

Excelentíssimo Senhor Juiz Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

Q/374/2017

O Provedor de Justiça, no uso da competência prevista na alínea *d*) do n.º 2 do artigo 281.º da Constituição da República Portuguesa e no n.º 3 do artigo 20.º da Lei n.º 9/91, de 9 de abril, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade das normas constantes dos n.ºs 1 e 2 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 220/2008, de 12 de novembro, tanto na redação atualmente vigente, que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 224/2015, de 9 de outubro, quanto na sua versão originária, bem como, conseqüentemente, do n.º 3 do mesmo artigo 16.º, em ambas as versões.

Considera o Provedor de Justiça que as mencionadas determinações violam o disposto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 165.º, da Constituição da República Portuguesa, com referência ao n.º 1, *in fine*, do seu artigo 47.º, nos termos e com base na fundamentação a seguir aduzidos.

1.º

Está em causa o enunciado legal que versa sobre a delimitação subjetiva da elaboração dos projetos de segurança contra incêndios em edifícios e das respetivas medidas de autoproteção.

2.º

O n.º 1 do artigo 47.º da Constituição da República Portuguesa consagra a liberdade de profissão, abarcando explicitamente a liberdade de *escolha* mas também a liberdade de *exercício*.

3.º

Com efeito, entre nós fez trilha a opinião, hoje aparentemente inabalável, de que “não pode estabelecer-se uma distinção cortante entre escolha e exercício da profissão: a escolha toca a questão do *se* uma profissão é assumida, continuada ou abandonada («realização da substância»); o exercício refere-se à questão do *como* («realização da modalidade»). E assim se chega à afirmação do direito à profissão como um direito fundamental unitário, cujos elementos são a escolha, a admissão, a assunção e aperfeiçoamento, como também o abandono da profissão” (cf. Soares, Rogério Ehrhardt, «A Ordem dos Advogados - Uma Corporação Pública», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3809 (1991), p. 288).

4.º

Em todo o caso, a afirmação da liberdade de profissão não impede que o exercício da atividade em questão seja subordinado ao preenchimento de determinados requisitos, em especial daqueles que se prendem com a necessária e suficiente preparação, como, aliás, indica o próprio n.º 1 do artigo 47.º da Lei Fundamental, na parte em que ressalva «as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade».

5.º

Neste contexto, “a liberdade de escolha de profissão está sob *reserva de lei restritiva* (...). É um dos casos expressamente previstos de restrições legais de «direitos, liberdades e garantias»” (cf. Canotilho, J. J. Gomes / Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa*, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora,

2007, p. 656), em harmonia com os n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa.

6.º

É certo ainda que, na densificação daquela cláusula restritiva, o legislador dispõe de uma ampla margem de conformação, desde que observados os parâmetros embutidos no princípio da proporcionalidade, resguardando-se, deste jeito, o núcleo do direito fundamental, não estando vedada a criação de regimes jurídicos condicionantes do exercício de uma profissão, o mesmo valendo para a introdução de soluções sucessivamente mais exigentes (nesse sentido vai a abundante e sólida jurisprudência do Tribunal Constitucional, como assinalam os Acórdãos n.ºs 474/89, 347/92, 672/96 e 355/2005).

7.º

Ao definir o regime jurídico da segurança contra incêndios em edifícios (SCIE), o Decreto-Lei n.º 220/2008, de 12 de novembro, vem enunciar, na redação hoje dada pelo Decreto-Lei n.º 224/2015, de 9 de outubro, o seguinte:

“Artigo 16.º

Projetos de SCIE e medidas de autoproteção

1 - A responsabilidade pela elaboração dos projetos de SCIE referentes a edifícios e recintos classificados na 1.ª categoria de risco, para as utilizações-tipo IV e V e nas 2.ª, 3.ª e 4.ª categorias de risco, decorrentes da aplicação do presente decreto-lei e portarias complementares, tem de ser assumida exclusivamente por um arquiteto, reconhecido pela Ordem dos Arquitetos (OA) ou por um engenheiro, reconhecido pela Ordem dos Engenheiros (OE), ou por um engenheiro técnico, reconhecido pela Ordem dos Engenheiros Técnicos (OET), com certificação de especialização declarada para o efeito nos seguintes termos:

- a) O reconhecimento direto dos associados das OA, OE e OET propostos pelas respetivas associações profissionais, desde que, comprovadamente, possuam um mínimo de cinco anos de experiência profissional em SCIE, adquirida até à data de 15 de julho de 2011;
- b) O reconhecimento dos associados das OA, OE e OET propostos pelas respetivas associações profissionais, que tenham concluído com aproveitamento as necessárias ações de formação na área específica de

SCIE, cujos requisitos tenham sido objeto de protocolo entre a ANPC [Autoridade Nacional de Proteção Civil] e cada uma daquelas associações profissionais;

c) Os associados das OA, OE e OET que não tenham sido reconhecidos para a elaboração de projetos de SCIE das 3.^a e 4.^a categorias de risco e que, comprovadamente, possuam experiência na elaboração de projetos de SCIE da 1.^a categoria de risco, para as utilizações-tipo IV e V, e da 2.^a categoria de risco, podem solicitar à respetiva Ordem o reconhecimento para a elaboração de projetos de SCIE relativos apenas a essas categorias de risco.

