Relações ético-sociais*), mas no próprio pórtico da Constituição.

damentais (normalmente apelidados de “económicos, sociais e culturais, como é o caso da Constituição portuguesa) que gozam de menos protecções — não lhes tendo sido estendido, no caso, o “recurso de amparo” para o Tribunal Constitucional previsto no art. 53, n.º 2, CE para os “direitos fundamentais e liberdades públicas” (1.ª secção), nem a protecção formal/orgânica da reserva absoluta do parlamento prevista no art. 81, n.º 1, CE (não sendo, contudo, pacífica esta última asserção, como se verá adiante). Como diz TOLIVAR ALAS ⁽²²⁴⁾, a separação da liberdade profissional relativamente à liberdade de empresa em tais termos acaba por ser por isso muito relativa, tendo inclusive o Tribunal Constitucional retirado desse facto determinadas ilações (designadamente, na sua sentença de 24-7-84, sobre os estabelecimentos farmacêuticos, cuja doutrina já foi posteriormente reiterada, e a que se fará referência adiante).

Diga-se, porém, que o texto da Constituição espanhola de 1978 é menos impreciso do que, por exemplo, o da Constituição italiana: nele se consagra, explicitamente, um direito “à livre escolha de profissão ou ofício”. Mas o constituinte não deixou de o conectar intimamente com o direito ao trabalho, o que certamente contribuiu para que a doutrina deste país continue relutante em aceitar e aprofundar a distinção entre um e outro direito. A este propósito, TOLIVAR ALAS, comentando a escassez de estudos em Espanha sobre a liberdade de profissão, aponta o exemplo de um determinado autor, em comentário a este artigo, que “realiza um amplo e interessante estudo do direito ao trabalho, mas não se detém no direito à escolha de profissão” — considerando ainda paradoxal o facto “de um país com mais de um século de tradição constitucional na matéria” só agora começar a reparar — “por mimetismo com a doutrina germânica — em tão sugestivo tema” ⁽²²⁵⁾.

5.1.2. Pesem as referidas e específicas similitudes do texto constitucional ora analisado relativamente às constituições portuguesa e italiana, a mais forte influência sofrida pelo constituinte espanhol de 1978 em matéria de direitos fundamentais (como, de resto, também pelo constituinte português de 1976), foi, sem dúvida, a da Lei Fundamental alemã. Também a Constituição espanhola erigiu o sistema de “blindagem” dos direitos fundamentais primeiramente inaugurado pelo constituinte alemão de 1949,

⁽²²⁴⁾ *La configuracion...*, cit., p. 1345.

⁽²²⁵⁾ *La configuracion...*, cit., p. 1340.

nomeadamente: a vinculação de “todos os poderes públicos”, a reserva de lei e o respeito pelo “conteúdo essencial” (art. 53, n.º 1, CE). Mas não só: diferentemente da lei fundamental portuguesa, adoptou ainda o mecanismo germânico de acesso directo dos cidadãos ao Tribunal Constitucional (recurso de amparo), ainda que circunscrito, como vimos, à “tutela das liberdades e direitos reconhecidos no art. 14 CE (princípio da igualdade) e na Secção I (“direitos fundamentais e liberdades públicas”) do cap. II (“Direitos e liberdades”).

Em termos de direito comparado, consideram os autores espanhóis como imediato antecedente do art. 35 CE, 2.º inciso CE o art. 12, n.º 1, da Lei Fundamental Alemã ⁽²²⁶⁾. Assim, à semelhança do entendimento dominante no direito alemão, para FERNANDO SAINZ MORENO, o art. 35, n.º 1, 2.º inciso CE não se refere apenas “a determinados tipos de profissões configuradas pela lei ou pelos usos, mas a qualquer actividade lícita e duradoura que uma pessoa elege como actividade própria, quer constitua o seu modo de vida, quer seja apenas expressão da sua personalidade” ⁽²²⁷⁾ — não impedindo esta posição o mesmo autor de perfilhar inequivocamente, como veremos, a construção da “imagem de profissão”.

Não deixa contudo de ser assinalada a conexão existente naquela Constituição entre a liberdade de profissão e a liberdade de empresa, que faz com que o seu art. 12, n.º 1, inclua “a actividade económica livre ou em concorrência” ⁽²²⁸⁾, diferentemente do que acontece na Constituição espanhola, onde, como vimos, a liberdade de empresa está consagrada noutro preceito do mesmo título e secção — art. 38 CE.

A doutrina espanhola acolhe ainda, como a italiana e a alemã, o entendimento de que “a liberdade de profissão e ofício é um dos meios concretos através dos quais a Constituição trata de obter o livre desenvolvimento da personalidade individual”, constituindo “o interesse protegido pela liberdade profissional o interesse dos cidadãos em desenvolver

⁽²²⁶⁾ Está todavia bem mais próximo do conteúdo do preceito, e da sua inserção sistemática, o preceito homólogo da Constituição portuguesa de 1976, sobretudo na sua redacção originária. Mas a verdade é que também este, por sua vez, foi directa e fortemente influenciado pela Lei Fundamental Alemã.

⁽²²⁷⁾ *Comentario...*, cit., loc. cit.

⁽²²⁸⁾ SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, LUCIANO PAREJO ALFONSO, ELOY RUILOBA, *La libertad...*, cit., p. 116-117.

as suas capacidades, aplicar as suas aptidões e enriquecer em suma a sua personalidade através do trabalho” (229); e assinala que para além do “livre desenvolvimento da personalidade” (art. 10 CE, “que, pela sua inserção sistemática, projecta a sua eficácia sobre a totalidade do Título I da Constituição”), a liberdade profissional aparece ligada a outros valores fundamentais, como “a liberdade de empresa no marco da economia de mercado (art. 38 CE), o dever e o direito ao trabalho (art. 35, n.º 1, CE), etc.” (230). Como sublinham ainda S. MUÑOZ MACHADO/L. PAREJO ALFONSO/ELOY RUILOBA, “constituem estes valores constitucionais um ponto de referência para justificar as regulações do exercício profissional, mas não permitem que este direito seja esbatido, sem embargo de servirem para desenhar o que, em todo o caso, são conteúdos mínimos do mesmo” (231).

Também no direito espanhol, “se pode distinguir, e inclusive com mais razão de causa, entre a liberdade de escolha da profissão (recolhida e prevista no art. 35, n.º 1, CE) e o exercício da mesma”, previsto “no art. 36 CE” (“A lei regulará [...] o exercício das profissões tituladas”), não admitindo “aquele aspecto prévio da actividade profissional (liberdade de escolha) praticamente restrições que não derivem das puras disponibilidades de lugares nos estabelecimentos de ensino” (232).

Enfim, e quanto ao exercício da profissão, não se pode deixar de fazer já referência a uma originalidade desta Constituição: é que ela prevê explicitamente, e no lugar certo — na parte dogmática, imediatamente a seguir, aliás, ao artigo consagrador da liberdade de profissão — a existência das ordens profissionais; com efeito, reza o art. 36 CE: “A lei regulará as peculiaridades próprias do regime jurídico dos Colégios Profissionais e o exercício das profissões tituladas. A estrutura interna e o funcionamento dos Colégios deverão ser democráticos”. Ainda ligado a este artigo, e designadamente às “profissões tituladas”, convirá mencionar também o art. 149, n.º 1, 30, que atribui ao Estado como competência exclusiva “a regulação das condições de obtenção, expedição e homologação de títulos académicos e profissionais”.

(229) FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, *Reflexiones...*, cit., p. 662.

(230) S. MUÑOZ MACHADO/L. PAREJO ALFONSO/ELOY RUILOBA, *La libertad...*, cit., p. 122.

(231) *La libertad...*, p. 122.

(232) *La libertad...*, p. 120-121.

5.2. O CONTEÚDO ESSENCIAL DA LIBERDADE DE PROFISSÃO: A “IMAGEM DE PROFISSÃO”

5.2.1. Como vimos, também o Constituinte espanhol consagrou “uma proibição absoluta do legislador ordinário de qualquer afectação do conteúdo essencial (*Wesensgehalt*)”⁽²³³⁾ dos direitos fundamentais. Nas palavras de LUCIANO PAREJO ALFONSO, tal garantia oferece “tanto um aspecto negativo de proibição ou limitação ao legislador ordinário quanto positivo, de afirmação de uma substância imediatamente constitucional nos ditos direitos; aspectos que se reconduzem à fixação no máximo nível normativo de uma ordem material de valores onde se expressam os mais importantes de entre todos os que enformam a totalidade do ordenamento jurídico, e que constitui o próprio suporte da decisão constituinte entendida como um todo”⁽²³⁴⁾.

O Tribunal Constitucional Espanhol, na sua sentença de 8-4-81, entendeu existirem duas vias para se poder chegar à noção do que seja o “núcleo essencial” de um direito. A primeira via seria a de “tratar de acudir ao que se costuma chamar a *natureza jurídica* ou o modo de conceber ou configurar cada direito”, estabelecendo a ligação entre a linguagem da norma e a chamada “metalinguagem”, isto é, “as ideias gerais e convicções geralmente admitidas entre os juristas”, na medida em que “o tipo abstracto do direito é conceptualmente preexistente ao momento legislativo”. Nesse sentido, pode-se falar da sua “recognoscibilidade na legislação concreta” — que no caso, claro está, é a própria Constituição, e o momento o da sua feitura. Posto isso, para o mesmo Tribunal “constituem o conteúdo essencial de um direito subjectivo aquelas faculdades ou possibilidades de actuação necessárias para que o direito seja cognoscível como pertinente ao tipo descrito e sem as quais deixa de pertencer a esse tipo e tem que passar a ficar compreendido em outro, desnaturalizando-se, por assim dizer”.

E a segunda via consistiria na identificação dos interesses juridicamente protegidos como “núcleo e medula” do direito; assim, “rebaixa-se ou desconhece-se o conteúdo essencial quando o direito fica submetido a limitações que o tornam impraticável, o dificultam além do razoável ou o despojam da necessária protecção”. As duas vias não seriam alternativas mas complementares, quando se tivesse que averiguar o concreto conteúdo de cada direito.

⁽²³³⁾ LUCIANO PAREJO ALFONSO, *El contenido...*, cit., p. 170

⁽²³⁴⁾ *El contenido...*, cit. p. 170.

Também relativamente aos critérios de delimitação do “conteúdo essencial” de um direito fundamental o TCE seguiu, pois, as pisadas do seu homólogo germânico, nomeadamente, ao qualificar o “carácter absoluto do conteúdo essencial, mas dentro de cada direito fundamental”, isto é, ao afirmar a existência de “um limite definitório da substância nuclear (dos direitos fundamentais) que em nenhum caso pode ser ultrapassado, se bem que esse limite seja distinto para cada direito e tenha que ser determinado em concreto” (235).

5.2.2. De entre as escassas reflexões dedicadas ao tema, pode-se inferir contudo que a doutrina espanhola tende a aceitar, também, por sua vez, a construção germânica da “imagem de profissão”, isto é, da teoria do “conteúdo essencial” aplicada, especificamente, à liberdade de profissão.

Assim, afirmam S. MUÑOZ MACHADO/L. PAREJO ALFONSO/E. RUYLOBA SANTANA (naquele que é de longe o mais completo estudo sobre a matéria), que “cada profissão tem uma imagem que o legislador está obrigado a respeitar. Ligando esta ideia com a do conteúdo essencial pode dizer-se que este impõe ao legislador o respeito por aqueles elementos, competências, funções e tipos de desenvolvimento social de uma profissão sem os quais” esta “não seria reconhecível como tal” (236). Também FERNANDO SAINZ MORENO se pronuncia no mesmo sentido: “a Constituição garante a existência das profissões ‘típicas’, formadas pela tradição e reconhecidas pela legislação vigente no momento de entrada em vigor da Constituição” frente ao legislador; “é à realidade social a que esta (a Constituição) se refere quando fala em ‘as profissões’”, não se reduzindo tal expressão a fazer referência “a uma noção abstracta, mas também às realidades que a sustentam, isto é às profissões já formadas e consolidadas na sociedade”, tendo o legislador “o poder de regular o seu exercício, mas não o de alterar ou destruir a sua essência profissional e tradicional” (237).

Todavia, e a este respeito, o Tribunal Constitucional Espanhol, ao “não querer mergulhar na expressão ‘profissão ou ofício’ que o constituinte não incluiu gratuitamente” (238), acabou por se recusar a retirar as devidas ilações da primeira das vias por ele próprio apontadas, na citada

(235) LUCIANO PAREJO ALFONSO, *El contenido...*, cit., p. 186.

(236) *La libertad...*, cit., p. 128.

(237) *Comentario al artículo 36.º*, em *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, dir. de Oscar Alzaga, t. III, Madrid, 1983.

(238) L. TOLIVAR ALAS, *La configuración...*, cit., p. 1352-1353.

sentença de 8-4-81, para a identificação e delimitação do núcleo essencial de um direito, isto é, da via do “conceito metajurídico” ou “direito pré-existente”. Partindo de um deficiente entendimento da distinção entre “escolha” e “exercício” de uma profissão, viria a afirmar, na sua sentença de 24-7-84, ser “evidente (...) *que não há um conteúdo essencial constitucionalmente garantido de cada profissão, ofício ou actividade empresarial concreta*”, traduzindo-se o direito constitucionalmente garantido no art. 35, n.º 1, CE “não no direito a desenvolver qualquer actividade, mas no de escolher livremente profissão ou ofício”.

Foi esta sentença suscitada pela arguição de inconstitucionalidade de uma lei equivalente à lei bávara das farmácias que na Alemanha deu origem, como vimos, à tão falada Sentença das Farmácias (*ApothekenUrteil*). Concretamente, foi objecto de impugnação uma norma da Lei de Bases da Saúde Nacional de 1944 que limitava (e limita) o número de farmácias no território nacional (estabelecendo os requisitos exigidos para os locais onde se pretenda exercer a actividade de farmácia, tendo em atenção, designadamente, os clássicos parâmetros proteccionistas da proporção com a população e das distâncias entre os locais). Mas o Tribunal Constitucional Espanhol, diferentemente do seu homólogo alemão, entendeu, em suma, não se poder considerar infringida a liberdade de escolha de profissão pelo facto de a lei determinar certas condições para os locais destinados ao exercício de uma das modalidades da profissão farmacêutica, na medida em que aquela lei não impediria a ninguém a *escolha* da profissão titulada de farmacêutico (para além da exigência do correspondente título universitário), limitando-se uma das suas normas a restringir ou condicionar tão só o *exercício* de uma das modalidades da profissão — para o que teria a necessária habilitação constitucional no art. 36 CE ⁽²³⁹⁾.

Contudo, como diz L. TOLIVAR ALAS, sendo indesmentível a essencial “acessoriedade da relação entre farmacêutico e farmácia”, uma norma como a questionada, que implique a cisão entre um e outra “destroi palmarmente um aspecto típico da profissão e, ainda hoje, majoritário como *modus vivendi* do sector”. Na verdade, o TCE parece esquecer que o con-

⁽²³⁹⁾ Sobre esta matéria, ver JESÚS GONZALEZ PÉREZ, *La constitucionalidad de la legislación sobre establecimiento de farmacias*, REDA, n. 39, 1983, p. 595 e segs. (neste comentário à Sentença de 10-5-83, do Tribunal Supremo — de que viria a ser interposto o recurso para o TCE que despoletou a sentença analisada no texto — o autor sufraga a doutrina de ambos os Tribunais, sem, contudo, adiantar novos argumentos além dos já aduzidos numa e noutra sentença).

teúdo da liberdade de profissão tem que incluir “a opção entre possibilidades certas e não entre quimeras deixadas ao arbítrio total do legislador”; e que se “esse conteúdo deve incluir (...) o limite do respeito pelos direitos alheios e a condição de que toda a regulamentação intervencionista se faça com critérios de proporcionalidade e razoabilidade, a diferença entre a escolha de uma profissão e aquilo em que consista o exercício concreto da mesma não deixa de ser muito relativa. Seria o mesmo que separar do direito ao sufrágio o conhecimento das opções a votar” (240).

Outros autores invocam ainda, no mesmo sentido, a doutrina firmada nesta sede pelo Tribunal de Karlsruhe; é o caso de JESUS ORTEGA TRECEÑO, que lembra que a liberdade de escolha de uma profissão se realiza no seu exercício”, formando um e outro momentos “o complexo unitário da liberdade profissional contemplado de pontos de vista diferentes” (241), e de S. MUÑOZ MACHADO/L. PAREJO ALFONSO/ELOY RUILOBA, que dizem por sua vez que as regulamentações da liberdade de exercício, sendo “possíveis sempre que estejam justificadas pela necessidade de preservar os direitos ou interesses de terceiros ou alguns valores constitucionais proeminentes”, não obstam em todo o caso, ao dever de “respeitar o conteúdo essencial de cada profissão, que coincide ordinariamente com a imagem que na sociedade se tem da mesma” (242).

Note-se, enfim, que não é destituída de significado a menção do Tribunal, na mesma sentença, a “cada profissão, ofício ou actividade empresarial” (que torna o conceito de profissão num mero sinónimo de actividade económica permanente), e, num segundo momento, a referência genérica a “qualquer actividade”, assaz desvalorizadoras da autonomia dos conceitos constitucionais de “profissão e ofício”.

É certo que a doutrina e a jurisprudência alemãs têm este entendimento amplo do homólogo termo (*Beruf*) usado pela Lei Fundamental de Bona, no seu art. 12, n.º 1. Mas as situações não são comparáveis, sobretudo no que se refere aos âmbito de protecção, uma vez que, como vimos, o constituinte espanhol, diferentemente do alemão, separou a liberdade de profissão do “núcleo duro” e super-protégido das liberdades mais ligadas à dignidade da pessoa humana, inserindo-a noutra

(240) *La configuracion...*, cit., p. 1353.

(241) *Um caso de aplicacion por el Tribunal Supremo de la reserva de ley para regular el ejercicio de las profesiones tituladas contenida en el articulo 36 de la Constitucion*, REDA, n. 42, 1984, p. 489.

(242) *La libertad...*, cit., p. 222.

local, nomeadamente na secção agrupadora dos direitos e liberdades económicas (juntando-a assim ao direito ao trabalho, à liberdade de empresa e ao direito de propriedade).

Claro está que desse modo aumentou o constituinte espanhol o risco de se virem a esbater — como se esbateram, na jurisprudência do supremo intérprete da Constituição — as diferenças entre uns e outros, e de se estabelecerem ou se sugerirem extensões ou analogias menos felizes, em prejuízo da específica liberdade que no referido grupo se encontra mais intimamente conectada com a personalidade, e por isso mais fortemente oponível, por natureza, a outros direitos ou interesses colectivos com ele conflitantes que o legislador pretenda tutelar, isto é, da liberdade de profissão.

PARTE II

A LIBERDADE DE PROFISSÃO NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976

CAPÍTULO VI

O ART. 47.º, N.º 1, CRP: NOÇÕES PRELIMINARES

6.1. INSERÇÃO SISTEMÁTICA DA LIBERDADE DE PROFISSÃO, ANTES E DEPOIS DA 1.ª REVISÃO CONSTITUCIONAL

6.1.1. Na Constituição portuguesa de 1976, a liberdade de profissão surge, pela primeira vez, formalmente dissociada da sua congénere (a liberdade de comércio e indústria, ou liberdade de empresa), merecendo autónoma consagração como direito fundamental, no texto originário ⁽²⁴³⁾.

⁽²⁴³⁾ Sobre esta matéria, ver J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., anotações aos arts. 47.º, n.º 2, e 267, n.º 3, Coimbra, 1993; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, v. IV, p. 401-416, Coimbra, 1990, *Liberdade de trabalho e profissão*, RDES, XXX, p. 145-162, e *As associações públicas no direito português*, p. 33 e 34, Lisboa, 1985; ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *A Ordem dos Advogados. Uma corporação pública*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.ºs 3807 a 3810, 1991-1992, p. 227 a 230 do n.º 3809, e 267 a 269 do n.º 3810; NUNO E

Na versão originária, abre o capítulo dos “direitos e deveres económicos” o art. 52.º, n.º 3, CRP, que declara (aproveitando parte da redacção do correspondente preceito da anterior constituição) que “todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade”.

Mas esta liberdade aparece-nos fora do conjunto dos restantes direitos, liberdades e garantias mais ligados à personalidade (colocados todos eles no capítulo dos “direitos, liberdades e garantias pessoais”, a par dos direitos de participação política e outros); e só pela via da sua (diga-se, indiscutível⁽²⁴⁴⁾) qualificação como “direito, liberdade e garantia” de natureza análoga pelo intérprete/aplicador da Constituição é que poderá gozar do especial regime de protecção dos direitos fundamentais clássicos, ou de defesa, consignado no art. 18.º CRP⁽²⁴⁵⁾. Por outro lado, quase que se con-

SOUSA, *A liberdade de imprensa*, Coimbra, 1984, p. 164 a 168; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, 1997 (em especial, p. 467 a 476); e o nosso *A liberdade de escolha da profissão de advogado*, Coimbra, 1992.

Sobre o actual regime constitucional dos direitos fundamentais (em geral), ver JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., Coimbra, 1991; MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e reserva de lei — a causa da lei na Constituição portuguesa de 1976*, Porto, 1992; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, v. IV, Coimbra, 1990; e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *A Constituição e os direitos de personalidade*, em *Estudos sobre a Constituição*, obra colectiva, dir. Jorge Miranda, v. II, Lisboa, 1978, p. 93-197, e *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995.

⁽²⁴⁴⁾ Contudo, a Comissão Constitucional, no seu Parecer n.º 2/78, de 5-1, chegou a afirmar não ser “de modo algum líquido que na (versão originária da) nossa Constituição actual o direito de escolha de profissão revista a estrutura dos direitos, liberdades e garantias”, pondo em dúvida por isso, no caso, a necessidade da integração das leis estatutárias das ordens profissionais na reserva de competência do art. 167.º CRP.

⁽²⁴⁵⁾ Esta inicial arrumação do nosso constituinte (e que terá porventura influenciado o constituinte espanhol de 1978) traduziu-se numa subtracção da liberdade de trabalho e profissão do catálogo das clássicas liberdades públicas, e no seu emparelhamento com os outros direitos e liberdades económicas (designadamente, e entre nós, apenas com o direito de propriedade e com o direito ao trabalho — uma vez que na versão originária a liberdade de empresa se situava fora do catálogo dos direitos fundamentais), inserindo-os a todos, por sua vez, num conjunto de direitos (*e deveres*) fundamentais (normalmente apelidados de “económicos, sociais e culturais”) com menos protecções (a Constituição espanhola, por exemplo, não lhes estende o “recurso de amparo” para o Tribunal constitucional previsto no art. 53, n.º 2). Também a Comissão Constitucional, no parecer citado na nota anterior, relevou esse emparelhamento: não “negando” que “que nem todos os direitos, liberdades e garantias se exaurem no título II da parte I”, diz não se poder negar também “que, numa

suma uma fusão, ou uma absorção, desta liberdade pelo “direito ao trabalho” — direito este que dá o nome à epígrafe do artigo e que constitui o seu primeiro número.

Ainda no respeitante a esta matéria, o art. 52.º, al. c), CRP (actual art. 58.º, n.º 3, al. b), CRP) diz incumbir ao Estado o assegurar “a igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho”.

Enfim, outro factor relevante, no texto originário da actual Constituição, é a formal desconsideração da liberdade de empresa (que surge com a designação, decalcada da Constituição italiana, de “livre iniciativa económica”) como um direito fundamental, passando, como a liberdade de profissão, a sua material qualificação como “direito, liberdade e garantia” de “natureza análoga” a depender do intérprete/aplicador. Mas agora, obviamente, num contexto discutível, atenta a exclusão desta figura do próprio elenco dos direitos fundamentais, circunstância que origina fundadas dúvidas sobre o acerto de tal qualificação (defendiam então, por exemplo, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, a sua natureza de mera garantia institucional ⁽²⁴⁶⁾).

6.1.2. A 2.ª revisão constitucional (de 1982) trouxe algumas alterações significativas, nomeadamente:

- a) a deslocação do citado n.º 3.º do art. 51.º CRP (correspondente ao actual art. 58.º CRP), com a mesma redacção, para o capítulo dos direitos, liberdades e garantias, e a introdução de um novo pre-

Constituição tão incisivamente marcada por intenções sociais e intervencionistas, a estrutura destes três direitos (liberdade de escolha de profissão, direito de propriedade e direito de iniciativa económica), habitualmente ditos de liberdade económica, já não terá muito de comum com aquela que possuíam nas (nossas) anteriores Constituições (Constituições portuguesas de 1911 e 1933”.

Contudo, tal comparação não nos parece muito feliz: é que tal sistematização sugere-nos precisamente não uma mudança face ao constitucionalismo liberal, mas ainda a manutenção da influência da doutrina antiga que distinguia (nas Constituições liberais) entre direitos fundamentais “absolutos” ou “autênticos” (como a liberdade pessoal) e “relativos” (constituindo precisamente paradigma destes a genérica liberdade burguesa de “trabalho, comércio e indústria”): só os primeiros não estariam limitados *ab initio* pela lei (constituindo as restrições legais, por definição, excepções à *posteriori*) — diferentemente dos segundos, cujo conteúdo já resultaria de uma norma legal (sobre esta matéria, ver a análise de CARL SCHMITT dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar, em *Teoria de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Madrid, 1982, p. 164-186).

⁽²⁴⁶⁾ *Constituição Anotada*, v. I, 1.ª ed., Coimbra, 1977, comentário ao art. 85.º

ceito que reconhece “a todos os cidadãos” um “direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso”, passando a constituir um e outro preceito, respectivamente, os n.ºs 1 e 2 do actual art. 47.º CRP, sob a epígrafe “Liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública” — mantendo-se contudo o preceito que prescreve a intervenção do Estado para assegurar a igualdade (de oportunidades) “na escolha da profissão ou género de trabalho” no artigo consagrador do direito ao trabalho (constituindo, designadamente, a al. b) do seu n.º 3);

- b) a deslocação do princípio da livre iniciativa económica, previsto na parte da Constituição dedicada à Organização Económica (concretamente no art. 85.º, n.º 1, CRP), sem alterações significativas de redacção, para o capítulo dos direitos fundamentais “económicos, sociais e culturais”, passando a constituir, conjuntamente com o direito de criar cooperativas e com o direito de autogestão, respectivamente, os n.ºs 1, 2, 3 e 4 do actual art. 61.º CRP, sob a epígrafe “Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária”;
- c) a consagração expressa da autonomia universitária, no art. 76.º, n.º 2, CRP (“as universidades gozam, nos termos de lei, de autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira”), norma não destituída de consequências no que respeita ao regime constitucional das profissões tituladas pelas Universidades.

Finalmente, a 4.ª revisão constitucional (de 1997) constitucionalizou explicitamente, à semelhança da Lei Fundamental de Bona (art. 2, n.º 1), um direito geral de personalidade e ainda alguns direitos particulares também de personalidade que até então apenas tinham assento no Código Civil (só sendo por isso objecto da especial protecção do art. 18.º CRP como direitos fundamentais de liberdade pela via da sua qualificação como direitos de natureza análoga).

6.1.3. Relativamente aos direitos fundamentais de liberdade, o nosso constituinte, tal como o espanhol, inspirou-se sobretudo na Lei Fundamental Alemã. Note-se que foram beber a essa mesma fonte, sucessivamente, o constituinte originário, ao assegurar àqueles direitos um regime geral de protecção como o prescrito no art. 18.º CRP (decalcado do art. 19.º GG), e o derivado, quando em 1982 “recupera” para o catálogo dos “direitos, liberdades e garantias” um preceito essencialmente coincidente

com o art. 12, n.º 1, GG, como é o caso do actual art. 47.º, n.º 1, CRP (que consagra a “liberdade de escolha de profissão”).

Assim, em matéria de “direitos, liberdades e garantias”, para além da aplicabilidade directa e da vinculação de todas as entidades públicas dos preceitos a eles respeitantes (art. 18.º, n.º 1, CRP, correspondendo ao art. 1, n.º 3, GG), temos ainda a reserva (relativa) de lei *geral e formal*, e a necessidade de expressa previsão das restrições legais no texto constitucional (respectivamente, art. 18.º, n.º 3, 1.º inciso e 168.º, n.º 1, al. *b*), CRP, correspondendo ao art. 19, n.º 1, § 1, GG) ⁽²⁴⁷⁾ ⁽²⁴⁸⁾ e ressalva da “extensão e alcance” do “conteúdo essencial” (art. 18.º, n.º 3, 3.º inciso CRP, correspondendo ao art. 19, n.º 2, GG).

Mas o constituinte português pôde ir mais longe do que o seu homólogo alemão — e dizemos “pôde” porque esse *plus* mais não é do que um oportuno aproveitamento da experiência jurídico-constitucional germânica adquirida a partir de 1949 (cujos dados foram objecto de uma recolha, sistematização e teorização notáveis, quer por parte da doutrina, quer, como vimos, da própria jurisprudência). Assim, temos ainda: no art. 18.º, n.º 1, CRP, 1.º inciso:

- a) a previsão da vinculação (também) das entidades privadas aos preceitos constitucionais concernentes a “direitos, liberdades e garantias”, questão “que foi baptizada por IPSEN como o problema da ‘*Drittwirkung*’ (eficácia externa ou efeitos em relação a terceiros dos direitos fundamentais)” ⁽²⁴⁹⁾ (1.º inciso);

⁽²⁴⁷⁾ Entenda-se que este inciso não se aplica a todo “o círculo potencial e expansivo” de cada direito, mas ao direito já configurado e restringido pela unidade valorativa da Constituição. Ou seja, não exclui as “restrições” legais ao âmbito natural do direito — “hipótese em que um direito (*rectius*, a manifestação de um direito), que se quer ver protegido, caia fora do âmbito *preceptivo* do direito”, e a lei reprima essa manifestação (MANUEL AFONSO VAZ, *Lei...*, cit., p. 315 e segs.).

⁽²⁴⁸⁾ Matéria delegável, portanto, no executivo, o que constitui uma nota de flexibilidade equiparável à que está também presente quer na reserva especial relativa a direitos fundamentais da Lei Fundamental de Bona (art. 19, n.º 1, GG) quer na reserva especial no art. 12, n.º 1, § 2, GG (restrição “por lei *ou com base numa lei* “). Repare-se ainda que os requisitos da lei de autorização legislativa, previstos no art. 168.º, n.º 2, CRP (“definição” do “objecto, sentido, extensão...”) são semelhantes aos da autorização ao Governo para ditar decretos (regulamentos) previstos no art. 80, n.º 1, § 2, GG (“determinação” do “conteúdo, objecto e alcance”).

⁽²⁴⁹⁾ J. C: VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 285. Diz o autor (*loc. cit.*) que esta possibilidade de os particulares serem sujeitos passivos dos direitos, liberdades e

- b) expressa exigência do respeito pelo chamado princípio da *concordância prática* (instituição de um “critério de proporcionalidade na distribuição dos custos de um conflito” dos direitos [ou valores] conflitantes, exigindo-se a *necessidade*, a *adequabilidade e proporcionalidade* [em sentido estrito] do sacrifício de cada um dos valores para a salvaguarda do[s] outro[s]) (1.º inciso) ⁽²⁵⁰⁾ ⁽²⁵¹⁾;
- c) enfim, a proibição de retroactividade (2.º inciso de art. 18.º, n.º 3, CRP, introduzido na revisão constitucional de 1982), talvez a única verdadeira originalidade relativamente ao direito alemão ⁽²⁵²⁾.

6.1.4. A propósito do preceito que prescreve a intervenção do Estado para assegurar a igualdade (de oportunidades) “na escolha da profissão ou género de trabalho” no artigo consagrador do direito ao trabalho (al. *b*) do seu n.º 3 do art. 58.º CRP), importa salientar uma componente dos direitos fundamentais que tem merecido ultimamente, como veremos, uma atenção redobrada por parte da doutrina e da jurisprudência e que seguramente importa à liberdade de profissão, mais do que a qualquer outro direito, liberdade e garantia (dadas, sobretudo, as fortíssimas pressões e interferências ilegítimas a que cada vez mais têm vindo a ser sujeitos os poderes públicos, na hora de dotar uma profissão de uma disciplina publicística, por parte dos interesses profissionais já instalados e organizados): que-

garantias, por transposição directa destes direitos para as relações inter-privadas, circunscreve-se aos casos “em que pessoas colectivas ou indivíduos disponham de poder especial sobre (outros) indivíduos”, que não tem de ser um poder jurídico.

⁽²⁵⁰⁾ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 222-224.

⁽²⁵¹⁾ Se bem que, como vimos, tal princípio se infira do art. 2, n.º 1, GG e do próprio conceito de lei da reserva especial prevista no art. 19, n.º 1, GG.

⁽²⁵²⁾ Como vimos, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, apesar de aceitar o princípio da não retroactividade das leis onerosas, não o considera um limite absoluto, na medida em que admite quatro excepções, entre as quais os casos “em que razões inexoráveis de bem comum, superiores ao imperativo de segurança jurídica” justifiquem os efeitos retroactivos. Diferentemente, entre nós ele constitui um limite absoluto; segundo J. J. GOMES CANOTILHO, “o princípio da não retroactividade não é um princípio constitucional irrestritamente válido na ordem jurídica portuguesa (...), mas é-o, sem quaisquer excepções, no que respeita a leis restritivas de direitos, liberdades e garantias ou de direitos análogos”; e isto, quer a retroactividade em sentido estrito, quer a “retrospectividade” (mera “tomada em consideração de factos anteriores à entrada em vigor da lei”); também esta “não pode deixar de ser inconstitucional, precisamente quando é arbitrária e restringe direitos, liberdades e garantias” (*Direito...*, cit., p. 627-628).

remo-nos referir à dimensão *adjectiva* destes direitos, que decorre da dimensão *positiva* que este direito também apresenta.

É que, como veremos, pese a sua dimensão essencialmente negativa, de direito de defesa (que, nas palavras de J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, abrange quer o direito de não ser *forçado a*, quer de não ser *impedido de*, escolher (e exercer) uma profissão *livre* (qualquer actividade lícita para a qual a lei não exija o preenchimento de específicos requisitos) ou protegida (para a qual a lei exija a posse de determinados requisitos, normalmente de tipo subjectivo) ⁽²⁵³⁾, a liberdade de profissão oferece também, pelo menos, uma dimensão positiva ⁽²⁵⁴⁾. Como explicam os mesmos autores ⁽²⁵⁵⁾, decorre esta última do referido direito a escolher e a exercer uma profissão protegida, que se concretiza no direito à obtenção dos respectivos requisitos (avultando, entre estes, habilitações exigidas por lei para o acesso a determinadas profissões que só os estabelecimentos de ensino superior possam conferir).

Ora, por sua vez, este direito à obtenção de tais requisitos não deixa de se configurar como uma dimensão desde logo *substantiva* da liberdade de profissão; mas ele oferece igualmente uma vertente *adjectiva*, isto é, a liberdade de profissão consubstancia-se também no direito à efectivação de estruturas organizacionais/procedimentais que garantam condições mínimas (prévias) de igualdade e de imparcialidade nos procedimentos conducentes à obtenção dos ditos requisitos. Estas são indissociáveis do próprio direito, enquanto condições da sua exequibilidade — constituindo, como constituem, a sua dimensão *adjectiva* ⁽²⁵⁶⁾.

Dispensariam elas por isso uma autónoma positivação na lei fundamental; mas acontece que o constituinte teve o cuidado de consagrar explicitamente o direito à efectivação de tais condições, nomeadamente no art. 58.º, n.º 3, al. b), CRP: “Incumbe ao Estado” assegurar “a *igualdade* de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e *condi-*

⁽²⁵³⁾ *Constituição...*, cit., p. 261.

⁽²⁵⁴⁾ Nesse sentido, ver J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 262, e JORGE MIRANDA, *Direito...*, v. IV, cit., p. 408.

⁽²⁵⁵⁾ *Constituição...*, cit., p. 261.

⁽²⁵⁶⁾ Nesta matéria, ver, por todos, J. J. GOMES CANOTILHO, nas sua lições ao 1.º Curso de Mestrado em Ciências do Direito Público da Universidade Lusíada (cadeira de Ciência Política e Direito Constitucional), publicado sob o título *Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização*, sep. BFDC, Coimbra, 1990, e *Direito...*, cit., p. 651-654.

ções para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais”.

Dois reparos ainda, quanto a este preceito; em primeiro lugar, a menção ao sexo é meramente exemplificativa, como o são os casos previstos no art. 13.º CRP, constituindo toda ela uma obrigação de eliminação dos riscos de arbítrio nesta matéria; em segundo lugar, e dada a originária imbricação do direito ao trabalho com a liberdade de profissão, esta norma não deixou de ter dois distintos âmbitos de aplicação: ela obriga o Estado quer a *assegurar* positivamente a igualdade (de oportunidades) através de uma política de fomento e de uma legislação restritiva da liberdade de empresa, no acesso a (às) profissões exercidas em regime de subordinação (direito ao trabalho), quer a acautelar (também positivamente) a igualdade (e a imparcialidade) no acesso às profissões protegidas (isto é, instituindo mecanismos garantísticos *prévios* na organização e procedimento descondicionadores do mesmo acesso).

6.2. NATUREZA CLÁSSICA DO DIREITO: LIBERDADE DE TRABALHO E DIREITO AO TRABALHO; A LIBERDADE DE PROFISSÃO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

6.2.1. Parece não ter tido o constituinte originário noção da radical diversidade de estrutura entre o direito ao trabalho e a *liberdade* de trabalho, que face àquele intento constitui um insuperável obstáculo lógico: insistindo numa omissão de resto já de algum modo herdada da anterior constituição⁽²⁵⁷⁾, aparenta o mesmo constituinte considerar a liberdade de escolha de profissão ou género de trabalho mais como uma componente do direito ao trabalho, e não como uma concretização da omissa (mas necessariamente

(257) Repare-se que a Constituição de 1911 consagrava quer a liberdade “de exercício”, quer a liberdade de escolha, ao referir-se ao “exercício de *todo* o género de...”, enquanto que a de 1933 parece esquecer aquele primeiro momento, ao consignar apenas a liberdade de “escolha”; por outro lado, a revisão de 1951, ao inserir o direito ao trabalho no art. 8 (sob o § 1-A) não supre essa lacuna. Claro está que uma e outra liberdade acabam por se revelar, por imperativo lógico, como dois momentos, ou perspectivas indissociáveis de uma liberdade; mas os problemas podem surgir (como surgiram, a propósito da interpretação da norma correspondente da Lei Fundamental de Bona) quando hajam que se determinar a admissibilidade e amplitude das restrições legais a um e outro momento.

implícita ou pressuposta) e genérica liberdade de trabalho (que é um direito negativo, ou de defesa, e não positivo como aquele outro) ⁽²⁵⁸⁾.

Note-se, contudo, que tal obnubilação não é exclusiva da redacção originária da Constituição portuguesa de 1976: encontramos-a também, como vimos, no direito constitucional francês, na Constituição italiana de 1947 ⁽²⁵⁹⁾, e na Constituição espanhola de 1978 ⁽²⁶⁰⁾.

