

DIREITO E JUSTIÇA

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

VOL. XVIII 2004
Tom II



UNIVERSIDADE
CATÓLICA PORTUGUESA | FACULDADE
DE DIREITO

SEPARATA

Manuel Fontaine de Campos Da natureza jurídica das ordens profissionais: associações públicas ou associações de empresas?

Da natureza jurídica das Ordens Profissionais: associações públicas ou associações de empresas?

– a propósito de dois acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

MANUEL FONTAINE CAMPOS

Classicamente, entende-se que as ordens profissionais, de que é exemplo a Ordem dos Advogados, são pessoas colectivas de direito público, fazendo parte da Administração Pública e, dentro da mesma, da administração autónoma, como associações públicas.

Todavia, dois acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), ambos de 19 de Fevereiro de 2002, parecem colocar em causa tal concepção. Na verdade o Acórdão do TJCE no Processo C-309/99 (“Wouters”) determinou que a Ordem de Advogados holandesa deveria ser considerada como associação de empresas, para efeitos de submissão ao direito comunitário da concorrência. Também no Acórdão relativo ao Processo n.º C-35/99 (“Arduino”), o TJCE, não classificando expressamente a Ordem dos Advogados italiana como associação de empresas, pressupõe na sua argumentação tal classificação¹. Ora, se se pensar que a norma cuja aplicação é afirmada nesses acórdãos, nomeadamente a constante do art. 81.º, n.º 1, do Tratado de Roma, tem como destinatários-tipo entidades privadas, torna-se legi-

¹ Cf. Acórdãos do TJCE de 19 de Fevereiro de 2002, Pr. n.º C-35/99 e C-309/99, Colectânea de Jurisprudência, 2002, pp. I-01529 e ss., e I-01577 e ss., respectivamente.

tima a questão: as ordens profissionais, e nomeadamente a Ordem dos Advogados portuguesa, são associações públicas ou associações de empresas, entidades públicas ou privadas?

A questão tem importância, como decerto se adivinha, na determinação do regime jurídico a que as ordens profissionais em geral, e a Ordem dos Advogados portuguesa em particular, estão submetidas, essencialmente no que se refere aos actos que pelas mesmas sejam adoptados. Começaremos por, a este respeito, descrever de forma sintética o panorama da questão a nível interno, tal como se configurava antes do surgimento dos referidos acórdãos. Seguidamente, procuraremos descobrir se o entendimento do TJCE implica alterações a tal panorama. Nesta análise, utilizaremos o exemplo da Ordem dos Advogados portuguesa, por nos parecer que a mesma configura o paradigma de uma ordem profissional, no sentido clássico do termo.

I – A Ordem dos Advogados como associação pública.

A Ordem dos Advogados, já o referimos, tem sido considerada como parte da **administração autónoma**². Esta pode ser definida

² A divisão da Administração Pública em administração directa do Estado, administração indirecta e administração autónoma tem dignidade constitucional – resulta do art. 199.º, al. d), da Constituição da República Portuguesa. Na ordem constitucional do Estado Novo, a Ordem dos Advogados estava incluída na chamada Administração Corporativa, correspondendo à «modalidade de administração desenvolvida por associações profissionais ou a outro título representativas de interesses de grupos sociais primários, embora fortemente integrada no Estado» – MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, 10.ª Ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1984, p. 384. A Ordem dos Advogados constituiria um exemplo dos organismos corporativos obrigatórios, «criados por lei especial ou ao abrigo de lei geral que permita impor a obrigação de inscrição neles de quantos exerçam a actividade ou função representada» – *idem*, *ibidem*, pp. 389. Parece, de qualquer forma, que a Ordem nunca fez parte da organização corporativa do antigo regime como *sindicato nacional*, embora tal estivesse previsto no Decreto-Lei n.º 23.048. Neste sentido, cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de Março de 1985, Proc. n.º 766 – 4.ª Secção, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 345, pp. 292 e ss., que acrescenta que o facto de lhe caberem funções «características da Administração mediata, [terá dado] assim à Ordem dos Advogados, já nessa época, a natureza de corporação pública ou de associação pública» – p. 297. Para uma narrativa histórica desta questão, veja-se, ainda, ALBERTO LUÍS, *Ordem dos Advogados*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 52, pp. 1473 e ss..

como sendo «aquela que prossegue interesses públicos próprios das pessoas que a constituem e por isso se dirige a si mesma, definindo com independência a orientação das suas actividades, sem sujeição a hierarquia ou à superintendência do Governo»³. As ideias principais que lhe subjazem são, então, por um lado, a coincidência entre o interesse público e os interesses próprios das pessoas que a constituem – o que justifica a atribuição do carácter público às instituições que dela fazem parte; por outro lado, a auto-regulação ou auto-governo dessas instituições pelos seus membros – o que nos permite compreender o epíteto de “autónoma” que lhe é atribuído.

Por sua vez, e dentro do espectro mais amplo da administração autónoma, as **associações públicas** foram já caracterizadas como «pessoas colectivas públicas, de tipo associativo, criadas para assegurar a prossecução de determinados interesses públicos pertencentes a um grupo de pessoas que se organizam para a sua prossecução»⁴. Distinguem-se das autarquias locais e das regiões autónomas por não serem pessoas colectivas de população e território⁵ – na verdade, o seu âmbito pessoal de jurisdição não é definido pelo território, e pela população que nele habite⁶. Por outro lado, diferenciam-se dos institutos públicos, que fazem parte da administração indirecta do Estado, na medida em que estão dotadas de um substrato pessoal, enquanto estes têm um substrato meramente «funcional-patrimonial»⁷. Paralelamente,

³ FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 2.ª Ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1996, p. 393.

⁴ FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 400. Outros preferem defini-las como «pessoas colectivas públicas de tipo associativo criadas por grupos de cidadãos com interesses públicos próprios específicos, com a finalidade de prosseguir estes». Assim, JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 6.ª Edição, Lisboa, Âncora Editora, 2001, p. 107. A diferença está na consideração, por este último autor, de que as associações públicas fazem parte daqueles entes públicos «constituídos por grupos humanos que o Estado não criou, antes se limitando a reconhecê-los e a dotá-los de um estatuto jurídico público» – *idem*, *ibidem*, p. 90.

⁵ Cf. FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, pp. 394-395. Quanto a esta distinção, ver ainda VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 140-142.

⁶ Incidentalmente, refira-se que o Estatuto da Ordem dos Advogados confirma esta tese, ao prescrever, no n.º 2 do art. 2.º que «[a]s atribuições e competências da Ordem dos Advogados são extensivas à actividade dos advogados e advogados estagiários nela inscritos no exercício da respectiva profissão fora do território português».

⁷ VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pp. 317-327 e 395-396 – trata-se de um critério que corresponde à distinção clássica entre a corporação e instituição e/ou fundação. Num sen-

apartam-se dos chamados consórcios públicos, já que estes resultam da associação de entidades públicas (o que implica um entendimento estrito do conceito de associação pública, enquanto limitado às associações de particulares, ou às associações de associações dos mesmos)⁸. Finalmente, distinguir-se-iam das associações privadas, uma vez que, contrariamente a estas, que são criadas «pelos particulares ou pelas entidades públicas enquanto particulares», as associações públicas seriam «como tal qualificadas pela lei» ou «criadas por acto de autoridade do Estado para exercer poderes públicos»⁹.