2 - A responsabilidade pela elaboração das medidas de autoproteção referentes a edifícios e recintos classificados na 1.^a categoria de risco, para as utilizações-tipo IV e V, e nas 2.^a, 3.^a e 4.^a categorias de risco, tem de ser assumida exclusivamente por técnicos associados das OA, OE e OET propostos pelas respetivas associações profissionais com certificação de especialização declarada para o efeito nos seguintes termos:

a) Os associados das OA, OE e OET que não tenham sido reconhecidos para a elaboração de medidas de autoproteção das 3.^a e 4.^a categorias de risco e que, comprovadamente, possuam experiência na elaboração de medidas de autoproteção da 1.^a categoria de risco, para as utilizações-tipo IV e V, e da 2.^a categoria de risco, podem solicitar à respetiva Ordem o reconhecimento para a elaboração de medidas de autoproteção relativas apenas a essas categorias de risco;

b) O reconhecimento dos associados das OA, OE e OET, propostos pelas respetivas associações profissionais, que tenham concluído com aproveitamento as necessárias ações de formação na área específica de SCIE, cujos requisitos tenham sido objeto de protocolo entre a ANPC e cada uma daquelas associações profissionais.

3 - A ANPC deve proceder ao registo atualizado dos autores de projeto e medidas de autoproteção referidos nos números anteriores e publicitar a listagem dos mesmos no sítio da ANPC”.

8.º

O dispositivo legal acima transcrito claramente delimita o âmbito pessoal do exercício profissional da atividade em causa, restringindo a liberdade de quem não satisfaça os requisitos inovatoriamente estabelecidos em 2008 e alargados em 2015.

9.º

Com efeito, a liberdade de exercício de uma profissão desdobra-se não só no direito de alcançar, em condições de igualdade, as necessárias habilitações e o direito de satisfazer, sem discriminações, as demais condicionantes da atividade, mas também o direito de praticar os atos jurídicos e os atos materiais inerentes ao seu desempenho (Miranda, Jorge, «Liberdade de trabalho e profissão», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 30 (1998), p. 156).

10.º

Portanto, se o preenchimento das condições estabelecidas — não só a inscrição em uma das mencionadas corporações (Ordem dos Arquitetos, Ordem dos Engenheiros ou Ordem dos Engenheiros Técnicos), mas também o reconhecimento por parte das mesmas — é indispensável para quem pretenda elaborar projetos de SCIE e medidas de autoproteção, concebidas nos termos do n.º 5 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 220/2008, de 12 de novembro, atinentes a imóveis classificados em determinadas categorias de uso e de risco, a não satisfação daqueles pressupostos é um fundamento impeditivo do exercício da profissão relativamente a tais espécies de atos.

11.º

Na ausência do que se estatui nos n.ºs 1 e 2 do referido artigo 16.º, o leque de profissionais que poderiam participar, a título oneroso, na formulação dos referidos planos e das correspondentes providências de aplicação, é indubitavelmente mais vasto.

12.º

Tomando de empréstimo a formulação que o Tribunal Constitucional empregou no Acórdão n.º 255/2002 a propósito de disposição semelhante, o artigo 16.º do regime jurídico da segurança contra incêndios em edifícios “regula matéria

legislativa, não se limitando a proteger, promover ou ampliar o exercício da liberdade de escolha de profissão, nem a executar em aspectos de pormenor a regulação do seu exercício”.

13.º

Mesmo que esta limitação possa encontrar alguma legitimação material — sendo este, entretanto, um aspeto cuja análise de todo o modo escapará ao eixo argumentativo aqui privilegiado —, parece forçoso concluir que toda e qualquer restrição ao âmbito de intervenção profissional em causa está sujeita à reserva relativa de competência legislativa do Parlamento, consoante a alínea *b)* do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa, em conjugação com o n.º 1, *in fine*, do artigo 47.º do mesmo texto normativo.

14.º

Sendo certo ainda que, tanto o Decreto-Lei n.º 220/2008, de 12 de novembro, como o Decreto-Lei n.º 224/2015, de 9 de outubro, este responsável pelos termos ora vigentes do artigo 16.º do regime jurídico da SCIE, são explicitamente aprovados com arrimo na alínea *a)*, do n.º 1, do artigo 198.º da Lei Fundamental, sem a companhia de qualquer autorização parlamentar que habilitasse o encurtamento da liberdade de profissão, passando a exigir a qualidade de arquiteto, engenheiro ou de engenheiro técnico.