Não revelam estas formulações meras deficiências jurídico-legislativas: constitui a sua causa remota a progressiva conotação do termo “trabalho” com o trabalho subordinado (já acima referida), e que reflectiu a transição do Estado liberal para o Estado social. Com o advento do Estado social de direito, a originária liberdade contratual da entidade patronal e do trabalhador, e a abstenção do Estado na vida económica, vão dando lugar, na esfera jurídica do cidadão, enquanto desempregado, a um impróprio direito de crédito, face ao Estado (a quem as Constituições passam por isso a atribuir a incumbência de zelar pelo pleno emprego — resultando esta incumbência de uma correspondente obrigação, ainda que uma obrigação de meios, e não de resultados), e ainda a um verdadeiro direito real sobre o posto de trabalho, enquanto empregado, face, desde logo, ao próprio empregador ⁽²⁶¹⁾.

⁽²⁵⁸⁾ JOÃO CAUPERS, em *Os direitos...*, cit., parece não ter chegado a discernir esta diferença (ou a não aceitar a destriça, sem, contudo, o justificar): afirma o autor, quanto ao direito ao trabalho dos cidadãos desempregados, que quando o Estado não possa providenciar emprego a todos os que dele necessitam (porque “não detém a generalidade, ou sequer a maioria dos meios de produção”, e, porque se garante também a liberdade de empresa, não possam por sua vez os empresários “ser forçados a admitir os trabalhadores desempregados”), o direito ao trabalho daqueles englobaria, desde logo, “a liberdade de trabalho (...)”. Afirma ainda mais adiante o mesmo autor, na mesma linha de raciocínio, (*ob. cit.*, p. 112) que “o próprio direito ao trabalho se reconduz, do ponto de vista prático, ao ‘direito’ de dispor da capacidade para trabalhar, alienando-a, quando se não disponha de outro bem para colocar no mercado”.

⁽²⁵⁹⁾ O art. 4.º desta Constituição dispõe que “a República reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho e promove as condições que tornem efectivo esse direito”, especificando um parágrafo único que “todo o cidadão tem o dever de desenvolver, segundo as suas próprias possibilidades e escolha, uma actividade ou uma função que contribua para o progresso material e espiritual da sociedade”.

⁽²⁶⁰⁾ Diga-se, porém, que a Constituição espanhola de 1978 é, neste particular, menos imprecisa (art. 35: “todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, à livre escolha de profissão ou ofício (...)”); mas a maioria da doutrina deste país continua, como vimos, relutante em aceitar e aprofundar a destriça.

⁽²⁶¹⁾ Na verdade, a liberdade de trabalho era entendida na primeira fase do Estado liberal, também e sobretudo, como o poder ou faculdade reconhecido às partes celebran-

Mas é evidente que este fenómeno não deixa de ser parcelar e localizado. Desde logo, porque se mantém, em *ultima ratio*, a *liberdade*, quer da entidade empregadora, quer do trabalhador, de celebrar ou não o contrato de trabalho (e se a da primeira é uma manifestação das liberdades contratual e de empresa, a do segundo é-o da liberdade de trabalho, tal como a liberdade de rescisão unilateral do contrato de trabalho pelo trabalhador) — ainda que nos estritos limites a que estas faculdades hoje se confinam; mas também e sobretudo porque o trabalho subordinado e a actividade empresarial (comercial ou industrial), se passaram a ocupar o centro da atenção dos constituintes, nem por isso esgotam as categorias juridicamente relevantes do labor humano, subsistindo autonomamente, e porque irreconduzíveis àquelas, as demais formas do trabalho autónomo, ou não-subordinado, onde avultam as chamadas profissões liberais.

Por outro lado, a liberdade de trabalho não deixou de ser, na sua essência, um direito subjectivo público clássico, ou de defesa e que se ergue, predominantemente, face ao Estado ⁽²⁶²⁾ ⁽²⁶³⁾, diferentemente do direito ao trabalho. Não queremos com isto negar a possibilidade

tes do contrato de trabalho (entidade patronal e trabalhador), em consonância com os princípios civilísticos da autonomia da vontade e da liberdade contratual, de determinarem livremente o conteúdo daquele contrato (só proibindo o direito civil, que então o regulava exclusivamente, os contratos perpétuos ou com um conteúdo indeterminado).

Mas com a crescente preocupação em substituir a insuficiente (quando não perversa) igualdade formal pela igualdade material, foi-se cerceando progressivamente tal liberdade, até à quase absoluta tipicização do contrato de trabalho (traduzindo-se em cláusulas legais impostas, obviamente, a ambas as partes, mas sempre em função do reforço da posição contratual do trabalhador); cada vez mais a entidade patronal se apresenta numa posição de virtual sujeição jurídica, e o trabalhador, em contraposição, e uma vez celebrado o contrato, como titular de um verdadeiro poder sobre o respectivo posto de trabalho (direito fundamental *ao trabalho* nas relações horizontais — entendido agora o posto de trabalho como objecto de um verdadeiro direito real do trabalhador, e os postos de trabalho em geral como propriedade social (J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA (*Constituição...*, p. 286-287)).

⁽²⁶²⁾ Lembra ROLF STOBER que o “direito de liberdade profissional se originou historicamente como um direito de liberdade de corte liberal” e como “direito de defesa frente ao Estado” (*Derecho...*, cit., p. 146).

⁽²⁶³⁾ Ainda que se possa manifestar, residualmente, nas relações horizontais. É, por exemplo, o caso da problemática da validade, face à constituição, do tipo de cláusula em que o trabalhador se obriga, no contrato de trabalho, a não concorrer com a entidade patronal por um determinado período posterior ao termo da relação laboral (entre nós resolvido pelo legislador — LCT — no sentido conforme à Constituição).

esta liberdade oferecer dimensões positivas ⁽²⁶⁴⁾: como vimos na análise do direito constitucional germânico, esta dimensão surge como um direito *a* ensino — especialmente visível quando o Estado tem o monopólio do ensino superior, e lei exige para o acesso a determinadas profissões habilitações que só esse grau de ensino confere, como é o caso da Alemanha ⁽²⁶⁵⁾ (já não concordamos, contudo, com J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA quando estes autores relevam a dimensão positiva da liberdade de profissão, pela extensão ainda ao direito ao trabalho da conexão que também entrevemos entre aquela e o direito ao ensino ⁽²⁶⁶⁾).

Entendemos, pois, que o direito ao trabalho escapa a tal noção (de direito subjectivo público clássico, que se ergue predominantemente face ao Estado), em qualquer das suas expressões, por sempre lhe faltar um ou outro daqueles dois elementos: na sua vertente de direito à segurança no emprego, só é qualificável como um direito de defesa (actualmente como um “direito, liberdade e garantia dos trabalhadores”) nas relações horizontais. E na sua manifestação “anterior” ao contrato de trabalho, enquanto verdadeiro direito subjectivo público, já não é qualificável como direito de defesa, mas como direito a prestações (ainda que a prestações de meios, e não de resultados) ⁽²⁶⁷⁾.

Autores há que, em conjugação com o argumento literal da consagração de um só direito (que já não se verifica entre nós), invocam ainda

⁽²⁶⁴⁾ Mas o aspecto mais importante é da autonomia técnica e científica das profissões intelectuais protegidas mesmo quando exercidas em regime de trabalho subordinado.

⁽²⁶⁵⁾ Mesmo entre nós, onde isso não acontece (tendo o mesmo “peso quantitativo” os ensinos superiores particular e público), o regime de “autorização constitutiva” acaba por não alterar muito os dados da questão (levantando-se, contudo, outro problema: o da manifesta desigualdade entre os alunos de um e outro tipo de ensino, face à diferença de qualidade que hoje se regista entre os dois níveis de ensino, sobretudo pela não-sujeição dos docentes do ensino superior privado a uma carreira de investigação idêntica ou similar à legalmente instituída para os docentes do ensino superior público).

⁽²⁶⁶⁾ *Constituição...*, *ob. cit.*, *loc. cit.*

⁽²⁶⁷⁾ Não se substancia propriamente este direito — como acontecia, por exemplo, nas antigas constituições colectivistas dos países do leste da Europa — num direito de exigir do Estado um posto de trabalho: ele traduz-se antes numa “situação activa usualmente tutelada de forma débil”, isto é, na “pretensão de que o Estado, através da execução de políticas de pleno emprego, promova a criação de novos postos de trabalho” (JOÃO CAUPERS, *Os direitos...*, *cit.*, p. 111); ou seja, a tal direito corresponde uma obrigação de meios, e não de resultados.

a identidade de objecto (o direito de exercer uma actividade laboral) ⁽²⁶⁸⁾. Simplesmente, tal identidade é apenas do objecto mediato, e não de conteúdo, ou de objecto imediato. Na verdade, enquanto a segunda vertente do direito ao trabalho acima referida prescreve a obrigação do Estado *promover* uma política que assegure as condições necessárias à efectivação do pleno emprego, a liberdade de trabalho constitui o seu simétrico: dela decorre a obrigação estruturalmente inversa de o Estado *se abster de promover* qualquer política que directa ou indirectamente crie obstáculos ao igual acesso dos cidadãos às actividades laborais permitidas ⁽²⁶⁹⁾.

Com a citada deslocação da liberdade de profissão do artigo consagrador do direito ao trabalho para o elenco dos direitos, liberdades e garantias “pessoais”, operada na 1.^a revisão constitucional, corrigiu-se, pois, essa distorção, passando a corresponder a arrumação de um e outro direito às respectivas natureza e estrutura. O que não anula, evidentemente, certas conexões entre os dois direitos; para JORGE MIRANDA, por exemplo, “a despeito das transformações ocorridas em 1982”, manter-se-ia a seguinte ligação: a de “só através dela” se concretizar “o direito ao trabalho”, pois ainda que a primeira não seja assimilável ao segundo, “em Estado Social, é para que as pessoas possam ter trabalho e, assim, granjear meios de subsistência, que podem escolher uma profissão ou género de trabalho” ⁽²⁷⁰⁾.

⁽²⁶⁸⁾ Como é o caso de MAZZIOTTI, a propósito do art. 4. da Constituição italiana; segundo este autor, “o objecto do direito ao trabalho entendido em sentido positivo, isto é, como direito a trabalhar, não pode ser diverso do direito ao trabalho entendido como liberdade, já que, se assim fosse, não se trataria mais de dois aspectos de um mesmo direito, mas de dois diferentes direitos: ora a Constituição fala de um só direito” (*Il diritto al lavoro*, Milão, 1956, p. 61). Pois bem, parece-nos enfermar esta posição de um excesso de formalismo: para que um direito exista não é necessário que uma lei o enuncie formalmente, para tanto bastando uma inequívoca atribuição de uma posição de vantagem pensada imediatamente no interesse do titular dela beneficiário.

⁽²⁶⁹⁾ A liberdade de trabalho e o direito ao trabalho podem ser até conflitantes; veja-se a problemática do pluriemprego ou “pluriactividade”: a liberdade de um indivíduo acumular duas ou mais profissões pode representar um obstáculo a uma política de pleno emprego. Com efeito, “aquele que ocupa dois empregos pode ser acusado de ter ocupado, por via de qualquer dos dois empregos, um lugar que de outro modo pertenceria a um desempregado, impedindo-o, desse modo, de obter um posto de trabalho” (JEAN SAVATIER, *Cumuls d'emplois et limitation de la durée du travail*, em *Droit Social*, 1984, p. 554); ver, sobre este assunto, LISE CASEAUX, *La pluriactivité ou l'exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles*, Paris, 1993, p. 72 a 79, e ainda GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição anotada*, 3.^a ed., Coimbra, 1993, p. 264 (coment. ao art. 47.º, n.º 2, V).

⁽²⁷⁰⁾ *Direito...*, v. IV, cit., p. 406.

Contudo, mesmo esta visão mitigada não nos parece, ainda, inteiramente correspondente à real configuração do direito. É que no respeitante ao regime constitucional do trabalho subordinado, é necessário, antes de mais, e aprofundando o que já acima dissemos, diferenciar quatro situações: a de desemprego, “anterior” portanto à celebração do contrato de trabalho, a da celebração do dito contrato, e a situação (posterior) decorrente do mesmo contrato, havendo que “dividir” ainda esta última no direito do trabalhador ao *status quo* (direito à “segurança no emprego”, isto é, à *manutenção* do vínculo laboral — art. 53.º CRP), a que corresponde um dever de *non facere* da entidade empregadora, e no conjunto dos “direitos” do trabalhador, a que correspondem deveres de *facere* do empregador (art. 59.º CRP: direito à retribuição, ao repouso, etc.).

Ora, como vimos, não é adequada na nossa ordem constitucional, sobretudo depois da revisão de 1982, a sistematização tradicional do direito francês, de uma “liberdade de trabalho” englobadora daqueles quatro momentos ou aspectos. Em bom rigor a liberdade de trabalho só abrange, pois, o segundo momento; e pese a progressiva tipicização do conteúdo do contrato de trabalho, resta sempre na esfera dos contraentes a liberdade — esta sim, tutelada pelo art. 47.º, n.º 1, CRP — de escolher a contraparte, de celebrar ou não o contrato (e de o rescindir, só sendo contudo titular desta faculdade o trabalhador) e, enfim, a de, na margem subsistente de conformação do conteúdo do contrato, escolher a actividade profissional a desempenhar em regime de trabalho subordinado ⁽²⁷¹⁾. Claro está, malgrado

⁽²⁷¹⁾ Com efeito, e quanto ao primeiro momento (momento anterior à obtenção de emprego), o desempregado só pode ser titular, face ao Estado, de um direito a um comportamento positivo, sendo certo que tal *facere* estatal se esgota numa obrigação de meios (de promover uma política de pleno emprego) e não de resultados (de fornecer um posto de trabalho). Esta posição jurídica do cidadão desempregado é plena e exclusivamente identificável com o direito ao trabalho.

O terceiro momento é efectivamente ambíguo, tendo sido causa, noutras ordens jurídicas, como a italiana, de alguma confusão conceptual. Na verdade, o direito à segurança no emprego, constituindo uma tradicional componente do direito ao trabalho, não deixa, estruturalmente, de se configurar como um direito de defesa (ainda que só actuante nas relações horizontais ou interprivadas), na medida em que lhe corresponde uma obrigação de *non facere*; de qualquer modo estando hoje autonomizado como um direito, liberdade e garantia “dos trabalhadores”, deixa de haver motivos para as referidas dúvidas conceituais. Enfim, o quarto momento consubstancia um conjunto de direitos a prestações a cargo da entidade patronal, que se reconduzem pacificamente, e de novo, ao direito ao trabalho.

Não podemos pois concordar com JORGE LEITE, quando este autor invoca o art. 47.º, n.º 1, CRP, como norma tutelar do direito do trabalhador subordinado exercer a activi-

este aspecto cair na alçada do art. 47.º, n.º 1, CRP, não deixa de ser verdadeira a conclusão de que a protecção oferecida por este preceito interessa sobretudo aos profissionais independentes.

Face ao exposto, convirá, contudo, ter presente que o direito ao trabalho repousa sempre, em maior ou menor medida, de forma mais ou menos directa, na acção do Estado, e só residualmente na iniciativa individual do beneficiário; ele pertence ao chamado domínio social, em que “a Constituição atende fundamentalmente aos factos ou situações que põem em causa a segurança económica das pessoas ou as torna especialmente vulneráveis (as eventualidades cobertas pelo sistema de segurança social, a maternidade, a infância, a juventude, as deficiências físicas e mentais, a terceira idade)” (272).

No caso, o facto “atendível” é a situação de desemprego: trata-se da incumbência que o Estado hoje assume de tentar suprir as múltiplas contingências da vida que coarctem a um cidadão a possibilidade prática de, por sua livre iniciativa, e na situação existente “aqui e agora”, obter um emprego assalariado (no mercado de trabalho), ou de abraçar uma profissão livre (como produtor ou prestador, em regime de independência, de outros bens ou serviços, e que não, portanto, a sua mera força de trabalho) (273).

dade profissional para a qual foi contratado — ou, visto noutra óptica, de não ser impedido pela entidade patronal de exercer a mesma actividade (*Direito de exercício da actividade profissional no âmbito do contrato de trabalho*, RMP, n. 47, 1992, p. 23). Parece-nos que o acesso às instalações físicas da empresa, ao “lugar” de trabalho, é uma componente do direito à segurança no emprego (a que corresponde um dever de abstenção do empregador); e que o direito correspondente à obrigação (positiva) de distribuir de serviço ao trabalhador, já constitui uma componente do direito ao trabalho, designadamente um direito à “realização pessoal” do trabalhador, decorrente da al. b) do art. 59.º CRP.

(272) A. SILVA LEAL, *Os grupos...*, *ob. cit.*, *loc. cit.*

(273) A formulação deste direito na Constituição francesa da II República parece-nos, particularmente reveladora e incisiva no que respeita às suas natureza, enquadramento e razão de ser, tendo certamente beneficiado dos ensinamentos da curta e dolorosa experiência do sistema dos “Ateliers nacionais de trabalho” (que constitui a única experiência histórica da assunção, por um Estado de economia não planificada, da obrigação de fornecer a cada cidadão desempregado um posto de trabalho — e cujo estrondoso fracasso, escassos meses após a instituição, viria a ser a causa principal da Revolução de 1948).

Assim, o § 8 do Preâmbulo da Constituição de 1848 coloca o direito ao trabalho no quadro geral das disposições de assistência. “A República... deve por uma assistência fraternal assegurar a existência dos cidadãos necessitados, seja procurando-lhes trabalho nos limites dos seus recursos, seja dando, à falta da família, socorros àqueles que não estejam em condições de trabalhar”. Como diz A. COLLIARD, o trabalho passou então a ser “para

Mas voltando à afirmação de JORGE MIRANDA (de que só através da liberdade de escolha de profissão se concretizaria o direito ao trabalho, na medida em que em Estado Social, só para as pessoas terem trabalho e, assim, granjear meios de subsistência, é que elas teriam o direito de escolher uma profissão), ela parte, a nosso ver, e salvo o devido respeito, de um erro de perspectiva: é um facto que quer a liberdade de trabalho e de escolha do género de trabalho, quer o direito ao trabalho, estão estreita e directamente ligados ao direito à vida e à própria ideia de dignidade da pessoa humana que hoje encimam a escala de valores do Estado Social. Contudo, a relação que há entre elas é de alteridade, e não de instrumentalidade (e muito menos, como vimos, de derivação). Porque elas constituem vias alternativas para prosseguir um mesmo escopo: só através da realização de um *ou* de outro direito consegue cada indivíduo apto a trabalhar alcançar a sua subsistência e a do respectivo agregado familiar, em condições de dignidade (274).

Particularmente reveladora dessa unidade valorativa “pós-liberal” de ambos os direitos, foi na 1.^a revisão constitucional o apoio sem reservas do grupo parlamentar do Partido Comunista à deslocação da liberdade de profissão para o elenco dos direitos, liberdades e garantias (que obteve assim a unanimidade, e não apenas a maioria qualificada PS-PSD em que assentou a maioria das alterações empreendidas na mesma revisão); nesse sentido, comunicou o deputado Vital Moreira ao Presidente da Comissão parlamentar de Revisão o assentimento do grupo parlamentar comunista a tal transferência do então n.º 3 do art. 51.º CRP, sublinhando o ter-se feito a dita passagem “pela mesma razão porque passam os direitos dos trabalhadores, isto é, exactamente para clarificar e esclarecer que a liberdade de profissão *deve estar contida nos ‘Direitos, liberdades e garantias, por direito próprio e não a título de equivalência’*” (275).

Enfim, é por essa mesma razão, e nessa precisa medida, portanto, que a Constituição valora, garante e protege um e outro direito fundamental — como indispensáveis instrumentos de realização de um interesse bem mais importante para a dignidade humana, na ordem de valores

os necessitados válidos não mais um direito mas a contrapartida da assistência que podia ser-lhe acordada: era uma limitação da assistência para gentes válidas” (*Les libertés...*, cit., p. 696-700).

(274) Salienta a importância da “profissão” como “realização vital” no direito alemão ROLF STÖBER (*Derecho...*, cit., p. 143).

(275) Diário das Sessões da AR de 19-6-82, II série, n. 109, 2022- (12).

do Estado social, do que o aspecto clássico e “personalístico” da “realização pessoal” através do exercício da profissão desejada e livremente escolhida pelo indivíduo (em conformidade com a sua vocação) ⁽²⁷⁶⁾. Mas não deixe de se notar que a realização do direito ao trabalho é, numa ordem constitucional essencialmente liberal como a nossa (e não planificada, ou de economia dirigida), simplesmente subsidiária da liberdade de trabalho. Isto é, o caminho preferido para a prossecução do bem-estar material e espiritual da sociedade, como modelo constitucionalmente privilegiado de realização pessoal nas actividades económicas, é o da livre escolha de emprego ou de profissão, sem o recurso à intervenção de terceiros (e designadamente, do Estado), por ser o que melhor se adequa à dignidade de pessoa humana tal como ela é entendida num Estado Liberal-Social. A meta a atingir, a sociedade ideal, nesta ordem de valores assente primacialmente na liberdade e na responsabilidade individuais, é aquela em que cada um dos seus membros válidos possa construir a sua vida recorrendo ao seu engenho e às suas capacidades — sem precisar portanto de recorrer directa ou indirectamente ao Estado.

Por isso mesmo, numa ordem constitucional como a nossa, assente numa “valoração ético-axiológica” da dimensão da acção do Estado “na

⁽²⁷⁶⁾ Glosando o art. 35, n.º 1, da Constituição espanhola, dizem G. ARIÑO ORTIZ / J. M. SOUVIRON MORENILLA ser uma noção ampla de “profissão ou ofício” como a de SAINZ MORENO (“qualquer actividade lícita e duradoura que uma pessoa elege como actividade própria, quer constitua um modo de vida quer seja apenas expressão da sua personalidade”) “uma noção social ou sociológica de profissão, mais que constitucional; não expressa um sentido jurídico, mas o contrário”. E para os mesmos autores isso não seria de estranhar: “a configuração moral da profissão como ‘expressão da personalidade’ (já em âmbitos absolutamente “seculares”, mas não alheados de uma concepção sagrada das coisas: a arte, as artes, etc.) pertence a épocas históricas já distantes, e nesse sentido descontradadas com a norma de hoje, com uma concepção jurídico-constitucional dos nossos dias. Dada a concepção economicista da vida, hoje imperante, torna-se necessário aprofundar o significado de ‘profissão’” (*Constitucion...*, cit., p. 98-99).

É óbvio que os autores pecam por excesso nestas considerações: a escolha e o exercício de profissão, de qualquer profissão, constitui sempre uma manifestação da personalidade, como expressão do espírito, ou do intelecto, e como tal um interesse também de primeiro plano tão protegido como o económico pela norma consagradora da escolha de profissão. Claro está que se uma actividade não puder qualificada como “trabalho” ou “profissão”, por não ser apta a constituir um modo de vida, diferentemente do que afirma SAINZ MORENO, deverá cair na alçada de outro direito especial de personalidade, ou ainda do direito geral de personalidade, nas ordens constitucionais em que este tenha um estatuto constitucional (como é hoje explicitamente o caso da nossa).

efectivação das condições materiais e objectivas potenciadoras da realização do indivíduo” (277), mas que concilia e harmoniza os valores da autonomia individual e da solidariedade, reveste-se de uma especial perversidade toda e qualquer medida ou política legislativa e/ou administrativa que directa ou indirectamente, com intencionalidade ou por deficiência (por exemplo, pela inexistência de garantias de imparcialidade em aspectos de organização e de procedimento administrativos), possa comportar lesões injustificadas à liberdade de escolha de profissão de um particular, sobretudo quando corresponda a tais lesões simétricos e ilegítimos benefícios de interesses profissionais também particulares ou privados.

É que tais intervenções estaduais têm por consequência, a uma só vez, o privar um indivíduo das suas condições materiais de existência e o atentar à sua autonomia, na medida em que o mesmo indivíduo já conseguira, ou conseguiria alcançar tais condições pela sua livre escolha, e com recurso apenas ao seu engenho — pela via mais conforme, como vimos, à sua dignidade enquanto indivíduo responsável e autodeterminado.

6.2.2. A deslocação da liberdade de profissão dos direitos fundamentais económicos, sociais e culturais para o catálogo dos direitos, liberdades e garantias “pessoais” traduziu, ainda, o formal reconhecimento, garantia e protecção pelo constituinte duma “densidade subjectiva” reforçada (implicando essa densidade “uma tendencial conformação autónoma e disponibilidade por parte dos seus titulares” — J. J. GOMES CANOTILHO) (278); ou seja, acentuou no plano jurídico-constitucional a sua configuração de direito mais intimamente ligado à personalidade. O que, entre outros aspectos, e sem desvirtuar a natureza de direito de liberdade ou de defesa, implica, em determinadas circunstâncias, a sua projecção nas relações interprivadas.

Face a esta configuração da liberdade de profissão como um direito de personalidade — atributo que nunca lhe foi negado, aliás, mesmo antes do referido “reforço” nesse sentido (279) — importa determinar a sua posição relativa na Constituição nessa qualidade.

(277) MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico. A ordem económica portuguesa*, 3.ª ed., Coimbra, 1994, p. 56.

(278) J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 538.

(279) Antes da 4.ª revisão constitucional (que constitucionalizou o direito geral de personalidade no actual art. 26.º CRP), debruçou-se sobre esta matéria RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, com notáveis profundidade e minúcia, tendo tomado uma posição firme no sen-

É que, como resumiu o Tribunal Constitucional Alemão, ao lado de uma liberdade geral de actuação, as modernas constituições intentam proteger através dos preceitos relativos aos direitos fundamentais “a liberdade da actuação humana em determinadas esferas vitais que, segundo a experiência histórica, se expuseram especialmente à intervenção do Poder público”; em tais esferas elas “delimitam, através de uma gradação de níveis de reserva legal, a amplitude em que são possíveis os actos de intervenção”. Mas na medida em que tais esferas não estejam protegidas por esses direitos fundamentais, “o indivíduo pode, em caso de uma intervenção do Poder público limitativa da sua liberdade”, invocar a cláusula geral de personalidade ⁽²⁸⁰⁾.

Como vimos, a Constituição consagra hoje no seu art. 26.º, n.º 1, um direito geral de personalidade com estatuto constitucional, em relação ao qual aquela liberdade constitui um direito especial. No que respeita aos outros direitos fundamentais de personalidade que se cruzam com esta específica liberdade, poderemos citar: como direitos especiais, o direito de acesso à função pública “em condições de igualdade e liberdade” (art. 47.º, n.º 2, CRP), a liberdade de aprender (art. 43.º CRP), a liberdade científica e as suas expressões institucionais (arts. 42.º e 76.º, n.º 2, CRP) e

tido da existência de um direito geral de personalidade com estatuto constitucional, gozando do especial regime de protecção dos direitos, liberdades e garantias. Baseava-se o autor no texto do art. 1.º CRP (“Portugal é uma república baseada na dignidade da pessoa humana [...]”), visto dele decorrer “sem dúvida que a pessoa humana, toda e cada pessoa humana, é o bem supremo da ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim”, invocando ainda o preceito consagrador do direito geral à liberdade (o art. 27.º, n.º 1, CRP), cujos termos (“todos têm o direito à liberdade...”) abrangiam “todas as possíveis manifestações da liberdade”, e o direito geral à segurança (art. 27.º, n.º 1, CRP); mas invocava ainda o “facto de o direito geral de personalidade previsto no art. 70 CC (“Tutela geral da personalidade”) dever ter o regime dos direitos, liberdades e garantias, por força do n.º 1 dos arts. 16.º e 17.º CRP (direitos fundamentais de natureza análoga) e ainda por tal direito decorrer da Declaração Universal dos Direitos do Homem (v., nomeadamente, preâmbulo, art. 6.º e n.º 1 do art. 29.º onde se supõe o direito ao “livre e pleno desenvolvimento da personalidade”), pelo que, nos termos dos arts. 16.º e 17.º CRP, goza por esse motivo de estatuto constitucional” (RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *A Constituição e os direitos de personalidade*, em *Estudos sobre a Constituição*, obra colectiva, dir. Jorge Miranda, v. II, Lisboa, 1978, p. 93-197, e *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995, p. 278-282). O autor refere ainda o conjunto das “liberdades sócio-económicas” como direitos especiais de personalidade, onde “preponderam a as liberdades de actividade da força de trabalho, de iniciativa económica, de negociação jurídica e apropriação de bens e sua transmissão” (*idem*, p. 278).

⁽²⁸⁰⁾ BVerfGE 6, 37, citada por DIETRICH JESCH, *Ley e administracion*, trad. M. Herdero, Madrid, 1978, p. 175, em nota.

as liberdades económicas (liberdade de deslocação e emigração — art. 44.º CRP) e direito de livre iniciativa económica (art. 61.º, n.º 1, CRP); como direitos legais de “natureza análoga”, as liberdades de actuação jurídica (sobretudo a contratual e a de livre conformação do conteúdo dos contratos); e como liberdade inominada, reconduzível à tutela geral da personalidade, a liberdade de consumo. A seu tempo veremos a importância que cada um deles assume como princípio interpretativo favorável ao reforço da liberdade de profissão em muitas das suas manifestações.

6.3. O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE PROFISSÃO

6.3.1. Para J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, a liberdade de profissão é “uma componente da liberdade de trabalho”. Os mesmos autores defendem que a “densificação” do conceito de profissão ou de género de trabalho deve ser feita “de forma extensiva”, cobrindo “toda e qualquer actividade não ilícita ⁽²⁸¹⁾” susceptível “de constituir *ocupação* ou *modo de vida*”, abrangendo “as profissões ‘principais’ e ‘secundárias’, as profissões ‘típicas’ e não as não ‘típicas’, as ‘profissões livres’ e as ‘estadualmente vinculadas’, as profissões ‘autónomas’ e não ‘autónomas’” ⁽²⁸²⁾.

Por sua vez, JORGE MIRANDA entende a liberdade de profissão, antes de mais, como “liberdade de trabalho *latissimo sensu*”, compreendendo “positivamente, a liberdade de escolha e de exercício de qualquer género ou modo de trabalho” lícito, “possua ou não esse trabalho carácter profissional (...), permanente ou temporário, independente ou subordinado, esteja estatutariamente definido ou não” ⁽²⁸³⁾.

Em nossa opinião, é necessário decantar um pouco mais a noção excessivamente abrangente que nos é dada pelos citados autores; neste

⁽²⁸¹⁾ Refere J. J. GOMES CANOTILHO (a título de exemplo de tarefa metódica de delimitação do âmbito de protecção de uma norma consagradora de um direito fundamental) que os bens protegidos por esta norma “abrangem apenas as actividades lícitas. (mesmo se elas forem económica, social e culturalmente neutras ou irrelevantes como a profissão de astrólogo), ficando de fora do âmbito de protecção as actividades ilícitas (‘passador de droga’, ‘prostituição’, ‘contrabandista’)” (*Direito...*, cit., p. 614-615).

⁽²⁸²⁾ *Constituição...*, cit., p. 262. Ver, também, a idêntica tipologia no direito alemão de que nos fala ROLF STOBER, com remissão para a jurisprudência do TCFA (*Derecho...*, cit., p. 145).

⁽²⁸³⁾ *Direito...*, v. IV, cit., p. 408.

contexto, parecem-nos ser de aceitar, à partida, as conclusões (mais restritivas) da doutrina alemã relativamente ao art. 12, n.º 1, da Lei Fundamental de Bona, assinalando, designadamente, os limites inerentes à própria noção de profissão. Estes limites seriam identificáveis, desde logo, nas características da estabilidade e da aptidão de uma actividade para constituir a base económica da existência individual — o que implica a subtracção desse âmbito específico das seguintes situações: das iniciativas económicas precárias, das actividades economicamente irrelevantes ⁽²⁸⁴⁾, das situações de “estado”, como o serviço militar obrigatório, e do exercício de cargos públicos (que caem na alçada de outras liberdades fundamentais; respectivamente, as primeiras situações referidas no direito de livre iniciativa económica, as segundas na cláusula geral da personalidade ⁽²⁸⁵⁾, as terceiras na liberdade pessoal e as quartas nos direitos de participação política).

Note-se, todavia, que a característica de estabilidade da actividade profissional (ou, nas palavras de ROLF STÖBER, a característica de “actividade projectada no tempo, e não de forma passageira” ⁽²⁸⁶⁾), se é certo que exclui iniciativas económicas precárias sem ligação entre si, não implica contudo nem o seu desenvolvimento a título *principal*, nem a sua *habitualidade* (podendo ser exercida a título de actividade *secundária* e de forma *descontínua* ou *irregular*).

Um outro aspecto importante é o da restrição do objecto da liberdade de profissão, como liberdade económica que é, a um *facere* do sujeito, e já não à “relação de uma pessoa com as outras relativamente aos bens naturais ou culturais por ela apropriados” (SOUSA FRANCO ⁽²⁸⁷⁾) — o que

⁽²⁸⁴⁾ Dito de outra forma (mais conceptualista): o próprio significado semântico do termo “profissão” implica o ser esta uma actividade “apta a constituir um modo de vida” do respectivo exercente, não podendo tal qualidade deixar de constituir um elemento essencial do conceito jurídico-constitucional de profissão.

⁽²⁸⁵⁾ Não queremos com isto dizer que não consideremos digna do especial regime de protecção constitucional dos direitos, liberdades e garantias uma “profissão não remunerada” (e passe a óbvia contradição nos termos); simplesmente, na medida em que, como vimos, entendemos ter estatuto constitucional um direito geral de personalidade, tais actividades inominadas que se possam (também) considerar como manifestações da personalidade e instrumentos do seu desenvolvimento, mas não sejam abrangíveis pelos direitos especiais da personalidade (como é o caso da liberdade de profissão), deverão cair sob a alçada protectora daquela cláusula geral.

⁽²⁸⁶⁾ *Derecho...*, cit., p. 145.

⁽²⁸⁷⁾ *Nota sobre o princípio da liberdade económica*, BMJ, 355, 1986, p. 12.

a distingue do direito de propriedade e das restantes liberdades “particulares” (288).

6.3.2. Mas não só: constitui uma específica característica da liberdade de profissão, que a distingue das outras liberdades económicas, a sua irreduzível individualidade: ela só interessa aos indivíduos em si mesmos considerados, (JORGE MIRANDA (289), SILVA LEAL (290)), na medida em que a actividade protegida pela norma tem que ser subjectivamente imputável a um indivíduo, a cada indivíduo.

Concretizando um pouco mais: para que uma determinada actividade economicamente relevante possa ser atribuída a um indivíduo como substanciadora da *sua* profissão, e portanto merecer a tutela oferecida pela norma (por esta específica norma, insista-se), só pode ser concebível como “profissão” se implicar uma dedicação imediata, uma entrega *pessoal* e directa da parte do mesmo indivíduo para o seu (dela) desenvolvimento. Os serviços profissionais, quer sejam prestados em regime de trabalho assalariado, quer em regime independente, são sempre serviços *personalizados*; no primeiro caso, tal qualidade, por ser óbvia, carece de demonstração, enquanto que no segundo, constitui ela a característica que em última instância distingue a “profissão comercial” da *fattispecie* “empresa”. Foi precisamente a valorização deste elemento *pessoal* relativamente ao elemento *económico* que esteve na origem “da sua supremacia sobre a liberdade de iniciativa privada” (291).

Enfim, há-que não olvidar a própria etimologia do termo. Ela sugere a condição profissional como resultante de uma escolha pública e livre: a profissão (como a fé...) (292), configura-se, pois, como uma actividade

(288) O que exclui, como diz GÉRARD LYON-CAEN, não só “os ociosos, mas também os que não procuram senão um ganho especulativo” ou que se limitam a gerir o seu património (*Le droit...*, cit., p. 108).

(289) *Iniciativa económica*, em *Nos dez anos da Constituição*, obra colectiva, dir. Jorge Miranda, Lisboa, 1986, p. 73.

(290) *O princípio...*, cit., p. 146.

(291) JORGE MIRANDA, *Direito...*, v. IV, p. 404. A este respeito, diz ainda GÉRARD LYON-CAEN que a actividade profissional “é, certamente, um actividade económica exercida em função de uma retribuição. Mas tratar-se-á de uma retribuição do trabalho, não de uma retribuição do capital. Essa retribuição tem por causa jurídica a prestação fornecida, *l’acte accompli*” (*Le droit...*, cit., p. 108).

(292) Segundo ACHILLE MELONCELLI a palavra “profissão” implica “a assunção da parte de uma pessoa de uma posição face a outros em termos de fé: a profissão é a proclamação de um credo próprio. Profissão deriva, de facto, do latim *profiteor*, *professio*: declaração pública de querer dedicar-se a um dado exercício” (*Le professioni...*, p. 410).

voluntária e publicamente *abraçada* pelo indivíduo, tornando este *públicos* quer a decisão, quer o subsequente exercício profissional “seja na manifestação de facto que implica a dedicação habitual, seja formalmente através de expressões diversas” (293).

Mas importa não ir muito mais além deste tipo de indícios, distinguindo o conceito sociológico do conceito jurídico-constitucional de profissão. Uma boa definição no âmbito daquela ciência (sociologia) é-nos dada por TALCOT PARSONS (294): o da profissão como domínio (conhecimento) das regras e das técnicas necessárias para, “racionalmente”, lidar com determinadas situações ou enfrentar certos problemas, e o de profissional como “autoridade social”, porque detentor desse domínio. É que como observam acertadamente G. ARIÑO ORTIZ / J. M. SOUVIRON MORENILLA, as ilações extraídas de conceitos desse tipo, como a de que só se adquire a condição de profissional pelo decurso do tempo exercitando a respectiva actividade, são considerações meramente sociológicas, que não têm necessariamente repercussões jurídicas (295).

6.3.3. Convirá ainda lembrar que a própria Constituição se encarrega de explicitar que considera sinónimos os termos “profissão” e “género de trabalho”, o que não deixa de ter consequências, a saber:

- a) o não haver lugar à distinção entre “profissão” e “actividade laboral”, sendo de rejeitar considerações como as tecidas por um autor francês, de que existiria “de qualquer modo no absoluto” a “*profissão*” como realidade que suporia “uma certa competência atestada por uma qualificação”, que se distinguiria da simples “*actividade*” “que poderia ser afectada do qualificativo de *assalariada* ou *não assalariada*” (296);
- b) o constituir a consagração da liberdade de trabalho no próprio art. 47.º, n.º 1, CRP uma pressuposição lógica (inafastável), por se consagrar, *mais* do que a liberdade de trabalhar, a *explícita* liberdade de *escolher qualquer género* de trabalho (não nos parecendo feliz, salvo o devido respeito, dizer-se, como GOMES CANO-

(293) G. ARIÑO ORTIZ / J. M. SOUVIRON MORENILLA, *Constitucion...*, cit., p. 100.

(294) Em *Le professioni e la struttura sociale*, em *Società e dittatura*, Bolonha, 1956, p. 19 e segs., citado por FRANCO LEVI, *Libertà fondamentali del professionista ed ordini professionali*, RTDP, 1976, p. 906.

(295) *Constitucion...*, cit., p. 101.

(296) GÉRARD LYON-CAEN, *Le droit...*, cit., p. 109.

- TILHO / VITAL MOREIRA, que ela está “*implicitamente* consagrada na Constituição” por tal decorrer “do princípio do Estado de Direito democrático” (297));
- c) o não haver razão para encetar bizantinas destrinças entre as profissões intelectuais, manuais (ou ofícios), artísticas, etc., como acontece no ordenamento jurídico italiano, face ao imperativo constitucional do exame de Estado profissional, que obriga à identificação das profissões “em sentido estrito” a ele sujeitas (298).