A ideia subjacente à criação e/ou reconhecimento de associações de entidades privadas, para efeitos da atribuição às mesmas da personalidade jurídica pública, parece ser a de que determinados interesses públicos coincidem, não necessariamente com os interesses privados de cada um dos associados, mas com os interesses próprios do conjunto dos profissionais¹⁰. E não apenas isto: pressupõe-se ainda que a profis-

tido diferente, FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 400, para o qual a distinção radica no facto de os institutos públicos prosseguirem interesses do Estado, e as associações públicas interesses públicos próprios dos seus associados. Mas, na verdade, as funções de regulação pública conferidas às associações públicas são funções claramente estaduais, embora objecto de uma devolução para corporações infra-estatais. Por outro lado, tal distinção não logrou resolver as dúvidas relativamente ao problema de saber se as ordens profissionais, como «corporações públicas», deveriam ser inseridas na administração indirecta do Estado (neste sentido, ROGÉRIO E. SOARES, *A Ordem dos Advogados. Uma Corporação Pública*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 124.º, n.º 3807, 1991, p. 163) ou, pelo contrário, na administração autónoma (neste sentido, JORGE MIRANDA, *As associações públicas no direito português*, Lisboa, 1985, pp. 25-26 *apud* FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 414, JI. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 782, e, actualmente, o próprio FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 414).

⁸ Cf. VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pp. 393-395.

⁹ VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pp. 398-401. Para outras distinções, nomeadamente em relação às «comunidades locais ou sectoriais não personificadas», e às associações de utilidade pública, vd. *idem, ibidem*, pp. 396-398 e 401-403; em relação às instituições particulares de solidariedade social e às «entidades auto-reguladoras», vide JOÃO CAUPERS, *op. cit.*, pp. 107-108.

¹⁰ Afastamo-nos parcialmente, a este respeito, de FREITAS DO AMARAL, quando diz que «[...] a lei entrega a uma associação de sujeitos privados – muitas vezes indivíduos – a prossecução de um interesse público [...], o qual coincide com os interesses particulares desses sujeitos privados» – FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 404 (itálico nosso). Os interesses particulares dos profissionais, inclusivamente no exercício da profissão, podem ser muito diversos, e alguns podem mesmo ser ilegítimos. O que se visa garantir é, justamente, que determinados interesses privados de certos profissionais não pos-

são ou classe, reunida associativamente, e dotada dos correspondentes poderes jurídico-públicos, poderá dar cumprimento aos referidos interesses públicos de uma forma mais adequada e oportuna do que uma entidade estatal¹¹.

As associações públicas não se reduzem às **associações de profissionais**. Funcionalmente categorizadas, podemos ter ainda associações públicas económicas, culturais, de assistência e segurança social, desportivas e religiosas¹². Mas, a verdade é que «os exemplos mais conspícuos [de associações públicas] são as ordens profissionais»¹³. As ordens podem ser caracterizadas como «associações públicas formadas por membros de certas profissões de interesse público com o fim de, por devolução de poderes do Estado, regular e disciplinar o exercício da respectiva actividade profissional»¹⁴.

Quer os artigos iniciais do Estatuto da Ordem dos Advogados, quer o preâmbulo do diploma que o aprovou (Decreto-Lei n.º 84/84, de 16 de Março) confirmam a **natureza da Ordem dos Advogados como associação pública**. Assim, o artigo 1.º define-a como «instituição representativa dos licenciados em Direito que [...] exercem a advocacia». Além disso, e sobretudo, reconhece-lhe os atributos da independência e da autonomia, e confere-lhe personalidade jurídica. O artigo 2.º, n.º 1, estipula que as atribuições e competências desta instituição são aquelas conferidas pelo Estatuto, isto é, resultam da lei. O preâmbulo, por seu lado, não deixa margem para dúvidas, ao classificá-la como «associação pública». Por outro lado, o artigo 3.º do Estatuto,

sam ser levados até ao fim ou, sendo-o, que tais profissionais sofram a devida sanção. Logo, parece-nos não se dever identificar o interesse público com os interesses particulares dos sujeitos da associação, mas antes com os interesses da profissão, se for esse o substrato associativo, como um todo. Isto independentemente do facto de, na prática e em casos concretos, se poder verificar a prossecução de interesses particulares por parte da associação pública em causa, sendo tal conduta ilegítima mas dificilmente controlável.

¹¹ Estará aqui em causa mais uma concretização do princípio da subsidiariedade, tão em voga nos nossos dias, quer a nível interno quer, sobretudo, a nível comunitário. Tal não nos deve surpreender: é o próprio comando constitucional do artigo 267.º, n.º 1, que impõe a utilização da figura das associações públicas para, entre outras, «aproximar os serviços das populações e [...] assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva».

¹² Cf. VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pp. 403-404.

¹³ VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 382.

¹⁴ FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, pp. 405-406.

nomeadamente nas alíneas b), c) e f) do n.º 1, confere atribuições à Ordem que são tipicamente aquelas das associações públicas profissionais, isto é, atribuições de regulação e disciplina do exercício da actividade profissional¹⁵.

Não restam dúvidas, portanto, de que a Ordem dos Advogados é uma associação pública¹⁶ – será até o protótipo de associação pública. Mas a que regime estão submetidos os actos dos respectivos órgãos?

II – O regime jurídico das associações públicas.

No que respeita à organização das associações públicas, a doutrina dominante vai no sentido de as mesmas estarem sujeitas, em parte, ao regime jurídico aplicável aos institutos públicos e, quanto ao restante, ao regime das associações privadas¹⁷. Quanto ao seu funcionamento, poder-lhes-á ser aplicado o direito público ou o direito privado. Tudo dependerá de estar em causa, ou não, o exercício de poderes públicos¹⁸. Este «regime misto de direito público e de direito privado» ou

¹⁵ Outro argumento favorável a esta classificação, que permite claramente afastar a hipótese da configuração da Ordem como instituto público, é o referido por FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, pp. 414-416: do art. 199.º, al. d), da C.R.P., resulta que a administração indirecta do Estado está sujeita a um poder de superintendência (de orientação) por parte do Governo, enquanto a administração autónoma está sujeita a um mero poder de tutela (de fiscalização). Ora, no Estatuto da Ordem dos Advogados não se encontram consagrados poderes de superintendência a exercer pelo Governo, uma vez que o mesmo não a orienta, não lhe define objectivos de gestão, não a financia, não aprova o seu orçamento nem as suas contas – cf. *idem, ibidem*, p. 415.

¹⁶ O Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 497/89, de 13 de Julho de 1989, Proc. n.º 181/85, 2.ª Secção, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 389, pp. 280 e ss.) já veio expressamente reconhecer a Ordem dos Advogados como associação pública.

¹⁷ Cf. FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, pp. 408-409. Põe-se, no entanto, a questão de saber qual o critério de distinção entre os assuntos a que se aplica um regime e os assuntos a que se aplica o outro. A «natureza associativa» ou o «carácter público» das questões não constituem critérios precisos de distinção. Para além do que esteja previsto na Constituição, o regime a que as associações públicas estão sujeitas resultará essencialmente dos diplomas legais que criem ou reconheçam as mesmas. Daí que FREITAS DO AMARAL recorra às «várias leis orgânicas das associações públicas existentes na ordem jurídica portuguesa» para apresentar um resumo do que seja um regime jurídico geral dessas associações – cf. *idem, ibidem*, pp. 410-413.

¹⁸ Cf. FREITAS DO AMARAL, *ibidem*.

«regime juridicamente dualista»¹⁹, resulta do carácter híbrido destas entidades, simultaneamente de natureza associativa e com personalidade jurídico-pública. Portanto, parece que as associações públicas, mesmo a nível interno, não podem ser encaradas de forma simplista, para efeitos da determinação do regime a que estão submetidas. Na verdade, tal seria demasiado redutor, atendendo à complexidade da sua natureza.

Efectivamente, verifica-se nelas uma dialéctica público/privado que apenas poderá ser convenientemente entendida se se tiver em conta o facto de que as associações públicas, e sobretudo as corporações profissionais, exercem, para além de **funções de regulação pública**, funções de representação e defesa de interesses profissionais. Não significa que, em paralelo ou ao lado das funções públicas, tais associações exerçam funções estritamente privadas. Em relação às **funções de representação e defesa de interesses profissionais**, na verdade, e por força da natureza pública das ordens profissionais, deve considerar-se que opera uma «mediação publicística dessas funções»²⁰, que impede que as corporações se possam comportar como meros grupos de interesse. De todo o modo, a mediação publicística dessas tarefas não as converte em funções da mesma natureza das tarefas oficiais de regulação profissional. Estas são originariamente tarefas públicas, estaduais; as outras, tarefas originariamente privadas e, logo, subordinadas às primeiras²¹.