15.º

Posto isto, por se referir a direitos, liberdades e garantias e por não constarem de lei da Assembleia da República ou de decreto-lei devidamente autorizado para o efeito, as normas contidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 220/2008, de 12 de novembro, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 224/2015, de 9 de outubro, são organicamente inconstitucionais.

16.º

Tal conclusão encontra apoio mais do que suficiente na jurisprudência do Tribunal Constitucional, bastando aqui mencionar os Acórdãos n.ºs 464/91, 188/92, 172/95 e 362/2011, para além do já citado Acórdão n.º 255/2002.

17.º

Especialmente claros e incisivos são os termos vertidos nesta última decisão: “a fixação de condições específicas para o exercício de determinada profissão ou actividade profissional se enquadra no contexto da liberdade de escolha de profissão regulada no artigo 47º da Lei Fundamental e, portanto, constitui matéria da exclusiva competência legislativa da Assembleia da República, por tratar de matéria de direitos, liberdades e garantias (...)”.

18.º

O resultado não seria diverso se as determinações constantes do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 220/2008, de 12 de novembro, fossem vistas não como uma verdadeira e própria restrição, mas como uma simples descrição ou revelação dos contornos iminentes da liberdade de profissão — hipótese aqui admitida apenas para efeitos de argumentação (Miranda, Jorge /Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 974).

19.º

Afinal, a reserva de competência legislativa da Assembleia da República vale não só para a situação descrita pelos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa, mas para toda e qualquer intervenção legislativa no terreno dos direitos, liberdades e garantias (Canotilho, J. J. Gomes / Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 327). A favor desta afirmação fala desde logo o teor literal da alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da Lei Fundamental, que se refere indistintamente àquela

matéria, sem qualquer tipo de qualificação da natureza da norma que sobre ela pode incidir.

20.º

Em suma: nada altera o facto de o Governo ter legislado sobre direitos, liberdades e garantias — neste caso sobre a liberdade de profissão — sem estar munido da devida autorização parlamentar.

21.º

Vai igualmente nesta direção o firme e constante entendimento do Tribunal Constitucional, como indicam os já citados Acórdãos n.ºs 255/2002 e 362/2011, bem como os Acórdãos n.ºs 161/99 e 128/00: de acordo com a fórmula mobilizada nestas últimas decisões, há de constar de lei parlamentar ou de decreto-lei autorizado “tudo o que seja *matéria legislativa*, e não apenas as *restrições* do direito em causa” (destaques no original).

22.º

Por fim, cumpre sublinhar que, ao alterar o artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 220/2008, de 12 de novembro, o Decreto-Lei n.º 224/2015, de 9 de outubro, apenas ampliou o universo de hipóteses nas quais a responsabilidade pela elaboração dos projetos de segurança contra incêndio em edifícios e das correspondentes medidas de autoproteção deve ser assumida exclusivamente por especialistas integrados na OA, na OE ou na OET e que sejam reconhecidos por estas associações profissionais.

23.º

Se antes tal condicionamento se aplicava somente aos projetos e às medidas pertinentes a edifícios e recintos classificados nas categorias de risco elevado e de risco muito elevado, agora a restrição passa a abranger também os

projetos e as medidas relativas a edifícios e recintos classificados na categoria de risco moderado, bem como, no caso de escolas, hospitais e lares de idosos, os edifícios e recintos classificados na categoria de risco reduzido, segundo o disposto nas alíneas *d)* e *e)* do n.º 1 do artigo 8.º e no n.º 1 do artigo 12.º, ambos do regime jurídico da SCIE.

24.º

Eis a versão original daquele preceito normativo:

“Artigo 16.º

Projectos e planos de SCIE

1 - A responsabilidade pela elaboração dos projectos de SCIE referentes a edifícios e recintos classificados na 3.ª e 4.ª categorias de risco, decorrentes da aplicação do presente decreto-lei e portarias complementares, tem de ser assumida exclusivamente por um arquitecto, reconhecido pela Ordem dos Arquitectos (OA) ou por um engenheiro, reconhecido pela Ordem dos Engenheiros (OE), ou por um engenheiro técnico, reconhecido pela Associação Nacional dos Engenheiros Técnicos (ANET), com certificação de especialização declarada para o efeito nos seguintes termos:

a) O reconhecimento directo dos associados das OA, OE e ANET, propostos pelas respectivas associações profissionais, desde que comprovadamente possuam um mínimo de cinco anos de experiência profissional em SCIE;

b) O reconhecimento dos associados das OA, OE e ANET, propostos pelas respectivas associações profissionais, que tenham concluído com aproveitamento as necessárias acções de formação na área específica de SCIE, cujo conteúdo programático, formadores e carga horária tenham sido objecto de protocolo entre a ANPC e cada uma daquelas associações profissionais.