6.3.4. Face ao exposto, e pese, como diz G. LYON-CAEN, a quase impossibilidade de definir abstractamente a profissão (299), sempre diremos, ensaiando uma fórmula muito genérica, que *poderá ser considerada “profissão” de um indivíduo toda e qualquer actividade laboral por este abraçada e exercida, que lhe seja directamente imputável (no sentido do seu desenvolvimento implicar, por definição, uma dedicação pessoal e directa), e que se caracterize ainda por ser lícita, estável e apta a constituir a base económica da sua existência.*

Contudo, esta noção não é em si mesma suficiente para delimitar o âmbito de aplicação do art. 47.º, n.º 1, CRP; é que, como diz J. CASTRO MENDES, “a categoria dos direitos, liberdades e garantias está na geografia jurídica um pouco como os prédios rústicos, os quais se definem por limites e fronteiras” (300), em especial, acrescentamos nós, os “de defesa”, ou “pessoais” (os mais ligados à personalidade), importando por isso identificar os limites (ou, quanto mais não seja, os critérios que permitam a identificação das “pontas extremas”) que separam esta liberdade de alguns dos direitos “vizinhos”, nomeadamente do direito de acesso à função pública e do direito de livre iniciativa económica (301).

(297) *Constituição...*, cit., nota I, p. 261.

(298) Sobre o conceito de profissão no direito italiano, ver BRUNO CAVALLO, *Lo status professionale*, I, Milão, 1968, p. 195-221, e CARLO MAVIGLIA, *Professioni e preparazione alle professioni*, Milão, 1992, p. 9-185.

(299) *Le droit...*, cit., p. 109.

(300) *Direitos, liberdades e garantias — alguns aspectos gerais*, em *Estudos sobre a Constituição*, dir. Jorge Miranda, v. I, Lisboa, 1977, p. 94.

(301) Importaria ainda, noutra óptica, identificar ainda os pontos de junção da liberdade de profissão com outros desses direitos “vizinhos”, como é o caso do seu “cruzamento” com a liberdade científica (no campo específico das profissões academicamente tituladas) e com a liberdade de associação; todavia, tal incursão extravasaria já o âmbito predefinido do presente estudo.

É que não basta extrair um conceito — neste caso o de “profissão” — das normas (isoladas) que o prevêm, para conseguir determinar a extensão e o alcance das referidas normas — isto é, concretamente, do art. 47.º, n.º 1, CRP. Tal indagação ajuda-nos, quando muito, a determinar o âmbito natural do direito, “o círculo potencial e expansivo” deste ⁽³⁰²⁾; pelo que importa ainda delimitar o seu âmbito jurídico. Ora, o âmbito jurídico é já, como diz MANUEL AFONSO VAZ, o resultado das “*restrições constitucionais* (expressas ou implícitas) ao conteúdo “natural” do direito” ⁽³⁰³⁾. Aquele resulta da própria “consagração constitucional”, que introduz por si só “limites ou restrições ao conteúdo natural”, de *limites ou restrições imanentes* que decorrem da Constituição no seu todo. O âmbito jurídico do direito é, pois, um âmbito já integrado e conciliado no “sistema de valores jurídico políticos expressos na Constituição” ⁽³⁰⁴⁾.

Ou seja, a distinção entre a liberdade de profissão e os direitos de acesso à função pública, de livre iniciativa económica, bem como a sua conexão com a liberdade científica, é tarefa que releva ainda para a própria “con(figuração) constitucional” do direito, para a definição dos “contornos de consagração constitucional de um direito preceituado na Constituição” (MANUEL AFONSO VAZ ⁽³⁰⁵⁾).

CAPÍTULO VII

LIBERDADE DE PROFISSÃO E LIBERDADE DE EMPRESA

7.1. O CONCEITO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE “EMPRESA”

7.1.1. Tratemos primeiro de averiguar os traços comuns à liberdade de profissão e à liberdade de iniciativa económica.

Constitui a comum matriz de um e outro direito, o direito geral de personalidade, que se desdobra num princípio constitucional de liberdade (de actuação) extensível a toda a actividade produtiva, e que constitui fundamento, aliás, da ordem liberal da economia e da sociedade consagrada na

⁽³⁰²⁾ MANUEL AFONSO VAZ, *Lei...*, cit., p. 317.

⁽³⁰³⁾ *Lei...*, cit., p. 316-317.

⁽³⁰⁴⁾ *Ibidem*.

⁽³⁰⁵⁾ *Lei...*, cit., p. 315-327.

Constituição — assumindo assim igualmente um cariz institucional. Independentemente de se configurar na legislação ou na realidade social como "empresa" (actividade económico/empresarial) ou como "profissão" (actividade profissional), a actividade — quer a (estritamente) *individual*, quer a *consociada* — no domínio da produção é hoje objecto de uma genérica protecção constitucional, como garantia institucional, certamente, mas, no que nos importa, também e sobretudo como liberdade individual radicada na ideia de dignidade da pessoa humana ⁽³⁰⁶⁾.

Assim, e seguindo de perto a sistematização de A. SOUSA FRANCO ⁽³⁰⁷⁾ e MANUEL AFONSO VAZ ⁽³⁰⁸⁾, ambas as liberdades económicas constituem possibilidades de livre expansão da personalidade, em actos com conteúdos e fins económicos; em actos quer materiais (liberdade de actuação material), quer jurídicos (liberdade de actuação jurídica: liberdade negocial unilateral e, sobretudo, liberdade contratual; para M. AFONSO VAZ, “liberdade de contratação” ⁽³⁰⁹⁾). Nas suas expressões nucleares, elas são: a) liberdades individuais, tal como a liberdade pessoal (em sentido estrito — art. 27.º CRP) e as liberdades cultural, científica e técnica (art. 42.º CRP); b) liberdades de produção (“todas as iniciativas relativas à criação dos meios e formas de satisfação de necessidades”), que se concretizam, à partida, quer na liberdade de criar empresas, tanto “colectivas (com ou sem personalidade jurídica) como individuais” — que são “a forma típica de organização produtiva, marcada pela diferenciação dos factores de produção” —, quer na liberdade de actuação das mesmas ⁽³¹⁰⁾.

Ambas são, pois, liberdades (económicas) individuais, constituindo projecções da autonomia privada em actividades produtivas (no que se refere à liberdade de profissão, designadamente, quando esta se inicie e se exerça pelo direito de estabelecimento). Constitui sua comum dimensão o direito de escolher e exercer uma determinada actividade económica (no sentido de actividade economicamente avaliável). Nas palavras de A. SOUSA

⁽³⁰⁶⁾ Sediada, como vimos, no art. 1.º CRP, e concretizada nos preceitos materialmente constitucionais do Código Civil que consagram um direito geral de personalidade e os princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual.

⁽³⁰⁷⁾ Em *Nota sobre o princípio da liberdade económica*, BMJ, n. 355, 1986, p. 11-40.

⁽³⁰⁸⁾ Em *Direito...*, *ob. cit.*, *loc. cit.*

⁽³⁰⁹⁾ *Direito...*, *cit.*, p. 157.

⁽³¹⁰⁾ SOUSA FRANCO, *Nota...*, *cit.*, p. 15. Releva aqui a pessoa humana na sua dimensão espiritual ou intelectual como causa da específica protecção, e portanto, verifica-se um paralelismo da actividade profissional como “produto do espírito”, na sua irredutível individualidade, com as liberdades de criação artística, cultural, científica e técnica.

FRANCO ⁽³¹¹⁾, "designadamente constituindo e gerindo" uma unidade autónoma "de produção"; enquanto que por sua vez MANUEL AFONSO VAZ fala ainda, relativamente à liberdade de empresa, em "liberdade de investimento ou de acesso" (que o mesmo autor consubstancia num "direito à empresa" ⁽³¹²⁾).

E, enfim, são faculdades integrantes de ambos os direitos, como expressões que são, um e outro, da autonomia privada nas actividades produtivas, como diz ainda SOUSA FRANCO ⁽³¹³⁾: *a*) a livre disposição do próprio trabalho como factor de produção; *b*) a livre disposição dos restantes factores de produção (e quando esta não se consuma no mero exercício do direito de propriedade); *c*) a livre organização da produção (de todos os factores de produção ⁽³¹⁴⁾). (para MANUEL AFONSO VAZ, "liberdade de organização", que com a "liberdade de contratação" constituem no direito de livre iniciativa económica as "liberdades de empresa" ⁽³¹⁵⁾).

Face ao exposto, parece não haver margem para subsistir uma diferença substancial entre o objecto de ambos preceitos; ou seja, um e outro direito tutelam a actuação económica individual como projecção do princípio da autonomia privada nas actividades de produção e distribuição de bens e de prestação de serviços. Uma e outra norma, garantindo direitos subjectivos, são, contudo, também, princípios: as restrições impostas pelo interesse colectivo e as inerentes à capacidade fazem da liberdade de escolha de profissão "também um princípio", porque, como ensina J. J. GOMES CANOTILHO, o mesmo é dizer que "na medida do possível, deve assegurar-se o direito à liberdade de escolha de profissão" ⁽³¹⁶⁾. O mesmo se diga da liberdade de empresa: é idêntica a estrutura da respectiva norma consagradora (art. 61.º, n.º 1, CRP).

7.1.2. Façamos, contudo, um esforço para detectar possíveis diferenças.

Podemos começar pela própria noção de empresa ⁽³¹⁷⁾, recordando que ela se reporta a uma realidade que é fruto do capitalismo industrial (e do

⁽³¹¹⁾ SOUSA FRANCO, *Nota...*, cit., p. 15.

⁽³¹²⁾ *Direito...*, cit., p. 157

⁽³¹³⁾ SOUSA FRANCO, *Nota...*, cit., p. 13.

⁽³¹⁴⁾ Naturalmente, as duas últimas faculdades só integram a liberdade de profissão quando esta seja exercida em regime independente.

⁽³¹⁵⁾ *Direito...*, cit., p. 157.

⁽³¹⁶⁾ *Direito...*, cit., p. 544-545.

⁽³¹⁷⁾ Sobre o conceito de empresa, ver por todos JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade (as empresas no direito)*, Coimbra, 1996.

consequente incremento dos capitalismos comercial e financeiro) ⁽³¹⁸⁾. Estes significaram o fim da oficina artesanal como modo de produção, que cedeu o seu lugar à fábrica ou unidade industrial, implicando ainda tão profunda alteração do modo de produção a complexificação das estruturas comerciais e financeiras.

Assim, hoje a maioria das actividades económicas (mesmo as comerciais — veja-se o advento das chamadas “grandes superfícies”) pressupõem a intermediação generalizada de tais organizações, ou seja, de estruturas empresariais, entre a produção e a distribuição e o consumo de bens e serviços (isto é, entre a[s] actividade[s] dos profissionais, assente[s] no princípio da divisão do trabalho, e os consumidores). Contudo, e naturalmente, sobreviveram muitas actividades “personalizadas”: pense-se no pequeno comércio, na agricultura familiar, no artesanato “artístico” ou tradicional, nas muitas pequenas oficinas de tipo industrial, mas fornecendo produtos com pouco valor acrescentado, nas pequenas casas de câmbio, etc. — para além, claro está, das profissões personalizadas por definição, isto é, das profissões liberais.

Com a evolução social, económica e tecnológica muitas dessas actividades. — sobretudo financeiras, mas também industriais — passaram a interferir significativamente com a economia dos países, influenciando as variáveis económicas sujeitas à acção do Estado (criação e circulação de moeda, inflação, etc.). Esta mudança assinala o advento da chamada sociedade técnica, industrial, ou de massas; como explica ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, “em vez da pequena empresa, teoricamente incapaz de influir no mercado, vai surgir-nos a empresa monstro, com possibilidade de introduzir perturbações no mecanismo da concorrência e manipular os preços” ⁽³¹⁹⁾. E “por via disso desponta no grupo social uma organização que, ao lado das relações horizontais com outras empresas idênticas, tem possibilidade de exercer influências verticais de constrangimento ou controlo sobre a ordenação da coisa pública” ⁽³²⁰⁾.

⁽³¹⁸⁾ Até à Revolução Industrial, a actividade humana neste domínio, e à parte o grande comércio, assentava em prestações essencialmente individuais, isto é, em profissões autónomas (profissões liberais e mesteres, artes ou ofícios), sendo os ofícios atomisticamente exercidos em (pequenas) oficinas, por indivíduos isolados ou em pequenos grupos, e não por organizações (no sentido de unidades produtivas não espontâneas, distintas do meio social onde actuem, estruturalmente hierarquizadas, baseadas na divisão do trabalho e cuja dinâmica se deve também ao recurso a outros factores de produção, designadamente a capital e equipamento mecânico).

⁽³¹⁹⁾ *Direito público e sociedade técnica*, Coimbra, 1969, p. 68.

⁽³²⁰⁾ ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito. público...*, cit., p. 68.

Por outro lado, exigências de qualidade e segurança relativamente aos produtos e serviços fornecidos enraizaram-se progressivamente na colectividade. Enfim, razões directamente ligadas às próprias funções do Estado, e também razões mais de ordem pública (segurança, salubridade, saúde, estética, ambiente), foram determinando, umas e outras, mais ou menos espontaneamente (isto é, a par de uma maior ou menor intervenção estadual, directa ou indirectamente orientada, por sua vez, no mesmo sentido), a impropriedade prática do exercício liberal (individual) da produção e/ou distribuição de bens ou serviços, e a extinção (ou mesmo não aparecimento, nas actividades mais recentes) de indivíduos isolados a (pre)dominar (n)a actividade, ou ao menos a ocupar uma cota significativa de mercado ⁽³²¹⁾.

É aqui que começa a poder vislumbrar-se o interesse prático da distinção entre liberdade de profissão e liberdade de empresa: no tipo, dimensão e importância dos interesses estaduais ou comunitários potencialmente conflitantes com cada actividade humana no domínio da produção e distribuição de bens e da prestação de serviços, interesses de amplitude e significado variáveis, de acordo com o estágio de evolução social, económica e tecnológica de cada país.

Diga-se ainda, a propósito, que para a determinação do tipo de interesses gerais em jogo, não é determinante — longe disso — a caracterização jurídica e formal da empresa ⁽³²²⁾, como organização de índole capitalista, sujeita ao direito comercial e ao direito público da economia, sobretudo ao direito da concorrência ⁽³²³⁾. Só é decisiva, pois, para tal efeito,

⁽³²¹⁾ Enfim, o facto de num ramo de actividade deixar de existir a profissão independente, implica que ela se haja decomposto num conjunto de novas profissões sectoriais (agora *subordinadas*, pela necessária integração em estruturas empresariais). E não impede que aqui — num segundo plano — se não (re)coloque de novo a problemática da liberdade de profissão: veja-se se os casos de exigência de verificação pública da idoneidade técnica e/ou moral dos dirigentes propostos (restrições ao acesso às profissões de administrador, gerente ou director técnico de empresas desse ramo de actividade), nos procedimentos autorizatórios a que tenham que se submeter as empresas candidatas a operar no sector em causa.

⁽³²²⁾ Incluindo portanto o requisito da forma jurídica societária, com excepção talvez da exigência da adopção da forma de sociedade anónima.

⁽³²³⁾ Não pode pois constituir um critério seguro a distinção que nos é proposta pelo nosso oitocentista Código Comercial, entre actividades económicas sujeitas ao direito comercial e actividades não sujeitas ao mesmo direito, designadamente nos termos dos arts. 13.º e 230.º, § 1 (com base nos quais se não considera que façam do comércio profissão os profissionais liberais — implicitamente — e, explicitamente, os artesãos). Como observa JORGE M. COUTINHO DE ABREU, “as empresa artesanais são normalmente pequenas

a nosso ver, a eventual exigência, para o acesso a determinadas actividades económicas, do preenchimento de certos requisitos objectivos a todos os que queiram operar nesses ramos de actividade: designadamente, da disponibilidade, por parte do(s) candidato(s) ao seu exercício, de consideráveis meios técnicos e financeiros próprios da organização empresarial (os tais outros factores de produção: para além dos recursos humanos adequados, ainda capital social elevado, caução, instalações e equipamentos adequados, etc.) ⁽³²⁴⁾.

Subsiste em tais regimes legais, normalmente, uma margem de maior ou menor discricionariedade administrativa na apreciação dos requisitos (em princípio da chamada discricionariedade técnica, mas por vezes também de discricionariedade administrativa ou “pura”, sobretudo no sector financeiro); por outro lado, o sistema de autorizações, mesmo excluindo uma apreciação discricionária ou “subjectiva” ⁽³²⁵⁾, pode exigir ainda a verifi-

empresa”, residindo nesse facto “uma das razões por que elas não são qualificadas de comerciais”. Acontece que “no campo jurídico-mercantil, são comerciais tanto as grandes e médias empresas como as pequenas — e comerciantes tanto os grandes e médios empresários como os pequenos (os pequeníssimos taberneiros, merceiros, etc., etc., são comerciantes)”, podendo inclusive “haver comerciantes sem empresa” — não constituindo hoje o critério legal fixado no século passado um critério racional e justo mesmo para efeitos do próprio direito comercial (*Da empresarialidade...*, cit., p. 96-97).

⁽³²⁴⁾ Assim, o primeiro confronto que se impõe é, ao tempo da restrição legal, entre tal actividade (averiguando da sua configuração social como uma profissão — isto é, como uma actividade económica predominantemente individual — ou já não), e o tipo de restrição; por conseguinte, as exigências de preenchimento de requisitos objectivos terão que ser primeiramente consideradas nessa óptica — o que pode tornar desde logo problemática a própria natureza objectiva das restrições, caso se conclua pela configuração profissional ou individual. Mas caso a actividade, unitariamente considerada, não corresponda a uma profissão socialmente definida e enraizada, haverá que sobrepor diferentes planos de restrições às actividades produtivas: num primeiro plano, porque subsistente tão só na esfera individual, e quanto ao acesso a essa actividade, uma liberdade *de empresa* (e não *de profissão*) as restrições serão restrições àquela liberdade, e não a esta.

E só num segundo plano é que se (re)colocar, pois, a problemática da liberdade de profissão — incidindo apenas a protecção constitucional quer sobre as plúrimas profissões subordinadas que compõem os recursos humanos da empresa (desde a de administrador ou gerente até às dos quadros técnicos), quer sobre eventuais profissões liberais que continuem a orbitar à volta desta, designadamente das que ainda se possam interpor no circuito de distribuição (entre a produção — os bens e serviços produzidos por tais empresas — e o consumo destes).

⁽³²⁵⁾ Passe a impropriedade de tal qualificativo relativamente ao poder discricionário...

cação de pressupostos de todo estranhos à entidade que se proponha a operar no sector, em nada podendo esta contribuir para a sua verificação.

Assim, a admissibilidade em abstracto de tal tipo de restrições (pensadas para organizações) parece ter que depender, desde logo, de uma prévia verificação se tal actividade não é, tradicionalmente exercida por indivíduos, ou pequenas unidades, em regime liberal, num esquema socialmente enraizado e aceite. É claro, voltamos assim ao critério da personalização dos serviços profissionais, que é, reconheça-se, por demais vago. Muitas situações não conseguirão sair da zona de indefinição. Para certa profissões comerciais profundamente enraizadas na comunidade, e legalmente regulamentadas (por este ou aquele motivo), é fácil a sua qualificação nos termos referidos: é o caso das que se traduzem numa prestação de serviços *imateriais*: mediadores imobiliários, correctores de seguros, etc. ⁽³²⁶⁾. Também as actividades reconduzíveis ao arcaico § 1.º do art. 230.º do Código Comercial (que subtrai à categoria do comerciante “o artista, industrial, mestre ou oficial de ofício mecânico que exerce directamente a sua arte, indústria ou ofício, embora empregue para isso, ou só operários, ou operários e máquinas”) se presumem abrangidas pelo art. 47.º, n.º 1, CRP. E é ainda obviamente o caso das chamadas profissões liberais, ou, para sermos mais precisos, das profissões intelectuais protegidas.

Mas as pequenas empresas (as empresas comerciais comuns, as industriais, as agrícolas e mesmo as artesanais levantam problemas de qualificação ⁽³²⁷⁾, que forçosamente se terão que colocar previamente face a cada restrição legal, para averiguar da sua *adequabilidade* ⁽³²⁸⁾. Não pode-

⁽³²⁶⁾ G. LYON-CAEN, *Le droit...*, cit., p. 117-118. Note-se contudo que a nova legislação reguladora da actividade de mediação imobiliária parece apontar para a supressão do tradicional carácter individual do exercício desta actividade.

⁽³²⁷⁾ Fala G. LYON-CAEN, a este respeito, na oposição “que separa a grande empresa da pequena”: teríamos “de um lado a P.M.E. — a empresa artesanal, a empresa familiar na agricultura” a par do “advogado ou do médico exercendo a título individual”, e do outro “as empresas constituídas sob a forma de sociedades comerciais e empregando uma mão-de-obra numerosa”, separação que o direito fiscal, por exemplo, já teria em conta. Considera ainda o mesmo autor que tal cisão “não deixa de ter incidência sobre a noção de trabalho não assalariado”; este aqui seria “sem dúvida reservado no futuro àqueles que exercem uma profissão *peçoalmente*” (*Le droit...*, cit., p. 115). Chama entre nós a atenção para o mesmo problema (circunscrevendo contudo a problemática essencialmente à questão do eventual peso excessivo de certas exigências prescritas no direito comercial para os pequenos empresários), JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, cit., p. 96 a 98.

⁽³²⁸⁾ Veja-se, em contrapartida, a situação oposta: aquela em que o legislador prescreve, em determinadas actividades de produção e distribuição de bens e serviços, uma exi-

mos cair no erro de circunscrever as nossas preocupações às profissões (legalmente) protegidas ou reservadas⁽³²⁹⁾. Estas, e de entre elas, as intelectuais, ou academicamente tituladas, são naturalmente as que levantam mais problemas a nível legal (desde logo, por serem já, precisamente, profissões protegidas ou *regulamentadas*). Todavia, a Constituição, como

gência oposta às possíveis restrições que primeiramente mencionámos: proibição de os operadores assumirem uma forma e uma estrutura empresariais, como é o caso das profissões liberais protegidas.

Repare-se que nestas duas hipóteses de restrições legais há-de variar o prévio posicionamento das actividades e profissões envolvidas, consoante o plano em que se situem. Na primeira hipótese, é o próprio direito de exercício liberal da actividade em causa que é retirado, na prática, aos indivíduos, atenta, sobretudo, a natureza dos requisitos legalmente prescritos. Não quer dizer, claro está, que um indivíduo não possa ser o único sócio, ou proprietário do estabelecimento: simplesmente tal actividade desapareceu (ou nunca terá chegado a aparecer) na ordem social, como profissão, ou actividade profissional individual, e as exigências já são por definição desproporcionadas e desadequadas ao exercício individual, estando pensadas e inclusive logicamente concebidas e formuladas para estruturas empresariais.

Já na hipótese das profissões liberais protegidas, como veremos, as restrições às actividades em questão terão que ser consideradas restrições à liberdade de profissão. Em qualquer caso, só nas situações primeiramente referidas, em que o legislador afasta implicitamente a possibilidade do exercício liberal (individual) de uma determinada actividade — não, repete-se, pela mera exigência da forma jurídica societária, mas pela natureza objectiva dos requisitos exigidos, à partida dificilmente compatíveis com a liberdade de profissão — releva, para a determinação do preceito constitucional pertinente, como veremos, a questão da correspondência de tal actividade com uma imagem socialmente consolidada de profissão. O que torna inevitável o recurso a um critério material para distinguir as profissões comerciais livres ou não protegidas das actividades próprias de organizações empresariais (“descartáveis” do exercício individual), pelo recurso ao jogo das “predominâncias” numa distinção “casuística”.

⁽³²⁹⁾ Nestes casos, o legislador prescreve (para actividades que não deixam de ser prestação de serviços) uma exigência simétrica à acima referida: a proibição de os operadores assumirem uma forma e uma estrutura empresariais. Aqui o campo é reservado a indivíduos isolados, a quem será directamente imputada a actividade desenvolvida, para todos os efeitos legais (normalmente a profissionais especialmente qualificados), tendo eles, e só eles, que exercer tal actividade (predominantemente, em regime independente, tolerando ainda a lei que o façam em regime de trabalho subordinado, desde que garantam a preservação da autonomia técnica e, nas profissões mais complexas, da autonomia deontológica). Nas profissões liberais protegidas as restrições legais às pertinentes actividades terão que ser consideradas restrições à liberdade de profissão, estando inclusive liminarmente afastada da esfera individual, em tais actividades, a liberdade de empresa, pelos motivos inversos dos do primeiro grupo de situações já analisado: ou seja, incompatibilidade da forma e estrutura empresarial com a natureza individual da actividade profissional protegida.

vimos, não diferencia entre profissões intelectuais e manuais ⁽³³⁰⁾, ou entre “profissão” e “trabalho”, ou entre “profissões comerciais” e “profissões civis”; todas elas merecem, indistintamente, a protecção do art. 47.º, n.º 1, CRP: todas elas têm, pois, o mesmo enquadramento constitucional.

Voltando à caracterização da *fattispecie* “empresa”, refira-se ainda que o preceito constitucional consagrador da liberdade de empresa parece prever e acautelar rotas de colisão com outros valores, ao conceder ao legislador algum papel conformador do direito. Ao dizer que “a iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros *definidos* pela Constituição e pela lei...”, utiliza termos que vão significativamente mais longe do que os constantes de outros preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias em que o mesmo constituinte autoriza também as restrições legais.

Certamente, alguns direitos e interesses constitucionalmente protegidos continuam a igual distância da liberdade de profissão e da liberdade de empresa, (de)limitando-os a ambos com igual intensidade: são os clássicos imperativos de “ordem pública”, como o “interesse colectivo” da saúde pública, que justificam de igual modo e com igual intensidade a consagração legal da respectiva actuação administrativa de polícia. São eles que dão origem à maioria das profissões protegidas ou regulamentadas.

Mas a actividade empresarial está ainda directamente conexcionada, ou envolvida, em/com outros específicos valores (explicitamente salvaguardados em locais até sistematicamente “próximos” na geografia constitucional, como seus contrapesos), que assim marcam de modo peculiar a liberdade de empresa (bem como o direito de propriedade, aliás), pelo que importa ainda empreender uma análise contextual deste preceito, por forma a identificar os interesse que justificam a menor protecção concedida à empresa pela Constituição.

Na verdade, as liberdades de criação da empresa e de exercício da actividade empresarial, constituindo prolongamentos da liberdade individual,

⁽³³⁰⁾ Não nos parece adequado por isso, no plano constitucional, o conceito de profissão liberal que em contraposição ao conceito de empresa nos é proposto por JORGE M. COUTINHO DE ABREU — a profissão liberal como toda a profissão “que se traduz no exercício habitual e autónomo (juridicamente não-subordinado) de actividades primordialmente intelectuais, susceptíveis de regulamentação e controlo próprios (que incumbem, em boa medida, a associações públicas)” como seria o caso dos “advogados, médicos, engenheiros, arquitectos, economistas, revisores oficiais de contas, etc.” (*Da empresarialidade...*, cit., p. 98-99).

não deixam de assinalar, com a emergência da empresa, o início (lógico) de uma *rota de colisão* com outros direitos e interesses constitucionais umbilicalmente ligados às empresas e à sua actividade⁽³³¹⁾, constituindo a criação da empresa momento qualitativamente relevante (JORGE MIRANDA⁽³³²⁾), na medida em que nesta se *objectiva* a actividade do empresário⁽³³³⁾. Ora, só a existência e "proximidade" constitucionais destes outros interesses e direitos constitucionalmente protegidos, justificam a panóplia de limites e restrições (em abstracto: isto é, quer os actuais, quer os potenciais) que mais ou menos pacificamente se vão admitindo à liberdade de empresa⁽³³⁴⁾. Na verdade, e por definição, esta liberdade económica é hoje conceptualmente indissociável daqueles — veja-se os arts. 60.º, n.º 1, 80.º, 81.º, als. *e* e *l*), 87.º, n.ºs 2 e 3, e 88.º, 102.º e 103.º da CRP, além, evidentemente, de todo o direito constitucional do trabalho⁽³³⁵⁾.

Os estatutos constitucionais quer da empresa, quer da propriedade privada, podem desse modo justificar as particularidades do regime de

⁽³³¹⁾ Inicia-se, com a empresa, um processo inexorável de progressivo esbatimento e secundarização das exigências de protecção da actuação do empresário, à medida que se torna latente o conflito entre os direitos do empresário e *outros interesses* (atinentes à economia do país, e despoletadores dos poderes constitucionais de intervenção do Estado) e *direitos* (dos trabalhadores subordinados e outros) *constitucionalmente protegidos* necessariamente tocados pela realidade empresarial.

⁽³³²⁾ *Iniciativa...*, cit., p. 73, nota 9.

⁽³³³⁾ Na liberdade de empresa temos uma cisão entre "criador" e "criatura". Dá-se uma "objectivação" da empresa: esta é caracterizada pela diferenciação dos factores de produção originariamente ordenados pelo empresário, tornando-se potencial objecto, cada um deles, de um tratamento jurídico autónomo relativamente ao titular/organizador. Entre esses factores, releva, sobretudo, o concurso, para a actividade final da empresa, de outros recursos humanos — isto é, de outros trabalhadores/profissionais, nessa mesma medida igualmente protegidos pela Constituição.

⁽³³⁴⁾ Para restringir a liberdade de empresa (quer para publicizar um sector da economia, ou, um pouco menos drasticamente, para submeter as empresas que queiram operar em tal sector a um regime "autorizatório constitutivo" — tomando, muito vezes, e simultaneamente, precária a sua situação, pela sujeição da autorização a revogação), bastará assim demonstrar a existência de um perigo de lesão ou de interferência grave da actividade em questão, ainda que esta seja "intrinsecamente" privada (ou até *por* ela ser privada), relativamente a qualquer um dos interesse da (vasta) gama de interesses colectivos conexionados com a empresa e com a propriedade — ainda que não cesse por isso, note-se, a obrigatoriedade de respeitar o princípio da proibição do excesso e os outros limites do art. 18.º CRP.

⁽³³⁵⁾ Ver, neste sentido, J. M. COUTINHO DE ABREU, *Limites constitucionais à iniciativa económica privada, Em estudos em homenagem ao Prof. Ferrer Correia*, Coimbra, 1984, p. 411-425.

acesso e exercício a/de actividades como a seguradora, as várias actividades financeiras, os estabelecimentos de ensino particular “homologado”, os transportes públicos de passageiros, as empresas de segurança, etc., e de regimes como o da construção de edifícios e respectivas licenças — vigora aí o sistema das chamadas autorizações constitutivas ⁽³³⁶⁾, diferentemente,

⁽³³⁶⁾ A distinção entre autorizações declarativas ou permissivas, e autorizações constitutivas, em matéria económica é cada vez mais problemática. É que se por um lado se regista um aumento e uma complexificação dos regimes autorizatórios tradicionalmente qualificados como permissivos (sobretudo em função de interesse urbanísticos e ambientais), por outro, por impulso do direito comunitário, uniformizam-se e objectivizam-se as exigências dos clássicos regimes de autorização constitutiva (reduzindo-se substancialmente a margem de discricionariedade que tornava impossível a prévia existência do direito de aceder à actividade em questão); enfim, umas e outras desembocam (e encontram-se) na chamada discricionariedade técnica.

Mas partamos da concepção clássica. Não deixando de ser consideradas actividades lícitas e próprias dos particulares, o legislador pode colocar certas actividades empresariais numa zona cinzenta — não propriamente dominial, ou pública, mas ainda assim numa situação em o Estado acaba por exercer sobre elas poderes de verdadeira disposição (no caso, a própria Administração, pelo exercício de poderes mais ou menos discricionários) — dando origem, por exemplo, ao híbrido direito do planeamento, e, no que ora nos preocupa, às chamadas autorizações constitutivas do direito de empresa (GIANNINI, *Diritto...*, II, *loc. cit.*).

É certo que se trata de actividades próprias dos particulares, em que eventualmente só estes disporão, nos termos do respectivo regime legal, de legitimidade para despoletar o correspondente procedimento de acesso, e de vir portanto a exercer tais actividades. Contudo, o importante é a inexistência prévia do direito de aceder e exercer à actividade em questão (ou do direito de construir, no que se refere à propriedade). Nestes casos, o pretendente é titular de um mero interesse legalmente protegido a exercer aquela actividade — de um interesse reflexo do valor constitucional que a norma legal se destina, prioritariamente, a actuar (agora como interesse(s) público(s) secundário(s) confiado(s) à Administração) à custa da liberdade de empresa ou do direito propriedade.

O direito (e no caso, só faz sentido falar no direito de *exercer*, e não de *aceder*) só nasce, portanto, na esfera do requerente, com a emanação do acto descondicionador legalmente previsto, e nos termos deste — e só a partir de então é que se “reactiva” a protecção constitucional (ainda que, no caso das actividades económicas, eventualmente sujeita à tutela e à orientação do Estado), em virtude da natureza privada ou particular da actividade (o que já não acontece, por exemplo, na hipótese de dominialização do sector e de outorga de concessão, onde só subsiste a protecção legal); constituirá específico fundamento constitucional desta amplitude das restrições legais, e no que respeita à liberdade de empresa (e apesar de se tratar de um direito, liberdade e garantia de natureza análoga), a expressão do art. 61.º, n.º 1, CRP, quando reza que o direito de livre iniciativa económica se exerce “nos quadros *definidos (...) pela lei*”.

Note-se que mesmo nestes direitos fundamentais “enfraquecidos” muitos autores insistem na separação das águas, evitando a figura da autorização constitutiva, quer optem, a mon-

como teremos ocasião de constatar, do que sucede com o acesso às profissões protegidas.

tante, pela concessão, quer optem, a jusante, pela autorização permissiva (ver a qualificação de SANDULLI quanto às licenças de construção, e toda a polémica à volta da chamada "legge-ponte", e ainda as sintomáticas divergências dos autores quanto à qualificação de certos actos como autorização constitutiva ou como concessão constitutiva).

Mas não deixe de se registar, a este propósito, a principal dificuldade de tal esforço classificatório: é que as mais das vezes esta figura esquiua serve para justificar a ocupação, pelo Estado, de uma posição de supremacia num determinado sector de actividade — passando a exercer a Administração sobre os privados, na prática, os mesmos poderes que exerceria nesse sector se o legislador houvesse procedido a uma explícita dominialização da actividade regulamentada, e submetido consequentemente os operadores privados a um regime de concessão. Simplesmente, com tal expediente a Administração apossa-se de igual modo das alavancas desse sector de produção, podendo vir a exercer inclusive um poder de orientação e de revogação da "licença" (situação de precariedade do operador) — mas sem ter que proceder, por exemplo, a quaisquer indemnizações.

Enfim, cremos poder afirmar, como posição de princípio, que o regime das autorizações constitutivas não deve ter lugar quando esteja em jogo uma actividade profissional privada, e consequentemente a liberdade de profissão; mas tal questão só será adiante analisada.

Outro problema (que é até prévio a este): no que se refere aos critérios que presidem à própria delimitação dos sectores de actividade — designadamente à integração de um determinado ramo de actividade económica no sector público — continua a indefinição. É certo que o art. 83.º CRP atribui ao legislador ordinário a faculdade de “determinar” os “meios e as formas de (...) apropriação pública dos meios de produção”. Mas a que critérios deve o legislador recorrer para determinar quais os sectores “apropriáveis”? Veja-se, a título de exemplo, que ninguém contesta a constitucionalidade da reserva pública da produção de tabaco, tratando-se como se trata de um monopólio público unicamente justificável (e justificado) por razões fiscais (ou seja, sem qualquer interesse estratégico, ele subsiste como pura fonte de receitas públicas).

A este respeito, importa, aliás, como já se sugeriu, não dissociar os dois problemas focados: se não subsistem critérios definidos no que respeita à própria delimitação dos sectores de actividade económica publicamente “apropriáveis”, *a fortiori* não subsistirão também nas hipóteses em que o legislador, depois de nacionalizar um determinado sector, prefira deixar actuar (os) operadores privados, recorrendo porém, no momento do acesso, à técnica autorizatória (as ditas "autorizações constitutivas") e no exercício a um sistema de controlo (quando não mesmo de orientação); recorde-se ainda que esta última situação é, quanto à letra da Constituição, também eventualmente subsumível aos já referidos termos do próprio art. 61.º, n.º 1, CRP ("nos quadros definidos pela lei"), que parece ir um pouco mais além do que as expressões normalmente usadas pelo constituinte quando autoriza o legislador a restringir direitos fundamentais.

Enfim, com estas reflexões aproximamo-nos do cerne da questão: como veremos, a chave da razão de ser e da utilidade do art. 47.º, n.º 1, CRP, face ao art. 61.º, n.º 1, CRP, está precisamente na diferença de “conteúdo essencial” entre um e outro direito.

Quanto ao direito de propriedade, e a propósito de algo semelhante à delimitação dos sectores (limite específico à liberdade de empresa), basta atermo-nos, sem entrar na polémica

A mesma diferença projecta-se igualmente no campo das medidas de inibição de exercício de actividade. Esta hão de ter, num e noutro caso, como veremos, diferentes configurações: enquanto que a genérica inibição (quer preventiva ⁽³³⁷⁾, quer repressiva, isto é, como sanção contra-ordenacional) de uma actividade económica a uma empresa enquanto empresa se configura como um medida puramente administrativa, não extravasando, formal e substancialmente, do direito administrativo de polícia, ou de mera ordenação social, já a inibição de uma profissão se aproxima materialmente, quer da medida de segurança criminal, quer da pena restritiva da liberdade pessoal.

7.2. O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DA PROFISSÃO

7.2.1. Enfim, a “profissão” não tem um estatuto constitucional explícito. Mas nem por isso deixa de ser possível deduzi-lo dos princípios (constitucionais) aplicáveis.

Poderemos começar por sublinhar que, em contrapartida (do que ficou dito sobre a actividade empresarial), a profissão, enquanto exercício da liberdade de estabelecimento, consubstancia uma prestação de serviços profissionais em regime independente sem a intermediação de uma empresa em sentido económico — excluindo, pois, material e as mais das vezes formalmente (jurídicamente) a “empresa” como forma hoje típica de organização da produção. Por isso os chamados “serviços profissionais” se limitam a assumir um relevo marginal ou residual no sistema sócio-económico, não o *caracterizando*.

mica que divide entre nós jusprivatistas e juspublicistas sobre a subsistência do *jus aedificandi*, na aceitação aparentemente quase generalizada da constitucionalidade da expressa inexistência de indemnização na servidões *non aedificandi* que decorram de lei.

É intuitivo que tão vagos cenários (e alguns já de duvidosa admissibilidade no que àqueles outros direitos fundamentais se refere) não podem deixar de se considerar intransponíveis, por analogia, para o âmbito da liberdade de trabalho e profissão. Parece não se justificar aqui, do mesmo modo, a existência de um meio termo, ou de zonas de indefinição, de que o legislador ordinário se possa servir, quando (e tomando como referência um qualquer valor acolhido pela constituição) resolva entender que uma actividade humana que se possa qualificar no seu todo como “profissão” tenha que ser restringida. Mas, como já dissemos, tentaremos chegar a conclusões seguras mais adiante.

⁽³³⁷⁾ Referimo-nos às chamadas “medidas de prevenção”, na terminologia da doutrina italiana.