Interessa-nos aqui, sobretudo, saber em que medida é que os actos das associações públicas podem ser considerados como actos que traduzam o **exercício de funções públicas**. É que, para efeitos da aplicação do direito comunitário da concorrência, como veremos, esta distinção é fundamental: se estiver em causa, em organizações do tipo da aqui escrutinada, um acto de autoridade pública, então o mesmo não estará submetido aos ditames do art. 81.º, TCE; o contrário acontecerá se não estiver em causa um acto de autoridade pública. Da mesma forma a nível do direito interno: se estiver em causa o exercício de poderes públicos, o regime aplicável é o de direito público; caso contrário, aplica-se o direito privado.

¹⁹ As expressões são de VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pp. 488-489.

²⁰ VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 414.

²¹ Assim, a prossecução dos interesses originariamente privados do grupo profissional não pode nunca prejudicar os interesses originariamente públicos. Cf. VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 409-414, 495 e ss.

VITAL MOREIRA considera como integrando o exercício de uma função pública, estando sujeitos a um regime de direito público, os seguintes aspectos de organização e funcionamento das associações públicas: o regime de designação e constituição dos órgãos e o seu funcionamento, o regime de admissão e de exclusão de sócios, o regime disciplinar, a titulação e disciplina profissional, a função certificativa, a função normativa e a fixação de tarifas e honorários. Trata-se de tarefas em que a corporação surge como poder público perante os seus membros²².

Passando da enumeração casuística a uma resposta sistemática ao problema enunciado, parece poder dizer-se que, estando em causa o exercício de competências directa e especificamente conferidas pela lei, visando a prossecução de atribuições determinadas na mesma (essencialmente, de regulação pública), a actividade das corporações profissionais é de natureza pública. Nestes casos, a lei funciona como limite e condição habilitante da actividade da associação (princípio da legalidade da administração). Já estando em jogo a prossecução de funções originariamente privadas, a lei é um mero limite da actuação lícita da associação, podendo esta fazer tudo aquilo que não lhe seja barrado pelos estatutos e não seja incompatível com as suas funções públicas. As corporações dispõem aí «de capacidade civil geral, limitada apenas pela compatibilidade com os seus fins públicos»²³. Vale para elas, quanto ao exercício destas funções, o princípio da especialidade, oriundo da teoria geral das pessoas colectivas. Compartilham, neste âmbito, da condição das entidades privadas²⁴.

A este respeito, no entanto, é preciso ter em conta os limites constitucionalmente consagrados à extensão das funções das associações públicas. O estatuto das associações públicas é definido, desde logo, na Constituição e, nomeadamente, nos artigos 165.º, n.º 1, al. s), e 267.º, n.ºs 1, 2 e 4. Do n.º 4 deste último artigo resulta que as associações públicas «[...] não podem exercer funções próprias de associações sindicais [...]». Aqui poderia colocar-se a seguinte questão: se nem a própria lei pode conferir às associações públicas esse tipo de funções (sindicais), que são funções de defesa dos interesses dos seus membros, como se pode compreender que tal resulte da «capacidade civil geral»

²² Cf. VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pp. 490.

²³ VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 504.

²⁴ Cf. VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pp. 500-506.

que lhes acabamos reconhecer? Aqui há que distinguir: na verdade, a proibição do exercício de funções próprias dos sindicatos tem sido entendida apenas como interdição do desempenho de funções de representação e defesa nas relações laborais, mas não do desempenho de funções de representação e defesa profissional²⁵.

Assim, à luz do quadro jurídico-doutrinal português, e apesar da ausência de fronteiras rigorosamente definidas, parece que se pode afirmar que, quando esteja em jogo o uso de competências atribuídas por lei, tendo em vista a prossecução de fins de regulação do acesso e da prática profissional, estaremos perante o **exercício de funções públicas**, perante uma actuação de autoridade pública. Já se estiver em causa a actuação da associação no âmbito da sua capacidade civil geral, com os mesmos meios a que podem recorrer as pessoas privadas, tendo em vista a prossecução de funções de representação e defesa dos interesses profissionais, teremos de concluir que a mesma está a **exercitar funções privadas**.

No entanto, uma hipótese diversa desde logo tem de ser reconhecida: a do exercício de funções públicas através de actos de gestão privada. Na verdade, é reconhecida em geral às pessoas colectivas públicas a capacidade de usar meios jurídico-privatísticos tendo em vista a prossecução de fins públicos. Normalmente, estarão em causa actos que apenas de uma forma mediata se relacionam com o fim público em causa (exemplo clássico: o exercício de funções públicas implica, habitualmente, a emanação de actos em forma escrita, o que exige, por sua vez, a existência de papel, cuja aquisição pode ser efectuada através de meios de direito privado). Contudo, existem ainda situações em que o fim público é prosseguido directamente através de meios privatísticos²⁶. Aí, podem colocar-se problemas particulares em termos da aplicação do direito da concorrência – pois que se torna mais complexa a resposta ao problema de saber se estamos perante actos de autoridade pública e, portanto, se o referido direito é aplicável ou não.

Este problema específico coloca dificuldades ao dualismo jurídico referido, que é, como vimos, uma solução dada ao problema da confi-

²⁵ Cf. VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pp. 409-411.

²⁶ Cf. ROGÉRIO E. SOARES, *Lições de Direito Administrativo* (policopiadas), Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito – Porto, 1980, pp. 8 e 9; M. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Coimbra, 1980, pp. 65 e ss., 216-217; VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pp. 489.

guração jurídica de entidades de carácter híbrido, com personalidade jurídica pública e substrato pessoal privado, que prosseguem simultaneamente interesses originariamente públicos e interesses originariamente privados. De qualquer forma, pode dizer-se que o regime aplicável às associações públicas difere do regime aplicável às associações privadas, na medida em que às primeiras são conferidas determinadas competências, poderes de autoridade, tendo em vista a prossecução de fins fixados na lei, estando sujeitas, no exercício desses poderes, ao direito público; já às segundas apenas pode ser reconhecida a capacidade civil geral, limitada pelo princípio da especialidade.

No entanto, como veremos, a construção dualista do regime jurídico das associações públicas, e a distinção de regime jurídico entre estas e as associações privadas, não vão ser acolhidos nem relevados nos recentes acórdãos do Tribunal de Justiça.

III – Ordens profissionais e livre concorrência.

Antes de passarmos à análise dos acórdãos do TJCE, cabe ainda constatar que se verifica, em todas as associações profissionais, uma tendência para a restrição do acesso à actividade em causa e para a limitação da concorrência entre os associados²⁷. Esta tendência de as ordens profissionais coarctarem a livre concorrência entre os seus membros não nos deve surpreender: afinal, foi justamente com o intuito de, entre outros objectivos, defender a livre concorrência que, no século XIX, se proibiram as organizações profissionais²⁸.

Ora, a nível constitucional, já tem sido colocada a questão de saber em que medida é que a existência das ordens profissionais pode conter com direitos fundamentais como a liberdade de associação e a liberdade de escolha e exercício da profissão²⁹. Neste âmbito, foi ainda

²⁷ Cf. VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 475.

²⁸ Cf. FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 406.