2 - A responsabilidade pela elaboração dos planos de segurança internos referentes a edifícios e recintos classificados na 3.ª e 4.ª categorias de risco, constituídos pelos planos de prevenção, pelos planos de emergência internos e pelos registos de segurança, tem de ser assumida exclusivamente por técnicos associados das OA, OE e ANET, propostos pelas respectivas associações profissionais.

3 - A ANPC deve proceder ao registo actualizado dos autores de projecto e planos de SCIE referidos nos números anteriores e publicitar a listagem dos mesmos no sítio da ANPC”.

25.º

Destarte, considerando os elementos de argumentação até agora esgrimidos, impende concluir que o artigo 16.º do regime jurídico da segurança contra incêndios em edifícios era *ab initio* organicamente inconstitucional, porquanto já naquela altura restringia, sem o necessário suporte de lei parlamentar, a liberdade de exercício das profissões de técnico superior de segurança no trabalho e de técnico da segurança no trabalho.

26.º

Emerge então a questão de saber se e em que medida, à luz do n.º 1, *in fine*, do artigo 282.º da Lei Fundamental, o pedido de fiscalização deve ou não se estender à primitiva redação do dispositivo legal atacado.

27.º

Sendo certo que, neste contexto, a expressão «revogação» — constante da referida norma constitucional — merece ser interpretada em sentido amplo, abrangendo também as hipóteses em que a determinação eivada de inconstitucionalidade apenas altera um enunciado anterior, pois o que está em questão é a “capacidade de *modificação* da ordem jurídica” (itálico meu) (Miranda, Jorge /Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 826).

28.º

Ainda que existam boas razões para esperar que o funcionamento do sistema de controlo de constitucionalidade não produza um resultado inconstitucional (sobre esta problemática, não só mas também no horizonte do controlo em abstrato: Costa, Tiago Félix da, «A repristinação de normas no recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade», *O Direito*, n.º 140 (2008), p. 450 s.), as regras de prudência recomendam e o princípio da congruência impõe, *in casu*,

“um pedido de fiscalização de inconstitucionalidade que, a título subsidiário e cumulativo, solicite também a uma apreciação das normas revogadas que, eventualmente, possam vir a ser repriminadas” (Canotilho, J. J. Gomes / Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II (cit.), p. 976).

29.º

Afinal, “o problema não se coloca, obviamente, por não se verificar qualquer desrespeito do princípio do pedido, nos casos em que é o próprio requerente a solicitar, cumulativamente, a apreciação e a declaração de inconstitucionalidade de normas revogadas pelas normas cuja declaração de inconstitucionalidade é pedida, a título principal, com o objetivo de evitar a sua repriminação” (Miranda, Jorge / Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III (cit.), p. 828).

30.º

Semelhante cuidado também encontra agasalho na orientação que o Tribunal Constitucional assumiu no Acórdão n.º 452/95:

“no caso vertente, o Provedor de Justiça incluiu no âmbito do pedido de declaração de inconstitucionalidade as normas revogadas pelo artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 332/91, as quais serão repriminadas, nos termos do artigo 282.º, n.º 1, da Constituição, na hipótese de o Tribunal declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas constantes daquele diploma legal. Ora, em situações destas, nas quais é o próprio requerente a solicitar, a título subsidiário e cumulativo, a apreciação e a declaração de inconstitucionalidade das normas revogadas pelas normas cuja declaração de inconstitucionalidade é pedida, a título principal, com o objectivo de evitar a sua repriminação, nenhum *obstáculo processual* existe ao conhecimento da eventual inconstitucionalidade de tais normas”.

Requer-se, nestes termos, ao Tribunal Constitucional que aprecie e declare, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das normas constantes dos n.ºs 1 e 2 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 220/2008, de 12 de novembro, na redação que foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 224/2015, de 9 de outubro, por violação do disposto na alínea *b)* do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição da República, com referência ao n.º 1, *in fine*, do artigo 47.º da Lei Fundamental, estendendo-se o pedido, para obviar ao efeito repristinatório previsto no n.º 1, *in fine*, do artigo 282.º do texto constitucional e pelas mesmas razões, à versão originária daqueles preceitos legais.

Consequentemente, deve igualmente ser declarada a inconstitucionalidade do n.º 3 do mesmo artigo 16.º, perdendo esta norma qualquer objeto quando ocorra decisão de provimento quanto ao pedido principal ora formulado.

O Provedor de Justiça,

(José de Faria Costa)