Haverá que sublinhar, pois, que o profissional que exerça a sua actividade em regime independente, ainda que disponha de uma organização ao seu serviço, não se subsume por isso à *fattispecie* "empresa" e correspondente "actividade económica" (campo *próprio* de actuação da empresa). A *natureza individual* da actividade profissional, que se mantém ainda que exercida em regime liberal, significa a existência de uma *ligação pessoal e directa* (sem intermediações) entre o profissional e os seus clientes ⁽³³⁸⁾.

Por essa razão, é secundário o papel da organização que assessoro o profissional em regime de trabalho autónomo (nomeadamente dos empregados e auxiliares), não ocorrendo uma cisão entre a "titularidade" e a "gestão" da organização. Não se desenvolve, pois, sob o impulso do profissional, uma estrutura que funcione por si mesma, cujo funcionamento se processe sem a predominância da prestação individual daquele; constitui o seu trabalho, pois, o cerne insubstituível dos serviços profissionais fornecidos a terceiros ⁽³³⁹⁾ ⁽³⁴⁰⁾. Nas palavra de JORGE M. COUTINHO DE ABREU,

⁽³³⁸⁾ Ou seja, dá-se a impossibilidade prática da emergência de uma organização hierarquizada (em função de um labor colectivo), com um potencial ilimitado de crescimento, que separe o profissional dos seus clientes — de uma organização alicerçada em recursos humanos heterogéneos, que desse modo proporcione ao seu "titular" um poder (social e económico — e emanado do vértice do "pirâmide") sobre (um número relevante de) homens, e susceptível de por si só influir (directamente) na configuração do tecido económico e social da comunidade e/ou nos interesses primordiais do próprio Estado.

Ao invés, com a empresa dá-se uma cisão funcional (ainda que o mesmo indivíduo acumule ambas as posições) entre o gerente ou administrador (simples profissional) e o proprietário (mero titular, agora, de uma posição jurídica estática).

⁽³³⁹⁾ Nas palavras de JORGE M. COUTINHO DE ABREU, a “ ‘eficiência do escritório’ depende basicamente do respectivo profissional liberal” — pelo que, não sendo sequer qualificável como estabelecimento, não é líquido sequer que com a venda de um escritório se transmitam os contratos de trabalho dos mesmos empregados e auxiliares para o adquirente (o autor acaba, contudo, por se pronunciar positivamente quanto a este ponto — *Da empresarialidade...*, p. 106).

⁽³⁴⁰⁾ Note-se que este desenvolvimento da "ideia" de profissão, que parte, essencialmente, da autonomia do profissional (em contraponto à posição do empresário e à realidade empresarial), não se esgotando com eles, deve muito aos tradicionais regimes (publicísticos) das profissões protegidas, que ao consagrar a sua autonomia jurídica, proíbem e assim impedem "artificialmente", com a chamada "reserva legal de profissão", a ocorrência da mudança qualitativa de uma actividade (inicialmente) configurada pela tradição e pela experiência social como profissional (mudança de "imagem": transformação material da uma actividade profissional em actividade empresarial). Contudo, aqui a tradição legislativa é antes de mais causa (material) de uma autónoma protecção constitucional (a do art. 47.º, n.º 1, CRP) de profissões individualizadas ou individualizáveis por essa via, isto é, não como profissões protegidas, mas tão só como "profissões" (materialmente individualizáveis).

“os escritórios, consultórios, estúdios dos profissionais liberais não constituem empresas”, aí avultando “a pessoa dos profissionais (...), não um objectivo complexo produtivo; o conjunto dos instrumentos de trabalho não têm a autonomia funcional nem identidade própria, não mantém idêntica “eficiência” ou “produtividade” na titularidade de terceiro (...); a actividade do sujeito exaure praticamente o processo produtivo (de prestação de serviços)” (341).

E terá que ser distinto por isso, enfim, o posicionamento constitucional do Estado social e intervencionista face a uma e outra realidades. O princípio regulador das profissões é pois, neste caso, o da *neutralidade* — neutralidade do Estado social e intervencionista, mas só beligerante nos confrontos sociais e interventor na economia.

7.2.2. Parece *manter-se*, pois, um princípio de máxima liberdade (só legislativa e administrativamente limitável pelas clássicas razões de ordem pública, conforme, aliás, sugerem os próprios termos do inciso autorizatório do art. 47.º, n.º 1, CRP), por ser a profissão, em si mesma considerada, uma actividade socialmente independente. E a exigência de neutralidade será tanto mais evidente quanto maior for a vocação liberal e intelectual da profissão — vocação que a uma vez independentiza os seus exercentes (económica e juridicamente) quer a montante (do poder patronal) quer a jusante (de trabalhadores contratualmente subordinados) — sobretudo os profissionais independentes (prestadores de serviços) — e assim os subtrai do jogo dos confrontos e das tensões sociais, económicas e políticas do Estado plural e conflitual dos nossos dias.

Conforme se disse acima, o profissional, sobretudo o exercente das profissões liberais mais “definidas”, mesmo quando exerce a sua actividade em regime independente, nunca chega a deter, enquanto tal, um poder significativo sobre outros homens, no seio de uma organização hierarquizada (ainda que seja apoiado por empregados e auxiliares); é que a personalização da produção de bens ou serviços, impossibilita tal conjunto de atingir, em termos de impacto económico, social uma dimensão significativa. Recorde-se ainda que do Estado liberal até aos nossos dias, tais profissões se mantiveram afastadas da organização empresarial, divergindo ainda notoriamente o percurso das suas corporações do das associações de socorros mútuos (mais tarde sindicatos), pela

(341) *Da empresarialidade ...*, cit., p. 102.

manutenção de um rigoroso apoliticismo, numa atitude que, de resto, só lhes granjeou proveitos ⁽³⁴²⁾.

7.3. CONCLUSÕES PROVISÓRIAS

7.3.1. Pois bem, tentámos demonstrar que o constituinte valorou mais a “profissão” do que a “empresa”, por ter considerado a primeira um instrumento mais importante na realização do direito à vida e à felicidade (fazendo apelo à ingénua redacção da constituição americana), e por ser ela ainda, em si mesma, menos susceptível de lesar o interesse colectivo; ou, dito de outro modo, procurámos demonstrar que o constituinte subtraiu a empresa do círculo de manifestações da personalidade mais protegidas porque mais atinentes do que a mesma “empresa” à ideia de dignidade da pessoa humana, suprema matriz da ordem constitucional.

Sendo pensável, pois, a “empresa” como “profissão” do empresário (e como tal protegida, como acontece, por exemplo, com o art. 12, n.º 1, da Constituição alemã), por ser tal manifestação individual “atribuível ao círculo potencial e expansivo do direito” ⁽³⁴³⁾, a nossa Constituição coloca-a fora não, claro está, da protecção constitucional, mas certamente do âmbito *preceptivo* do específico direito consagrado no art. 47.º, n.º 1, CRP.

7.3.2. Mas com o aprofundamento dos conceitos de “profissão” e de “empresa” não resolvemos o nosso problema ⁽³⁴⁴⁾, pelo que nos vemos forçados a levantar algumas perguntas: não entram afinal todas estas considerações no jogo de ponderações a que obriga o art. 18.º, n.º 2, CRP caso a caso, quando em concreto se tenha que averiguar a proporcionalidade das restrições a qualquer actividade económica individual?

E mesmo quando o legislador afaste explicita ou implicitamente a possibilidade do exercício liberal (individual) de uma determinada actividade (levantando-se a questão da correspondência de tal actividade com uma

⁽³⁴²⁾ Nesse sentido, ver MARIANO BAENA DEL ALCAZAR, *Los colegios profesionales en el derecho administrativo español*, Madrid, 1968, p. 28-29.

⁽³⁴³⁾ MANUEL AFONSO VAZ, *Lei...*, cit., p. 317.

⁽³⁴⁴⁾ Não julgamos, de resto, muito produtivas para resolver o quebra-cabeças da distinção entre uma liberdade de empresa e uma liberdade de profissão (sabidamente evitado pelo constituinte alemão), minúcias conceptualistas claramente desadequadas, aliás, à configuração histórica, natureza e grau de abstracção destas liberdades supremas.

imagem socialmente consolidada de profissão ⁽³⁴⁵⁾), não se resumirá tal operação, afinal, a uma averiguação da *adequabilidade* do tipo de restrições que de qualquer modo acabam por incidir sobre um único e mesmo objecto, isto, é, sobre a actividade económica individual assente no princípio da autonomia privada, protegida então indiferentemente quer pelo art. 47.º, n.º 1, quer pelo art. 61.º, n.º 1, CRP?

Enfim, não acontece por isso que sujeitando-se sempre tais requisitos legais ao regime do art. 18.º, n.º 2, CRP, e nomeadamente às exigências, para além da proporcionalidade em sentido estrito e da necessidade, ainda da *adequabilidade*, se torna indiferente a qualidade ou natureza da actividade afectada, por sempre se poder chegar ao mesmo resultado, despidendo-se de efeitos práticos, face àquele regime, o desdobramento da liberdade económica operado pelo constituinte?

Para além da dificuldade que por si só representa o recurso a critérios materiais para distinguir a “empresa” da “profissão” exercida em regime liberal, terá ainda *utilidade*, pois, excluir a actividade empresarial do âmbito de aplicação do art. 47.º, n.º 1, CRP (ou vice-versa: excluir as profissões independentes do âmbito de aplicação do art. 61.º, n.º 1, CRP)?

À partida, assim parece ser. Os preceitos consagradores da liberdade de profissão e da liberdade de empresa sugerem a imagem de dois círculos concêntricos mal definidos, sem uma diferença *qualitativa* entre si, constituindo um e outro barreiras de protecção da liberdade individual de actuação na economia. Só teríamos por seguro, pois, que o círculo menor (liberdade de profissão) seria mais dificilmente transponível pelos poderes públicos, e o maior (liberdade de empresa) o menos fortificado ⁽³⁴⁶⁾, por abranger já o domínio por excelência das organizações económicas, a cujo interesse subjacente — o interesse *conjunto* dos seus directores, promoto-

(345) Com recurso, como vimos, a um critério material para distinguir verdadeiras profissões comerciais das actividades próprias de organizações empresariais, “descartáveis” do exercício individual.

(346) Pode haver condicionamentos recíprocos das restrições legais a uma e outra liberdades. A empresa é hoje, afinal, o genérico pressuposto da profissão (*rectius*, uma condição material de exercício da maioria das profissões modernas): há pois um dependência prática, da liberdade de profissão relativamente à liberdade de empresa; e a situação inversa: a dependência da efectivação da liberdade de empresa (designadamente no se refere à outorga da autorização de funcionamento da empresa) da verificação da condição de estas estarem encabeçadas por profissionais sujeitos a uma habilitação pública (profissões protegidas de administrador ou director técnico de empresas que operem num determinado sector condicionado da economia).

res e restantes agentes — corresponderia uma tutela menos intensa. Tratar-se-ia, pois, de uma simples questão de *profundidade*, tecnicamente abarcável por um só direito.

Mas também não deixa de ser um facto, confirmado pela 2.^a revisão constitucional, que o constituinte quis proporcionar um tratamento diferenciado, não destituído de consequências práticas, consoante estivesse em jogo a profissão de uma pessoa, de cada pessoa individual, ou a liberdade de criar uma empresa e a subsequente liberdade institucional desta. É que no primeiro caso o interesse de referência, podendo não ser *substancialmente* diferente, sempre merecerá uma protecção mais intensa e premente do ordenamento jurídico, por estar *directamente* em causa a subsistência do indivíduo. E não só: também a própria actividade em si mesma considerada, por ser *personalizada* (de crescimento improvável, atenta a experiência social, ou mesmo proibido, como é o caso das profissões intelectuais protegidas), é por definição menos susceptível de lesar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos ⁽³⁴⁷⁾.

A resposta a estas questões, que terá de partir dos pressupostos enunciados, é assunto que nos vemos forçados a remeter para a análise da distinção entre a liberdade de escolha e a liberdade de exercício de profissão, e da questão, com esta conexas, do “conteúdo essencial” desta específica liberdade.

CAPÍTULO VIII

LIBERDADE DE PROFISSÃO E DIREITO DE ACESSO A FUNÇÕES PÚBLICAS

8.1. INSERÇÃO SISTEMÁTICA DO ART. 47.º, N.º 2, CRP; O CASO DO “EXERCÍCIO PRIVADO DE FUNÇÕES PÚBLICAS”

8.1.1. Prosseguindo com a tarefa de delimitar o âmbito de aplicação do art. 47.º, n.º 1, CRP, vamos agora proceder ao seu confronto com o n.º 2.º do mesmo artigo. Defende JORGE MIRANDA, a este respeito, que “a liber-

⁽³⁴⁷⁾ Acresce a esta constatação o argumento metodológico de não ser seguramente a melhor interpretação, sobretudo em sede de direitos, liberdades e garantias, o aceitar uma situação de redundância, admitindo em que um dos dois preceitos está a mais (constituindo tão só uma inócua proclamação).

dade de trabalho e de profissão se traduz no corolário do direito de acesso à função pública” (348). Por sua vez, dizem J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA que o direito de acesso à função pública (art. 47.º, n.º 2, CRP) “surge qualificado, após a 1.ª revisão constitucional” como “um direito de carácter pessoal *associado* à liberdade de escolha de profissão” (349).

Como ponto de partida, acreditamos ser a segunda posição citada a correcta. Começaremos por sublinhar que o art. 42.º, n.º 2, CRP parece pecar por redundância. Na verdade, quer o “direito de acesso à função pública em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso”, quer o correspondente e indeclinável dever assinalado ao Estado é algo já devidamente consagrado noutros preceitos, em locais tão ou mais solenes do que o capítulo onde se insere o novel preceito. Queremo-nos referir, concretamente, ao art. 13.º CRP (que consagra um direito a um tratamento igual face, desde logo, ao Estado legislador, não oferecendo dúvidas a sua natureza de direito, liberdade e garantia, ou quanto mais não seja, a sua natureza *análoga* pela via dos arts. 16.º e 17.º CRP (350)) e ao art. 266.º, n.º 2, CRP (que garante o direito a um tratamento justo e imparcial face ao Estado administrador, dada a consagração dos correspondentes princípios constitucionais — princípios esses que vinculam agora também o próprio legislador, desde logo em matéria de organização e procedimento administrativos).

Todavia, em boa verdade, este artigo deve ser interpretado não pelo que diz, mas pelo que deixa de dizer, na medida em que pretende ser a trave mestra do regime de acesso à função pública. Desde logo, ao consagrar “em regra” a “via do concurso”, já está a admitir a possibilidade de excepções a essa regra que, note-se, os citados preceitos poderiam, por si só, não permitir, segundo um entendimento mais rigoroso — sendo como é o concurso público o processo indicado no sentido de garantir um grau mínimo de transparência nas admissões à função pública.

(348) *Direito...*, IV, *loc. cit.*

(349) *Constituição...*, cit., anot. ao art. 47.

(350) Dizem J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA que a diferença qualitativa está em que agora o princípio da igualdade é elemento constituinte do próprio direito (de acesso à função pública), que assim se torna um *direito de igualdade*. Mas nós cremos que todos os direitos fundamentais são direitos de igualdade, isto é, que qualquer tratamento desigual nos campos da vida por eles abrangidos constituirá uma violação do correspondente direito (*Constituição...*, cit., p. 265).

Mas não só. O mesmo preceito, ao limitar-se a garantir “condições de igualdade e liberdade”, dirigindo-se como se dirige primacialmente ao legislador (não só porque se trata de matéria reservada à lei, como porque para o administrador chega e sobra o art. 266.º, n.º 2, CRP), reduz o direito, na prática, a uma dimensão adjectiva, ou organizacional/procedimental. Significa isto o afastamento da substantiva “liberdade de escolha” (que constitui a predominante dimensão do preceito anterior), subsistindo apenas os direitos à não proibição de acesso, à candidatura aos lugares postos a concurso (uma vez reunidos os requisitos exigidos) e à não preterição relativamente a outro concorrente, se este tiver condições inferiores, ou se a sua nomeação resultar de uma escolha puramente discricionária⁽³⁵¹⁾.

Claro está que esta conclusão seria perfeitamente inócua no que respeita ao ingresso na organização administrativa, ou seja, quando esteja em causa a obtenção de um emprego público — é um lugar comum o dizer-se que não existe um direito subjectivo a obter do Estado um posto de trabalho. Mas ela ganha um pleno significado se entendermos que o preceito abrange todas as “funções públicas” (excluindo, claro, os *cargos* públicos)⁽³⁵²⁾, ou seja, a função pública em sentido amplo ou *objectivo*, o que inclui as profissões consubstanciadoras do chamado “exercício privado de funções públicas”. Não vemos motivos para excluir tais profissões do âmbito de aplicação do preceito: pelo contrário, parece-nos ser essa a razão da sua existência e localização.

Na verdade, funda-se esta nossa opinião, desde logo, na própria inserção sistemática do artigo. Em razão da sua peculiar configuração, é óbvio que ele destoa dos restantes direitos, liberdades e garantias pessoais. É que o direito em questão não é imediatamente um direito de defesa, mas um direito a prestações jurídicas, sendo difícil por isso a fruição integral do regime de protecção oferecido pelo art. 18.º CRP. Mas mesmo que se perfilhe um entendimento diverso (isto é, o ter ele a estrutura própria dos direitos de defesa), o mais lógico não deixaria de ser, ainda assim, a sua inserção no extenso artigo dedicado à função

⁽³⁵¹⁾ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, citando as conclusões do Ac. TC n.º 53/88 (*Constituição...*, cit., p. 265).

⁽³⁵²⁾ Parecem pronunciar-se nesse sentido J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA (“não há razões para contestar que o conceito constitucional corresponde aqui ao sentido amplo da expressão em direito administrativo”); mas ao concretizar mais a sua posição os autores acabam por só mencionar as actividades exercidas “ao serviço de uma pessoa colectiva pública” no âmbito da relação de emprego público (*Constituição...*, cit., p. 264).

pública (art. 269.º CRP — “Regime da função pública”); é que sempre poderia gozar, e na medida do possível, da protecção do art. 18.º CRP pela via, mais adequada à sua peculiar configuração, da qualificação como “direito fundamental de natureza análoga”.

Não é pois, essa a explicação para a localização da referida norma — nem pelo seu conteúdo, nem pela sua estrutura, ele se configura como um direito, liberdade e garantia pessoal; torna-se notório, por conseguinte, o carácter “forçado” de tal inserção. Pelo que teremos antes que procurar o porquê deste acréscimo ao referido capítulo constitucional, na “associação” ao novel direito, especificamente, à liberdade profissional.

Nesta óptica, parece-nos que, não deixando a norma em questão de constituir a trave mestra do regime de acesso a toda a função pública (à função pública no sentido mais amplo desta expressão), a referida “associação” não pode ter sido estabelecida pelo constituinte com o intuito de homogeneizar, ou sequer de aproximar, os regimes de acesso às profissões privadas e à função pública (e muito menos os regimes de “saída” ou cessação de actividade). Diferentemente, parece-nos apontar este acréscimo no sentido de realçar que o elemento identificador da actividade sob que incide o preceito é o ser ela também e ainda, conceptualmente, “profissão”, ainda que *pública*, mesmo que não integrada na organização administrativa — e não o ser uma actividade integrada por definição na mesma organização, como supõem, diferentemente, e de forma inequívoca, todas as normas do citado art. 269.º CRP (provocando alias com isso consequências no sentido inverso do da suposta “associação” de regimes).

8.1.2. Outras razões, e de maior peso, subsistem ainda no sentido dessa abrangência. É que as profissões consubstanciadoras de um “exercício privado de funções públicas” enfermam de uma contradição dificilmente superável, na medida em que resultam de uma fórmula avessa aos princípios da unidade do Estado e da indivisibilidade da soberania (como aliás o revela a própria expressão que as designa): elas constituem resquícios do antigo sistema das concessões reais, anterior ao Estado de Direito.

A título de excepções pontualmente justificáveis, não deixa de ser sustentável a sua compatibilidade com a Constituição, depois de asseguradas, claro, as devidas cautelas (exigindo cada uma dessas excepções, na sua condição de excepção a uma regra essencial do Estado de Direito, uma análise particular): elas justificar-se-ão, sobretudo, quando, por um lado, as funções a desempenhar assentem num elevado grau de conhecimentos técnicos

e científicos, pressupondo uma lata autonomia técnica do profissional responsável, e por outro, e por outro, na medida em que a função pública neles (profissionais) delegada se resume a um mero poder de certificação (ou, para usarmos o termo mais correcto, de *verificação*), concretamente de praticar actos jurídico-públicos simplesmente declarativos, que se limitam a conferir fé pública àquilo que é declarado.

O Estado entende que em tais (raros) casos, a melhor forma (para o interesse público) de levar a cabo uma determinada missão, é ser ela desempenhada por privados ⁽³⁵³⁾, fazendo funcionar os incentivos quer da retribuição variável própria das profissões privadas, quer da (quase) total autonomia face à organização administrativa, repousando, em contrapartida, na garantia que por si só representa a idoneidade técnica e científica do exercente (ou seja, o Estado descansa na mera *responsabilidade profissional* deste último).

Mas como é óbvio, mais do que o acesso à função pública normal (enquadrada na organização administrativa), e este parece-nos ser o argumento mais poderoso para a posição que sustentamos, o acesso a estas profissões liberais “autoritárias” exige por si só garantias reforçadas em termos de “condições” de igualdade, imparcialidade e liberdade. Porque se trata de aceder a uma situação já de si verdadeiramente privilegiada (no sentido ancestral do termo). Impõe-se pois, a realização ou de um concurso público para o preenchimento das vagas abertas, se vigorar o sistema de *numerus clausus*, ou então de verdadeiros exames de Estado (urgindo nesse caso garantias reforçadas que impeçam os profissionais já existentes de interferir no procedimento de acesso à profissão, reforçando o privilégio de que já gozam com a possibilidade de providenciarem ainda eles próprios pelo “fecho” da profissão a novos concorrentes).

Enfim, visto concluirmos que o art. 47.º, n.º 2, CRP abrange (também) as profissões consubstanciadoras de um “exercício privado de funções públicas”, teremos que restringir o âmbito de aplicação do art. 47.º, n.º 1, CRP ao *acesso* ⁽³⁵⁴⁾ às profissões privadas. E extrair dessa conclusão as

⁽³⁵³⁾ Diz ALESSANDRO SANTAGATA que em tais casos “o Estado considera indispensável que certos procedimentos sejam despoletados por sujeitos que — por selecção e capacidade — possam assegurar o prosseguimento dos fins do próprio Estado de melhor forma do que fariam simples dependentes” (*L’ausiliarietà ai poteri statali o pubblici da parte di privati professionisti*, *Foro Amm.*, 1974, II, p. 565).

⁽³⁵⁴⁾ Em sentido amplo, isto é, quer no que toca ao regime do ingresso, quer no que respeita ao regime de “saída”. ou de cessação de actividade.

devidas consequências: designadamente, a inexistência de uma substantiva “liberdade de escolha” *também* das profissões consubstanciadoras de um “exercício privado de funções públicas” (para além, evidentemente, de certas restrições à liberdade de exercício impensáveis para as profissões privadas). Neste aspecto, não podemos, pois, deixar de discordar de J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, quando estes autores afirmam que “o exercício de funções públicas não está sujeito a requisitos materialmente distintos daqueles que condicionam, em geral, a liberdade de profissão” (355).

Repare-se que não divergimos em absoluto da citada afirmação de JORGE MIRANDA, de que “a liberdade de trabalho e de profissão se traduz no corolário do direito de acesso à função pública”. Certamente que as especiais cautelas com os princípios da igualdade, imparcialidade e liberdade no acesso à função pública não relevam apenas para o interesse público (garantia de escolha dos melhores, de acordo com o mérito e as capacidades de cada um); toda e qualquer actividade pública, subsumindo-se como se subsume ao conceito de *profissão* ou *género de trabalho*, não deixa de merecer nessa qualidade a especial tutela que a Constituição concede ao trabalho (designadamente, no próprio art. 47.º CRP, mas também e sobretudo dos arts. 53.º a 59.º CRP), pelo que se impõem cautelas não menos especiais no que respeita à pena de demissão e ao respectivo processo, por exemplo.

Por outro lado, se as simétricas problemáticas do acesso à função pública e da quebra do vínculo (356) não podem ser analisadas à luz da liberdade de profissão, já no que respeita à proibição ou inibição, para o futuro, do exercício de uma concreta actividade profissional, mesmo que pública, não deixam de se nos oferecer fundadas dúvidas (357).

(355) *Constituição...*, cit., p. 264.

(356) Quer da demissão propriamente dita quer da extinção da relação de tipo concessório que subjaze ao exercício privado de funções públicas.

(357) Na verdade, uma hipotética pena perpétua ou por tempo indefinido de exercício de uma profissão privada não é equiparável quer à exoneração da função pública, quer mesmo, pelo menos no plano teórico, à de exclusão de uma Câmara agregadora de exercentes privados de funções públicas (que constitui a nosso ver um mero acto de extinção de uma relação de tipo concessório, similar à da exploração de um serviço público). É que, num e noutro caso, uma coisa é o efeito da quebra justificada do vínculo criado pelo acto de nomeação ou pelo acto de tipo concessório (ainda que tal quebra possa surgir a título de sanção), ou seja, uma coisa é a cessação da actividade, a *saída* em si mesma considerada — e outra coisa é o eventual efeito de inibição de exercício da concreta actividade pública exercida anteriormente à quebra do mesmo vínculo.

Dito de outro modo: se é verdade que o particular nunca adquire, pela positiva, um direito absoluto e permanente “à função pública”, do mesmo modo que não adquire um

Em suma, importa distinguir o âmbito *natural* e o âmbito *jurídico* do direito. Quando começámos por tentar esboçar uma noção de profissão de um indivíduo como “toda e qualquer actividade laboral por este abraçada e exercida, que lhe seja directamente imputável (no sentido do seu desenvolvimento implicar, por definição, uma dedicação pessoal e directa), e que se caracterize ainda por ser lícita, estável e apta a constituir a base económica da sua existência”, este constituiria, entre nós, o âmbito “natural” do direito (M. AFONSO VAZ ⁽³⁵⁸⁾), abrangendo, porventura, e no que respeita quer ao acesso, quer à “saída” ou cessação do vínculo, quer a actividade empresarial, quer ainda as profissões públicas (em sentido amplo).

Contudo, recordemos, o âmbito jurídico do direito, que procuramos delimitar, é “um âmbito já integrado e conciliado naquele sistema de valores jurídico políticos expressos na Constituição”, pelo que a própria “consagração constitucional” introduz, deste modo, “limites ou restrições ao conteúdo natural”. Ou seja, trata-se ainda de um problema de definição dos “contornos de consagração constitucional de um direito preceituado na Constituição” (M. AFONSO VAZ ⁽³⁵⁹⁾). Ora, quer a criação de empresas e o exercício da actividade económico-empresarial, como vimos, quer o acesso (ou a “saída” das) às profissões públicas (em sentido amplo), estão fora do âmbito preceptivo do direito consagrado no art. 47.º, n.º 1, CRP, e portanto da autónoma protecção deste preceito ⁽³⁶⁰⁾. E do mesmo modo,

direito absoluto e permanente a um posto de trabalho numa entidade privada (e por isso excluimos as profissões públicas do âmbito do art. 47.º, n.º 1, CRP), não implica tal asserção a inversa possibilidade de o mesmo particular poder ser, sem mais, destinatário de uma proibição absoluta e permanente de vir a exercer um género de actividade laboral, mesmo que pública. Ora, sendo tal proibição certamente lesiva da liberdade pessoal, e não contendendo ela com o art. 47.º, n.º 2, CRP, parece só poder contender, por exclusão de partes, com o art. 47.º, n.º 1, CRP.

Se se concluir nesse sentido, apenas quando sobrevenha, para além da rotura com a função (pela demissão ou pela extinção da relação de tipo concessório), um efeito inibitório (isto é, uma proibição futura) é que a medida sancionatória contenderá, pois, com a liberdade de profissão. É certo que não é usual nem fácil esta distinção entre o efeito de demissão ou de extinção da relação concessório, e o efeito inibitório “prospectivo”; mas acreditamos na importância pelo menos teórica de tal distinção.

⁽³⁵⁸⁾ *Lei...*, cit., p. 316-317.

⁽³⁵⁹⁾ *Lei...*, cit., p. 315-327.

⁽³⁶⁰⁾ Não deixando, porém, de “reemergir” noutros locais da lei fundamental constituindo aí também, por sua vez valores constitucionalmente protegidos nas suas dimensões próprias, designadamente pelo art. 61.º, n.º 1, CRP (liberdade de empresa) e pelo art. 47.º, n.º 2 (direito de acesso à função pública).

neste particular se distingue ainda a nossa Constituição da Lei Fundamental alemã, pois como também vimos atrás, o art. 12, n.º 1, GG inclui, no seu âmbito jurídico, as profissões públicas de “exercício privado” ⁽³⁶¹⁾.

8.2. AS PROFISSÕES CONSUBSTANCIADORAS DE UM “EXERCÍCIO PRIVADO DE FUNÇÕES PÚBLICAS”

8.2.1. Importa ainda identificar, a título de exemplo, algumas das profissões que acabamos de referir, e cuja exclusão do âmbito de aplicação do art. 47.º, n.º 1, CRP nós sustentamos — isto é, das profissões que consubstanciam um “exercício privado de funções públicas”.

Poderemos começar com a classificação das profissões estabelecida por FERNANDO SAINZ MORENO, de acordo com o grau de intensidade da intervenção dos poderes públicos: “1) profissões livres não sujeitas a regras especiais, mas só às regras gerais do Direito; 2) profissões reguladas por normas legais ou por normas administrativas ditadas com base numa norma legal, cujo conteúdo continua sendo, apesar da dessa regulamentação uma

⁽³⁶¹⁾ Repita-se, importa deixar expressa a nossa dúvida no que respeita já não ao regime de acesso à função pública, mas à suspensão ou exclusão da mesma, quando estas se configurem como uma proibição ou inibição de exercer, para o futuro, todo um *género* de actividade. É que se a inexistência de uma substantiva liberdade de escolha das profissões públicas implica o não contender com esta liberdade, nas sanções disciplinares, o efeito de suspensão temporária ou de demissão de um posto ou emprego na função pública (à semelhança do que sucede com as análogas medidas no direito laboral), já o efeito de *proibição de exercício de função pública* poderá contender com a liberdade de profissão (quer a genérica, quer mesmo a *inabilitação circunscrita ao exercício de um género de actividade, mesmo que seja entendida como função concreta e determinada* — sobre a diferença, ver JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, 1993, p. 169-171).

Infelizmente, as mais das vezes a lei não distingue, ou não distingue com a suficiente clareza, as duas situações: com efeito, uma coisa é a quebra do vínculo de emprego público, ou demissão propriamente dita, e outra a proibição de voltar a exercer aquela função (que só cessa com a reabilitação — reabilitação essa que não constitui um facto jurídico com efeitos opostos à demissão, pois “não determina o reingresso do funcionário no cargo que perdeu, mas apenas lhe confere o direito de voltar a ser para ele nomeado — FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, cit., p. 170). Na verdade, uma vez que qualquer função concreta e determinada, no sentido de categoria ou género de actividade (e não de *lugar*, ou *posto de trabalho*) não deixa de constituir uma profissão legalmente definida, poderá entender-se que uma proibição absoluta e permanente que a tenha por objecto não deixará de contender com o art. 47.º, n.º 1, CRP.

actividade privada; 3) profissões reguladas no sentido de conferir uma natureza de função pública ao seu conteúdo — total ou parcialmente —, mas conservando todavia o carácter de actividade privada, e 4) profissões que se desenvolvem dentro da organização administrativa, isto é, dentro da “função pública” em sentido estrito” (362).

Segundo este esquema, e acompanhando ainda a exposição do mesmo autor, “o ‘exercício privado de funções públicas’ encontra-se no terceiro grau de intensidade, maior, pois, do que a que resulta de uma mera regulação estadual”, o que “a doutrina alemã denomina “*Staatlich gebundener Beruf*” (profissões estadualmente vinculadas — sublinhado nosso), mas “menor do que a que resulta da sua integração na organização administrativa” (363).

De acordo com a concepção tradicional, será uma profissão pública de exercício privado toda a profissão cujo desempenho for integrável no conjunto das funções próprias do Estado. O primeiro (e principal) traço característico deste desempenho é o facto de ele implicar o exercício de prerrogativas de autoridade (em regra, o poder de praticar actos de certificação que gozem de fé pública); nas palavras de F. SAINZ MORENO, “certas actividades que gozam de uma especial eficácia reconhecida pelo Direito ou que se exercitam fazendo uso de poderes que, em princípio, só correspondem aos poderes públicos” (364). Vale aqui, para estas duas situações (cuja distinção entre si não se nos afigura relevante) o conceito de Administração Pública em sentido *formal*, que na definição de ROGÉRIO EHRHARDT SOARES é toda aquela “que se traduz em actos que apresentam determinadas *características externas* que são *típicas* dos actos do complexo administrativo” (365). Entre nós, apresenta esta característica a profissão de Revisor Oficial de Contas (366); e apre-

(362) *Ejercicio...*, cit., p. 1781

(363) F. SAINZ MORENO, *Ejercicio...*, cit., p. 1781

(364) *Ibidem*.

(365) *Direito administrativo*, II (Lições ao 2.º Ano do Curso de Direito do Porto da Universidade Lusíada), Porto, 1991, p. 14.

(366) Diz o art. 33, n.º 1, do DL 422-A/93, de 30-12 (Regime jurídico dos revisores oficiais de contas) que constituiu “competência exclusiva” destes profissionais “a revisão legal de empresas (...)”, de cujo exercício decorre a “*certificação legal* das contas” regulada no art. 37; dispõe o n.º 7 deste artigo que “a *certificação legal* das contas, em qualquer das suas modalidades, bem como a declaração de impossibilidade de *certificação legal*, são *dotadas de fé pública*, só podendo ser impugnadas por via judicial quando arguidas de falsidade”.

Correspondem os citados arts. 33, n.º 1, e 37, n.º 7, daquele diploma, no anterior estatuto dos ROC — DL 519-L2/79, de 29-12, aos arts. 1.º, n.º 1, al. a) (atribuições exclusivas), 2.º, n.º 6 (certificação legal) e 3 (revisão legal).

sentou a de Corrector de Bolsa ⁽³⁶⁷⁾ até 30 de Abril de 1991 (quando se extinguiu a profissão ⁽³⁶⁸⁾); e é o caso ainda, como veremos, dos professores do ensino não estadual parificado ou homologado.

Mas não cremos que a ideia de “funções próprias do Estado” se esgote no exercício de poderes de autoridade.

Assim, constituirão ainda “funções próprias do Estado” os casos em que a própria existência (da profissão) se deva ao facto de ter sido o próprio Estado a “inventá-la”, colocando os seus exercentes a reboque (como simples antecâmara — por definição socialmente dispensável) da organização administrativa, para zelar por interesses ligados ao próprio aparelho administrativo, sob a directa supervisão deste, no desempenho de tarefas idênticas ou complementares às da burocracia. Ou, visto do lado oposto, usando-os como uma simples extensão da actividade administrativa burocrática em exercício “liberal” ⁽³⁶⁹⁾.

Pelo que deveremos recorrer ainda à conjugação de dois outros critérios: do material — tornando-se indispensável recorrer agora à noção que nos dá ainda ROGÉRIO EHRHARDT SOARES de Administração Pública em sentido *material*: a de “conjunto de tarefas e constelação de actos que *materialmente* correspondam à ideia de ‘administrar’” ⁽³⁷⁰⁾ — e ainda do formal/organizacional. É que os próprios aspectos formais/organizatórios podem constituir em si mesmos caracteres definidores da profissão (concretamente, os que marcam a profissão desde que, por obra e graça do legislador, ela nasce como tal), concorrendo com os assinalados aspectos

⁽³⁶⁷⁾ O DL 8/74, de 14-1 (Regulamento da Bolsa) instituía um monopólio das operações de bolsa a favor dos correctores das bolsas de valores, designando-os como (únicos) “intermediários oficiais das operações que nelas tenham lugar” (art. 91, n.º 1); e o art. 112.º prescrevia que “para efeitos de prova em juízo é equiparado a documento autêntico o ‘Diário de registo das operações efectuadas’ (...) bem como as certidões dele extraídas”.

⁽³⁶⁸⁾ O n.º 4 do DL 229-I/88, de 4-7 (modificado pelos DL 39/91, DL 142-A/91 e DL 41/91, de 16-10), transfere a exclusividade das intervenções em bolsa para as sociedades correctoras e para as sociedades financeiras de corretagem, acabando com o exercício da actividade de corretagem “em nome individual” (nos termos do art. 27.º da mesma lei, com a redacção que lhe foi dada pelos citados diplomas). Ou seja, passou-se de um regime de exercício individual de funções públicas para um regime propriamente concessório.

⁽³⁶⁹⁾ Trata-se de actividades profissionais que não supõem propriamente a transferência de funções de autoridade, mas que acabam tão só por se traduzir num regime de privilégio, através de um monopólio legal de uma actividade ao conjunto limitado dos sujeitos privados escolhidos para o efeito pela Administração.

⁽³⁷⁰⁾ *Direito...*, cit., p. 13.

materiais/funcionais para a determinação da natureza pública ou privada da profissão ⁽³⁷¹⁾.

Foi o caso da profissão de Solicitador (com a particularidade da sua ligação não à Administração, mas aos tribunais) ⁽³⁷²⁾, e é ainda o da profissão de Despachante Oficial ⁽³⁷³⁾.

⁽³⁷¹⁾ Como veremos, relevam, de acordo com o critério formal-organizacional, predominantemente, o acto que proporciona o respectivo acesso (um despacho formal de nomeação, de tipo concessório, em regra precedido por concurso público — acto que implica o facto de tal profissional nunca deixar de ser, apesar de tudo, um apêndice do Estado), e o regime da sua actividade, também similar ao da concessão (atribuição do exclusivo da profissão a um quadro fixo de exercentes, a transferência do exercício de direitos públicos e a manutenção, na esfera do Estado, de poderes mais ou menos amplos de intervenção quer incidem directamente sobre o exercício da profissão (normalmente poderes disciplinares similares aos da função pública).

⁽³⁷²⁾ Para não ir mais longe, remontemos ao Estatuto Judiciário de 1944: neste, os solicitadores, apesar de “estarem sujeitos às disposições da lei civil relativas à matéria do mandato judicial e à prestação de serviços no exercício das profissões liberais”, (art. 652.º do Decreto de 23-2-44, Estatuto Judiciário) aparecem mais como auxiliares dos tribunais, preparando as peças forenses e cumprindo tarefas burocráticas noutros “teatros” de operação já fora do alcance da máquina judicial (dado o papel passivo que cabe as tribunais desempenhar), do que propriamente como mandatários forenses de cidadãos para causas de pequeno montante (que também o eram, mas em menor medida).

Com efeito, só posteriormente, com a vulgarização da profissão e o seu enraizamento social, se inverteria a posição relativa desses dois papéis. Diz ZANOBINI, a propósito das similares funções do “procuratore” italiano, que este, “se bem que aja sempre na lide movido pelo *animus defendendi* (...), com a sua actividade prepara, de certo modo, a obra instrutória do juiz, escolhendo com cognição os elementos idóneos de prova e pondo em evidência perante o juiz os que mais convêm à demonstração da sua própria tese” (*L’esercizio...*, cit., p. 349).