²⁹ Cf. ROGÉRIO E. SOARES, *A Ordem dos Advogados...*, pp. 226 e ss.; VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pp. 424-474. A este respeito, assinalem-se as decisões do Tribunal da Relação de Lisboa (Acórdão de 23 de Outubro de 1984, Recurso n.º 21.388, *in* Colectânea de Jurisprudência, 1984, tomo IV, pp. 121 e ss.), do Supremo Tribunal de Justiça (Acórdão de 23 de Maio de 1985, Proc. n.º 72.732, *in* Boletim do Ministério da Justiça, n.º 347, pp. 227 e ss.) e do Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 497/89, de 13 de Julho de 1989, *cit.*), todas no âmbito do mesmo processo, que não consideraram

questionada a conformidade de tais organizações com a liberdade de iniciativa económica, ou liberdade de empresa. É que, como diz VITAL MOREIRA:

«[as associações públicas profissionais] detêm importantes funções de regulação profissional e económica. Cabe-lhes emitir regulamentos, praticar os actos de condicionamento e de certificação estabelecidos na lei (inscrição e registo profissional, autorizações, certificados), aplicar as medidas disciplinares e sancionatórias. A sua acção pode por isso afectar a liberdade profissional e a liberdade económica constitucionalmente garantidas»³⁰.

O que aqui se coloca em evidência, repare-se, é que as associações públicas, por intermédio de **poderes de autoridade pública** (regulamentares, disciplinares, e outros), podem afectar a liberdade económica, nomeadamente a livre concorrência entre os seus associados. Compreendidas as coisas deste modo, poderá existir algum controlo da forma como tais associações e, em particular, as ordens profissionais, exercem os seus poderes, face ao direito comunitário da concorrência? O Tribunal de Justiça entendeu que sim³¹.

IV – O Acórdão do TJCE no Processo n.º C-309/99 (“Wouters”).

Para melhor compreender o sentido e extensão das decisões do TJCE, convém relatar, ainda que de forma breve, o pano de fundo litigioso que conduziu às mesmas.

Assim, no Processo n.º C-309/99, estavam em causa diversas questões prejudiciais que um tribunal holandês, o *Raad van State*, no uso do poder conferido pelo art. 234.º do Tratado de Roma, submeteu ao TJCE, a propósito de litígios entre diversos advogados holandeses e a respectiva Ordem dos Advogados. Os litígios surgiram no seguimento de decisões, dos conselhos de vigilância das Ordens dos distritos de Amesterdão e de Roterdão, que proibiram tais advogados de exercer a

contrárias à Constituição as disposições legais obrigando os advogados a inscreverem-se na Ordem dos Advogados e a pagar as respectivas quotizações.

³⁰ VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 467.

³¹ Já VITAL MOREIRA reconhecia que «[n]a União Europeia e nos países que a constituem, o princípio da concorrência reduz drasticamente as possibilidades de medidas de regulação que impliquem restrições à liberdade de estabelecimento ou limitações da liberdade de produção ou fixação administrativa de preços, que eram domínios fortes da regulação corporativa tradicional [...]» – VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 476.

sua actividade em colaboração integrada com revisores de contas. A Ordem dos Advogados holandesa recusou-se a anular as decisões de proibição. Tendo os advogados em causa recorrido desta recusa para o *Arrondissementsrechtbank te Amsterdam*, este tribunal considerou os recursos improcedentes. É já no âmbito de um recurso jurisdicional que a questão chega, então, ao *Raad van State*.

Repare-se que, de acordo com o direito holandês (art. 17.º, n.º 1, da Lei de 23 de Junho de 1952, e art. 134.º da Constituição), a Ordem dos Advogados é um «organismo de direito público». No âmbito de poderes regulamentares que lhe haviam sido conferidos pela lei supra mencionada, a Ordem dos Advogados aprovou, em 1993, um regulamento que veio ordenar as relações de colaboração dos advogados entre si, bem como entre advogados e outros profissionais. Do preâmbulo do referido regulamento resultava que a colaboração com os notários, os consultores fiscais e os agentes da propriedade industrial era autorizada. Já os revisores de contas eram referidos como um exemplo de categoria profissional com a qual os advogados não estariam autorizados a colaborar.

Assim, foi com base neste regulamento que os conselhos de vigilância das Ordens dos distritos de Amesterdão e de Roterdão proibiram os advogados em causa de exercer a sua actividade em colaboração com revisores de contas. Chegado o litígio ao *Raad van State*, este colocou diversas questões prejudiciais ao TJCE. Tais questões referiam-se, essencialmente, à conformidade do regulamento de 1993 com o direito comunitário da concorrência, com o direito de estabelecimento, e com a liberdade de prestação de serviços. Assim, o tribunal holandês perguntou ao TJCE se, desde logo, o regulamento de 1993 deveria ser considerado como uma decisão tomada por uma associação de empresas, no sentido do art. 85.º, n.º 1, do Tratado de Roma (hoje, em virtude da renumeração efectuada pelo Tratado de Amesterdão, art. 81.º, n.º 1). Perguntou ainda se, em caso de resposta positiva, o referido regulamento poderia ser considerado como tendo por objectivo ou efeito restringir a concorrência no interior do mercado comum e como sendo susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros (caso em que tal regulamento seria proibido e, portanto, nulo – art. 85.º [81.º], n.ºs 1 e 2). Paralelamente, o *Raad van State*, colocou a questão de saber se a Ordem holandesa poderia ser considerada como uma empresa ou associação de empresas para efeitos do art. 86.º (hoje, 82.º) do Tratado. Finalmente, questionava a conformidade do regulamento

com as disposições relativas à livre prestação de serviços e ao direito de estabelecimento.

O Tribunal de Justiça respondeu que **o regulamento de 1993 deveria ser considerado como uma decisão de uma associação de empresas**, para efeitos da aplicação do art. 85.º (81.º), n.º 1, do Tratado de Roma. Assim, a Ordem dos Advogados holandesa foi considerada, para esses efeitos, uma associação de empresas. Todavia, de tal facto não decorre necessariamente que a decisão em questão seja proibida. Implica apenas que a mesma pode ser escrutinada à luz do art. 85.º (81.º), n.º 1. Assim, o TJCE respondeu ainda que o regulamento de 1993 não violava esta norma – dado «que foi razoavelmente que [a Ordem dos Advogados] pôde considerar que **a referida regulamentação, apesar dos efeitos restritivos da concorrência que lhe são inerentes, é necessária para o bom exercício da profissão de advogado**, tal como se encontra organizada no Estado-Membro em causa»³².

Quanto às restantes questões, o TJCE estipulou, por um lado, que não se pode considerar que os advogados ocupem uma posição dominante colectiva na aceção do artigo 86.º (82.º) do Tratado. Logo, esta norma não era aplicável. Por outro lado, apesar de estipular que as normas do Tratado relativas ao direito de estabelecimento e à livre prestação de serviços se podem impor igualmente às regulamentações de natureza não pública destinadas a disciplinar, de forma colectiva, o trabalho independente e as prestações de serviços, considerou que o regulamento de 1993 não violava tais normas, e isto pelas mesmas razões pelas quais não violava o art. 85.º (81.º), n.º 1: o facto de ser necessário para o bom exercício da profissão de advogado, tal como se encontra organizada na Holanda.

V – O Acórdão do TJCE no Processo C-35/99 (“Arduino”).

No Processo C-35/99 o *Pretore* de Pinerolo, órgão jurisdicional italiano, havia colocado duas questões prejudiciais ao TJCE. O litígio

³² Acórdão do TJCE de 19 de Fevereiro de 2002, Proc. n.º C-309/99, *cit.*, par. 110 (sublinhado nosso). Para uma abordagem crítica desta conclusão, *vide* STEFANO BASTIANON, «Due pronunce, tanti problemi, nessuna soluzione: ovvero, gli avvocati e l'antitrust secondo la Corte di giustizia», in *Il Foro Italiano*, 2002, IV, pp. 188-197. Ver, ainda, ADRIAN J. VOSSESTEIN, «Case C-35/99, *Arduino*[...]; Case C-309/99, *Wouters* [...]», in *Common Market Law Review*, 2002, pp. 856-859.

subjacente ao processo nacional surgiu na sequência de um acidente de viação envolvendo o veículo do demandado, Manuele Arduino, e um outro automóvel, conduzido por D. Dessi. Chegada a questão ao *Pretore*, e obtida uma decisão, coube a este órgão jurisdicional liquidar as despesas incorridas no processo por D. Dessi, e postas a cargo de M. Arduino.

Sucedem que nessas despesas se incluíam os honorários do advogado de D. Dessi. Ora, quanto a tais honorários, era aplicável uma tabela que estabelecia os critérios de determinação dos mesmos, bem como limites máximos e mínimos. Essa tabela é fixada, de dois em dois anos, por deliberação do *Consiglio Nazionale Forense* (Conselho Nacional da Ordem dos Advogados italiana), organismo de direito público, sendo tal deliberação submetida a aprovação do Ministro da Justiça, depois de obtidos diversos pareceres.

O *Pretore* de Pinerolo afastou a aplicação da referida tabela. Em recurso, a *Corte Suprema di Cassazione*, anulou a decisão proferida pelo *Pretore*, considerando ilegítima a não aplicação da tabela, remetendo-lhe novamente o processo. É neste momento que o *Pretore* decide colocar as questões prejudiciais ao TJCE. Basicamente, tais questões condensam-se em saber da conformidade face aos arts. 5.º (hoje, art. 10.º) e 85.º (81.º) do Tratado CE da aprovação por um Estado-membro, por via legislativa ou regulamentar, de uma tabela como a descrita, com base num projecto elaborado por uma ordem profissional de advogados.

O TJCE considerou, e isto no seguimento de vasta jurisprudência anterior³³, que um Estado-membro viola as regras de direito comunitário da concorrência e, nomeadamente, o art. 85.º (81.º) do Tratado, se impuser, favorecer, ou reforçar os efeitos dos actos de empresas ou associações de empresas proibidos por essa norma, ou ainda se retirar «à sua própria regulamentação a natureza estatal, delegando em operadores privados a responsabilidade de tomar decisões de intervenção de natureza económica»³⁴, isto é, se contribuir pela sua conduta para retirar efeito útil às regras de concorrência aplicáveis às empresas.

Todavia, e quanto ao caso *sub judice*, o Tribunal de Justiça foi da opinião que o Estado italiano não violou as referidas regras. Repare-se, no entanto, na argumentação do TJCE a este respeito: este tribunal

³³ Referida em notas 43 a 46, *infra*.

³⁴ Acórdão do TJCE de 19 de Fevereiro de 2002, Proc. n.º C-35/99, *cit.*, par. 35.

poderia ter considerado a Ordem dos Advogados como organismo público, e a fixação da tabela de honorários como um acto de autoridade pública. Em tal caso, o art. 85.º [81.º] não seria aplicável. Mas não foi esse o caminho seguido: o TJCE argumentou no âmbito da jurisprudência atrás referida, **que é aplicável quando esteja em causa uma actuação empresarial** a que o Estado vem posteriormente dar cobertura. Como bem lembrou o advogado-geral, nas Conclusões referentes a este processo, «a jurisprudência actual do Tribunal de Justiça exige, para se poder declarar que uma medida legislativa ou regulamentar é incompatível com os artigos 5.º [10.º] e 85.º [81.º] do Tratado, que a medida estatal seja precedida de um acordo entre empresas que, em si mesmo, seja contrário ao n.º 1 do artigo 85.º [81.º] do Tratado»³⁵.

Tal jurisprudência apenas foi afastada porque se entendeu que o Ministro italiano não estava vinculado pelo projecto do CNF, e que lhe cabia a ele ponderar da compatibilidade da tabela com o interesse geral. Isto é, estaria em causa um acto estatal *a se*, e não um mero reforço da actuação privada. Ademais, a medida foi considerada de natureza pública, não por ser oriunda da Ordem dos Advogados, mas por ter sido adoptada pelo Ministro. A este respeito, o Tribunal de Justiça veio afirmar que não existiam garantias suficientes de que «o CNF se comporte, na elaboração do projecto de tabela, como um prolongamento dos poderes públicos agindo para fins de interesse geral»³⁶.

Parece-nos, assim, que o TJCE **pressupôs na sua argumentação que a actuação do CNF seria uma actuação de concertação empresarial**, e que a Ordem dos Advogados deveria ser considerada como uma associação de empresas. Nas suas Conclusões, o advogado-geral concluiu expressamente que a Ordem italiana deveria ser considerada uma associação de empresas³⁷. Simplesmente, como a tabela aprovada pelo CNF ainda estava sujeita à aprovação do Ministro, nas condições indicadas, os seus efeitos produzem-se em virtude desse acto jurídico-público. Daí que não esteja submetida ao art. 85.º (81.º) do Tratado. O TJCE não se pronunciou expressamente sobre o problema, parece-nos, porque não necessitava de o fazer para responder às questões suscitadas pelo *Pretore*. Mas o que é certo é que tal classificação está pressuposta na sua argumentação.

³⁵ Conclusões do advogado-geral Léger, de 10 de Julho de 2001, Proc. C-35/99, Colectânea de Jurisprudência, 2002, pp. I-01529 e ss., Par. 43.

³⁶ Acórdão do TJCE de 19 de Fevereiro de 2002, Proc. n.º C-35/99, *cit.*, par. 39.

³⁷ Cf. Conclusões de 10 de Julho de 2001, Proc. n.º C-35/99, *cit.*, par. 55.

VI – Fundamentos da consideração de ordens de advogados como associações de empresas.

Uma vez que decorre dos dois acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias a consideração das Ordens de Advogados holandesa e italiana como associações de empresas e, portanto, a sua submissão ao direito comunitário da concorrência, cabe questionar das razões de tal classificação, que parece pôr em causa a natureza jurídico-pública dessas corporações. Tais fundamentos encontram-se essencialmente no Acórdão “Wouters”, nas Conclusões do advogado-geral Léger referentes a esse processo, e nas Conclusões do mesmo advogado-geral no processo “Arduino”³⁸.

O TJCE e o advogado-geral começam por considerar que os advogados exercem uma actividade económica³⁹. Logo, devem ser tidos como **empresas**, para efeitos de aplicação do art. 85.º (81.º). Depois, procuraram «determinar se, quando adoptam regulamentos como o Samenwerkingsverordening 1993, as ordens profissionais devem ser consideradas **associações de empresas** ou, pelo contrário, **autoridades públicas**»⁴⁰. Na verdade, a aplicação do direito comunitário da concorrência e, nomeadamente, do art. 81.º do Tratado de Roma, pressupõe a verificação de que os acordos, decisões ou práticas concertadas foram adoptados por «empresas» ou «associações de empresas»⁴¹.

³⁸ Estes Acórdãos do TJCE relativos a ordens de advogados foram precedidas por outras decisões análogas relativas a médicos (Acórdão de 12 de Setembro de 2000, “Pavlov”, Proc. C-180/98 a C-184/98, Colectânea de Jurisprudência, 2000, pp. I-6451 e ss.) e a despachantes alfandegários (Acórdão de 18 de Junho de 1998, “CNSD”, Proc. C-35/96, Colectânea de Jurisprudência, 1998, pp. I-3851 e ss.). Mais remotamente, registe-se a decisão do TJCE de desconsideração da personalidade jurídica pública de um organismo agrícola interprofissional francês, e da correspondente aplicação do art. 81.º do TCE: cf. Acórdão de 30 de Janeiro de 1985, “BNIC v. Clair”, Proc. n.º 123/83, Colect. 1985, pp. 391 e ss.