São indiciários desse originário estatuto: a situação de “*numerus clausus*” (art. 627.º: “Haverá em cada comarca um quadro de solicitadores, que não poderá ser excedido”), que nunca houve para os advogados; a realização de concursos públicos para o preenchimento das vagas, sujeitos, com as necessárias adaptações, ao regime dos concursos de habilitação para cargos judiciais (§ 4 do art. 636.º); a nomeação pelo Ministro da Justiça (art. 638.º) ou pelos próprios juizes (solicitadores provisionários — art. 646.º); a obrigação de os tribunais terem afixado em lugar público “um quadro com os nomes e moradas dos solicitadores” (o que revela a sua situação de semi-funcionários); e, enfim, o modesto nível das habilitações mínimas exigidas, que os vocacionava mais para tarefas burocráticas neutras, com a finalidade de, indirectamente, descarregar o aparelho judicial, do que propriamente para a defesa do mandante em juízo.

Com a vulgarização da profissão, foi-se alterando progressivamente o respectivo regime legal, no sentido de a tornar totalmente liberal, com um estatuto similar ao da advocacia, o que aconteceu, definitivamente, com o Estatuto dos Solicitadores aprovado pelo DL 483/76, de 19-06 — mantendo-se essa situação no novo Estatuto (aprovado pelo DL 8/99, de 08-01).

⁽³⁷³⁾ Temos aqui uma situação análoga à que acabamos de descrever: o Estado resolveu libertar as alfândegas da tarefa de acompanhar e instruir as empresas no chamado

Estas actividades distinguem-se ainda, a nosso ver, da figura mais conhecida da concessão de serviços públicos, pela conjugação de dois critérios (um positivo e outro negativo): na medida em que assentam na responsabilidade individual ou pessoal do exercente, portanto numa “profissão”, e não numa organização complexa ou numa empresa, de acordo com a distinção acima esboçada, e na medida em que não constituem um “serviço público subjectivo” em sentido estrito, isto é, não se traduzem na realização por privados, investidos para tanto pelo acto ou contrato de concessão, de uma tarefa administrativa de gestão de um serviço público de que seja titular a Administração por atribuição legal ou “com base numa lei” (PEDRO GONÇALVES ⁽³⁷⁴⁾), e “virada para a produção de bens e serviços que a administração pública coloca à disposição dos cidadãos” ⁽³⁷⁵⁾.

Tal distinção não implica que não se verifique, caso a caso, uma maior ou menor aproximação da profissão em questão com a figura da concessão de serviços públicos. Mas sobretudo, num e noutro caso mantêm-se um vínculo ou uma relação estável sempre sujeito a uma quebra ou extinção, quanto mais não seja a título de sanção (vínculo esse mais visível no concessionário, menos visível no exercente privado, onde a “câmara”

“despacho” de mercadorias (na definição do art. 86.º do DL 46 311, de 27-5-65 — Lei da Reforma Aduaneira —, o “conjunto de formalidades a cumprir para que as mercadorias sujeitas à acção aduaneira possam seguir o seu ulterior destino”), bem como da “promoção de quaisquer documentos” com ele conexos, confiando-a (praticamente) em exclusivo aos “Despachantes Oficiais” (art. 426, n.º 4).

Os despachantes são “nomeados” pelo Director-Geral das Alfândegas (art. 453.º). Vigora também um sistema de “*numerus clausus*”, ao sabor das necessidades dos organismos públicos auxiliados. Assim, reza o art. 439.º: que “é limitado e constitui quadros separados o número de despachantes oficiais em cada sede de alfândega”, estando os ditos quadros sujeitos a alterações “pelo director-geral, segundo as necessidades do serviço e sob proposta dos directores das alfândegas” (§ 1). Torna-se óbvia a identidade de tarefas, e a natureza *materialmente administrativa* da actividade destes profissionais pelo disposto no § 2 do mesmo artigo: “Quando, excepcionalmente, as necessidades do comércio o justificarem, poderá haver despachantes oficiais nos postos fiscais habilitados a despachar (...).

Enfim, verifica-se igualmente o sistema de lista no próprio organismo público: dispõe o art. 485.º que as alfândegas detenham o registo actualizado de todos os titulares das cédulas profissionais.

⁽³⁷⁴⁾ PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, Coimbra, 1999, p. 108 e 109. Sobre esta matéria, e em especial sobre a moderna definição de concessão de serviços públicos, ver por todos os referidos autor e obra.

⁽³⁷⁵⁾ ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 5.ª ed., 1955, p. 17 e segs., cit. GUIDO LANDI, *Farmacia*, EdD, p. 841.

ou outro organismo com um papel equivalente substitui o Estado). Em suma, todas as profissões de exercício privado de funções públicas estão sob *publica reservatio*; por conseguinte, elas não são — não *podendo* sê-lo, aliás, as que envolvem o exercício de poderes públicos — estranhas de todo à organização administrativa. Assim sendo, repita-se, através da “Câmara”, dos órgãos pedagógicos e científicos da instituição escolar, etc. — sempre subsistirá um vínculo ao Estado, por ténue que seja, funcionando esses organismos como “correias de transmissão” do mesmo Estado.

Enfim, para além do conteúdo da respectiva actividade, elas apresentam, por isso, normalmente, certos aspectos formais que passamos a enunciar.

Desde logo, o acto que proporciona o respectivo acesso é normalmente um despacho formal de nomeação, de tipo concessório ⁽³⁷⁶⁾, através do qual se estabelece a ligação do sujeito privado a um determinado sector da organização administrativa — aproximando-se assim aquele “da figura do ‘órgão’, ainda que indiferenciado, ou indirecto, do Estado” ⁽³⁷⁷⁾. Este acto é em regra precedido por concurso público; ora, como diz ZANOBINI, a propósito da profissão de notário em Itália, o concurso implica a existência de um certo número de lugares ou vagas taxativamente determinados, excluindo que “aqueles que tenham os requisitos queridos pela lei, tenham um verdadeiro direito” a escolher e a aceder a tal profissão — direito que é próprio de quem se dedica às profissões livres ⁽³⁷⁸⁾.

Também a própria actividade destes profissionais está sujeita a um regime que apresenta notáveis similitudes com o regime da concessão. Nomeadamente, a fortíssima limitação da concorrência pela atribuição do exclusivo da profissão a um quadro fixo de exercentes (solicitadores, no seu regime originário, correctores de bolsa, despachantes oficiais) ⁽³⁷⁹⁾, a trans-

⁽³⁷⁶⁾ Claro está, que estes actos só partilham com os actos de nomeação de funcionários públicos, o aspecto formal da investidura individual em funções públicas; mas tal como as concessões translativas, não admitem propriamente o destinatário no seio da organização administrativa (mantendo ele integralmente a sua qualidade de “particular”), mas antes lhe transmitem poderes ou direitos próprios da Administração; como diz ZANOBINI, implicam precisamente um movimento inverso, de dentro para fora (*Corso di Diritto Amministrativo*, 2.^a ed., Milão, p. 540-541 (citado por A. MARQUES GUEDES, *A Concessão*, Coimbra, 1954, p. 119-120).

⁽³⁷⁷⁾ ALESSANDRO SANTAGATA, *L’ausiliarietà* ... cit., p. 560.

⁽³⁷⁸⁾ *L’esercizio*..., cit., p. 341.

⁽³⁷⁹⁾ Aqui subsiste uma diferença substancial entre a profissão pública de exercício privado e a concessão: é que enquanto esta supõe, em princípio, o não haver concorrência, naquela verifica-se um “oligopólio legal”: a limitação do quadro de exercentes pretende ape-

ferência do exercício de direitos e poderes públicos (correctores de bolsa, revisores oficiais de contas) por acto formal de autoridade (constitutivo, e não permissivo ou declarativo), e a manutenção, na esfera do Estado, de poderes mais ou menos amplos de intervenção quer directamente no exercício da profissão (normalmente disciplinares) ⁽³⁸⁰⁾, quer indirectamente (quando incidam sobre a organização e funcionamento das próprias câmaras) ⁽³⁸¹⁾; estes vínculos não impedem porém que como acontece com as profissões privadas de interesse público e com os concessionários, a actividade seja assumida por conta e risco do profissional.

Vamos assim surpreender, pois, as assinaladas características nos procedimentos de nomeação e, em geral, em muitos dos aspectos dos regimes legais que regulam o exercício destes profissionais (também "liberais") agrupados em "Câmaras" (com ou sem personalidade jurídica) ⁽³⁸²⁾ — que são, pois, ainda, os já citados revisores oficiais de contas e despachantes oficiais, e que *eram* os extintos correctores de Bolsa e, ainda, originariamente, os solicitadores (se bem que, como vimos, com a especificidade da sua inserção na orla do poder judicial do Estado, e não do executivo).

nas limitá-la (ainda que fortemente), e não eliminá-la (pelo contrário, tem-se por benéfica alguma concorrência); ver, a este respeito, a propósito da profissão de notário, ZANOINI, *L'esercizio...*, cit., p. 342.

⁽³⁸⁰⁾ Sobre estas características da concessão, ver MARCELLO CAETANO, *Direito Administrativo*, t. II, 9.^a ed., Coimbra, 1983, rev. e act. D. Freitas do Amaral, p. 1100 e 1109 (poderes e direitos do concedente).

⁽³⁸¹⁾ Estes aspectos organizatórios reflectem a substancial diferença entre as profissões privadas e as de exercício privado de funções públicas. É que nestas últimas tal regime justifica-se, como diz SERGIO BARTOLE, "em razão da natureza pública da actividade profissional prestada pelos exercentes: reconduzida a actividade deste privados ao quadro da substituição do Estado no exercício de funções ou poderes de que este é titular, concebe-se logicamente a possibilidade do Estado organizar discricionariamente e do modo mais congruente com a realização das suas próprias finalidades o exercício de tal actividade" (*Albi...*, cit., p. 948).

⁽³⁸²⁾ Entre nós a doutrina tem associado a designação de "Câmaras" à qualidade de não titulares do grau académico de licenciatura dos seus membros, nos termos dos respectivos estatutos. Todavia, cremos ter sido historicamente determinante para a eleição dessa designação mais o signo da *publica reservatio* da actividade profissional desenvolvida pelos profissionais nelas colegiados do que aquele factor. Com efeito, não só entre nós o termo é normalmente utilizado para designar organizações e actividades administrativas *strito sensu*, como mesmo no direito comparado — onde se poderá ainda ter inspirado o nosso legislador — o único país onde tal expressão é utilizada neste âmbito é a Alemanha, ou seja, o país onde as principais profissões liberais (colegiadas nas *kammern*) apresentam como vimos fortes ressonâncias publicísticas.

Começando por estes últimos, estava previsto, no Estatuto Judiciário de 1944, um “quadro” fixo de solicitadores, prevendo um número bastante reduzido de vagas (num máximo de três em cada comarca ⁽³⁸³⁾). Mas não bastava a abertura de um lugar ou vaga para despoletar o processo do seu provimento: era ainda preciso que o Ministro da Justiça “reconhecesse” (discricionariamente) a sua *necessidade* (art. 627.º, § 4.º). Uma vez dado este passo, era necessário abrir um *concurso público* ⁽³⁸⁴⁾ sujeito, com as necessárias adaptações, ao *regime dos concursos de habilitação para os cargos judiciários*, sendo os melhor classificados no concurso providos nas vagas abertas por um *acto formal de nomeação* do Ministro da Justiça (art. 638.º).

Todavia, o traço mais marcante era o das decisões disciplinares da respectiva Câmara carecerem da homologação do Presidente da Relação da comarca do arguido, tendo este ainda uma verdadeira competência dispositiva na matéria, uma vez que as podia alterar (delas cabendo recurso para o órgão disciplinar *do poder judicial*, o Conselho Superior Judiciário), nos termos do art. 700.º Esta profissão foi concebida entre nós, pois, à semelhança do *avoué*, que integra o conjunto das profissões legais a cujos exercentes o direito francês confere a tradicional designação de *officiers ministériels*; segundo JEAN SAVATIER, o Estado exerce um controlo directo sobre os membros dessas profissões liberais “consideradas como *associadas à gestão de um serviço público*” ⁽³⁸⁵⁾.

Como já se referiu, o legislador do DL 483/76, de 19-6, em consonância de resto com o sentimento socialmente dominante, não encontrando já justificação para manter a profissão sob *publica reservatio*, tornou-a inteiramente privada, transformando a respectiva corporação pública num colégio profissional (que de “Câmara” só manteve o nome) — mantendo-se os mesmos perfis no novo Estatuto do Solicitador (aprovado pelo DL 8/99,

⁽³⁸³⁾ Com a excepção das de Lisboa, Coimbra e Porto (art. 627.º).

⁽³⁸⁴⁾ Aberto a bacharéis em Direito e ainda a indivíduos possuidores das modestas habilitações escolares exigidas para os funcionários judiciais, tendo porém estes últimos que obter aproveitamento em exames promovidos para o efeito pelo Ministro da Justiça (art. 628.º). Note-se que o júri destes exames era completamente alheio à Câmara dos Solicitadores, sendo todos os seus membros nomeados pelo mesmo Ministro (art. 635.º).

⁽³⁸⁵⁾ Segundo o mesmo autor, os *officiers ministériels* “estão colocados sob a vigilância do ministério público. Eles podem ser destituídos pelo Governo. Os seus honorários são tarifados pelo ministro”. Enfim, “os tribunais estão investidos em face deles de um poder disciplinar directo, não exigindo a intermediação do Conselho da Ordem” (*La profession liberale; étude juridique et pratique*, Paris, 1947, p. 67-68).

de 08-01. Assim, o acesso à profissão passou a efectuar-se não através de um acto formal de nomeação, mas pela inscrição no respectivo colégio (art. 63.º); a jurisdição disciplinar sobre os profissionais passou a ser competência exclusiva do mesmo colégio ⁽³⁸⁶⁾.

Os correctores de bolsa eram também “*nomeados* por despacho do Ministro das Finanças” (sujeito a publicação no Diário do Governo — art. 99.º, n.º 1, do DL 8/74, de 4-1), determinando este a abertura de *concurso público* para tal nomeação “sempre” que o considerasse “conveniente” (art. 94.º, n.º 1); tomavam ainda solenemente “*posse* do seu cargo” perante o presidente da respectiva bolsa (art. 99.º, n.º 1). Eram o Ministro das Finanças e a Comissão Directiva da Bolsa dispunham de poder disciplinar sobre estes profissionais, e não a respectiva Câmara (que só tinha a possibilidade de propor àquele órgão a instauração do processo disciplinar — art. 124.º, n.º 1, al. c)); e estavam enfim submetidos, com as necessárias adaptações, ao Estatuto dos Funcionários Civis do Estado (art. 131.º, n.º 1), e sujeitos ao direito criminal comum “nos mesmos termos que os funcionários públicos” (art. 132.º). Enfim, competia ainda ao Ministro das Finanças a aprovação do regulamento interno da Câmara dos Correctores (art. 121.º e segs.)

O n.º 4 do DL 229-I/88, de 4-7 (modificado pelos DL 39/91, DL 142-A/91 e 41/91, de 16-10), transferiu a exclusividade das intervenções em bolsa para as sociedades de corretagem, acabando com a profissão (ou com o exercício da actividade “em nome individual”, nos termos do art. 27.º da mesma lei, com a redacção que lhe foi dada pelos citados diplomas); também as atribuições acometidas à Câmara dos Correctores de Bolsa, com a transformação destes entes em pessoas colectivas privadas, foi transferida para o Banco de Portugal e para a Comissão do Mercado de Valores Imobiliários (art. 16.º).

Os revisores oficiais de contas não estão sujeitos a um “*numerus clausus*”, e nenhuma autoridade tem o poder de denegar o acesso à profissão por “saturação” do mercado, ou por quaisquer outras razões alheias à capacidade e vontade do candidato. E não são investidos nas suas funções por um despacho formal de nomeação.

⁽³⁸⁶⁾ Contudo, a avaliação da aptidão dos estagiários, compete a uma comissão de quatro membros (um juiz nomeado pelo Conselho Superior da Magistratura, um secretário das finanças nomeado pelo Director-Geral das Contribuições e Impostos e um conservador ou notário nomeado pelo Director-Geral dos Registos e Notariado) dos quais só um é designado pela Câmara dos Solicitadores.

Mas segundo o regime anterior (fixado pelo DL 519-L2/79, de 29-12) ⁽³⁸⁷⁾, o “acesso à profissão” (cap. I) operava-se pela inscrição numa ‘lista dos revisores oficiais de contas’” organizada e mantida, não pela Câmara dos ROC, mas por uma “comissão de inscrição” (art. 56.º) composta por cinco membros, três dos quais nomeados pelo Ministro da Justiça (três juizes), um (inspector de finanças) pelo Ministro das Finanças, e sendo o último, enfim, designado pela Câmara; esta comissão era ainda secretariada por um secretário judicial requisito pelo Ministro da Justiça (art. 57.º). A mesma Comissão de Inscrição estava sediada no Tribunal da Relação de Lisboa, sendo-lhe atribuída a título de competência exclusiva tudo o que respeitasse ao processo de inscrição dos candidatos, bem como à organização e actualização da Lista (arts. 56.º a 62.º).

Esta inscrição não era, pois, um simples registo com efeitos declarativos, mas um acto constitutivo de um *status* semi-“funcionarial” praticado por um órgão estadual, directamente dependente do Ministro da Justiça. Enfim, o Estatuto não era explícito nesse ponto, mas deduzia-se que da inscrição na “Lista” resultava automaticamente a condição de membro da Câmara do profissional investido.

O candidato à profissão, para poder requerer a inscrição na “Lista”, tinha que realizar um estágio de três anos (arts. 63.º a 67.º), e submeter-se a um exame (de Estado) (arts. 68.º e 69.º) cujo júri, nos termos da Portaria n.º 271/85, de 10-5 ⁽³⁸⁸⁾, era composto por seis membros, nomeadamente: pelo presidente da Comissão de Inscrição (que presidia ao júri, tendo voto de qualidade), por três ROC propostos pela respectiva Câmara, e por dois professores universitários designados pelo Ministro da Justiça. Todo o júri era nomeado por despacho deste Ministro.

Enfim, uma nota importante para a configuração pública da profissão, que o novo estatuto manteve (no seu 54.º artigo), era o dever que expli-

⁽³⁸⁷⁾ O estatuto dos revisores oficiais de contas foi recentemente alterado pelo DL 422-A/93, de 30-12.

⁽³⁸⁸⁾ Nos termos do art. 69, n.º 2, “a composição do júri, bem como as matérias, os trâmites e, em geral, a regulamentação do exame” eram fixados no “regulamento de exame”. Simplesmente, este era necessariamente um regulamento do Governo, pois sendo então a Câmara dos Correctores qualificada pelo art. 114.º (“Natureza”) como uma pessoa colectiva de “direito privado e utilidade pública”, essa natureza excluía liminarmente qualquer poder público que não lhe estivesse expressamente delegado pelo legislador — e só lhe eram atribuídas, como competências regulamentares, as de “estabelecer normas e princípios de ética profissional” e de “definir normas e esquemas técnicos de actuação profissional” (art. 119.º, als. *k*) e *l*)).

citamente impendia sobre os Revisores de “aceitar e desempenhar... os cargos” para que fossem eleitos (ou designados pela Câmara), “salvo justificação atendível”, incorrendo em responsabilidade disciplinar em caso de incumprimento (art. 85.º).

Como se disse acima, os Revisores conseguiram uma alteração significativa do seu regime; o citado DL 422-A/93, de 30-12, veio transferir para a Câmara dos Revisores todas as competências que detinham a Comissão de Inscrição e o Ministro da Justiça relativamente às inscrições (arts. 135.º a 137.º), à guarda da lista (art. 21.º, al. c)), e ao exame de acesso à profissão, incluindo a escolha e nomeação dos membros do júri (arts. 133.º e 134.º), transformando assim este último num exame corporativo.

Vigora também um sistema de “*numerus clausus*” para as funções de despachante, ao sabor das necessidades dos organismos públicos auxiliados, concretamente, das alfândegas. Assim, reza o art. 439.º: que “é limitado e constitui quadros separados o número de despachantes oficiais em cada sede de alfândega”, estando os ditos quadros sujeitos a alterações “pelo director-geral, segundo as necessidades do serviço e sob proposta dos directores das alfândegas” (§ 1). Os despachantes oficiais são “nomeados” pelo Director-Geral das Alfândegas (art. 453.º), após um concurso público (art. 441.º) no âmbito do qual têm que realizar (e superar) exames de “provas públicas”, na Direcção-Geral das Alfândegas, perante um júri designado pelo respectivo director-geral

Os despachantes, nos termos do art. 455.º, n.º 7, não podem “ausentar-se do serviço sem licença do director da respectiva alfândega”, tendo o director-geral o poder de alargar o prazo máximo de sessenta dias de licença por ano “em casos devidamente fundamentados”. Compete ainda aos directores das alfândegas avaliar se as necessidades de serviço dos despachantes justificam o recrutamento de novos ajudantes e praticantes (art. 458.º). Segundo o art. 463.º, § 1, a competência disciplinar sobre os despachantes pertence aos directores das alfândegas (e não à Câmara), com recurso para o director-geral, dispondo ainda as mesmas alfândegas de um “registo biográfico de todo os titulares de cédulas” (art. 485.º).

Diz o art. 471.º que “no que respeita à *organização interna* e orientação técnica profissional, a Câmara... depende do Ministério das Finanças através da DGA”; e reza ainda o § do art. 469.º que a recusa (pelos órgãos dirigentes) da Câmara “de inscrição como seu associado de quem se ache já habilitado com o competente alvará emitido pela DGA (...), será passível de procedimento disciplinar, tendo competência para aplicação da pena o Ministro das Finanças”.

Para além destas profissões agrupadas em “Câmaras”, importa referir ainda uma outra: a de professor do ensino privado homologado ou “parifcado”.

Com efeito, toda a prestação de ensino enquadrada nos graus, planos de estudo e programas supervisionados e sancionados pelas autoridades educativas, a qualquer nível (ensino primário, secundário, técnico-profissional, superior), constitui um *serviço público* (no sentido que é dado a esta expressão pela doutrina italiana desde ZANOBINI, e que entre nós, se promovido por entidades cooperativas ou privadas previamente autorizadas — por autorização constitutiva — corresponde à noção de actividade de *interesse público*).

Mas o ensino, ou melhor, este ensino moldado em planos de estudo e programas mais ou menos estandardizados, titulado por graus de origem e criação estadual, projecta-se ainda em dois distintos momentos: num momento *didáctico*, consubstanciado na própria actividade material de prestação de serviços (de ensino), e que corresponde aos referidos conceitos de *serviço público* ou de (actividade de) *interesse público* (se promovido por entes não estaduais para tanto *autorizados*), e num momento *autoritário*, que se expressa na verificação dos seus resultados, com relevância jurídica geral. Este momento, constituindo uma derivação do poder soberano, consubstancia o exercício de uma inalienável *função pública*, mesmo quando desempenhado pelos professores do ensino promovido por entidades cooperativas ou particulares.

Naturalmente, a actividade de avaliação e de certificação (ou melhor, de *ascertamento* ou *certazione*) dos professores do ensino superior não estadual assume, e em igualdade de circunstâncias com a do ensino superior estadual, uma especial importância, dada a susceptibilidade de utilização dos conhecimentos titulados por tal nível de ensino para fins socialmente relevantes, constituindo pressuposto de efectivação de importantes *status* ⁽³⁸⁹⁾ (entendido este termo no seu sentido correcto, ou actual, isto é, em sentido amplo, e não apenas de fonte de “relações especiais de poder”).

8.2.3. Antes de concluir este ponto, vamos ainda analisar, à luz dos critérios enunciados, as duas profissões liberais mais antigas e mais rele-

⁽³⁸⁹⁾ Designadamente, nos campos profissional (em sentido estrito), da função pública (quer em termos de requisitos exigidos para a admissão a concurso, quer em termos de carreira), e militar (para a determinação do respectivo *status*).

vantes para bens públicos valiosos, como a justiça e a saúde: nomeadamente, a advocacia e a medicina — deixando a análise da profissão farmacêutica para o momento em que nos debruçarmos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Não que a sua natureza privada suscite hoje dúvidas. Fora, como vimos, a indefinição que nos parece ainda subsistir no direito alemão, onde tradicionalmente (desde o século passado) são vistas como profissões com uma forte componente publicística, com base no critério material-teleológico (isto é, pela importância dos interesses públicos tocados pelos seus exercentes ⁽³⁹⁰⁾), em mais nenhum país da Europa, ao que sabemos, existe essa indefinição ⁽³⁹¹⁾. O interesse de uma tal análise está

⁽³⁹⁰⁾ O critério teleológico para a distinção entre público e privado não é certamente o mais rigoroso: hoje quase todas as profissões acabam por apresentar um maior ou menor interesse público, e por isso todas acabam por tocar bens comunitários valiosos. Mas o facto de todas apresentarem um maior ou menor interesse público, não as torna por isso “públicas”, ou, segundo um critério gradualístico, mais ou menos “públicas”.

Recorde-se, todavia, o que acima dissemos a este respeito, acerca do omnipresente e omnicompreensivo conceito de “público” no direito público alemão, designadamente quanto ao facto de este conceito de reportar a toda uma zona de entidades e actividades heterogéneas que se situam entre a esfera do que é genuinamente “estadual” e a esfera do “privado” (dos assuntos e actividades próprios da sociedade): como vimos, a sua latitude no direito alemão transforma-o num saco onde cabem fenómenos tão diversos como a chamada “administração pública sob forma privada”, a administração autónoma, a concessão de serviços públicos, certas actividades com um elevado grau de utilidade e interesse público, etc. Não devemos pois tomar a nuvem por Juno, transpondo conceitualmente para o (nosso) universo do “público-estadual” (segundo o nosso esquema bipartido público/privado) fenómenos que na sua natureza profunda o direito alemão — as próprias doutrina e jurisprudência alemãs — acabam por considerar ainda “privados”.

⁽³⁹¹⁾ Incumbia ao Estado, segundo o texto originário da Constituição, designadamente do art. 64.º, n.º 3, al. c), CRP, “orientar a sua acção para a *socialização* da medicina e dos sectores médico-medicamentais”. Uma interpretação apressada desta norma, mesmo na sua redacção originária, poderia fazer-nos então chegar à conclusão inversa da que defendemos no texto: a de poder constituir tal norma fonte de legitimação de uma lei que tornasse os médicos funcionários públicos, ou que sujeitasse a sua profissão a um regime de tipo concessório, ou de “exercício privado de funções públicas”. Mas como diz JORGE MIRANDA “socializar não equivale, em nenhum caso, nem a nacionalizar, nem a estatizar”, uma vez que “a socialização é a gestão exercida, não pelo Estado-poder, mas a gestão exercida pelo Estado-comunidade ou pela sociedade no seu conjunto (sociedade que, nuns casos, aparece através dos utentes dos seus serviços, e noutros casos ainda através das comunidades locais ou outras comunidades primárias” (*Propriedade e Constituição, O Direito*, anos 109-119, p. 87). Para além disso, afigura-se decisivo o facto de quer a *socialização*, quer a *nacionalização* serem termos que se reportam a meios de produção, e não à pres-

assim mais na oportunidade que ela nos oferece de definir claramente a fronteira entre a profissão consubstanciadora de um exercício privado de funções públicas, e a profissão privada de interesse público (ou mesmo, usando a expressão do Código Penal italiano para qualificar a advocacia e a medicina, de “necessidade pública”).

ZANOBINI, no célebre e supracitado estudo datado do princípio do século, pronuncia-se a favor da qualificação dessas profissões como formas de um “exercício privado de funções e serviços públicos”.

A impropriedade da qualificação da medicina (e em geral das profissões sanitárias, incluindo a farmacêutica, como veremos na análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional) como um “serviço público em sentido objectivo” — e portanto também da expressão “exercício *privado*” (desse serviço), como se de uma situação de excepção se tratasse, graças a um consentimento estadual — é hoje um dado adquirido, por assentar num critério teleológico absolutamente inadequado ao mundo moderno ⁽³⁹²⁾.

Com efeito, no Estado social dos nossos dias, uma gigantesca Administração constitutiva concorre (ainda) com os privados prestando bens e serviços em praticamente todos os domínios da vida. Há certamente uma graduação na valia de cada um dos interesses colectivos cuja satisfação o Estado vai chamando a si, quando se abalança a prestar tais bens e serviços. Mas fora as actividades que poderemos designar como “conaturais” ao Estado, ou, na expressão de R. EHRHARDT SOARES, “supinamente estaduais”, como “a defesa, a administração da justiça, as relações interna-

ção individual de serviços. Isto é, aquela norma, mesmo na sua redacção originária, mais do que permitir, impelia o legislador a socializar as instituições de saúde (os hospitais, as clínicas e as casas de saúde) — e não os próprios médicos como profissionais liberais “de porta aberta” ou “exercício público”.

De qualquer forma tal questão foi ultrapassada pela 4.^a revisão constitucional (de 1997): o mesmo preceito impele agora o Estado a “orientar a sua acção para a socialização *dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos*” — e não já dos próprios sectores de actividades de prestação desses cuidados.

⁽³⁹²⁾ ZANOBINI, excessivamente influenciado pela doutrina germânica de então (LABAND, TRIEPEL), e cuja influência aliás ainda hoje se faz sentir na Alemanha, como vimos (sobretudo no que respeita à visão marcadamente publicística da advocacia e da medicina), diz relativamente à profissão médica, que um “primeiro indício da coincidência” da sua função “com os fins públicos do Estado” resultaria do facto de “o próprio Estado, através dos seus próprios órgãos, prover na sociedade os mesmos serviços que provêm os sanitários”; e que um segundo elemento que provaria “o carácter público do serviço exercitado pelos profissionais sanitários “ seria ainda o facto da “lei constituir o exercício das profissões sanitárias em condições de monopólio” (*L'esercizio...*, cit., p. 356 e 358).

cionais, a criação de impostos” (393), e aquelas que a lei expressa e formalmente qualifique como tais (dentro dos limites assinalados pela Constituição), nenhuma outra justifica que a mera intervenção do Estado transforme, por si só, em “serviço público” toda a actividade desenvolvida no respectivo sector (mesmo que sobrevenha e exigência da posse de determinada habilitação para os cidadãos nele poderem operar).

Por isso entendemos não ser aceitável o critério gradualístico defendido por SAINZ MORENO. Este autor, apesar de considerar que “o carácter de ‘função pública’ que se atribui ao exercício da profissão tem uma feição técnica”, não se tratando “de um simples reconhecimento do ‘interesse público’ em que a profissão exista, de que preste serviços à comunidade, mas algo de mais: da sua caracterização como ‘função pública’”, acaba por considerar que no problema de distinguir entre o que é actividade ‘profissional privada’ e o que é ‘tarefa pública’ própria do Estado (...) não se coloca em termos absolutos, porque entre as tarefas estaduais e as actividades próprias dos particulares não há uma ruptura radical, mas antes um campo de gradações” (394).

Mas independentemente do seu acerto nesta matéria, uma tal observação sempre se nos afigura como um lugar comum: é que um tal fenómeno sucede com todas as situações e figuras jurídicas. Há sempre zonas de fronteira, que, no caso em questão, o próprio Estado ou a tradição podem inclusive ir deslocando paulatinamente. Simplesmente, face à existência de uma reserva absoluta de constituição em sede de direitos, liberdades e garantias, e nomeadamente da liberdade de profissão, importa que o intérprete trace em cada tempo histórico uma linha fixa que permita apurar com o máximo de rigor o âmbito preceptivo da respectiva norma, sem com isso prejudicar também o conteúdo essencial de tudo aquilo que é supinamente estadual, e que portanto tem que ser subtraído à liberdade de escolha dos particulares (sob pena de em extremo oposto tornar o Estado refém da sociedade em aspectos por definição inalienáveis).

Todavia importa-nos particularmente o facto da tão autorizada voz de ZANOBINI (e autorizada, sobretudo, nesta matéria) se ter levantado a favor da qualificação da advocacia como função pública de exercício privado, a par do notariado (naquele país uma profissão organizada em forma de

(393) *A Ordem...*, cit., p. 3807.

(394) *(Ejercicio...*, cit., p. 1782).

“exercício privado”) ⁽³⁹⁵⁾. Ainda que, ao que sabemos, quase absolutamente isolada na doutrina italiana (vindo ainda a perder mais tarde e seu interesse na sequência de uma clarificação legislativa no sentido oposto — e nomeadamente com o actual Código Penal), tal posição merece ser analisada, pela inegável pertinência que ainda hoje apresentam os argumentos expendidos.

Para este autor, em primeiro lugar, “o princípio do monopólio a favor daqueles que correspondam às condições queridas pela lei” seria já um “índice do interesse público que se liga ao exercício da actividade profissional” ⁽³⁹⁶⁾. Mas o que seria “decisivo” resultaria do facto dessa actividade profissional ser “circundada pela lei de uma verdadeira competência de direito público”, na medida em que “o ordenamento jurídico exclui que os cidadãos possam recorrer à obra de alguns órgãos do Estado sem se valerem da obra de um profissional forense: em substância, não podem defender-se por si”, o que tornaria “quer a obra do juiz, quer a obra do advogado” igualmente indispensáveis ⁽³⁹⁷⁾.

Parece-nos, em primeiro lugar, que os termos da questão começam por não ser correctamente colocados. É que constitui uma exigência primeira da ordem jurídica, decorrente do direito fundamental à justiça, o Estado não deixar de *garantir* (o Estado legislador, o Estado juiz e o Estado administrador) que nenhum cidadão possa estar em juízo sem ter *assegurada* a sua defesa. O que, diga-se, torna *necessária* a existência de uma defesa, ou, mais amplamente, de uma assistência, se possível a cargo de defensores devidamente preparados — mas não torna por isso *públicos* tais defensores. Como as incapacidades do Código Civil, também esta é imediatamente estabelecida a favor do incapaz, e não do Estado ⁽³⁹⁸⁾.

⁽³⁹⁵⁾ Note-se, porém, que o autor não deixa de reconhecer um substancial distinção entre as duas profissões: diz ele, a tal propósito, que “o carácter dos fins que a função dos notários são destinadas a satisfazer, não deixa lugar a dúvidas: trata-se do fim público e estadual de atestação em forma autêntica dos factos humanos que tenham relevância jurídica”, exercendo “uma série de funções inerentes à administração da justiça, especialmente à jurisdição voluntária, substituindo-se assim às próprias autoridades judiciais” (*L’esercizio...*, cit., p. 341). Refere ainda o mesmo autor que a actividade destes profissionais “é circundada de condições e de normas muito mais rigorosas do que as que circundam a dos outros (profissionais)” (*ibidem*, p. 344)

⁽³⁹⁶⁾ ZANOBINI, *L’esercizio...*, cit., p. 348-349.

⁽³⁹⁷⁾ *Ibidem*.

⁽³⁹⁸⁾ O que nos dá ainda outra pista para abordar o problema: a incapacidade especial (mas nem por isso menos jurídica, como as incapacidades do Código Civil) de quem

Ora, se é verdade que o Estado tem que *assegurar* essa defesa, também é verdade que não pode *impô-la*: se o cidadão preferir escolher um defensor a seu gosto, e não recorrer aos profissionais que para esse efeito o Estado *vinculou* (atribuindo-lhes não uma verdadeira competência, mas ainda assim uma *função materialmente pública*, sejam ou não organicamente funcionários ou assalariados), ele é livre de o fazer, como (constitucionalmente) livres são os advogados não vinculados (ou *livres*, ou *privados*) de corresponder a essa solicitação, e de aceder à barra do tribunal.

Ou seja, o Estado apenas tem que ter defensores (oficiais ou oficiosos) à sua disposição: para que aqueles que precisem de recorrer à justiça para resolver os litígios que tenham com terceiros, e não disponham de meios para tanto, tenham assegurada a sua assistência; e ainda para que os que, mesmo dispondo meios para tanto, sendo acusados de um crime, sejam igualmente assistidos, mesmo que não se tenham dado sequer ao trabalho de procurar defensor ⁽³⁹⁹⁾.

O como vai o Estado dispor de defensores oficiosos, já é uma questão de política legislativa. Pode criar um corpo público “simétrico” ao Ministério Público — uma “advocacia dos pobres”; ou então, optar, como entre nós, por uma solução menos dispendiosa: a de fazer impender, por sorteio, tal incumbência sobre os profissionais forenses em exercício, a título de tributo profissional. E aqui os profissionais desempenham um serviço público, no sentido próprio do termo; simplesmente, porque esporádico, e enquanto esporádico, não é suficiente para caracterizar como tal (toda) a profissão.

Para além disso, o que é verdadeiramente indispensável no nosso ordenamento jurídico, em *ultima ratio*, é tão só que fique garantida a

não é titular de uma licenciatura em direito de se apresentar sem defensor em juízo, não transforma numa *competência* a *capacidade* dos sujeitos que superaram tal incapacidade com a obtenção de uma licenciatura em direito (e que por isso a podem suprir, representando o incapaz).

⁽³⁹⁹⁾ É certo que na primeira das quatro hipóteses, quem tenha meios para contratar um defensor no mercado, está forçado a recorrer a um advogado, não tendo a liberdade de se apresentar, directa e gratuitamente perante o Juiz, verificando-se uma situação de impossibilidade que certamente não foi pensada no seu interesse, mas no do juiz. Nesta situação (não ressalvada pelo legislador) terá pesado, sem dúvida, não tanto o objectivo de garantir uma assistência técnica ao cidadão em litígio (mesmo contra a sua vontade), mas mais o de facilitar a vida ao juiz pela intermediação de um defensor preparado. Todavia, tal situação é residual; não quantitativamente, mas qualitativamente — por excluir as questões criminais e por fazer incidir o ónus, ou as *custas* da assistência forçosa sobre cidadãos não carenciados, em benefício da máquina da justiça.

defesa, e não sequer que essa defesa seja assegurada por um profissional forense; de outro modo não se compreenderiam normas como o art. 330.º, n.º 1, do anterior Código de Processo Penal, (que permitia ao Juiz, em caso de falta do defensor, a sua substituição por “pessoa idónea”, não exigindo que tal pessoa tenha formação jurídica) — o que revela que os seus exercentes são simplesmente auxiliares da Justiça, e não órgãos da administração da Justiça, tornando impossível dizer-se que são “igualmente indispensáveis” as obras do juiz e do advogado.

Recorrendo ainda ao critério material, poderemos dizer que desde sempre, na nossa Civilização, a advocacia foi tida, quer pela sociedade, quer pelo próprio Estado, e no seu conteúdo, como uma profissão intrinsecamente privada — protegida, condicionada, por vezes levando aparelhadas consigo vinculações estaduais, mas privada⁽⁴⁰⁰⁾. Enfim, recorrendo ao critério formal, não se verifica nem no procedimento de acesso, nem nas normas reguladoras da sua actividade, e para além do tributo profissional “em espécie” das nomeações para defesas oficiosas, qualquer outro dos traços típicos das profissões públicas que atrás enunciámos.

Não é de aceitar, portanto, a posição (assumida, de resto, na anterior ordem Constitucional) de AFONSO QUEIRÓ/BARBOSA DE MELO, quando estes autores, citando precisamente ZANOBINI, afirmam que “os médicos e os advogados exercem uma profissão que participa *por natureza*, respectivamente, da função administrativa e da função jurisdicional”, podendo por isso “ambas ser convertidas, sem quebra do tipo personalista do nosso Estado, em serviços públicos”⁽⁴⁰¹⁾.