³⁹ Na verdade, como resulta do Acórdão do TJCE de 19 de Fevereiro de 2002, Proc. n.º C-309/99, *cit.*, par. 48: «os advogados oferecem, contra remuneração, serviços de assistência jurídica consistentes na preparação de pareceres, contratos ou outros actos, bem como na representação e na defesa em juízo. Além disso, assumem os riscos financeiros correspondentes ao exercício das suas actividades, pois, em caso de desequilíbrio entre as despesas e as receitas, tem de ser o próprio advogado a suportar os défices».

⁴⁰ Acórdão do TJCE de 19 de Fevereiro de 2002, Proc. n.º C-309/99, *cit.*, par. 56, (sublinhado nosso).

⁴¹ A jurisprudência comunitária têm preenchido o conceito de “empresa”, incluindo nele qualquer entidade que desenvolva uma actividade económica, que ofereça um pro-

Tenha-se em atenção que, de qualquer forma, os Estados-membros não podem, pelos seus actos, distorcer a concorrência no mercado comum. Não podem, nomeadamente, forçar ou facilitar a conclusão de acordos entre empresas restritivos da concorrência, e não podem adoptar medidas que facilitem ou reforcem a produção dos efeitos anticoncorrenciais desses acordos (art. 10.º, conjugado com os artigos 3.º, al. g), e 81.º, todos do TCE)⁴². Assim, embora o TJCE já tenha considerado que, se a prática contrária à concorrência é requerida pela própria legislação nacional, de tal forma que as empresas não têm outra hipótese senão adoptar a referida prática, o art. 81.º não lhes é aplicável, não podendo as mesmas ser responsabilizadas⁴³, afirmou ainda, não obstante, a responsabilidade do próprio Estado-membro – a aplicação do art. 81.º servirá para sustentar contra o mesmo uma acção por incumprimento (art. 226.º do TCE)⁴⁴.

Por outro lado, da jurisprudência do tribunal comunitário resulta ainda que práticas anti-concorrenciais da responsabilidade de determinadas empresas no mercado não deixam de ser ilícitas pelo facto de

duto ou serviço no mercado, com autonomia de decisão, independentemente do estatuto jurídico dessa entidade ou do seu modo de financiamento. Neste sentido, veja-se o Acórdão do TJCE de 23 de Abril de 1991, Proc. n.º 41/90, Colect. 1991, pp. 1979 e ss.. Sobre esta questão, ver ainda A.JONES/B.SUFRIN, *EC Competition Law – Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 89-100; e SOFIA O. PAIS, *O Controlo das Concentrações de Empresas no Direito Comunitário da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 115-120.

⁴² Cf. V. KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 7th Ed., Oxford and Portland, Hart Publishing, 2000, pp. 144-149. Na verdade, se os Estados se devem abster «de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos» do TCE (art. 10.º), e se um desses objectivos é a criação de um «regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno» (art. 3.º, al. g)), então os Estados-membros não devem adoptar medidas que ponham em causa esse regime, nomeadamente na parte em que é consagrado pelo art. 81.º.

⁴³ Cf. Acórdão de 11 de Novembro de 1997, Proc. n.º C-359 e 379/95, Colect. 1997, pp. I-6265 e ss., par. 33. Neste sentido, ver ainda V. KORAH, *op. cit.*, pp. 147-149.

⁴⁴ Neste sentido, L.RITTER/W.D.BRAUN/F.RAWLINSON, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, pp. 751-754 e 783-787. Não está excluída a hipótese de, verificando-se uma responsabilidade conjunta do Estado e das empresas ou da associação de empresas na distorção da concorrência, a Comissão actuar contra ambos, embora por meios diferentes. Cf. *idem, ibidem*, pp. 755. A aplicação dos arts. 81.º e 82.º aos próprios Estados-membros, por intermédio do art. 10.º, foi afirmada, entre outros, no Acórdão do TJCE de 18 de Junho de 1998 (“CNSD”), Proc. C-35/96, Colect. 1998, pp. 3851 e ss..

terem sido encorajadas ou estimuladas por entes públicos⁴⁵, ou mesmo pelo facto de os seus efeitos terem sido potenciados por medidas estatais ulteriores⁴⁶.

Regressando à questão da qualificação das ordens profissionais, o TJCE considerou o estatuto interno de tais entidades, o facto de lhes ser conferida uma personalidade jurídica pública, pouco mais do que indiferente. Efectivamente, invocando jurisprudência constante, o tribunal comunitário veio dizer que: «o artigo 85.º (81.º) do Tratado aplica-se a acordos entre empresas e a decisões de associações de empresas. O quadro jurídico em que esses acordos são celebrados e em que são tomadas essas decisões, tal como a qualificação jurídica dada a esse quadro pelas diferentes ordens jurídicas nacionais, não relevam para efeitos da aplicabilidade das regras comunitárias da concorrência»⁴⁷.

As ordens poderiam escapar à classificação como associações de empresas se: i) a sua actividade fosse **estranha à esfera das trocas económicas**, ou ii) tal actividade estivesse associada ao **exercício de prerrogativas de poder público**⁴⁸. Quanto ao primeiro ponto, o TJCE afastou a sua aplicação: é que o regulamento da Ordem dos Advogados holandesa era susceptível de afectar o mercado dos serviços jurídicos. Quanto ao segundo ponto, que é o que mais nos interessa, o TJCE começou por considerar que uma tarefa de regulação profissional,

⁴⁵ Cf. Acórdão “*BNIC v. Clair*”, Proc. n.º 123/83, Colec. 1985, pp. 391 e ss..

⁴⁶ Cf. Acórdãos do TJCE, “*BNIC v. Aubert*”, Proc. n.º 136/86, e “*Agentes de Viagens Flamengos*”, Proc. n.º 311/85, Colec. 1987, pp. 4789 e ss. e pp. 3801 e ss., respectivamente. Ver, ainda, SOFIA O. PAIS, *O Controlo das Concentrações de Empresas no Direito Comunitário da Concorrência*, pp. 133-134, n. 350. Para uma abordagem exaustiva do problema da actuação das autoridades públicas face ao direito comunitário da concorrência, vd. CARL MICHAEL VON QUITZOW, *State Measures Distorting Free Competition in the EC*, Kluwer Law International, The Hague – London – Boston, 2002, em especial pp. 216-222.

⁴⁷ Acórdão do TJCE de 19 de Fevereiro de 2002, Proc. n.º C-309/99, *cit.*, pars. 65 e 66.

⁴⁸ Cf. Acórdão do TJCE de 19 de Fevereiro de 2002, Proc. n.º C-309/99, *cit.*, par. 57. A jurisprudência comunitária elaborou progressivamente a noção de entidade pública, para efeitos da não sujeição ao art. 81.º do TCE. Para o TJCE o que distingue essencialmente uma empresa de uma entidade pública é o tipo de funções que são exercidas. Se tais funções forem de natureza pública, implicando, p. ex., o exercício de poderes de autoridade pública, então não estamos perante uma empresa. Veja-se, para além do acórdão referido na nota 41, os Acórdãos de 19 de Janeiro de 1994, Proc. n.º C-364/92, Colec. 1994, pp. 43 e ss.; de 18 de Março de 1997, Proc. n.º C-343/95, Colec. 1997, pp. 1547 e ss.; e de 17 de Fevereiro de 1993, Proc. n.º C-159/91, Colec. 1993, pp. 637 e ss..

como a que estava em causa no regulamento de 1993, não correspondia a uma competência típica dos poderes públicos⁴⁹.

Ainda assim, resulta da jurisprudência do TJCE que «uma entidade não é qualificada de associação de empresas na acepção do artigo 85.º [81.º], n.º 1, do Tratado quando, por um lado, for **composta por uma maioria de representantes do poder público** e, por outro, for obrigada pela legislação nacional a **tomar as suas decisões tendo em conta um determinado número de critérios de interesse público**»⁵⁰.