8.2.4. Depois desta breve incursão pelas profissões públicas de exercício privado, importa reter que não implica tal qualificação que as profissões “públicas” ou publicizadas percam, como “profissões”, a sua “indi-

⁽⁴⁰⁰⁾ Diz ROGÉRIO EHRHARDT SOARES a este respeito que foi precisamente “a compreensão do sentido da advocacia como instrumento de realização da justiça” que sempre impediu, historicamente, a publicização desta profissão: “A civilização ocidental permanece fiel a uma ideia de que a advocacia profissão privada garante um momento equilibrador da afirmação pública da justiça. Trata-se ainda duma daquelas formas subtis de se alcançar uma divisão de poderes social — uma divisão de poderes muito mais importante nos nossos dias do que aquela que a compreensão geométrica dessa ideia nos ofereceu no séc. XIX” (*A ordem...*, cit., p. 3807). No mesmo sentido, diz JORGE MIRANDA que “no contexto do Estado de Direito do Ocidente” a advocacia é por definição uma profissão livre, ou liberal (no sentido de privada); *Direito...*, v. IV, cit., p. 413, n. 2.

⁽⁴⁰¹⁾ *A liberdade...*, cit., p. 245, n. 35.

vidualidade" (tanto maior quanto mais elevado for o grau da sua complexidade técnica e científica) — daí o Estado preferir, algumas vezes, que elas se exerçam em regime liberal, apesar de serem funções públicas ("exercício privado de funções públicas").

Simplemente, no que respeita ao acesso e à manutenção do "vínculo" (não à proibição de exercício, ou "inabilitação" *ex nunc*), tal factor só relevará juridicamente em sede dos princípios constitucionais da organização administrativa, do direito fundamental a um tratamento igual e imparcial de acesso à função pública, e eventualmente da tutela da liberdade científica (tutela do bem jurídico "autonomia científica" — assegurada, entre outros, pelo art. 42.º, n.º 1, CRP) — mas não propriamente da liberdade de profissão. Só assim se explica, aliás, a amplitude que por vezes atingem os poderes da Administração central quer sobre a organização e o funcionamento das Câmaras, quer sobre o exercício da profissão; bem como a amplitude dos poderes sobre a actividade profissional dos seus membros de que por sua vez as próprias Câmaras são titulares (ou seja, é muito mais estreita a articulação destes três planos entre si — Estado/Câmara/profissional — do que nas ordens profissionais) ⁽⁴⁰²⁾.

Pelo que deixa de ter utilidade e sentido discutir os parâmetros de constitucionalidade do respectivo procedimento de acesso à luz do art. 47.º, n.º 1, CRP: por exemplo, se é ou não admissível o sistema de "numerus clausus", ou um sistema de admissão dependente de uma apreciação de necessidade objectivas, ou ainda se — uma vez excluída, claro está, a escolha puramente discricionária — a Administração goza de uma maior

⁽⁴⁰²⁾ Quanto mais próxima esteja a profissão dos interesses ligados ao próprio aparelho do Estado, e quanto mais modestos sejam os conhecimentos técnicos e científicos legalmente exigidos aos profissionais, mais forte é, a esse duplo título, a intervenção da administração central, e mais débeis são os poderes da Câmara sobre o profissional — é o caso dos Despachantes. Ao invés, quanto mais distante esteja a profissão de tais interesses inerentes à organização do Estado, e mais elevados sejam aqueles conhecimentos, mais ténue é a dita intervenção, e mais intensos são os poderes das Câmaras relativos ao exercício da profissão — é o caso dos Revisores. O regime dos Despachantes, atrás referido, é bem revelador dessa situação de dependência; mas no regime dos revisores, importa destacar um poder tipicamente estadual, só concebível nas profissões públicas, mas que em virtude daquela tendência desconcentradora é devolvido à Câmara: o poder de, segundo a al. K) do art. 6.º do DL 422-A/93, de 30-12, "definir normas e esquemas técnicos de actuação profissional" (a Câmara já emanou os "Procedimentos de Revisão", a "Análise dos Controlos Internos", as "Normas e Recomendações Técnicas e o "Regulamento de Controlo de Qualidade").

ou menor margem de apreciação na admissão do pretendente à profissão pública.

Por outro lado, e como sucede com o estatuto da função pública relativamente à pena de demissão, também no plano teórico a possibilidade de exclusão da Câmara, com a conseqüente cessação de actividade não levantará em si mesma os problemas que levanta a exclusão de uma ordem profissional, não postulando por isso, em princípio, os seus procedimentos disciplinares o rigor exigível aos procedimentos disciplinares conducentes à suspensão de exercício das profissões privadas ⁽⁴⁰³⁾.

Também a lei que prevê a pena de demissão da função pública (bem como, teoricamente, a exclusão de uma Câmara), já não se apresenta como restritiva do conteúdo da liberdade de profissão, na medida em que o próprio constituinte subtraiu do seu âmbito natural, no caso, quer o acesso, quer a *manutenção do vínculo* às profissões públicas ⁽⁴⁰⁴⁾.

A admissibilidade de "restrições" à liberdade de aceder (escolher) a uma profissão pública e de manter do vínculo ao Estado (quer nas profissões públicas propriamente ditas, quer nas profissões que consubstanciam um "exercício privado de funções públicas"), não deve ter pois como parâmetro imediato da sua constitucionalidade o art. 47.º, n.º 1, CRP, mas o art. 47.º, n.º 2, CRP; ainda que se trate de "profissões", a impertinência da primeira norma decorre dos limites imanentes que restringem o âmbito

⁽⁴⁰³⁾ A não ser, como vimos, que à quebra do vínculo se siga uma impossibilidade de reingresso em nova oportunidade, isto é, uma verdadeira inibição ou proibição de exercício dessa actividade profissional para o futuro — o que é o que normalmente acontece nos concretos regimes legais — pelo que, partindo de tal base, também não poderá haver uma verdadeira irradiação (definitiva), requerendo-se aqui do mesmo modo um horizonte temporal, por força ainda do art. 47.º, n.º 1, CRP.

Claro está que no caso destas profissões públicas de exercício privado esta diferença, não deixando de existir no rigor dos princípios, acaba por ser meramente teórica, face aos concretos regimes legais, atenta, reconheça-se, a dificuldade de proceder a tal distinção (entre o equivalente ao "lugar" ou "posto" e o género de actividade); pelo que na verdade, e por sua vez, os próprio regimes disciplinares, na prática, terão que se revestir, por sua vez, de cautelas. idênticas às que gozam os processos disciplinares nas ordens profissionais. Por conseguinte, a diferença de âmbitos só é, na verdade, nítida no que respeita ao acesso.

⁽⁴⁰⁴⁾ Contudo, como vimos, o exercente de uma profissão pública, quando esta envolva a posse e a aplicação de conhecimentos técnicos e científicos especialmente complexos, pode merecer uma protecção constitucional face ao Estado — mas já não, directa e principalmente por via do art. 47.º CRP, mas do art. 42.º CRP e dos seus corolários (liberdade científica).

natural da liberdade de profissão (âmbito esse que abrange todas as profissões, não distinguindo entre elas) (405).

Mas, insista-se, não só o legislador não deixa por isso de ter que respeitar os direitos decorrentes das exigências de igualdade, imparcialidade e liberdade impostas pelo art. 47.º, n.º 2, CRP, como estão ainda protegidas pelo art. 47.º, n.º 1, CRP as actividades profissionais públicas objecto, *em género*, de inibição ou proibição de exercício (não, repita-se, a suspensão disciplinar do concreto “lugar” ou posto de trabalho público).

Ora, nesta óptica, as primeiras das exigências que acabamos de referir (as do art. 47.º, n.º 2, CRP) tornam verdadeiramente absurdo, por exemplo, actual regime legal dos revisores oficiais de contas.

Recorde-se, os Revisores conseguiram uma alteração significativa do seu regime: o DL 422-A/93, de 30-12, veio transferir para a Câmara dos Revisores todas as competências que detinham a Comissão de Inscrição e o Ministro da Justiça relativamente às inscrições (arts. 135.º a 137.º), à guarda da lista (art. 21.º, al. c)), e ao exame de acesso à profissão, incluindo a escolha e nomeação dos membros do júri, transformando este último num exame corporativo (arts. 133.º e 134.º).

É óbvio que deixaram de estar asseguradas as condições mínimas de imparcialidade: os próprios revisores passaram a ter a posse legal da almejada chave que abre (e fecha) a porta da profissão, ou seja, a ter as mãos livres para impedir ou dificultar ao máximo o ingresso na profissão de novos concorrentes (406). Mas para além constituir uma frontal violação do princípio constitucional da imparcialidade, um tal sistema, ao implicar a impossibilidade legal da Administração de exercer qualquer controlo sobre a investidura (ou, mais provavelmente, sobre a *não*-investidura...) de novos sujeitos privados no exercício da função pública da revisão e certificação

(405) Também aqui a “valoração” do âmbito de afirmação da liberdade de profissão exclui toda a matéria referente à função pública (em sentido amplo), objecto de autónomo tratamento, aliás, logo no art. 47.º, n.º 2 (e também noutros locais da Constituição); isto é, trata-se ainda de um problema de delimitação dos “contornos de consagração constitucional de um direito preceituado na Constituição” (MANUEL AFONSO VAZ, *Lei..., ob. cit., loc. cit.*).

(406) Três meses depois da entrada em vigor do novo regime (mais precisamente, na primeira semana de Março de 1994), surge uma notícia no semanário “Independente” (de 4-3-94) cujos dizeres dispensam comentários: **“ROC DA PESADA. Ser revisor oficial de contas é cada vez mais difícil. A Câmara dos ROC vai exigir um estágio de dois a três anos só para se fazer exame. E nos exames que estão a decorrer metade dos candidatos ‘chumbou’ logo na prova escrita”**.

legais de contas das sociedades anónimas (e outras entidades), traduz ainda uma completa e definitiva alienação de uma parcela da soberania do Estado a favor do actual grupo de exercentes — do conjunto destes novos *beati possidentis*.

O erro de concepção do diploma está bem evidente logo no preâmbulo. Reza este que “face à natureza e ao regime jurídico das referidas associações (associações públicas), a Câmara dos Revisores Oficiais de Contas não pode deixar de ser considerada, às luz das atribuições que lhe estão cometidas por lei, com vista a satisfazer necessidades específicas decorrentes do exercício de *funções de interesse público* pelos revisores oficiais de contas, uma estrutura profissional em tudo idêntica às ordens profissionais *stricto sensu...*”. E, claro está, que nesta matéria, a partir dos escusados erros doutrinários de um legislador que resolve exorbitar do seu papel, o mal tende a espalhar-se: não tardará muito até que todas ordens profissionais, entusiasmadas por tal *identidade*, resolvam encetar o percurso inverso, reclamando por sua vez a instituição de exames profissionais corporativos eliminatórios (à semelhança, aliás, do que já foi conseguido pelas ordens dos advogados e dos engenheiros).

CAPÍTULO IX

LIBERDADE DE ESCOLHA, LIBERDADE DE EXERCÍCIO E CONTEÚDO ESSENCIAL NA LIBERDADE DE PROFISSÃO

9.1. OS MOMENTOS DA ESCOLHA E DO EXERCÍCIO NA ESTRUTURA DO ART. 47.º, N.º 1, CRP

9.1.1. Como vimos, as Constituições mais próximas da nossa nesta matéria, nomeadamente, a alemã e a espanhola, distinguem explicitamente, na liberdade de profissão, entre os momentos da escolha e o do exercício — entre uma liberdade de escolha e uma liberdade de exercício (de profissão), parecendo ainda uma e outra, segundo uma interpretação literal, só admitir restrições legais ao segundo momento, e não ao primeiro. Mas como também vimos, a jurisprudência e a doutrina constitucionais, em ambos os países, admitiram pacificamente a possibilidade de restrições legais mesmo à escolha de profissão, por ser evidente a não correspondência de uma interpretação literal do preceito com a “realidade da vida” (pelo que

não poderia, desse modo, “conduzir juridicamente a resultados esclarecedores) (407).

O nosso constituinte parece ter optado pela solução inversa: não faz qualquer referência explícita ao momento do exercício, limitando-se a autorizar o legislador a restringir o direito que atribui a “todos” de “*escolher livremente a profissão*”, quando o imponha ora o “interesse coletivo”, ora (factores ou causas) “inerentes à (...) própria capacidade” (a fim de salvaguardar “outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” — art. 18.º, n.º 2, CRP); e também a epígrafe só refere a escolha (“Liberdade de *escolha* de profissão ...”).

Mas face a tal redacção, também nós iremos fazer uma análoga abordagem à das citadas doutrina e jurisprudência, ainda que agora no sentido inverso: assim, se é certo que não se pode pressupor uma separação absoluta entre escolha e exercício, é igualmente verdade que não deixa de ser necessário distinguir estes dois aspectos da liberdade de profissão, tendo ambos que estar previstos no art. 47.º, n.º 1, CRP. Como diz ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, este preceito “não pode pretender regular somente a escolha de profissão, mas também o seu exercício. Se considerarmos a (...) unidade da liberdade profissional, também o exercício da profissão há-de ficar garantido contra intromissões administrativas ou contra regulamentações legais desmedidas” (408).

E ninguém negará que corresponde também à realidade da vida o serem de diferente ordem os problemas que se levantam ao *como* (*como* exercer uma determinada profissão), isto é, da “realização da modalidade”, e os problemas que se levantam ao *se*, ou seja, à “realização da substância” (concretamente, “a questão do *se* uma profissão é assumida, continuada ou abandonada”) (409). Na verdade, justifica-se uma menor liberdade do cidadão no momento do exercício, na medida em que o momento da escolha se revela de uma importância suprema quer para a subsistência física do indivíduo, quer para a sua realização pessoal.

Mas independentemente destas considerações, a análise da estrutura da norma revela-nos que o constituinte, depois de consagrar o direito, confere uma autorização ao legislador para restringir o direito *em duas distintas hipóteses*: numa primeira hipótese, quando o imponha o “interesse colec-

(407) ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *A Ordem...*, *loc. cit.* Ver ainda neste ponto ROLF STOBER, *Derecho...*, p. 148 a 150.

(408) *A Ordem...*, *cit.*, p. 229

(409) ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *A Ordem...*, *loc. cit.*

tivo”, e numa segunda, quando o imponham, não o “interesse colectivo”, mas causas, ou factores “inerentes à ... própria capacidade” de quem aspira ao exercício da profissão.

Numa observação preliminar, sempre diremos que a primeira ressalva de restrições — a que as prevê em função do “interesse colectivo” — é a única cláusula geral, ou autorização genérica que encontramos no capítulo dos direitos, liberdades e garantias. Ela assemelha-se por isso à equivalente autorização do art. 12, n.º 1, da Lei Fundamental Alemã (“O exercício da profissão poderá ser regulado por lei ou com base numa lei”) — não só pela similitude de posições, mas por se seguirem ambas, como se seguem, à proclamação da liberdade de escolha. Todavia, tal como o direito de livre iniciativa económica (art. 61.º, n.º 1, CRP — “a iniciativa económica exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o *interesse geral*”), o nosso inciso oferece a particularidade de permitir ao legislador as restrições por uma explícita invocação do “interesse colectivo”.

Ora, se tivermos presente que um laconismo idêntico ao do segundo período do art. 12, n.º 1, GG, na nossa Constituição, circunscreveria o legislador, por força do art. 18.º, n.º 2, CRP, à tarefa (preventiva) de conciliação do direito com “outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (prevenindo por via geral e abstracta a ocorrência de possíveis futuros conflitos), a esta invocação do “interesse colectivo” só se pode atribuir na nossa lei fundamental um significado útil: é o de ter o constituinte pretendido com ela abrir uma excepção ao último inciso do art. 18.º, n.º 2, CRP, autorizando o legislador a proteger “valores comunitários relativos”, sem uma necessária consagração constitucional ⁽⁴¹⁰⁾. Isto é, a proteger “aqueles valores que derivam das ideias e fins adoptados pelo legislador em matéria social ou económica e que, portanto, haja sido o próprio legislador a elevar ao nível de interesses comunitários importantes” ⁽⁴¹¹⁾.

⁽⁴¹⁰⁾ J. J. GOMES CANOTILHO reserva a expressão “bens comunitários” para os bens jurídicos constitucionalmente “recebidos”: “os bens jurídicos de valor comunitário não são todos e quaisquer bens que o legislador declara como bens da comunidade, mas aqueles a que foi constitucionalmente conferido o carácter de “bens da comunidade” (*Direito...*, cit., p. 658). Sem questionar o ensinamento do ilustre professor, cremos, contudo, que expressões “interesse colectivo” ou “interesse geral” têm precisamente uma intencionalidade de abrangência ainda das criações / opções do legislador.

⁽⁴¹¹⁾ EKKEHART STEIN, *Derecho...*, op. cit., loc. cit.

Digamos que esta excepção, ou concessão do constituinte ao legislador, terá sido como que um custo inerente à inclusão desta liberdade no super-protégido círculo dos direitos, liberdades e garantias pessoais. Assim, o “interesse colectivo” previsto no art. 47.º, n.º 1, CRP não é a título obrigatório um “interesse (*colectivo*) constitucionalmente protegido”. Naturalmente, esta interpretação obriga-nos a retirar o “quase” à (quanto ao resto, a nosso ver correcta) afirmação de JORGE MIRANDA ⁽⁴¹²⁾, de que “as restrições derivadas do interesse colectivo se dirigem *quase* exclusivamente ao momento do exercício”. O alcance que damos a esta primeira ressalva circunscreve-a forçosamente a este momento: com ela limitou-se, pois, o constituinte, a prever as restrições à liberdade de exercício de profissão.

9.1.2. Mas a liberdade de profissão, como vimos, não deixa de estar no círculo mais próximo dos direitos fundamentais da personalidade, ou “absolutos”. Daí a bifurcação da norma nos dois momentos em que esta liberdade se divide estruturalmente, em nossa opinião, também na ordem constitucional portuguesa.

Acompanhando ainda JORGE MIRANDA ⁽⁴¹³⁾, sempre diremos, pois, com este autor, que a segunda ressalva (das “restrições impostas [por factores] inerentes à [...] própria capacidade”) se projecta, em contrapartida, na concretização, não do exercício, mas da *escolha* — possibilidade que o nosso constituinte, aproveitando uma vez mais a experiência constitucional alemã, não terá deixado afinal (também) de prevenir. Por subjazer tal intenção à segunda ressalva, é que se explica o facto desta já não fazer referência aos direitos ou interesses afectados pelos (factores ou causas) “inerentes à (...) própria capacidade” colidentes com a liberdade de profissão. O seu silêncio chega para deixar actuar a cláusula geral do último inciso do art. 18.º, n.º 2, CRP: como é próprio dos direitos, liberdades e garantias, trata-se da previsão de uma simples e cautelar “mediação legislativa” ⁽⁴¹⁴⁾ para, em geral resolver um conflito temido pelo legislador entre direitos ou interesses constitucionalmente protegidos ⁽⁴¹⁵⁾.

⁽⁴¹²⁾ *Direito...*, cit., p. 412

⁽⁴¹³⁾ *Ibidem*.

⁽⁴¹⁴⁾ Na expressão usada por MANUEL AFONSO VAZ (*Lei...*, cit., p. 324).

⁽⁴¹⁵⁾ Mas mesmo aqui a indispensabilidade da lei restritiva se reportar a bens constitucionalmente protegidos não anula uma certa margem de discricionariedade do legislador no momento da restrição, quanto à intensidade e ao modo da sua realização — quanto ao

E não poderia ser de outro modo: como vimos, e de acordo com a teoria dos degraus, só para salvaguardar um bem colectivo particularmente importante — um “valor comunitário absoluto”, objecto de consagração constitucional “com independência da política seguida num dado momento pela comunidade”, se justificam as restrições à liberdade de escolha de profissão ⁽⁴¹⁶⁾.

Teremos assim, de acordo com o art. 47.º, n.º 1, CRP, um primeiro grau de maior liberdade do legislador, que ocorre quando o este se confina à restrição do exercício, sem afectar a escolha, isto é, quando só o “como” (“realização da modalidade”), e não o “se” (“realização de substância”) ⁽⁴¹⁷⁾ seja objecto de uma regulamentação restritiva; é o caso das normas destinadas a evitar a produção de danos em terceiros, valendo aqui a simples adequação da restrição ao fim em vista (só estão excluídos, por violação do princípio da proibição do excesso, os encargos considerados em si mesmo excessivos, sujeitando-se assim a opção restritiva do legislador a um mero juízo de *razoabilidade*; basta, pois, uma apreciação razoável do interesse público determinado pelo próprio legislador restritivo para se concluir pela bondade desta) ⁽⁴¹⁸⁾.

modo “como o legislador (democrático) perspectiva ou define” tais valores comunitários, que sempre há-de depender de “opções políticas historicamente mais condicionadas” (J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 224 e 231).

No mesmo sentido, também J. J. GOMES CANOTILHO reconhece ao legislador, em certos casos, uma maior liberdade na qualificação interesses públicos; simplesmente, lembra este autor que tal competência sempre estará, “ainda assim, *positivamente vinculada*, impedindo o legislador de limitar direitos em nome de interesses públicos não constitucionalmente protegidos (ex.: será inconstitucional a relativização do direito ao não despedimento sem justa causa dos trabalhadores com base no interesse da ‘produtividade das empresas’, pois este interesse não é um ‘bem superior’ ou ‘prevalente’ constitucionalmente protegido)”; *Direito...*, cit., p. 629.

⁽⁴¹⁶⁾ ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *A Ordem...*, cit., p. 228.

⁽⁴¹⁷⁾ ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *ibidem*.

⁽⁴¹⁸⁾ Será o caso das normas que prevêm, não uma habilitação ou a posse de um título académico, mas o encargo da obrigatoriedade de frequência de um estágio já no início da vida profissional (sem a qual o jovem profissional esteja impossibilitado de exercer plenamente a profissão), a fim de dotar os candidatos à profissão do mínimo de experiência, e assim evitando que a falta desta experiência possa redundar em prejuízo dos primeiros destinatários das prestações profissionais daqueles.

Ainda no mesmo exemplo, poder-se-á considerar que viola o primeiro grau de vinculação (restrições ao exercício) o regime de estágio que, podendo o legislador dispor as coisas de outro modo, sem com isso prejudicar o êxito da aprendizagem prática, opte por estipular para todos os estagiários uma carga horária gravosa, em sessões de estágio con-

Constituem restrições deste tipo, desde logo, a mera exigência de inscrição num “album” ou registo profissional (estadual ou corporativo); como diz CARLO LEGA, a obrigatoriedade de inscrição em tais “albums” é “uma limitação (anda por cima contingente) ao exercício do direito de desenvolver a própria actividade profissional que não limita nem suprime o próprio direito” (rectius, o direito de *escolha*) (419). Mas não só: também limitam o exercício profissional a prescrição do pagamento de específicos tributos profissionais (como é o caso das chamadas “cotas” cobradas pelas ordens profissionais), a imposição do decurso de um período mais ou menos curto de estágio ou tirocínio, sob o controlo de uma autoridade pública (eventualmente condicionador do exercício pleno da respectiva actividade profissional), a sujeição a um particular corpo de normas jurídicas deontológicas (actuado por uma autoridade de polícia especial, de natureza predominantemente jurisdicional), etc.

Já quando a restrição legal incida sobre a escolha (tocando o momento da escolha com “a questão do *se* uma profissão é assumida, continuada ou abandonada — “realização de substância” (420)), fazendo a lei depender o acesso a uma actividade profissional da posse de determinados requisitos, teremos um segundo grau de menor liberdade. Nele se situam apenas os pressupostos subjectivos (todos os que em maior ou menor grau possam depender da pessoa do candidato — da sua vontade, da sua capacidade, etc.).

São desde os casos de exigência de uma prévia qualificação para o acesso à profissão (da aquisição de determinados conhecimentos — de uma formação escolar determinada, devidamente comprovada e titulada), por poder constituir um perigo para a comunidade o exercício dessa profissão sem a qualificação exigida (por postular a posse de elevados conhecimentos técnicos e científicos, e por se prestar ainda a mesma profissão a um “exercício público”, ou de porta aberta, como se passa com o grosso das chamadas profissões liberais).

tínuas não remuneradas, que impossibilite, por exemplo, a manutenção de (outras) actividades remuneradas (quer do ex-trabalhador estudante que fez o seu curso em horário pós-laboral, quer ex-bolseiro), ou que force os estagiários com residência habitual em pontos distantes do país a suportar os custos de uma residência habitual junto dos centros de formação.

(419) CARLO LEGA, *Ordinamenti professionali*, Novissimo Digesto Italiano, XII, Turim, p. 11.

(420) R. EHRHARDT SOARES, *A Ordem...*, cit., p. 228.

Mas tínhamos também os outros pressupostos subjectivos condicionadores não propriamente do acesso à profissão, mas, por exemplo, da duração do seu exercício, como o limite de idade (como vimos acima, tem a ver a escolha não apenas com o facto de uma profissão ser ou não *assumida*, mas ainda com o ser ela *continuada* e *abandonada* — nos termos da citada análise de EHRHARDT SOARES).

Contudo, para este segundo grau de ingerência na liberdade de profissão (requisitos subjectivos) importa que o bem colectivo a salvaguardar com a restrição seja um direito ou interesse constitucionalmente protegido, um bem portanto particularmente importante. Opera aqui o princípio da concordância prática. A excepcionalidade das restrições justificam-se também e ainda na medida em que elas farão relevar as insuperáveis desigualdades naturais inerentes às diferentes capacidades de cada indivíduo. Enfim, de entre as profissões protegidas, merecem ainda nesta óptica uma particular menção as profissões intelectuais, em regra academicamente tituladas. É que, como diz PAUL KIRCHHOF, se é certo que a “liberdade para lograr e modificar condições jurídicas pessoais” relativas ao “exercício do direito de acesso a uma profissão” está hoje garantida, não deixa de ser problemática “a igual liberdade de todos quanto às condições reais para utilizar a própria condição jurídica”, pois “na hora de aceder ao mundo profissional os dotes naturais não são equivalentes” (421).

9.1.3. Importa fazer umas últimas observações, a propósito deste segundo degrau.

A primeira observação diz respeito à redacção do preceito, que não está propriamente famosa: falta o substantivo correspondente ao adjetivo “inerentes” (que não pode ser, obviamente, o “restrições legais”, como resulta da estrutura semântica da frase), estando ainda claramente a mais o pronome “sua”.

A fazer algum sentido o que julgamos constituir uma mera deficiência de expressão, poder-se-ia pensar quando muito nas “restrições...inerentes” como dados naturalísticos ou materiais, no sentido de meras incapacidades físicas ou psicológicas — como parece ser a interpretação de J. J. GOMES CANOTILHO, apontando como exemplo uma incapacidade física — o caso do jovem invisual que não pode aspirar a ingressar no curso de medicina (422).

(421) PAUL KIRCHHOF, *La jurisprudência constitucional de los derechos fundamentales*, em *La garantía...*, cit., p. 247.

(422) *Direito...*, cit., p. 545.

Mas afiguram-se-nos algo óbvias estas restrições, que, com alguma imaginação podemos tornar num obstáculo à realização de qualquer direito fundamental; a nosso ver, tais “restrições inerentes”, no sentido material ou naturalístico, constituem os chamados “limites imanentes”, acolhendo-se aqui o entendimento de MANUEL AFONSO VAZ do termo, de limite imanente como “uma expressão do direito que, embora pensável e atribuível ao círculo potencial e expansivo do direito, não é garantida *juridicamente*, antes a unidade valorativa da Constituição coloca *fora* da protecção constitucional ou tem mesmo como contrária a essa unidade valorativa” (423). Não nos parece, pois, que a ressalva seja simplesmente confirmatória da própria figuração constitucional do direito, e que se reporte tão só ao mesmo tipo de factos geradores das incapacidades jurídicas de exercício de direitos previstas no Código Civil, isto é, às chamadas incapacidades “naturais” (causadoras de “menoridade”, “interdição”, “inabilitação”, etc.).

Diferentemente, afigura-se-nos antes que ela se reporta sobretudo às inidoneidades legislativamente “criadas” ou determinadas (juridicamente qualificadas), depois de uma operação de “concordância prática” previamente efectuada pelo próprio legislador (sendo este apenas o sentido do adjectivo “inerentes”); desde logo à (incapacidade) técnica e/ou científica, isto é, à *formal* falta de título académico adequado (ou da superação de exames *ad hoc*) — para além, claro, da falta de outros pressupostos subjectivos físicos ou fisiológicos condicionadores da liberdade profissional *legalmente previstos e regulados*, que não apenas as típicas e óbvias incapacidades do Código Civil, como é o caso, e quanto à duração do exercício profissional, do limite de idade em certas actividades profissionais (424).

A segunda observação que se impõe nesta matéria tem a ver com as particulares natureza e estrutura do acto administrativo habilitatório — da habilitação *ob personem* que constitui o exame-verificação da referida idoneidade técnica, e do resultado positivo dessa verificação — e da *qualidade* atribuída por tal acto, e que se vem juntar aos restantes atributos da personalidade de cada um, qualidade que a lei (nestes casos uma lei verda-

(423) *Lei...*, cit., p. 317.

(424) Recorde-se a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, relativamente à introdução de limites como o limite de idade legal para determinadas profissões — no caso, tratava-se de uma lei que impunha para a profissão de parteira, como limite etário, os setenta anos —, limites esses que não constituindo uma simples limitação ao exercício dessas profissões, mas uma interferência na liberdade de escolha, justificar-se-iam dada a importância dos bens ou interesses protegidos com a restrição).

deiramente *conformadora* da liberdade profissional) pode portanto exigir a todos os que pretendam exercer as ditas profissões (425).

É que podendo o momento autoritário relevante de tal verificação definitiva mediante exame situar-se em “locais” ou momentos diferentes, de acordo com diferentes opções legislativas, essa verificação não pode deixar de ser *una*. Mas pode ser mais ou menos complexa na sua fase constitutiva, e ser preparada por um procedimento veriegado.

Por exemplo, no que respeita às profissões liberais, ou intelectuais protegidas, tal verificação pode consistir num acto complexo integrado por todos os exames finais realizados por um aluno no respectivo curso universitário (como acontece em Espanha e em Portugal), ou num único exame — ora conclusivo do ciclo de estudos universitários, ora ainda deslocado para um âmbito diverso do estritamente universitário — como é o sistema do chamado exame de Estado profissional, vigente na Alemanha e em Itália.

Importa contudo precisar, e para concluir esta segunda observação, que num sistema constitucional como o nosso, em que tal como no germânico a liberdade de escolha profissão goza de uma protecção máxima, são incomportáveis, para lá do referido mínimo (no caso, e face à actual opção legislativa nesta matéria, do acto complexo integrado pelos referidos exames universitários), quaisquer novas restrições ao momento da escolha, pela submissão do pretendente à profissão a outros controlos

(425) Diz GIANNINI, a respeito da exigência de uma prévia qualificação para o acesso à profissão (da aquisição de determinados conhecimentos — de uma formação escolar determinada, devidamente comprovada e titulada), por poder constituir um perigo para a comunidade o exercício dessa profissão sem a qualificação exigida — que apesar do reconhecimento pelos “direitos positivos contemporâneos em geral (...) da liberdade de trabalho”, quando se queira “escolher actividades laborais que incidam fortemente nos interesses dos fruidores, torna-se necessário compatibilizar os dois interesses opostos, e *isso obtém-se com o instrumento da habilitação*”, pelo que a não prevalecer “a liberdade de trabalho, para desenvolver tais actividades laborais, é preciso um *controlo de idoneidade* da parte de um poder público, munido de publicidade, tanto quanto possível na forma de documentação permanente (sublinhados nossos)”.

Ora, uma vez fixada nestes termos “a posição constitucional da actividade laboral que requeira uma habilitação”, entende GIANNINI que “se pode precisar que a normação positiva regula nos modos que reputa mais convenientes os dois elementos da idoneidade e da forma e publicidade da declaração em que se enuncia o resultado positivo do controlo”. No que a este se refere, “o mínimo conteúdo possível que se lhe pode dar é o de um *acertamento* mediante exame, e quanto à publicidade da declaração o conteúdo mínimo é o de uma externalização documental de que se possa facilmente ter notícia no arquivo da administração” (GIANNINI, *Diritto...*, cit., p. 642).

sucessivos da idoneidade técnica e científica do pretendente à profissão, ou a ulteriores procedimentos autorizatórios (o que não exclui, claro está, as meras restrições ao *exercício* profissional, como as já referidas exigências de inscrição em registos, do pagamento de específicos tributos profissionais, da imposição do decurso de um período de tirocínio, da sujeição a normas deontológicas, etc.).

Numa terceira observação, convirá chamar a atenção que nestes casos se poderá admitir — se é que é lícito o uso de tal expressão — a possibilidade de uma “conformação legal” do direito; ou, noutra perspectiva, uma cisão entre uma situação de latência do direito (de uma liberdade simplesmente potencial), e um momento de efectivação, ou de legitimação do exercício do mesmo direito. Mas os actos administrativos previstos por estas leis restritivas — os actos que se destinem a verificar a aquisição ou posse dos referidos conhecimentos, e que atribuam ao administrado, em consequência da superação das provas de exame, uma *qualidade jurídica nova* ⁽⁴²⁶⁾, qualidade essa que pode ser pressuposto de concretos *status* — serão simples *actos recognitivos*, isto é, actos não-dispositivos (que se limitam a dar representação a uma realidade, e que implicam meros juízos de conhecimento ou ciência), actos esses que, como teremos ensejo de ver, e pesem as divergências sobre a sua natureza e efeitos, são genericamente designados por *habilitações*, configurando-se, no caso, como *habilitações ob personem* (profissionais) ⁽⁴²⁷⁾.

⁽⁴²⁶⁾ Segundo MIELE, são as qualidades jurídicas “modos de ser juridicamente definidos de uma pessoa, de uma coisa, de uma relação jurídica, dos quais o ordenamento jurídico faz outros tantos pressupostos de aplicabilidade de disposições gerais ou particulares à pessoa, à coisa, à relação”. Para o mesmo autor, quando tais qualidades, em si mesmas consideradas, “sejam susceptíveis de satisfazer um ou mais interesses do sujeito”, e nomeadamente quando digam respeito ao mesmo sujeito, “o ordenamento jurídico pode torná-las objecto de adequados direitos ou ainda de interesses reflexamente protegidos” (*Principi di diritto amministrativo*, I, 2.^a ed., Padua, 1953, p. 65).

⁽⁴²⁷⁾ Diz GIANNINI que no efeito habilitante destes actos “não se pode ver um efeito de um facto permissivo do exercício de uma situação subjectiva (direito de personalidade ou liberdade profissional, como se queira)”, do “tipo dos procedimentos autorizatórios da tradição”, nem o efeito de uma autorização constitutiva (...): o seu efeito é em vez disso mais simplesmente a atribuição de uma qualidade ou de uma qualificação jurídica (...) criada por um “*accertamento* ou por uma *certazione* (...)”, da qual a norma faz derivar a legitimação para desenvolver uma certa actividade laboral; é portanto um instrumento para obter uma conformação legal de um direito atinente ao trabalho”.

No plano do direito positivo, o autor ressalva, a título excepcional, a possibilidade da atribuição de tal qualidade jurídica através de actos de autorização (das chamadas *autori-*

Enfim, numa quarta e última observação importa sublinhar a diferença entre a qualidade jurídica conferida pelo acto habilitatório e a posição jurídica complexa traduzida no concreto direito de exercer a profissão e nos restantes direitos e deveres com aquele conexos (e que compõem o dito *status* profissional) — direitos e deveres esses porventura ainda dependentes de uma “inscrição” (num album ou registo profissional). É que só a primeira define e identifica, ainda que numa perspectiva estática, a categoria profissional — e não a situação de exercente, que apenas representa uma dinamização daquela qualidade. Ou seja, existe entre as duas situações uma relação causa-efeito, em que a segunda é efeito da primeira.

Nas palavras de um autor italiano, sendo as “qualidades das pessoas definidas como aquelas que devem existir no sujeito, para que possa surgir validamente uma qualquer situação, não ligadas portanto a uma situação concreta”, elas “constituem a premissa subjectiva para que possam nascer e produzir todos ou determinados efeitos nas várias situações concretas” (PUGLIATTI) (428). Ora, segundo DANTE GATEA, a tal conceito são

zações cognitivas) ou mesmo de concessão (como seria o caso, no nosso ordenamento jurídico, por exemplo, do acto de inscrição nas Câmaras profissionais). Se bem entendemos, tratar-se-ia de actos administrativos em sentido estrito, em que, excepcionalmente, para além do *efeito de estatuição* (*Tatbestandswirkung*), isto é, do efeito autorizatório ou concessório, manter-se-ia ainda no ordenamento jurídico o respectivo efeito declarativo (*Festsellungswirkung*), ou seja, o efeito de enunciação dos pressupostos e motivos do acto, constituindo o eventual exame ou avaliação um simples acto instrutório do procedimento — um *accertamento* procedimental, instrumental de um autónomo *provvedimento* conclusivo do mesmo procedimento.

Seria o caso, para GIANNINI, do procedimento de inscrição nas ordens profissionais, no ordenamento jurídico italiano, em que uma suposta presença fiscalizadora da legalidade do exame de Estado profissional da respectiva ordem teria o condão de, excepcionalmente, “retirar” a este acto habilitatório a natureza de acto de *certazione*, ou acto cognitivo, para o tornar num simples acto instrutório de um único procedimento — de um procedimento autorizatório de inscrição (“transformando-se” este último, por sua vez, de simples *accertamento* declarativo, isto é, de um mero registo, num verdadeiro *provvedimento*). Mas como veremos na nossa breve análise sobre as habilitações académicas e profissionais no direito italiano, parece-nos não ter este entendimento sobre o significado da presença de profissionais indicados pelas ordens nos júris dos exames de Estado profissionais qualquer fundamento. De qualquer forma, tal problemática não se coloca sequer no nosso ordenamento jurídico, onde as grosseiras imitações do exame de Estado alemão e italiano — os actuais exames corporativos para o acesso às profissões de advogado e de engenheiro — enfermam de prévias inconstitucionalidade materiais.

(428) PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, Milão, 1943, p. 260, cit., DANTE GAETA, *Gente dell'aria*, EdD, p. 599.

reconduzíveis “as qualidades que definem a condição profissional em sentido próprio da pessoa (empresário, profissional, etc.)” (429). Assim sendo, distinguir-se-á a *qualidade* profissional, atribuída pelo acto habilitatório, e que é uma qualidade jurídica (qualificável como *situação jurídica objectiva*) do dito *status* profissional, assumido pelo candidato à profissão com a inscrição no “album”, que é a *situação jurídica subjectiva* de que aquela constitui pressuposto.

Por outras palavras, independentemente do condicionamento do uso dos sinais externos da referida qualidade — do título e das insígnias próprias da profissão — e sem prejuízo de a lei ligar o direito de exercer em concreto a profissão (bem como um *status* com este conexo, na hipótese referida análogo ao de sócio de uma associação privada) à inscrição numa lista ou num registo, um advogado *é* advogado, essencialmente, por ser licenciado em direito — e não, ao invés, em virtude do cumprimento dessa formalidade. Parece-nos particularmente feliz, no sentido por nós propugnado, a redacção no art. 1.º, n.º 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados (cuja redacção inspirou as disposições análogas dos demais estatutos das ordens profissionais que se foram criando nesta década), quando diz ser a Ordem “a *instituição* representativa dos *licenciados em Direito* que, em conformidade com os preceitos deste Estatuto e demais disposições aplicáveis, *exercem* a advocacia” (430).