Sucedem que a Ordem dos Advogados holandesa, tal como a portuguesa, é constituída apenas por advogados. O mesmo acontece com os respectivos órgãos dirigentes, em relação a cuja composição o Estado não tem qualquer poder de intervenção. Por outro lado, o Estatuto da Ordem holandesa, ao conferir competência regulamentar à mesma, não a vincula a critérios de interesse público claros e precisos, limitando-se a postular o interesse do «exercício correcto da profissão». A isto acresce que o mesmo Estatuto vincula os órgãos da Ordem a defender os direitos e interesses dos advogados, nessa qualidade⁵¹. Isto é, os órgãos da Ordem não estão apenas vinculados à prossecução de interesses originariamente públicos, mas também do que chamamos interesses originariamente privados. Pelo que o TJCE considerou a Ordem uma associação de empresas. Este último ponto, por estar directamente ligado à questão que nos move neste estudo, merece um tratamento complementar.

VII – Da dissociação entre a função pública e a função privada na actividade das ordens profissionais.

A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio holandês havia questionado o TJCE quanto a saber se o artigo 85.º (81.º), n.º 1, do Tratado exige que se dissociem as actividades exercidas pela Ordem dos Advogados holandesa, de modo a só qualificá-la de associação de empresas quando age **no interesse dos seus membros**; ou se, pelo con-

⁴⁹ Cf. Acórdão do TJCE de 19 de Fevereiro de 2002, Proc. n.º C-309/99, *cit.*, par. 58.

⁵⁰ Conclusões do advogado-geral Léger, de 10 de Julho de 2001, Proc. C-309/99, Colectânea de Jurisprudência, pp. I-1577, par. 70.

⁵¹ Cf. Acórdão do TJCE de 19 de Fevereiro de 2002, Proc. n.º C-309/99, *cit.*, pars. 59-62.

trário, o simples facto de a mesma poder exercer o seu poder regulamentar no interesse dos seus membros seria suficiente para a qualificar de associação de empresas pelo conjunto das suas actividades.

O TJCE não respondeu directamente a esta questão, ou respondeu-lhe apenas nos termos indicados⁵². O advogado-geral, por seu lado, debruçou-se directamente sobre ela. Considerou a dissociação entre actividades das associações públicas de prossecução dos interesses dos seus membros e actividades de prossecução de interesses públicos originários como **impraticável**, no que diz respeito às profissões liberais: «com efeito, a maior parte das regras adoptadas pelas autoridades profissionais neste domínio põem em causa **simultaneamente interesses públicos e privados**. Mesmo quando uma ordem profissional de advogados fixa uma tabela obrigatória para as prestações efectuadas pelos seus membros, [poderia] ser sustentado que a tabela visa assegurar a transparência dos honorários e garantir o acesso dos cidadãos ao direito e à justiça»⁵³.

Por outro lado, citando o advogado-geral Jacobs, o advogado-geral Léger considerou aplicável o raciocínio de que seria «lícito presumir que, ao celebrarem acordos entre si em condições normais, os operadores económicos privados estão a agir segundo os seus próprios interesses e não no interesse público. Assim sendo, as consequências dos seus acordos não correspondem necessariamente ao interesse público». Por essa razão, dever-se-ia optar, ao nível da delimitação das entidades sujeitas ao escrutínio previsto no art. 85.º (81.º) do Tratado, por uma interpretação extensiva, ainda que depois se viesse a concluir pela não aplicação do seu n.º 2. O facto de a Ordem holandesa estar investida por lei de poderes regulamentares e disciplinares seria absolutamente irrelevante quanto a esta apreciação⁵⁴.

De qualquer forma, considerada a Ordem holandesa como associação de empresas, tal não impediria que, como se veio efectivamente a verificar, se considerasse lícita uma medida restritiva da concorrência, pelo facto de a mesma dar cumprimento a um interesse público rele-

⁵² Num sentido contrário, concluindo pela existência de uma divergência de opiniões entre o advogado-geral Léger e o TJCE, cf. ADRIAN J. VOSSESTEIN, «Case C-35/99, *Arduino* [...]»; Case C-309/99, *Wouters* [...], in *Common Market Law Review*, 2002, p. 853.

⁵³ Conclusões do advogado-geral, de 10 de Julho de 2001, Proc. C-309/99, *cit.*, par. 85.

⁵⁴ Conclusões do advogado-geral, de 10 de Julho de 2001, Proc. C-309/99, *cit.*, pars. 83 e 86.

vante⁵⁵. Mas tal acontece sem que seja feita qualquer dissociação de funções.

VIII – Critérios nacionais e critérios comunitários de qualificação das ordens profissionais.

Sendo esta a posição da jurisprudência comunitária, é fácil atestar como a mesma não corresponde ao quadro jurídico-doutrinal português, assente na possibilidade de distinção entre a prossecução de interesses originariamente públicos, por intermédio de poderes de autoridade pública, e a prossecução de interesses originariamente privados, por intermédio da capacidade civil geral de que gozam todas as pessoas privadas e, nomeadamente, as associações.

O que a jurisprudência comunitária coloca em causa é justamente a possibilidade dessa distinção, sobretudo quando está em causa o uso de poderes regulamentares, disciplinares e outros, tradicionalmente considerados de autoridade pública. Pode acontecer que tais poderes sejam utilizados, não para prosseguir interesses originariamente públicos, ou não apenas tais interesses, mas também aqueles originariamente privados.

Repare-se que, embora o TJCE afirme muito claramente que as entidades públicas não estão directamente sujeitas à aplicação do art. 81.º do Tratado, tal não conduz a uma isenção de aplicação relativamente às Ordens profissionais, entre nós consideradas como associações públicas. Tal só aconteceria se «um Estado-Membro, quando atribui competências normativas a uma associação profissional, [tivesse] o cuidado de definir os critérios de interesse geral e os princípios fundamentais a que a regulamentação aprovada pelas ordens profissionais deve obedecer e de conservar o seu poder de decisão em última instância. Nesse caso, as normas aprovadas pela associação profissional conservam uma natureza estatal e escapam às regras do Tratado aplicáveis às empresas»⁵⁶. Isto é, apenas em tais casos se poderia presumir que está em

⁵⁵ Conclusões do advogado-geral, de 10 de Julho de 2001, Proc. C-309/99, *cit.*, pars. 84.

⁵⁶ Acórdão do TJCE de 19 de Fevereiro de 2002, Proc. n.º C-309/99, *cit.*, par. 68. Refira-se que a Comissão Europeia, no seu «Relatório sobre a concorrência nos serviços das profissões liberais», de 9 de Fevereiro de 2004 (COM (2004) 83 final), pars. 70 e 71, já acolheu os critérios definidos pelo TJCE para distinguir os organismos públicos das associações de empresas.

causa a prossecução do interesse público. Nos restantes casos, como se verificou, as normas aprovadas pela associação profissional apenas a esta são imputáveis⁵⁷.

Assim, a distinção entre a actividade das associações públicas, consistente no exercício de poderes de autoridade pública, a que seria aplicável o direito público, e aquela consistente no exercício da capacidade civil geral, a que seria aplicável o direito privado, é considerada pura e simplesmente irrelevante, para efeitos da fiscalização da conformidade de tal actividade face ao direito comunitário da concorrência.

Paradoxalmente, poder-se-á até dizer que, se seguirmos a jurisprudência comunitária, uma verdadeira ordem profissional (no sentido em que a definimos) será sempre considerada uma associação de empresas. Na verdade, uma corporação auto-governada pelos membros de uma classe ou profissão, tendo em vista prosseguir interesses que são ao mesmo tempo próprios e públicos, e adoptando decisões de forma autónoma, não sujeita à tutela estadual, nunca se poderá assemelhar àquela imagem dada pelo TJCE, que transcrevemos acima, e que pressupõe sempre um «poder de decisão em última instância» por parte do Estado.