9.1.4. Nas ordens jurídicas onde se regista nesta matéria uma maior aprofundamento na busca e na configuração de soluções harmoniosas para os principais problemas que ela suscita (nomeadamente, na alemã, na italiana e na espanhola), estão perfeitamente definidos os papeis que cabem quer às Universidades, quer, directamente, ao próprio Estado, na organização e procedimento relativos ao acesso às chamadas profissões liberais, ou intelectuais protegidas (431).

(429) GAETA, *ibidem*.

(430) Chamando também a atenção para os termos por nós sublinhados, no texto do artigo transcrito, PAULO C. RANGEL, *Princípio...*, cit., p. 789.

(431) As chamadas “profissões liberais” têm a sua origem mais remota nas “*operae liberales*” do direito romano (nesta matéria, ver, por todos, JEAN SAVATIER, *La profession...*, cit., p. 24-27). Mas num horizonte temporal mais imediato, poderemos considerar esta designação, como faz ADRIANO MOREIRA, uma designação “de origem medieval, ligada ao exercício de certas actividades que pressupunham determinada habilitação universitária”. Ora, tal critério acaba assim por ser “um critério formal que há-de traduzir-se numa enumeração e não numa definição” (*Direito corporativo*, Lisboa, 1950-1951, p. 121): isto é, na

Adiante-se, pois, desde já, que na Alemanha está generalizada na Lei Quadro Universitária (federal), para todos os cursos universitários, a figura do exame de Estado. Ou melhor, de dois exames gerais subsequentes mas com distintos perfis: um primeiro meramente conclusivo, no final de cada curso, e outro, posterior a um período de prática profissional, mais vocacionado para avaliar a capacidade de aplicação no “terreno” profissional dos conhecimentos adquiridos na Universidade. Sendo o primeiro de âmbito exclusivamente universitário, só o segundo, porque directamente organizado pela administração estadual, é verdadeiramente um exame de Estado (apesar da — indispensável — presença, ainda, de professores universitários nos respectivos júris).

Em Itália, está constitucionalmente consagrado um sistema muito semelhante. Simplesmente, ambos os exames são organizados directamente pelo Estado; e o segundo exame (o exame de Estado profissional), só é exigido para as profissões protegidas (para as “libere professione”). Regista-se ainda uma participação mais activa das numerosas ordens profissionais na sua organização e procedimento (ainda que sem qualquer poder de decisão), designadamente através da indicação de um ou outro membro (sempre em situação de minoria relativamente aos professores universitários) para os júris estatais de exame.

enumeração das profissões academicamente tituladas. O autor assinala ainda como uma segunda característica de cada uma dessas actividades profissionais a “circunstância de ser uma actividade que se traduz, formalmente, no exercício da profissão, *eventualmente*, a risco próprio” (*idem*, p. 121-122).

No nosso entender, deve-se recusar quer o âmbito mais restrito do termo (o âmbito histórico-sociológico, que apenas contempla as profissões liberais mais antigas, como as de médico e advogado — as que se revestiriam de uma dignidade inclusive “menos intelectual do que sentimental e espiritual”, dada a vocação dos seus exercentes “para a missão privilegiada de ‘alto confidente, e, no sentido sentimental e espiritual, de ‘director’” do utente dos respectivos serviços — RENÉ SAVATIER, *L’origine...*, cit., p. 50), quer, no extremo posto o âmbito bem mais lato que também por vezes se lhe atribui: o que abrange, por exclusão de partes, todos os profissionais que não sejam nem assalariados nem comerciantes.

As profissões livres ou liberais serão assim, como diz ADRIANO MOREIRA, profissões intelectuais ou academicamente tituladas e aptas para o exercício independente (prestação de serviços); mas não só: de entre estas só serão de qualificar como tal aquelas que em virtude dos factores conjugados da sua atinência a interesses colectivos relevantes, mereçam ainda uma especial protecção legal. Contudo, e dada a assinalada plurivocidade dos termos (profissão) “livre” ou “liberal”, privilegiaremos a utilização da expressão “profissões intelectuais protegidas”.

Em contrapartida, em Espanha, os efeitos profissionais dos títulos académicos não estão condicionados por mais nenhuma intervenção estadual posterior à intervenção universitária.

Enfim, nos sistemas estudados, é obrigatório um período de tirocínio junto de um profissional com um mínimo de cinco anos de exercício, só findo o qual se pode exercer plenamente a profissão (sem *capitis diminutio*), sendo o “patrono” designado pela respectiva ordem profissional (variando contudo em cada país o número das profissões concretamente sujeitas a essa condicionante ao exercício profissional pleno).

Mas em Portugal, como em Espanha, não existe o exame de estado como figura habilitatória geral: ele só está previsto para o acesso a profissões de “exercício privado de funções públicas”, como é o caso, já referido, dos Revisores Oficiais de Contas.

Simplemente, a determinação dos efeitos profissionais dos títulos académicos não estará tão explícita como na Constituição e na legislação universitária daquele país, nomeadamente no aspecto da estrita estadualidade (compreendendo, claro está, as Universidades e Escolas superiores) da expedição ou homologação dos títulos académicos e profissionais para as profissões que os requeiram e no que se refere à natureza constitutiva do título académico das profissões sujeitas a colegiação, independentemente do carácter dependente ou independente do exercício da profissão.

Mas cremos ser a nossa ordem jurídica, contudo, suficientemente clara para não oferecer nesta matéria dúvidas de maior alcance. Desde logo, como vimos, a Constituição deixa bem claro que a formação dos profissionais é a primeira função das Universidades e “demais instituições de ensino superior”, quando as incumbe especificamente de satisfazer “as necessidades (do país) em quadros qualificados”, antes mesmo da genérica missão de elevar o “nível educativo, cultural e científico do país” (art. 76.º, n.º 1, CRP).

Esta missão é confirmada, ou, melhor dizendo, *concretizada* pela Lei de Bases do Ensino (Lei 46/86, de 14-10), que confere expressa e inequivocamente ao ensino superior (ou seja, aos actos autoritários praticados no exercício das suas competências, certificados pelos diplomas expedidos pelos estabelecimentos deste nível de ensino, previstos no art. 13.º da mesma lei), verdadeiros efeitos profissionais. Diz o art. 11.º, n.º 2, al. b) (“Ensino superior: âmbito e objectivos”) que “são objectivos do ensino superior...formar diplomados nas diferente áreas do conhecimento, *aptos* para a *inserção* em *sectores profissionais* (...) e colaborar na sua formação contínua”; e diz por sua vez o n.º 3 do mesmo artigo que “o ensino

universitário visa assegurar uma sólida preparação científica e cultural e proporcionar uma formação *técnica* que *habilite* para o *exercício de actividades profissionais* (...) e fomenta o desenvolvimento das capacidades de concepção, de inovação e de análise crítica” (432).

Os efeitos profissionais do ensino superior começam por se materializar com os actos autoritários praticados pelas instituições deste nível de ensino no exercício das suas competências, isto é, pelos actos especificamente contemplados na Lei da Autonomia Universitária (Lei 108/88, de 24-9) que consagra, enfim, como concretização da autonomia constitucional destas instituições — concebida portanto como sendo sua atribuição própria (art. 3.º, n.º 1: “Missão da universidade”) — a competência para a “concessão de graus e títulos académicos bem como a concessão de equivalência e o reconhecimento de graus e habilitações académicas” (433).

Ou seja, tais efeitos decorrem destes actos verdadeiramente habilitatórios, certificados ou documentados pelos diplomas expedidos pelas referidas instituições (já previstos, aliás, no art. 13.º da citada Lei de Bases do Ensino), independentemente das ulteriores formalidades de que neste ou naquele caso o legislador sectorial possa ainda fazer depender a plena operatividade (434).

(432) A respeito do específico fundamento constitucional destas disposições: diz ACHILLE MELONCELLI que a *intelectualidade* das profissões liberais ou protegidas “é uma capacidade que, ainda que *refinável* com a experiência, pressupõe indefectivelmente uma longa e complexa preparação teórica, que só é fornecida com solidez no grau mais elevado da organização escolástica: na universidade, ou, quando muito, nas escolas secundárias superiores”. Como sublinha ainda o mesmo autor, “não é por acaso que as actividades profissionais protegidas são reservadas àqueles que estão na posse de um determinado título de estudo — geralmente o diploma de *laurea*, menos frequentemente o diploma de escola secundária superior — e pelo qual, por isso, se dá por certo, com *acto autoritário*, que eles adquiriram uma bagagem de conhecimentos tida como necessária e suficiente para desenvolver uma actividade económica particularmente qualificada”.

(433) O DL 283/83, de 21-6, já viera estabelecer o procedimento legal de concessão de equivalência de habilitações estrangeiras de nível superior às correspondentes habilitações portuguesas, transferindo para as universidades e demais estabelecimentos de ensino superior “a totalidade das competências nessa matéria” (preâmbulo), em execução da norma constitucional do art. 76, n.º 2, que consagra a autonomia administrativa, financeira, pedagógica e científica das universidades.

(434) Sempre foi este o entendimento unânime nesta matéria — quer ao nível da opinião pública, quer dos juristas, quer das próprias ordens profissionais.

Mas essa unanimidade desfez-se: de há alguns anos para cá, algumas ordens profissionais têm vindo a sustentar a posição de que lhes seria conatural a titularidade de um poder

9.2. O CONTEÚDO ESSENCIAL DA LIBERDADE DE PROFISSÃO: A “IMAGEM DE PROFISSÃO”

9.2.1. Resta-nos afirmar ainda, que a liberdade de escolher qualquer profissão *privada*, uma vez comprovada a aptidão intelectual (e/ou física, claro está) pela aquisição e titulação dos conhecimentos adequados requeridos pelas restrições legais impostas por causas ou factores inerentes à própria capacidade (cujas insuficiências podem ser causa de colisão da liberdade profissional com outros direitos ou interesses constitucionais) — bem como a simétrica impossibilidade de uma inibição do exercício profissional perpétua ou por tempo indefinido — constitui ela própria o conteúdo essencial da liberdade de profissão. A própria epígrafe do artigo, em consonância com o seu emparelhamento ou parificação com os restantes direitos, liberdades e garantias pessoais, enuncia assim a reserva absoluta de Constituição, o círculo inultrapassável pelos poderes públicos.

Claro está, quando se fala na liberdade de escolher qualquer profissão privada, como conteúdo essencial da liberdade de profissão, julgamos nós que isso implica o estar ao alcance da escolha de cada cidadão toda a profissão socialmente identificada, ao tempo da entrada em vigor da Constituição, com uma imagem típica, formada por um conjunto de funções e tarefas interligadas, e para cuja formação tenham contribuído quer a tradição, quer a legislação. Decorre do conteúdo preceptivo do art. 47.º, n.º 1, CRP, pois, a obrigação dos poderes públicos respeitarem o conteúdo essencial de *cada* profissão assim identificada — o conteúdo essencial de cada “imagem”, por forma a que ela (profissão) não se torne irreconhecível.

Recorde-se, a tal respeito, o argumento aduzido na doutrina germânica a favor de idêntica interpretação do art. 12, n.º 1, GG: é que só assim este preceito da Lei Fundamental alemã ganharia utilidade face à genérica

de avaliar a aptidão profissional de todos os que queiram exercer a profissão colegiada, legitimando-se por essa via a instituição de exames corporativos eliminatórios. As mesmas corporações acabaram por conseguir a alteração nesse sentido das respectivas leis estatutárias. Ora, esta (re)introdução de exames corporativos, que não tem paralelo no direito comparado, levanta problemas de constitucionalidade, à luz das normas consagradoras da liberdade científica e da autonomia universitária, mas também e sobretudo do art. 41.º, n.º 1, CRP. Este novo ponto de vista das ordens acaba por apelar a determinadas concepções (por vezes muito antigas) sobre a natureza e funções destes entes, que por discrepantes que possam ser com a nossa ordem constitucional (é o que está por demonstrar), não deixam de ter algum eco, num ou noutro aspecto, em laboriosas construções levadas a cabo pela doutrina de outros países, sobretudo pela doutrina italiana.

protecção já conferida pela cláusula geral consagrada no art. 2, n.º 1, GG ⁽⁴³⁵⁾. Na nossa concreta ordem constitucional, impõe-se um argumento análogo, mas tomando como parâmetro imediato o preceito consagrador do direito de livre iniciativa económica: é que a não se extrair este efeito do art. 47.º, n.º 1, CRP (protecção da “imagem” de cada profissão social e/ou legislativamente consolidada), este último preceito não oferece qualquer *utilidade* como norma autónoma relativamente à liberdade de iniciativa económica.

Não se explica de outro modo, face à abertura constitucional à extensão da protecção do regime dos direitos fundamentais de liberdade a outros direitos fundamentais de natureza análoga, e aos princípios da proibição do excesso (proporcionalidade, necessidade, adequabilidade das restrições), da protecção do núcleo essencial e da reserva de lei formal e universal constantes do mesmo regime, porque é que o nosso constituinte não se limitou a consagrar uma liberdade económica, como o alemão de 1949. Ele teria, inclusive, mais razões para isso do que as do seu homólogo alemão, dado o aperfeiçoamento do nosso regime de protecção relativamente ao da Lei Fundamental de Bona.

Repare-se pois, que fora a salvaguarda do conteúdo essencial da imagem social e/ou legislativamente consagrada de cada profissão existente, as restrições a todas as restantes inominadas actividades económicas privadas, individuais lícitas, estáveis e duradouras, sujeitando-se aos critérios do art. 18.º, n.º 1, CRP, não requereriam a específica intervenção do art. 47.º, n.º 1, CRP, pois mesmo a salvaguarda da “individualidade”, ou da personalidade é garantida pelos princípios da necessidade, adequabilidade e proporcionalidade.

É que pode não existir, de facto — e não existirá pelo menos nas Constituições espanhola e portuguesa — uma protecção do conteúdo essencial *de cada um* dos sectores económicos, ou de produção (isto é, dos zonas próprias de actuação das empresas, deixadas às organizações empresariais pela própria evolução política, económica e tecnológica de cada sociedade), diferentemente do que a nosso ver já sucederá no universo dos serviços profissionais, ou das profissões nessa qualidade social e/ou legislativamente identificadas (advocacia, medicina, mediação imobiliária, venda ambulante, actividade de farmácia, artesanato, etc.). Lembre-se, a

⁽⁴³⁵⁾ Diz este preceito que “Todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade sempre que não vulnerem os direitos de outrem nem atentem à ordem constitucional ou à lei moral”.

este propósito, o artifício do Tribunal Constitucional Espanhol, na sentença das farmácias, para negar, à revelia do entendimento perflhado pela doutrina, a existência de um conteúdo essencial da liberdade de profissão: o não haver “um conteúdo essencial constitucionalmente garantido de cada profissão, ofício ou *actividade empresarial concreta*”; é que este Tribunal, no fundo, acaba por não reconhecer a autonomia da liberdade de profissão face à liberdade de empresa, encarando-as como simples expressões (quicá meramente descritivas) das diferentes facetas de uma liberdade económica.

Não queremos com isto significar que não haja um conteúdo essencial do direito de livre iniciativa económica, o que implica a proibição do legislador “o tornar impraticável, o dificultar além do razoável ou o despojar da necessária protecção” (436). Simplesmente, recordemos que a qualificação do “carácter absoluto do conteúdo essencial” é operada “dentro de cada direito fundamental”, pela afirmação de “um limite definitivo da substância nuclear (dos direitos fundamentais) que em nenhum caso pode ser ultrapassado”; mas esse limite é distinto para cada direito, e tem que ser “determinado em concreto” (437).

No caso da liberdade de empresa, e nas hipóteses que se podem visualizar, ressalta menos, todavia, a (apesar de tudo, lembre-se, sempre presente) “proibição absoluta”, ou “limite fixo”, ou “mínimo de valor inatacável”, do que a faceta de “proibição relativa, referida a um conteúdo essencial elástico e só em concreto determinável” (sobre um e outro aspecto, ver a exposição de J. C. VIEIRA DE ANDRADE (438)).

Em suma, constitui, por definição, o próprio âmbito do direito consagrado no art. 47.º, n.º 1, CRP a liberdade de escolher e exercer qualquer profissão privada (que não esteja sob *publica reservatio*), o que inclui desde logo cada uma das actividades que como tal (como profissão privada) esteja social ou legalmente consolidada, mas também as “inominadas”, desde que “profissionais”, de acordo com a noção atrás apurada; “escolher significa ter a capacidade jurídica de desenvolver indiferentemente qualquer uma das actividades laborais que se possam configurar” (439).

(436) L. PAREJO ALFONSO, *El contenido...*, cit., p. 186.

(437) *Ibidem*.

(438) J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 234 e 239.

(439) ALESSANDRO CATELANI, *Gli ordini e collegi professionali nel diritto pubblico*, Milão, 1976, p. 16.

É este pois o conteúdo do direito subjectivo de que é titular cada cidadão face ao Estado em virtude do disposto no mesmo art. 47.º, n.º 1, CRP — e a que corresponde, portanto, um dever de abstenção por parte do mesmo Estado —, advindo-lhe, desse modo, a pretensão ou posição que ele pode fazer valer (quer nos procedimentos de acesso — de “entrada” — quer nos sancionatórios — de “saída”, e quando a lei os prescreva) de uma protecção directa e intencional da própria Constituição (e não da eventual lei restritiva). Tal protecção respeita, concretamente, a um “interesse específico num determinado bem (numa determinada coisa, conduta ou utilidade da vida)” (440), constituindo esse bem, essencialmente, a capacidade de ser titular de relações jurídicas em matéria de trabalho ou profissão, seja esta independente, seja subordinada.

9.2.2. Enfim, uma vez aqui chegados, convirá esclarecer, e como se poderá aliás já ter deduzido das posições até agora sustentadas, que não consideramos aplicável à liberdade de profissão, na nossa ordem constitucional, o terceiro degrau da *Stufentheorie*.

Recorde-se que este terceiro grau, para o Tribunal Constitucional Federal Alemão, é constituído pelo tipo de restrições mais lesivas desta liberdade: são os casos da fixação de pressupostos objectivos para o acesso à profissão (estranhos à pessoa do pretendente, que assim em nada pode contribuir para a sua verificação), como a introdução de “*numerus clausus*” como mecanismo regulador da profissão, ou de um sistema de autorizações dependentes de uma apreciação de necessidades objectivas (em que fosse possível, por exemplo, negar a alguém o acesso a uma profissão por esta estar saturada).

O Tribunal de Karlsruhe considerou ser este tipo de pressupostos em si mesmos contrários ao sentido do direito fundamental em questão, exigindo a protecção imperiosa de um bem colectivo *de capital importância* (e não apenas *particularmente importante*, como na anterior exigência), directamente legitimado pela Constituição.

Ora, a nosso ver as situações previstas neste terceiro degrau estão já de si fora do âmbito preceptivo da liberdade de profissão, sendo as correspondentes manifestações da personalidade protegidas por outras normas, designadamente pelo art. 47.º, n.º 2, CRP (direito de acesso a funções públicas)

(440) M. ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO C. GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código de Procedimento Administrativo Comentado*, II ed., Coimbra, 1997, p.

e pelo art. 61.º, n.º 1, CRP (direito de livre iniciativa económica) — diferentemente, como vimos, da Constituição germânica, cujo art. 12, n.º 1, tende a abranger toda a actividade lícita apta a constituir a base económica da existência individual, incluindo as actividades empresarias e aquelas cujo conteúdo radica nas tarefas reservadas ao Estado (designadamente, as profissões de exercício privado de funções públicas) — e que constituem necessariamente os campos de actividade que os juízes constitucionais alemães tiveram em mente, quando entenderam prudentemente não fechar a porta por completo à possibilidade desse terceiro grau de restrições — apesar de ser ele contrário ao próprio sentido do direito.

Uma vez reportados àqueles preceitos (arts. 47.º, n.º 2, e 61.º, n.º 1, CRP), não nos esqueçamos, pois, que diferentemente da lacónica Lei Fundamental alemã, a nossa Constituição cuidou de subtrair implicitamente (todas) as profissões que implicassem o exercício de funções públicas do âmbito de aplicação do art. 47.º, n.º 1, CRP. Mas cuidou ainda, e sobretudo — quer na constituição estatutária (direitos fundamentais), quer na constituição programática — de identificar e consagrar ela própria (aqui explicitamente), com inusitada minúcia, os bens colectivos (quer “particularmente importantes”, quer de “capital importância”) justificativos da fixação de pressupostos objectivos ao direito de propriedade e à liberdade de empresa ⁽⁴⁴¹⁾.

⁽⁴⁴¹⁾ Parece-nos que os autores alemães experimentam algumas dificuldades em conciliar entre si todas as consequências que se vêm obrigados a retirar da consideração unitária das liberdades constitucionais de profissão e de empresa.

ROLF STOBER, por exemplo, quando se refere ao “maior grau imaginável de limitação de natureza objectiva” que se traduz na “proibição absoluta de realizar uma profissão” que impenda sobre privados (que “em relação a esse quadro de três níveis” se situaria “um ponto acima dos critérios traçados pelo Tribunal Constitucional para as limitações objectivas à liberdade de profissão”), acaba por colocar reservas à qualificação de tal proibição como um um quarto degrau de restrições (por maioria de razão também só justificável pela “necessidade de proteger bens essenciais da comunidade de perigos iminentes”). O autor sustenta as suas reservas com o argumento juridicamente pouco convincente e não muito cuidado, de que tais proibições absolutas “na prática” se justificariam, por exemplo, pelo facto de serem “resultado de monopólios industriais estatais ou municipais”, como seriam os casos (contemplados na sentença do TCFA BverfGE 39, 329 ff.) das “agências de empregos, distribuição de correspondência, serviço funerário” (*Derecho...*, cit., p. 149-150). Todavia, fica por explicar a compatibilização desses monopólios com a liberdade consagrada no art. 12, n.º 1, GG, sobretudo se tivermos presente a construção também germânica (a que adiante faremos referência) da protecção constitucional de cada actividade profissional em particular, de acordo com a sua “imagem” socialmente consolidada...

Como contraponto dessas restrições constitucionais, resultou de facto uma liberdade fundamental bastante enfraquecida (a liberdade de empresa); mas por isso mesmo sentiu o constituinte a necessidade de separar as águas, e salvaguardar, em compensação, uma reforçada liberdade *de profissão* no círculo dos direitos fundamentais mais ligados à dignidade da pessoa humana. A configuração de liberdade de profissão foi por isso especialmente determinada pela singular característica dualista da Constituição portuguesa de 1976 (particularmente evidente na versão originária): ela é o principal fruto da tensão dialéctica entre, por um lado, a matriz liberal inspirada na Lei Fundamental alemã, e por outro, uma componente socialista especialmente adversa ao poder empresarial privado, decalcada sobretudo da antiga constituição jugoslava.

Nas palavras de M. AFONSO VAZ, a liberdade de empresa, “mais do que qualquer outra liberdade, conhece limites decorrentes directamente da Constituição (‘nos quadros definidos pela Constituição’) ou decorrentes da lei (‘e pela lei’), limites que se justificam ‘tendo em conta o interesse geral’. É manifesta, por isso, para o Autor, a preocupação do art. 61.º, n.º 1, CRP em condicionar o exercício da liberdade de empresa privada, dizendo-nos que há expressões abstractas do direito que a Constituição não consente, e habilitando genericamente o legislador a condicionar o seu exercício” (442).

Como lembra ainda o mesmo autor, é certo que se a Constituição permite a “existência de sectores vedados à livre iniciativa, também permite a imposição de condicionamentos especiais ao acesso da livre iniciativa a determinados sectores” (443). Neste âmbito são possíveis, pois, as chamadas autorizações constitutivas (como, aliás, no das profissões públicas, sendo porém neste caso mais propriamente qualificáveis os respectivos actos descondicionadores como actos concessórios) — implicando tais autorizações a prévia inexistência do direito de aceder a um determinado sector de actividade, por pressuporem ora uma situação de “*numerus clausus*”, ora de poderes de apreciação discricionária por parte da Administração, ora ainda de elevadas exigências de tipo objectivo, em termos de investimento, equipamento técnico e recursos humanos.

Todavia, repita-se, não-de valer, como limites aos poderes de nacionalização do legislador, dada a natureza e estrutura de direito, liberdade e

(442) *Direito...*, cit., p. 158.

(443) MANUEL AFONSO VAZ, *Direito...*, cit., p. 160

garantia também da liberdade de empresa, as cláusulas de salvaguarda do art. 18.º CRP, pela via da qualificação da mesma liberdade como direito de natureza análoga,

9.2.3. Claro está, os poderes públicos estão inibidos não só de introduzir restrições de tipo objectivo à liberdade de profissão, mas também e ainda, por maioria de razão, de nacionalizar ou publicizar qualquer profissão privada com uma imagem socialmente consolidada. Nesse sentido, fala-nos ROLF STOBER do “maior grau imaginável de limitação de natureza objectiva” quando se estabeleça um “proibição absoluta de realizar uma profissão” que impenda sobre privados — proibição esse que “em relação a esse quadro de três níveis” se situaria “um ponto acima dos critérios traçados pelo Tribunal Constitucional (Alemão) para as limitações objectivas à liberdade de profissão” (444). Podendo assim condicionar ou restringir o conjunto de funções e tarefas tradicionalmente integrantes da imagem de cada profissão (restrições ao exercício), as restrições legais terão sempre que respeitar o núcleo essencial dessa imagem.

Salvo o devido respeito, não podemos por isso subscrever a posição de ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, quando o autor, referindo-se a uma profissão privada como a advocacia, admite, em abstracto, um leque de hipóteses de progressiva publicização desta actividade que chega à total estatização (445).

Diz o ilustre professor que o Estado, por desempenhar o exercício da advocacia “um papel essencial na administração da justiça, podia ter deixado os advogados na situação de agentes privados, mas cometendo-lhes uma função pública”. Teríamos “então a figura do *exercício privado de funções públicas*, como sucedeu noutros tempos com os notários ou os cobra-

(444) *Derecho...*, cit., p. 149-150.

(445) Pressupomos, claro, que R. EHRHARDT SOARES não tenha incluído no conceito de “Estado” o próprio poder constituinte, porque então a questão teria que ser analisada noutra plano. Aí subscrevemos, em princípio, a afirmação do autor de que a linha de fronteira entre tarefas essenciais e não essenciais “não é imutável” (quer nos situemos no pleno constitucional-formal, quer no plano constitucional-material — da “realidade constitucional”): como EHRHARDT SOARES, também nós pensamos que “garantindo um núcleo indestrutível de actividades essenciais, as determinações da Constituição dum país ou as forças da tradição podem fazer deslocar actividades, na zona limiar, para um outro lado da linha divisória”. Contudo, sempre diríamos que uma norma constitucional que nacionalizasse a advocacia não deixaria ainda de suscitar o problema da sua... inconstitucionalidade (inserindo-se a questão na problemática equacionada por BACHOF das “normas constitucionais inconstitucionais”).

dores de impostos”. Poderia “sujeitar o exercício da profissão a um acto habilitativo público, com um eventual exame de Estado, e a consequente inscrição dos advogados num registo, seguindo-se o controlo da actividade por um serviço integrado no Ministério da Justiça”. Poderia “até ter ido ainda mais longe e, destruindo totalmente as bases da profissão liberal, integrar os advogados na Administração imediata do Estado e fazer deles funcionários públicos (...), como acabou por suceder com os notários” (446).

Vimos há pouco que AFONSO QUEIRÓ/BARBOSA DE MELO, na esteira de ZANOBINI, afirmaram que exercendo os médicos e os advogados “uma profissão que participa *por natureza*, respectivamente, da função administrativa e da função jurisdicional”, poderiam por isso “ambas ser convertidas, sem quebra do tipo personalista do nosso Estado, em serviços públicos” (447). Mas uma vez que R. EHRHARDT SOARES não parte já, neste específico caso da advocacia, da concepção da segunda destas profissões como exercício privado de funções públicas (o que prejudicaria a sua valia como exemplo, tornando inoportuna a nossa referência, pelo menos neste ponto da exposição), o fundamento da sua posição relativamente à possibilidade da estatização ou publicização da advocacia parece residir, mais vagamente, no “papel essencial” que uma profissão desempenhe para interesses valiosos como a saúde, a segurança ou a justiça.

Ora, a Constituição não confere ao Estado um poder genérico de estatizar toda e qualquer actividade profissional tradicionalmente configurada como privada, isto é, que não seja já *material* ou *formalmente* administrativa (*materialmente*, entenda-se, no sentido em que tinha sido “inventada” pelo Estado e posta a reboque da organização administrativa, não envolvendo necessariamente o exercício de poderes públicos) (448). E não o confere, mesmo que tal actividade seja qualificável como “essencial” para os mais valiosos interesses colectivos — pense-se na medicina, na advocacia, nas profissões técnicas, e até em profissões mais modestas, mas igualmente

(446) *A ordem...*, cit., p. 3807.

(447) *A liberdade...*, cit., p. 245, n. 35.

(448) Como diz SERGIO BARTOLE, o legislador não tem o poder discricionário de conferir, ele próprio, às profissões liberais a qualificação de profissões “públicas”: “é claro que em presença da afirmação constitucional da liberdade de trabalho”, não bastaria justificar tal legislação “com uma afirmação do carácter público das actividades contidas em leis ordinárias, pois ela poderia ainda constituir uma injustificada subtracção à livre disposição dos privados de um determinado campo de actividade” (*Albi...*, cit., p. 948).

importantes, como ainda pode ser considerado o fabrico de pão em pequenas unidades de produção.

Isto, claro, para não entrar no problema da determinação do que é ou não essencial, no campo das profissões, para os fins e funções do Estado (o que nos parece problemático, para além do índice seguro que constituem os poderes de autoridade que efectivamente detêm algumas profissões exercidas por sujeitos privados — as ditas de “exercício privado de funções públicas”).

Mas ainda que se ultrapasse o problema, e se chegue a uma conclusão segura, voltamos ao ponto de partida: é que num Estado que, como o nosso, assuma constitucionalmente a dignidade humana como seu valor supremo, é tão “essencial” o direito fundamental em questão como os tais interesses colectivos (não há hierarquia entre os direitos e interesses constitucionalmente protegidos — a distribuição dos custos ou sacrifícios, em caso de colisão, tem que ser operada em situações já “visualizáveis” — ainda possa ser feita preventivamente, por via geral e abstracta — pelo recurso ao critério da “concordância prática”) ⁽⁴⁴⁹⁾.

Enfim, não nos parece feliz o exemplo apontado pelo autor do que aconteceu entre nós com os notários. Também SAINZ MORENO aponta as actividades próprias da profissão de notário como daquelas a “que a sociedade reconhece especial valor”, tendo esse facto motivado o legislador a recolher essa situação “e a conferir-lhe eficácia pública” (a par, por exemplo, dos atestados médicos).

Mas nós vemos as coisas numa perspectiva inversa: em tais situações o Estado surge primeiro. Ou seja, a própria existência destes profissionais (notários, revisores oficiais de contas, etc.), o conteúdo mesmo das respectivas profissões só se justifica, só se concebe, mesmo economicamente, em razão do exercício de poderes públicos de verificação e certificação (através da prática de actos autoritários) que o Estado lhes delega ⁽⁴⁵⁰⁾.

⁽⁴⁴⁹⁾ Esta concepção implica a utilização de um critério material do interesse prosseguido. Mas como diz G. QUADRI, tal critério é cientificamente “criticável, e sobretudo perigoso: criticável porque não é através do interesse substancial prosseguido, mas sim através de caracteres formais, que a melhor doutrina identifica a actividade pública (e portanto o “fim público”); perigosa porque deixa à completa discricionariedade do intérprete” o juízo sobre a importância do fim, e portanto sobre a necessidade da restrição à liberdade de profissão (*Libertà...*, cit., p. 223).

⁽⁴⁵⁰⁾ BARTOLE, ao chamar a atenção para o facto do esquema do exercício privado de funções públicas, não ter hoje “a extensão que lhe foi atribuída por quem primeiro formulou a hipótese teórica”, diz que das “*libere professioni*, provavelmente, só a de notário

Por isso não é de estranhar que aqui ou acolá, e de quando em quando, os Estados resolvam mudar o seu estatuto (como parece que se anuncia, aliás, entre nós, no sentido da privatização dos notariados); eles não estão a fazer mais do que a alterar a organização e forma de exercício de um poder que lhes é conatural (como são os poderes de julgar, de criar impostos, de representar o Estado no estrangeiro, de organizar e manter forças armadas em função da defesa do país). Ora, é obviamente diferente o caso da advocacia, como o é de qualquer outra profissão privada, por mais útil ou necessária que seja à colectividade.

E por isso achamos também que não se pode, em termos de pura lógica, acometer (semanticamente) uma “função pública” a profissionais até então privados, como é o hipotizado caso dos advogados (transformando-a num suposto “exercício privado de funções públicas”), sem lhes delegar o exercício de *competências* (poder de praticar *actos de autoridade*). A não ser que se dê esse nome ao “fecho” de uma profissão, com a simples atribuição de um monopólio aos sujeitos privados já exercentes, através da instituição de “*numerus clausus*” e de um sistema de “nomeações” com base em critérios objectivos (ou nem isso — pense-se na atribuição de um poder discricionário à Administração de determinar a abertura de novas vagas).

Como dizíamos acima, a Constituição não confere ao Estado um poder genérico de estatizar toda e qualquer actividade económica ou profissional tradicionalmente configurada como privada. Mas não significa isso que o constituinte não tenha acautelado determinados valores, e não tenha previsto a possibilidade de um forte grau de intervenção estatal na vida social, desde a citada exigência de definição legal de um sector básico vedado às empresas privadas, até, precisamente, à questão das nacionalizações. Afirma

pode ser reconduzida sem possibilidade de discussões, na medida em que a titularidade da actividade de atribuição de fé pública a actos e documentos não pode não pertencer à autoridade pública”. Mas “para os advogados e procuradores, como para os médicos”, abundam as dúvidas manifestadas por toda a doutrina de “que a titularidade das respectivas actividades, na sua parte principal — e excluídas certas funções certificativas em cujo exercício seria ainda reconhecível uma substituição do ente público — pertençam institucionalmente ao Estado”. O autor ressalva, contudo, a estreita conexão que elas apresentam com a realização de finalidades estaduais, e o seu papel, portanto, de profissões auxiliares do Estado — sendo o seu auxílio *necessário*, vendo-se inclusive os cidadãos não habilitados obrigados a recorrer aos seus serviços (também daí o serem profissões “de necessidade pública” segundo a qualificação do art. 359 do Código Penal italiano); *Albi...*, cit., p. 948.

MANUEL AFONSO VAZ, nesse sentido, que a Constituição chega a permitir “autênticos atentados *ao direito subjectivo da livre empresa*”, como “a nacionalização e ‘outras formas de intervenção e de apropriação colectiva dos meios de produção e solos’ — (art. 83.º) e a intervenção na gestão das empresas privadas (art. 87.º, n.º 2)”. Todavia — não deixa de sublinhar o mesmo autor — elas são “limitações *legítimas* pelo facto de terem sido *expressamente aceites pela Constituição*” (451).

Uma última questão, relativamente às restrições à liberdade de escolha de profissão, é a das implicações quer no plano do direito privado (relativamente à sua projecção na capacidade negocial, designadamente pela cominação da nulidade dos contratos indevidamente firmados pelo profissional não-titulado), quer no plano do direito penal, da falta de título habilitante prescrito pelas leis restritivas daquela liberdade que exijam uma posse (publicamente titulada) de determinados conhecimentos técnicos e científicos necessários para o exercício profissional. Não-de valer aqui, com todo o rigor, os princípios da necessidade, adequabilidade e proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2, CRP) das sanções civis e penais eventualmente cominadas para a violação da reserva de profissão.

9.3. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: A SENTENÇA PORTUGUESA DAS FARMÁCIAS (AC. TC N.º 76/85, DE 6-5)

9.3.1. O Acórdão n.º 76/85, de 6-5, pronunciou-se pela constitucionalidade das todas as normas impugnadas da Lei 2125, de 20-3-65, que estabelece as condições para o exercício da actividade das farmácias e impõe reservas ao acesso à sua propriedade. Destaca-se do sumário do acórdão a constitucionalidade do “princípio da indivisibilidade da propriedade e da direcção técnica das farmácias”, que no entendimento deste tribunal constituiriam limitações legítimas do “direito à propriedade privada e à liberdade de iniciativa privada” por se destinarem à salvaguarda da saúde pública, constituindo um meio adequado à prossecução dessa finalidade.

Como fundamento da impugnação das referidas normas foram aduzidas, entre outras, as seguintes razões: *a)* o facto de as farmácias pressuporem

(451) *Direito...*, cit., p. 162.

e realizarem uma actividade de interesse público, não invalidaria que prosseguissem simultaneamente uma prática mercantil, havendo por isso de considerar-se como verdadeiros estabelecimentos comerciais; b) a lei impugnada incorreria numa manifesta confusão entre o direito dominial sobre o estabelecimento farmácia e a direcção técnica da actividade que esta visaria atingir. Desde logo, a exigência de conhecimentos especiais, como o curso superior de farmácia, como condição de acesso à propriedade de uma farmácia, violaria o art. 13.º, n.º 2, CRP; pelo que a mesma lei instituiria um monopólio a favor de uma classe, tão só porque habilitada com um grau académico, contrariando o art. 290.º, al. f), CRP (?!).

Não nos interessam nesta sentença nem os fundamentos do pedido, nem a decisão, mas tão só os próprios termos em que toda esta problemática foi colocada e o entendimento das partes a esse respeito. Assim sendo, de entre os argumentos constantes quer do próprio acórdão, de que foi relator o Conselheiro Monteiro Dinis, quer dos votos de vencido — e concretamente do Conselheiro Vital Moreira — só vamos pois destacar aqueles que interessam ao objecto do nosso estudo.

Diz o Tribunal que “a tradição do nosso ordenamento jurídico, como aliás a dos países da Europa ocidental, entre os quais se contam aqueles cujas opções de política legislativa são historicamente mais próximas das nossas, é no sentido de limitar o acesso à propriedade das farmácias, restringindo-o aos detentores do título académico de farmacêutico”; e que “por outro lado, tal limitação está por via de regra associada ao efectivo exercício da direcção técnica da farmácia pelo proprietário farmacêutico, em obediência ao princípio da indivisibilidade da propriedade e da direcção técnica da farmácia”. E cita, na Alemanha, “o princípio fundamental da legislação sobre farmácias, a chamada BApoG (Lei federal das farmácias de 20 de Agosto de 1960)”, que se poderia “resumir nestas palavras: — o farmacêutico na sua farmácia (*Apotheker in seiner Apotheke*)”⁽⁴⁵²⁾.

⁽⁴⁵²⁾ “Sendo o manuseamento e comercialização de produtos farmacêuticos uma actividade de interesse público, importará criar especiais garantias de que se processem de uma forma aceitável na perspectiva da sua prossecução.

“Para o legislador alemão estes objectivos serão alcançados através da obrigatoriedade da exploração de uma farmácia pertencer sempre a um farmacêutico o qual terá de a dirigir pessoalmente, explorando-a por sua conta e risco, sem sujeição à orientação de qualquer outra pessoa. Por isso se impede que o farmacêutico possa explorar mais de uma farmácia; por isso se estipula que, no caso de não poder continuar a dirigi-la pessoalmente (morte, abandono da exploração, aquisição de outra farmácia), a propriedade

Como principal razão justificativa da indissociabilidade entre a propriedade e direcção técnica da farmácia, o facto de que “o director técnico, a aceitar-se aquela dissolução, teria o estatuto jurídico de trabalhador por conta de outrem, ao serviço do proprietário do estabelecimento, ficando sujeito ao conjunto dos poderes patronais comuns, designadamente ao poder de direcção e ao poder disciplinar. Sobre ele recairiam os deveres característicos da situação de trabalhador por conta de outrem, dos quais merecem destaque o dever de obediência, o dever de lealdade e o dever de não lesar os interesses patrimoniais da entidade patronal”.

9.3.2. No seu voto de vencido, o Conselheiro Vital Moreira começa por expressar o seu entendimento de “que a reserva de propriedade das farmácias para os farmacêuticos” constituiria “uma prerrogativa corporativa” que violaria “o *princípio da igualdade*, não havendo nenhum interesse público que exija ou justifique tal privilégio”.

Afirma ainda que “em termos estritamente jurídico-constitucionais, nem sequer haveria nada de ilegítimo, se porventura as farmácias não pudessem ser, pura e simplesmente, objecto de propriedade de particulares”. Por maioria de razão, seriam “lícitas restrições maiores ou menores ao seu acesso, desde que de carácter objectivo”; o mesmo raciocínio valeria para a liberdade de empresa, podendo esta claramente ir, segundo o juiz vencido, “até ao ponto de excluir a actividade farmacêutica dos quadros abertos à iniciativa privada”. A reserva para os farmacêuticos do acesso à propriedade das farmácias não configuraria “nenhum monopólio, nem em sentido técnico, nem em qualquer sentido eventualmente julgado relevante sob o ponto de vista constitucional”.

O problema estaria, pois, em saber-se se “a restrição do acesso *em termos subjectivos*, isto é, de acordo com o estatuto profissional das pessoas” infringiria ou não “o princípio da igualdade”. Ora, “a proibição de exclusivos corporativos em matéria de propriedade e de liberdade de

da farmácia seja transmitida a um farmacêutico que reúna os requisitos legais e técnicos para o fazer.

“O Tribunal Constitucional federal por decisão de 13 de Fevereiro de 1964 (cfr. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, v. 17, 1965, p. 232 e segs.), entendeu que a legislação anteriormente assinalada não contrariava nenhum direito fundamental, designadamente o direito de escolha da profissão, o direito de propriedade privada, o direito de livre iniciativa económica, o direito de transmissão da propriedade por morte e a liberdade contratual”.

empresa (o que é completamente diferente da *reserva de profissão* para os habilitados a exercê-la)” seria uma “parte integrante da própria ‘civilização constitucional’”. Por isso haveria que ter-se por violado o princípio da igualdade, na medida em que um determinado direito fora “reconhecido apenas a uma certa categoria de pessoas”, excluindo outras que se poderiam “reclamar da mesma situação para o exercerem”.

Não pela categoria não ser objectivamente identificável, nem por ser arbitrário o elemento que a distinguiria, que teria de facto algo a ver com a prerrogativa que lhe havia sido reconhecida: seria “evidente a ligação entre a profissão de farmacêutico e a propriedade de farmácias”. Mas isto não seria bastante (“é fácil de ver que, se tais requisitos bastassem, então seria igualmente legítimo reservar as clínicas para os médicos, os jornais para os jornalistas, as tipografias para os tipógrafos, as empresas de pesca para os pescadores, se não, mesmo, as empresas agrícolas para os engenheiros agrónomos ou as empresas em geral para os economistas ou gestores de empresas...”). Ela não seria necessária, nem adequada à protecção do interesse público prosseguido pela lei. Bastariam duas coisas para a prossecução de tal interesse: que cada farmácia tivesse obrigatoriamente um director técnico farmacêutico e que a preparação dos fármacos manipulados na farmácia, bem como a venda dos medicamentos, fossem efectuados pelo director técnico ou por colaboradores seus. Ora, elas já constariam da lei.

Quanto ao argumento da independência profissional do farmacêutico, no sentido da razoabilidade da referida indissociabilidade, diz ainda este juiz que o princípio de que “a direcção técnica é assegurada pelo seu proprietário farmacêutico” (art. 84.º, n.º 1, do DL 48 547, de 27-8-68), sendo embora “a regra da lei, não deixa de ter excepções que irremediavelmente lhe comprometem o significado” ⁽⁴⁵³⁾ ⁽⁴⁵⁴⁾.

⁽⁴⁵³⁾ Aponta o juiz vencido as seguintes excepções, nos arts. 83.º e 83.º do citado diploma: as situações em que “o proprietário farmacêutico, por motivo de força maior estranho à sua vontade, não possa assumir efectivamente a direcção técnica” (art. 84.º, al. b)), aquelas em que “excepcionalmente, se verificarem circunstâncias ponderosas, como tal aceites pela Direcção-Geral de Saúde” (art. 84.º, al. e)), destacando ainda, como sendo a excepção mais significativa, a possibilidade prevista no art. 83.º, de “a farmácia pertencer a uma *sociedade* de farmacêuticos, cabendo a direcção técnica a um deles (que pode ser o sócio com menos capital”. Aí verificar-se-ia, “incontestavelmente, a separação entre a propriedade e a direcção técnica da farmácia”.

⁽⁴⁵⁴⁾ Também na sua opinião não existiria incompatibilidade entre independência deontológica e relação de trabalho por conta de outrem, pois havendo conflito, ele seria resolvido a favor da independência profissional (“ao exercer a sua profissão por conta de outrem,

O Conselheiro Vital Moreira considera ainda falsa a dicotomia “reserva de propriedade contra propriedade livre”: “a reserva corporativa da propriedade da farmácia” não seria “contraponto necessário da propriedade livre, sendo de todo em todo insustentável a tese de que, se se afastar aquela, tem de se cair nesta”; nesse sentido, lembra o ainda estar “à disposição da lei” toda uma legítima “panóplia de instrumentos gerais de restrição e condicionamento de exercício da liberdade de empresa: estabelecimento de incompatibilidades entre a propriedade de farmácias e o exercício de certas profissões ou a propriedade de determinados estabelecimentos, proibição de propriedade de mais do que uma farmácia pela mesma entidade, contingência das farmácias, de acordo com a área e a população, etc., tudo isto podendo ser controlado preventivamente, através da concessão de licença ou autorização administrativa”.

Enfim, o argumento de que com a afirmação do contestado princípio os interesses mercantis do empresário já não se sobreporiam aos interesses deontológicos, não tornaria a restrição adequada à prossecução do fim legal na medida em suporia erroneamente que o “farmacêutico *doublé* de proprietário de farmácia” faria “sobrepôr os valores da profissão aos interesses de proprietário” (455). Mas mais do que inadequado, o princípio, pelas consequências já testemunhadas da sua aplicação, seria mesmo contraditório com o objectivo a alcançar: não só por favorecer o “farmacêutico testa-de-ferro”, mas pela perversa consequência de tal obrigatoriedade juntar ainda ao proprietário fictício o director ausente (“é que, na maioria das vezes, nesses casos de propriedade fictícia, o farmacêutico que dá o nome não é, efectivamente, nem proprietário, nem director técnico. Com efeito, o *proprietário fictício* acumula também a qualidade de *director ausente*”).

9.3.3. Quer o requerente do pedido de declaração de inconstitucionalidade, quer o Tribunal, quer o citado juiz vencido, assentam em dois pressupostos que nunca chegam sequer a ser questionados. É o primeiro deles o da natureza da “propriedade” da farmácia; mas importaria averiguar se

o farmacêutico *não tem de ser menos livre e menos independente do que ao exercê-la por conta própria*); assim se passaria com os médicos e os advogados, “que exercem profissões não menos deontologicamente qualificadas e não menos ‘livres’ do que a dos farmacêuticos”.

(455) Sendo os dois papéis conflituosos quando atribuídos a pessoas distintas, seguramente não passariam “a ser harmoniosos só porque acumulados na mesma pessoa”.

esta seria uma “verdadeira e própria propriedade” ou se não corresponderia antes “a outra figura”; tal pressuposto só viria a ser posteriormente questionado por JORGE MIRANDA, num artigo surgido em jeito de réplica à declaração de voto de vencido do Conselheiro Vital Moreira (acabando, contudo, aquele autor por não dar uma resposta satisfatória à questão por si mesmo levantada). E é o segundo o carácter de “empresa” do estabelecimento farmacêutico. Com base nestes dois pressupostos, toda a questão foi analisada à luz das normas constitucionais consagradoras do direito à propriedade privada e à liberdade de iniciativa privada, e da adequabilidade das restrições entre as finalidades prosseguidas pelas restrições e esses direitos.

O fundamento da impugnação é disso ilustrativo, quando o requerente diz que do facto de as farmácias pressuporem e realizarem uma actividade de interesse público não invalidaria que prosseguissem “simultaneamente uma prática mercantil, havendo por isso de considerar-se como verdadeiros estabelecimentos comerciais”, incorrendo por isso a lei impugnada “numa manifesta confusão entre o direito dominial sobre o estabelecimento farmácia e a direcção técnica da actividade que esta visaria atingir”.

Questão a que, em perfeita sintonia na colocação dos termos da questão, responde o acórdão com a legitimidade de limitar o acesso à *propriedade* das farmácias, restringindo-o aos detentores do título académico de farmacêutico”, limitação a que estaria associada por via de regra, no direito comparado, “o efectivo exercício da direcção técnica da farmácia pelo *proprietário* farmacêutico, em obediência ao princípio da indivisibilidade da propriedade e da direcção técnica da farmácia”. Bem como o citado juiz vencido, ao estabelecer por sua vez a diferença entre a proibição de exclusivos corporativos “em matéria de *propriedade* e de *liberdade de empresa*” e a “reserva de profissão para os habilitados a exercê-la”.

9.3.4. Face ao exposto, importa aplicar à actividade de farmácia os critérios acima enunciados para determinarmos a sua qualificação como empresa ou profissão, e a sua submissão, respectivamente, ao art. 61.º, n.º 1, CRP ou ao art. 47.º, n.º 1, CRP.

Recorde-se que concluímos não serem decisivas para essa qualificação a caracterização jurídica e formal de uma actividade organizada em função da obtenção de lucro ⁽⁴⁵⁶⁾, e portanto a sua sujeição ao direito comer-

⁽⁴⁵⁶⁾ Incluindo portanto o requisito da forma jurídica societária, com excepção talvez da exigência da adopção da forma de sociedade anónima.

cial, não podendo assim ser determinante nesse sentido o implicar tal actividade a prossecução de uma “actividade mercantil”, e a consideração da farmácia como estabelecimento comercial para um ou outro efeito legal. É nesse sentido, de uma actividade profissional que oferece uma dimensão comercial ou lucrativa, que GUIDO LANDI, por exemplo, define a farmácia como “uma actividade com perfis profissional e empresarial conexos, exercida por sujeitos privados sob vigilância pública” (457).

O essencial para tal efeito seria a sua identificação como actividade de exercício tradicionalmente individual, sobretudo quando pressupusesse, como é o caso das profissões sanitárias, o domínio de uma ciência ou de uma técnica especialmente qualificadas. Ora, ninguém negará que a actividade do farmacêutico ou boticário corresponde a esta descrição: farmácia e farmacêutico são conceitos tradicionalmente indissociáveis, como o são médico e o seu consultório; independentemente da sua forma jurídica e da sua estrutura comercial (uma vez que implica a título principal uma [re]venda de produtos, e não de serviços imateriais), a farmácia assentou, desde sempre, no saber do respectivo farmacêutico, porque muitos desses produtos eram, e são ainda, preparados pelo próprio farmacêutico na farmácia, e porque a venda de todos eles sempre exigiu o acompanhamento técnico, pessoal e directo, daquele profissional sanitário.

E verificámos que se certas actividades de produção e distribuição de bens e serviços não eram facilmente qualificáveis segundo esse critério (458), já relativamente a outras actividades, pelo contrário, o próprio legislador se poderia encarregar de eliminar tal tipo de dúvidas, prescrevendo a proibição de os operadores transformarem a respectiva actividade individual numa estrutura de tipo empresarial. Vimos ser esse o caso das profissões liberais protegidas (459). Ora, o mesmo se passa com a actividade

(457) *Farmácia*, EdD, v. ?, p. 844.

(458) Muitas situações não conseguiriam sair da zona de indefinição: Se para certas profissões comerciais profundamente enraizadas na comunidade, e legalmente regulamentadas (por este ou aquele motivo), seria fácil a sua qualificação nos termos referidos (seria o caso das que se traduzissem numa prestação de serviços *imateriais*: mediadores imobiliários, correctores de seguros, etc., bem como das profissões liberais), já o mesmo não se passaria com as pequenas empresas (as empresas comerciais comuns, as industriais, as agrícolas) levantam problemas de qualificação, que forçosamente se teriam que colocar previamente face a cada restrição legal, para averiguar da sua *adequabilidade*.

(459) Aqui o campo é reservado a indivíduos isolados, a quem será directamente imputada a actividade desenvolvida, para todos os efeitos legais (normalmente a profissionais especialmente qualificados), tendo eles, e só eles, que exercer tal actividade (predominan-

de farmácia. Também aqui o legislador impossibilitou o farmacêutico pertencer a mais de uma sociedade, ou de pertencer a ela e ser proprietário individual de uma farmácia — confinando assim o farmacêutico à sua farmácia. E em reforço desta proibição, juntou-lhe ainda o mesmo legislador a impossibilidade de desempenho simultâneo de qualquer função incompatível com o exercício efectivo da actividade de farmácia.

Estamos, pois, perante uma realidade social e juridicamente una: a imagem social e legalmente consolidada da profissão de farmacêutico inclui a própria actividade de farmácia, tal como a do advogado as consultas no seu escritório, e a do médico a assistência ao doente no respectivo consultório. Não há um pois um “princípio da indivisibilidade da propriedade e da direcção técnica das farmácias” presidindo à farmácia como uma limitação legítima do “direito à propriedade privada e à liberdade de iniciativa privada”, mas uma incindível profissão intelectual protegida para cujo acesso a lei exige o título académico da licenciatura em ciências farmacêuticas, constituindo, esta sim, uma restrição legítima à liberdade de escolha de profissão.

A farmácia é antes de mais *exercício* de uma profissão; e como tal não constitui objecto de um direito de propriedade, mas o próprio desenvolvimento da profissão de farmacêutico. O que pode ser objecto do direito de propriedade é o estabelecimento no sentido da universalidade de bens que constituem os apetrechos técnicos da profissão, o que inclui o espaço físico (o local autorizado para o exercício da actividade) ⁽⁴⁶⁰⁾; mas tal universalidade, constituindo pressuposto do alvará, não se confunde com este.

temente, em regime independente, tolerando ainda a lei que o façam em regime de trabalho subordinado, desde que garantam a preservação da autonomia técnica e, nas profissões mais complexas, da autonomia deontológica). Nas profissões liberais protegidas as restrições legais às pertinentes actividades terão que ser consideradas restrições à liberdade de profissão, estando inclusive liminarmente afastada da esfera individual, em tais actividades, a liberdade de empresa, pelos motivos inversos dos do primeiro grupo de situações já analisado: ou seja, incompatibilidade da forma e estrutura empresarial com a natureza individual da actividade profissional protegida.

⁽⁴⁶⁰⁾ Por essa razão, é secundário o papel da organização que assessor o profissional em regime de trabalho autónomo (nomeadamente dos empregados e auxiliares), não ocorrendo uma cisão entre a "titularidade" e a "gestão" da organização. Não se desenvolve, pois, sob o impulso do profissional, uma estrutura que funcione por si mesma, cujo funcionamento se processe sem a predominância da prestação individual daquele, constituindo o seu trabalho, portanto, o cerne insubstituível dos serviços profissionais fornecidos a terceiros.

Por isso o “alvará” é estritamente pessoal, na medida em que o título académico por ele suposto é acordado *intuitu personae*; por isso a “transferência” da farmácia, qualquer que seja a forma ou a designação que a lei lhe dê (eventualmente decalcada de institutos do direito comercial), mais não é do que uma nova autorização conferida a outro farmacêutico para exercer a sua actividade profissional (de farmácia) no mesmo local, ou, melhor dizendo, provendo-o na vaga aberta. As normas legais impugnadas limitam-se, pois, a estabelecer uma reserva de profissão, diferentemente do que se afirma no voto de vencido ⁽⁴⁶¹⁾; a profissão de farmacêutico, que inclui tradicional e legalmente a vertente farmácia, é também uma profissão intelectual protegida, ou, se se quiser, uma profissão liberal.

Torna-se por essa razão imprópria a analogia feita na declaração de voto de vencido, dos farmacêuticos e desta vertente da profissão por estes exercidas, com os jornalistas, os tipógrafos, os pescadores e os economistas ou gestores, relativamente a empresas que se possam formar para desenvolver essas actividades. Estas actividades não são profissões protegidas, não subsistindo obstáculos legais a que se dissociem as organizações que as prosigam dos seus promotores, por não estarem em jogo interesses imperiosos que o exijam, como se passa com os médicos e os advogados. De facto, só é “igualmente legítimo” reservar os consultórios médicos para os médicos, os escritórios de advogados para os advogados, etc. ⁽⁴⁶²⁾.

⁽⁴⁶¹⁾ Lembre-se que o desenvolvimento da “ideia” de profissão, que parte, essencialmente, da autonomia do profissional (em contraponto à posição do empresário e à realidade empresarial), não se esgotando com eles, deve muito aos tradicionais regimes (publicísticos) das profissões protegidas, que ao consagrar a sua autonomia jurídica, proíbem e assim impedem “artificialmente”, com a chamada “reserva legal de profissão”, a ocorrência da mudança qualitativa de uma actividade (inicialmente) configurada pela tradição e pela experiência social como profissional (mudança de “imagem”: transformação material da uma actividade profissional em actividade empresarial). Parece-nos ser, ponto por ponto, o que se passou com a profissão de farmacêutico, na regulamentação da sua principal vertente, que é a actividade de farmácia.

⁽⁴⁶²⁾ Diz JORGE MIRANDA no citado artigo: “Dir-se-á que na prática se confina certa profissão a pessoas com certa qualidade e que, desta sorte, se limita a liberdade de escolha de profissão ou género de trabalho. A primeira afirmação é indiscutível: a actividade farmacêutica fica destinada aos farmacêuticos. E, passe o paradoxo aparente ou o pleonasma, assim tem de ser: a profissão de farmacêutico somente deve ser exercida por farmacêuticos, como a de médico só por médicos, a de advogados só por advogados, etc.” (*Propriedade...*, cit., p. 96). Mas apesar da correcção desta abordagem, em todo o resto do citado artigo o autor glosa a compatibilidade das normas impugnadas com a liberdade de empresa e com o direito à propriedade, ficando nós sem saber como liga (ou não liga) o autor no caso em apreço a liberdade de profissão com aquelas outras.

Mas a fragilidade desta posição revela-se sobretudo quando se diz que bastariam duas coisas para a prossecução de tal interesse: que cada farmácia tivesse obrigatoriamente um director técnico farmacêutico e que a preparação dos fármacos manipulados na farmácia, bem como a venda dos medicamentos, fossem efectuados pelo director técnico ou por colaboradores seus, e que elas já constariam da lei. Ora, que mais resta para fazer numa farmácia senão isso, preparar fármacos e vender medicamentos (não contando com a inicial montagem das estantes e a da arrumação do primeiro *stock* de medicamentos, a isso se reduzindo a “iniciativa privada”)? Estando para mais a actividade legalmente circunscrita a pequenas unidades de retalho, obedecerá a alguma exigência absoluta de justiça (conceito a que se reconduz o princípio da igualdade) permitir que outro que não o profissional liberal em questão aufera os rendimentos de uma actividade quer quantitativa quer qualitativamente imputável, na sua quase totalidade a este último, confinando o farmacêutico ao recebimento de um ordenado retirado daqueles rendimentos?

9.3.5. Contudo, o Tribunal Constitucional parece ter-se impressionado com o (também tradicional) regime de autorização constitutiva a que obedece a abertura e o funcionamento da farmácia.

Como vimos atrás, constituiria uma presunção (ilidível) da não existência ou desaparecimento de uma imagem socialmente consolidada de profissão (individual) de exercício público ou independente, num determinado sector da economia (e por conseguinte da *propriedade* ou adequabilidade da actividade empresarial nesse sector) o tipo de exigências legais para o seu acesso que se orientasse no sentido inverso às postuladas para o exercício das profissões liberais protegidas, isto é, pensadas para organizações: concretamente, o preenchimento de certos requisitos objectivos, como fossem a disponibilidade, por parte do(s) candidato(s) a operadores em tal sector, de consideráveis meios técnicos e financeiros próprios da organização empresarial (os tais outros factores de produção: para além dos recursos humanos adequados, ainda capital social elevado, caução, instalações e equipamentos adequados, etc.) ⁽⁴⁶³⁾ ⁽⁴⁶⁴⁾. Certa-

⁽⁴⁶³⁾ Assim, importaria averiguar se ao tempo da restrição legal tal actividade se configura socialmente como uma profissão, e então as exigências de preenchimento de requisitos objectivos terão que ser primeiramente consideradas nessa óptica (o que pode tornar desde logo problemática a própria natureza objectiva das restrições). Mas caso a acti-

mente que se incluirá nesta hipótese a actividade de *fabrico* de medicamentos, como se poderão ainda incluir (com mais reservas) os hospitais, casas de saúde e clínicas privadas.

Pois bem, as exigências técnicas no domínio do acesso à actividade de farmácia não são superiores, com certeza, em termos de equipamento e de investimento, por exemplo, às requeridas pela abertura de um consultório de médico dentista. Ou seja, o que é essencial para a abertura da farmácia é a *qualidade* de farmacêutico do titular, adquirida com o respectivo título académico, e não os acessórios técnicos e o espaço adequado também exigidos pela materialidade da profissão. Pelo que também por esta se via se confirma a natureza profissional da actividade.

É certo que nos regime legais das actividades empresariais mais condicionadas acima referidas, subsiste, normalmente, ora uma margem de maior ou menor discricionariedade administrativa na apreciação dos referidos requisitos (em princípio da chamada discricionariedade técnica, mas por vezes também de verdadeira discricionariedade, sobretudo no sector financeiro) ⁽⁴⁶⁵⁾, ora ainda a verificação de pressupostos de todo estranhos à entidade que se proponha a operar no sector, em nada podendo esta contribuir para a sua verificação. E neste aspecto, é o que se passa de facto com o regime de acesso à actividade de farmácia. Mas não determinando este aspecto do regime a sua qualificação como actividade empre-

vidade, unitariamente considerada, não correspondesse a uma profissão socialmente definida e enraizada, haveriam de se sobrepor diferentes planos de restrições às actividades produtivas: num primeiro plano, porque subsistente tão só na esfera individual, e quanto ao acesso a essa actividade, uma liberdade *de empresa* (e não *de profissão*) as restrições seriam restrições àquela liberdade, e não a esta. E só num segundo plano é que se (re)colocaria, pois, a problemática da liberdade de profissão — incidindo tão só a protecção constitucional quer sobre as plúrimas profissões subordinadas que compõem os recursos humanos da empresa (desde a de administrador ou gerente até às dos quadros técnicos), quer sobre eventuais profissões liberais que orbitassem à volta desta, designadamente das que ainda se pudessem interpor no circuito de distribuição (entre a produção — os bens e serviços produzidos por tais empresas — e o consumo destes).

⁽⁴⁶⁴⁾ Não quer dizer, claro está, que um indivíduo não possa ser o único sócio, ou proprietário do estabelecimento: simplesmente tal actividade desapareceu, ou nunca terá chegado a aparecer, na ordem social, como profissão, ou actividade profissional individual, e as exigências já são por definição desproporcionadas e desadequadas ao exercício individual, estando pensadas e inclusive logicamente formuladas para estruturas empresariais.

⁽⁴⁶⁵⁾ Passe a impropriedade de tal qualificativo relativamente ao poder discricionário...

sarial, fica por demonstrar a constitucionalidade do dito regime à luz do art. 47.º, n.º 1, CRP, questão que abordaremos adiante.

9.3.6. Já as situações excepcionais de dissociação entre um “proprietário” não farmacêutico do estabelecimento e a direcção técnica previstas no DL 48 547, de 27-8-68 e na própria Lei 2125, merecem uma atenção mais cuidada. São elas as previstas no art. 84.º do primeiro citado, bem como os casos previstos pela base VI da Lei 2125 (propriedade das Misericórdias e outras instituições de assistência ou previdência quando haja interesse público na abertura de farmácia em determinado local ou na manutenção da já existente e não apareçam farmacêuticos interessados na sua instalação ou aquisição), e, em geral, as situações que redundem nessa dissociação derivadas das providências previstas nas bases VI a VIII da mesma lei, quando em qualquer concelho não exista farmácia ou o número das existentes seja manifestamente insuficiente para acorrer às necessidades do público.

Ora, todos estes casos terão que ser enquadrados forçosamente no instituto da concessão de serviços públicos, e já não no exercício da profissão farmacêutica em regime liberal. E nada obsta a este enquadramento: na verdade, não estando constitucionalmente vedada ao Estado qualquer actividade económica, isto é, não existindo entre nós uma reserva de sector privado, quando por qualquer motivo não for possível ou desejável, para acudir a uma necessidade pública, recorrer à colaboração dos profissionais liberais farmacêuticos, poderá usar o Estado a figura da concessão, e incumbir entidades privadas, em seu nome e no seu interesse, de prosseguir a actividade, uma vez assegurada a direcção técnica também por um farmacêutico (ainda que agora, excepcionalmente, em regime de trabalho subordinado).

Também entendemos não “comprometer irremediavelmente o significado da lei” a excepção apontada ainda pelo juiz vencido como sendo a mais significativa nesse sentido: ou seja, a possibilidade prevista no art. 83.º, de “a farmácia pertencer a uma *sociedade* de farmacêuticos, cabendo a direcção técnica a um deles, que pode ser o sócio com menos capital” (aí verificar-se-ia, “incontestavelmente, a separação entre a propriedade e a direcção técnica da farmácia”).

Pensamos que esta conclusão parte de um interpretação demasiado literal das normas a que se reporta. Na verdade, é a qualidade de farmacêutico que determina o conteúdo funcional da direcção técnica da farmácia. Outro sócio farmacêutico que não o formal director técnico, e que

esteja também presente na farmácia, e enquanto presente na farmácia, assume uma responsabilidade e um poder idênticos aos daquele, não podendo deixar de se situar (também) no topo da hierarquia interna do estabelecimento. Assim o exige a autonomia técnica e científica de qualquer profissão intelectual protegida e universitariamente titulada.

Será, quando muito, de admitir que aquela direcção técnica confira ao seu titular um “voto de qualidade” em hipótese de discordância técnica ou deontológica entre dois ou mais sócios farmacêuticos, assumindo, para os demais efeitos, um significado simplesmente burocrático no âmbito das relações entre a farmácia e o Ministério da Saúde. O facto de o legislador ter optado por um regime mais restritivo, exigindo a presença do farmacêutico-director técnico na farmácia, não significa que não pudesse ter optado, diferentemente, pela exigência da presença, tão só, de qualquer um dos sócios, sem por isso comprometer os princípios aplicáveis nesta matéria.

9.3.7. Contudo, quer das situações de excepção previstas no art. 84.º do citado DL 48 547, de 27-8-68, quer do minucioso regime sucessório previsto na Lei n.º 2115, ressalta a existência de interesses mercedores da tutela do direito, e de problemas suscitados por esses interesses (e aos quais os referidos regimes procuram dar resposta), que não conhecemos, por exemplo, nas análogas situações a que já recorremos para ilustrar a nossa exposição, isto é, dos consultórios médicos e dos escritórios de advocacia.

Ora, tais problemas, a nosso ver, sem prejuízo da eventual aplicabilidade (contra natura, diríamos) das pertinentes normas de direito civil e de direito comercial, pouco ou nada têm a ver com o direito subjectivo público de propriedade sobre a universalidade de bens que constituem o suporte material da farmácia, supostamente denegado aos não farmacêuticos. É que a farmácia propriamente dita não é um estabelecimento (comercial), um bem distinto da pessoa do farmacêutico e da respectiva qualidade profissional, e portanto alienável, e apropriável por outrem. Na verdade, as figuras do trespasse e da cessão de exploração reportam-se essencialmente ao “alvará”, e só por arrastamento, quase diríamos por esquecimento legal à universalidade de bens que apenas fisicamente constituem a farmácia. E a prova que assim é está no regime de caducidade do alvará, na medida em que com a sua ocorrência deixa tal universalidade de merecer qualquer tutela jurídica especial. Com efeito, se fossem elementos indissociáveis um do outro, o estabelecimento — ou pelo menos parte dele, isto é, o direito de fruição do local — reverteria

para a Administração, ou directamente para o novo farmacêutico, contra indemnização a atribuir aos herdeiros do anterior.

Com efeito, não pode ser considerada aqui a existência de um “aviamento” caracterizador da farmácia como estabelecimento comercial juridicamente apropriável como qualquer outro, advindo-lhe, como lhe advém, o seu valor economicamente mensurável, para além dos conhecimentos aplicados do próprio farmacêutico (ou seja, da sua qualidade — jurídica — de farmacêutico, conferida pela respectiva habilitação académica, e que constitui um atributo — mais um atributo — da própria personalidade), não de uma clientela conquistada em regime de concorrência, mas do privilégio inerente ao alvará, isto é, da situação de monopólio, ou, se se quiser, de oligopólio legal que gozam cada um e todos os estabelecimentos farmacêuticos em virtude do regime vigente de autorização constitutiva. Cada farmácia constitui um posto de distribuição de medicamentos a um sector da população numérica e geograficamente determinado, segundo tal regime, em função de uma certa *ratio* de habitantes por quilómetro quadrado.

Não fora este regime, e inexistiriam aqueles interesses económicos subsistentes para lá da vida activa do farmacêutico, e que constituem uma sua consequência directa, pelos quais a lei zela — e que de facto poderão, esses sim, levantar problemas face ao art. 13.º CRP —, como (não) acontece com os consultórios médicos e os escritórios de advogados.

Com a abolição de tal regime também se extinguiriam as consequências e receadas figuras do proprietário fictício e do director ausente. A primeira, porque em regime de livre acesso (só condicionado pela posse do título académico) deixaria de ter qualquer atractivo para os farmacêuticos a situação simulada de director técnico materialmente não proprietário. E a segunda porque finda a situação de domínio “geográfico”, numa situação de concorrência que proporcionasse aos utentes a possibilidade de não ter que calcorrear uns tantos quilómetros para aceder à farmácia mais próxima, o conhecimento público da ausência do director técnico poderia fazer gorar a viabilidade do estabelecimento, face a um estabelecimento fisicamente próximo com um director técnico visível.

Ora, deixando de existir tais interesses, a questão perderia a relevância incidental que tem para o direito infraconstitucional, não merecendo mais a sua tutela; o que iluminaria o aspecto que nos importa: o da farmácia como função integrante da profissão de farmacêutico, nada mais relevando constitucionalmente do que isto.

9.3.8. Importa agora analisar a problemática da actividade de farmácia sob os ângulos ignorados neste acórdão do Tribunal Constitucional, que sendo, aliás, os constitucionalmente mais relevantes, não foram suscitados pelo requerente do pedido de declaração de inconstitucionalidade.

Desde logo, importa averiguar se a actividade de farmácia, traduzindo o exercício de uma profissão liberal, não consubstancia uma concessão de serviços públicos, ou, reconduzindo-a a uma figura mais apropriada à natureza individual da actividade, uma profissão de exercício privado de funções públicas — excluindo, claro está, as citadas excepções que já configurámos como tal.

Pronuncia-se GUIDO LANDI, face a um regime idêntico ao nosso, pela qualificação da actividade de farmácia não como um serviço público concessionado ao farmacêutico, mas como uma actividade de exercício público (isto é, de porta aberta), envolvendo interesses públicos, mas de natureza privada, “com perfis profissional e empresarial conexos, exercida por sujeitos privados, sob a vigilância pública” (466) (467).

Assumindo como “pressuposto objectivo necessário da concessão” uma reserva a título exclusivo a favor da administração do bem ou da actividade objecto da concessão, e concluindo-se pela reserva de administração da actividade de farmácia, para LANDI decorreria da verificação desse pressuposto que o respectivo regime legal mais não seria do que “uma simples modalidade da organização do serviço (público), constituindo para o Estado uma opção lícita o assumi-lo em gestão directa”; o autor parte ainda da definição de serviço público “em sentido estrito” de “todo aquele que se traduza numa actividade técnica e material, voltada para a produção de bens e serviços que a administração coloca à disposição dos cidadãos” (468).

De acordo com estas premissas, a actividade de farmácia não constituiria um serviço público concessionado, na medida em que, limitando-se

(466) GUIDO LANDI, *Farmacia*, EdD, p. 841 e segs.

(467) Note-se que o Tribunal Constitucional italiano, na sentença de 26-11-57, qualificou o regime de abertura e funcionamento de estabelecimentos farmacêuticos como concessão, e considerou legítimo tal sistema, por entender tal actividade excluída do âmbito da liberdade de empresa (dada, e segundo o seu particular entendimento do art. 32 CE, a presuntiva publicidade dessa actividade, com base no art. 32 CE) (SERGIO BARTOLE, *Albi...*, cit., p. 949).

Veja-se, contudo, em sentido contrário, a análise de JORGE MIRANDA da análoga norma da nossa Constituição, em *Propriedade...*, cit., loc. cit.

(468) GUIDO LANDI, *Farmacia*, loc. cit.

o Ministério da Saúde à assunção de uma posição de supremacia face quer aos farmacêuticos, quer, aliás, aos médicos e aos veterinários (ou seja, limitando-se a administração sanitária supostamente concedente ao desenvolvimento de uma actividade de “função pública” e não de “serviço público”), faltaria no direito vigente “qualquer elemento idóneo para se poder sustentar que o chamado serviço farmacêutico constitua uma reserva ou um monopólio administrativo do Estado, e por maioria de razão de outros entes públicos, exercido em regime de concessão”; como não existiriam, do mesmo modo, elementos aptos a “sustentar que sejam, paralelamente, actividades reservadas ao Estado o serviço médico ou hospitalar e o serviço veterinário, sendo estes ainda objecto também de uma fiscalização da administração sanitária, e exercidos por profissionais privados, por entes públicos e por empresas privadas” (469).

Esta posição merece a nossa concordância, face à pertinência dos argumentos expostos, e à sua serventia no nosso direito. Mas juntar-lhes-emos um outro argumento especialmente relevante face à Constituição portuguesa: é que ainda que no nosso ordenamento se suscitasse indícios em sentido contrário, eles não chegariam por si só para afastar a tradição social e legislativa desta profissão, como uma profissão privada e não criada pelos poderes públicos, correspondendo a uma imagem socialmente consolidada — nesta se compreendendo, bem entendido, a actividade de farmácia — que remonta (ocioso será dizê-lo) muito para lá da vigência da actual Constituição.

Ora, uma vez que concluímos que a profissão farmacêutica, compreendendo nesta a sua vertente de actividade de farmácia, é uma profissão privada protegida (e afastados por isso os âmbitos preceptivos quer do art. 61.º, n.º 1, CRP, quer do art. 47.º, n.º 2, CRP), resta-nos a qualificação do respectivo regime de acesso como autorização constitutiva, impondo-se a apreciação do sistema por ele instituído, de contingentação das farmácias, à luz da liberdade de profissão.

Este regime limita o número de farmácias no território nacional, através do estabelecimento de determinados requisitos exigidos para os locais onde se pretenda exercer a actividade de farmácia, tendo em atenção, designadamente, os clássicos parâmetros proteccionistas da proporção com a população e das distâncias entre os locais. Reconduz-se este tipo de restrições, recorde-se, ao terceiro degrau de restrições, segundo a teoria

(469) *Ibidem*.

elaborada pelo o Tribunal Constitucional Federal Alemão — o tipo de restrições mais lesivas da liberdade de profissão, por se fixarem pressupostos objectivos para o acesso à profissão, concretamente de um sistema de autorizações dependentes de uma apreciação de necessidades objectivas — estranhos, portanto, à pessoa do pretendente, que assim em nada pode contribuir para a sua verificação.

Ora, segundo a nossa interpretação do art. 47.º, n.º 1, CRP, estaria entre nós de todo em todo excluído esse tipo de restrições, tratando-se do acesso a profissões privadas.

E não procederá o argumento de que tal regime não veda o acesso à profissão de farmacêutico, na medida em que não impede a ninguém a *escolha* da profissão titulada de farmacêutico (para além da exigência do correspondente título universitário), limitando-se uma das suas normas a restringir ou condicionar tão só o *exercício* de uma das modalidades da profissão, através da exigência de certas condições para os locais destinados ao exercício tal modalidade.

Na verdade, a protecção do conteúdo essencial da liberdade de profissão abrange, como vimos, o núcleo essencial das funções e atributos tradicionalmente ligados à profissão, isto é, integrantes da “imagem” de cada profissão. É este alcance do art. 47.º, n.º 1, CRP que justifica a sua existência como preceito autónomo, desintegrado de um direito geral de personalidade, ou de uma genérica liberdade económica individual ⁽⁴⁷⁰⁾.

⁽⁴⁷⁰⁾ Lembre-se, a este propósito, o artifício do Tribunal Constitucional Espanhol, na sentença espanhola das farmácias, para negar, à revelia do entendimento perfilhado pela doutrina, a existência de um conteúdo essencial da liberdade de profissão: o não haver “um conteúdo essencial constitucionalmente garantido de cada profissão, ofício ou *actividade empresarial concreta*”; é que este Tribunal, no fundo, acabou por não reconhecer a autonomia da liberdade de profissão face à liberdade de empresa, encarando-as como simples expressões (quicá meramente descritivas) das diferentes facetas de uma liberdade económica.

Como vimos, o mesmo parece acontecer com a nossa jurisprudência constitucional, se bem que ainda com uma menor percepção relativamente a esta específica problemática. Recorde-se, na declaração da voto de vencido do Conselheiro Vital Moreira, quando este diz, aprovando nesse particular aspecto o sentido do Acórdão criticado, estar “à disposição da lei” toda uma legítima “panóplia de instrumentos gerais de restrição e condicionamento de exercício da liberdade de empresa: estabelecimento de incompatibilidades entre a propriedade de farmácias e o exercício de certas profissões ou a propriedade de determinados estabelecimentos, proibição de propriedade de mais do que uma farmácia pela mesma entidade, contigência das farmácias, de acordo com a área e a população, etc., tudo isto podendo ser controlado preventivamente, através da concessão de licença ou autorização administrativa”.

Ora, como diz L. TOLIVAR ALAS em crítica à sentença espanhola das farmácias, sendo indesmentível a essencial “acessoriedade da relação entre farmacêutico e farmácia”, uma norma como a questionada, que implique a cisão entre um e outra “destrói palmarmente um aspecto típico da profissão e, ainda hoje, majoritário como *modus vivendi* do sector” ⁽⁴⁷¹⁾.

⁽⁴⁷¹⁾ *La configuracion...*, cit., p. 1353.