Face ao tratamento jurídico “dualista” que encontrámos ao nível do direito interno, pode dizer-se que o TJCE optou por um tratamento “monista” destas associações. Na verdade, o direito da concorrência apenas deixará de lhes ser aplicável a partir do momento em que deixarem de ser ordens profissionais. Se o forem, é-lhes sempre aplicável (o que não quer dizer, muito pelo contrário, que os respectivos actos sejam sempre considerados como restritivos da concorrência ou, sendo-o, que não sejam admissíveis).

Trata-se de uma solução diferente para o mesmo problema: o da coexistência de interesses originariamente públicos e de interesses originariamente privados no campo das atribuições destas entidades. Enquanto a nível interno parece apostar-se na possibilidade de diferenciação entre actividades que prossigam uns ou outros (o que acaba por se traduzir mais na diferenciação entre actos de autoridade pública, sujeitos ao direito público, e actos de exercício da capacidade civil geral da associação, que estariam submetidos ao direito privado, sendo certo que, na prática, os interesses privados da associação podem estar na origem de actos de autoridade pública), o direito comunitário aban-

⁵⁷ Cf. Acórdão do TJCE de 19 de Fevereiro de 2002, Proc. n.º C-309/99, *cit.*, par. 69.

dona o que considera ser uma quimera, e aplica a todos os actos das associações públicas, quer visem prosseguir interesses públicos, quer visem prosseguir interesses privados, o mesmo regime de fiscalização da sua conformidade face ao direito da concorrência. É que, na verdade, a nível comunitário receia-se a possibilidade de uma “contaminação” de actos de autoridade pública por interesses geneticamente privados. E, portanto, aposta-se numa atitude preventiva.

Quer uma solução, quer outra, tomam em conta a natureza específica das associações públicas em geral, e das ordens profissionais em particular – o classificá-las como pessoa colectiva pública ou associação de empresas não resulta, portanto, de uma diferente consideração da sua natureza, mas de diferentes soluções para o problema de como lidar com essa natureza.

O que nos questionamos é se, na verdade, a solução comunitária não acabará por se introduzir no direito interno português, por força do princípio do primado, afirmado nos Acórdãos “Costa/ENEL” e “Simmenthal”, do princípio do efeito directo, afirmado, entre muitos, no Acórdão “Van Gend en Loos”, e do princípio da interpretação conforme, estabelecido no Acórdão “Marleasing”⁵⁸.

Parece-nos que tal não deixará de acontecer, desde logo, ao nível do direito nacional da concorrência (regulado, sobretudo, na Lei 18/2003, de 11 de Junho – cf., em especial, o artigo 4.º). É que este direito foi, em grande medida, decalcado do regime existente ao nível do direito comunitário. A interpretação que, quer o Tribunal de Justiça, quer a Comissão Europeia, fazem desse regime acaba por ser aplicada ao direito nacional da concorrência⁵⁹. Daí que também a concepção

⁵⁸ Acórdãos do TJCE de 15 de Julho de 1964, Proc. 6/64, *Colec.* 1964, pp. 549 e ss.; de 9 de Março de 1978, Proc. n.º 106/77, *Colec.* 1978, pp. 243 e ss.; de 5 de Fevereiro de 1963, Proc. n.º 26/62, *Recueil* 1963, pp. 9 e ss.; e de 13 de Novembro de 1990, Proc. n.º C-106/89, *Colec.* 1990, pp. 4135 e ss., respectivamente. Para uma abordagem geral dos princípios referidos vide JEAN-VICTOR LOUIS, *A Ordem Jurídica Comunitária*, Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1995, pp. 137 e ss.. Para uma abordagem dos dois últimos princípios, referidos às directivas comunitárias, vide SOFIA O. PAIS, *Incumprimento das Directivas Comunitárias – do Efeito Directo à Responsabilidade do Estado*, in SOFIA O. PAIS/Mª DE FÁTIMA RIBEIRO, *Dois Temas de Direito Comunitário do Trabalho*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2000, pp. 13-35.

⁵⁹ Neste sentido, SOFIA O. PAIS, *O Controlo das Concentrações de Empresas no Direito Português*, Universidade Católica Editora, Porto, 1997, pp. 31, referindo-se ao

“monista” do TJCE vá acabar por entrar, fatalmente, ao nível do direito nacional. E aí teremos a situação curiosa de ver tribunais nacionais a aplicar um regime previsto para associações privadas a associações públicas. Não se tratará de mais do que FAUSTO DE QUADROS já apelidou de “europeização” ou “comunitarização” do direito administrativo nacional. O direito comunitário, por força dos princípios atrás referidos, «penetra directamente no Direito Administrativo estadual, introduzindo neste alterações que os órgãos nacionais de criação e de aplicação do Direito ainda não quiseram ou, porventura, até rejeitam»⁶⁰.

Terminamos a responder à questão que havíamos colocado de início: a de saber se as ordens profissionais e, em particular, a Ordem dos Advogados são entidades públicas ou privadas. A resposta não é absoluta. Se estiver em causa o direito nacional, será considerada como entidade pública quando exerça poderes de autoridade pública, e estará sujeita ao direito privado quando actue no exercício da sua capacidade civil geral. Mas se estiver em causa o direito nacional ou comunitário da concorrência, estes ser-lhe-ão aplicáveis como se de uma entidade privada se tratasse.

Por isso, exige-se uma atenção especial da parte dos órgãos das ordens profissionais, no sentido de verificarem da conformidade dos seus actos, em especial dos regulamentos, com o direito da concorrência, recorrendo se necessário ao pedido de avaliação prévia dirigido à

Dec.-Lei n.º 371/93, entretanto revogado pela Lei n.º 18/2003, não parecendo que dessa alteração resulte uma modificação do entendimento apontado. A este respeito, parece-nos significativa a remissão operada pela Lei n.º 18/2003 (art. 5.º, n.º 3) para os «regulamento[s] comunitário[s] adoptado[s] ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia», bem como o facto de a mesma lei prever a adaptação do «regime jurídico da concorrência estabelecido na presente lei, bem como no diploma que estabelece a Autoridade, [...] para ter em conta a evolução do regime comunitário aplicável às empresas, ao abrigo do disposto nos artigos 81.o e 82.o do Tratado que institui a Comunidade Europeia e dos regulamentos relativos ao controlo das operações de concentração de empresas» (art. 60.º, n.º 1). Por outro lado, o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, cria um sistema integrado de aplicação do direito da concorrência, nacional ou comunitário, atribuindo competência para tal, em primeira linha, às autoridades nacionais da concorrência. Como é evidente, tal apenas potencia a uniformidade de interpretação e aplicação dos conceitos previstos num e noutro ordenamento jurídico.

⁶⁰ FAUSTO DE QUADROS, *A Nova Dimensão do Direito Administrativo – O Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 26-27.

Autoridade da Concorrência (art. 5.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003)⁶¹. E isto por várias razões: tais actos, se contrários ao direito da concorrência, são nulos (art. 4.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003); e, se verificados pela Autoridade da Concorrência, sujeitam a associação em causa a uma coima (para além de sanções acessórias) que pode ascender a «10% do volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam participado no comportamento proibido» (art. 43.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003), isto é, no caso de regulamentos profissionais, aplicáveis a todos os inscritos na ordem, a 10% da soma do volume de negócios de todos os associados, sendo que estes (art. 47.º, n.º 4, da Lei n.º 18/2003) são solidariamente responsáveis pelo pagamento da coima...⁶²

⁶¹ Note-se que a Comissão Europeia, no seu «Relatório sobre a concorrência nos serviços das profissões liberais», de 9 de Fevereiro de 2004 (COM (2004) 83 final), pars. 31 a 47, apontou para a existência de regras restritivas da concorrência relativamente a diversas categorias de profissionais liberais em Portugal, designadamente auditores, advogados, contabilistas e farmacêuticos.

⁶² Normas análogas podem ser encontradas no direito comunitário da concorrência – cf. arts. 1.º, 23.º e 24.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003.