

ORDEM dos
ADVOGADOS

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA E ORDENS PROFISSIONAIS*

1. Distinguem-se as profissões liberais por um conjunto de traços, entre os quais a exigência de qualificações profissionais específicas, o carácter intelectual dos serviços, a independência no exercício da profissão, a conjugação entre a satisfação de interesses de clientes e a realização mediata de um interesse público na disponibilidade e idoneidade do tipo de serviços e, antes de tudo o resto, a natureza fiduciária da relação estabelecida entre profissional e cliente.

As mais importantes profissões liberais tendem hoje em dia – em países de regime democrático e economia de mercado – a ser simultaneamente tituladas, reguladas e colegiadas. *Tituladas*, por só poderem ser exercidas por quem seja detentor de um grau académico universitário ou politécnico. *Reguladas*, por se encontrar o seu exercício legal ou regulamentarmente sujeito a determinados requisitos e exigências que integram um estatuto profissional. *Colegiadas*, enfim, por sobre elas incidir a regulamentação e a jurisdição de uma corporação profissional, sem inscrição na qual é ilícito o exercício da actividade.

2. Se as profissões liberais têm um enquadramento com largos anos no âmbito do Direito Comunitário, só na última década do Século XX é que a Comissão e os tribunais comunitários começaram a aplicar-lhes o direito da concorrência. O caminho foi aberto por decisões destes órgãos e só mais tarde a matéria passou a fazer parte da agenda legislativa. O ponto de partida da aplicação do Direito Comunitário da concorrência aos profissionais liberais e às suas corporações é o artigo 81 do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), que proíbe acordos e decisões de associações de empresas, bem como práticas concertadas, que tenham efeitos restritivos da concorrência. Na lei portuguesa da concorrência [Lei n.º 18/2003, de 11 de

Junho], aquela disposição encontra correspondência no artigo 4.º. O Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE) tem vindo a considerar que a actividade dos profissionais liberais «cabe no conceito de empresa para efeitos de aplicação das regras comunitárias da concorrência», já que, nesse contexto, «empresa» «abrange, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de funcionamento, qualquer entidade que exerça uma actividade económica, designadamente a consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado»¹, assumindo, para além disso, «os riscos financeiros inerentes ao exercício dessa actividade»². Assim, na jurisprudência comunitária, foram qualificados como «empresas» os despachantes alfandegários, os médicos especialistas independentes e os advogados³. Numa decisão recente, a Comissão considerou que também os arquitectos preenchem este conceito⁴.

Para efeito da fixação deste âmbito ao conceito de «empresa», o TJCE não considerou relevante o facto de os profissionais liberais serem obrigados a respeitar regras deontológicas ou, no caso dos advogados, exercerem actividades ligadas à administração da justiça, já que «a eventual missão de «serviço público» de que é investido o advogado não tem por efeito subtrair esse profissional ao domínio do direito da concorrência»⁵.

3. Mas as instituições comunitárias não se têm limitado a encarar as actividades dos profissionais liberais, entendidos individualmente ou através das sociedades em que se reúnem para o exercício da profissão. Não é que, em teoria, este plano seja totalmente irrelevante. Mas, na prática, pelo menos no que respeita aos advogados no actual contexto português, não parecem realistas hipóteses como as de acordos de repartição de clientela



entre as maiores sociedades de advogados ou de estipulação de honorários mínimos entre os advogados de uma comarca. Na verdade, o plano em que tem incidido a intervenção das instituições comunitárias e a de certas autoridades nacionais da concorrência – entre as quais a nossa – é o das associações profissionais para o efeito concebidas como «associações de empresas».

Quanto ao facto de certas organizações profissionais terem a natureza de associações públicas – como sucede com a Ordem dos Advogados portugueses – o TJCE já afirmou que «o estatuto de direito público de um organismo nacional [...] não obsta à aplicação do artigo [81] do Tratado. [...] [O] quadro jurídico [...] 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 [...]»⁶.

Segundo a jurisprudência comunitária, uma organização profissional só escapará à qualificação de «associação de empresas» se, cumulativamente, os seus órgãos competentes:

- (i) Forem compostos por uma maioria de representantes do poder político, por este nomeados;
- (ii) Os seus membros forem obrigados pela legislação nacional a tomar as suas decisões tendo apenas em conta um determinado número de critérios de interesse público, reservando o Estado para si o poder de «decisão em última instância».

De acordo com esta jurisprudência, para além de uma eventual justificação do estabelecimento de uma proibição de renovação do mandato⁷, deve ser assegurada a independência dos titulares dos órgãos em face dos profissionais representados pela organização⁸.

Não se verificando quanto a elas os requisitos que antecedem, as ordens profissionais deverão, para as instituições comunitárias agindo em matéria de concorrência, ser qualificadas como «associações de empresas» e, nessa medida, estarão sujeitas ao disposto no artigo 81.º, n.º 1, do TCE, de nada valendo a invocação, a este propósito, do princípio da autonomia institucional⁹. Como é óbvio, porém, os requisitos em causa chocam frontalmente com a natureza de uma ordem profissional enquanto associação pública no Direito português. As associações públicas integram a administração autónoma (Constituição, artigo 199.º, alínea d)). E a autonomia significa uma organização interna baseada na forma-

ção democrática dos órgãos (idem, artigo 267.º, n.º 4) entendida como instrumento de livre prossecução dos fins próprios do estrato associativo no quadro da lei. Não seriam pensáveis nem a nomeação estadual dos titulares dos órgãos, nem a reserva ao Estado de um poder de supervisão que envolvesse a revogação substitutiva dos actos dos órgãos da Ordem, nem a ausência de vínculo representativo entre os profissionais colegiados e os titulares dos órgãos da associação pública. Esta encontra-se, pois, «condenada» à qualificação de «associação de empresas» para efeito do Direito Comunitário da concorrência. Assim sendo, as deliberações dos seus órgãos que tenham por *objectivo* ou *efeito* impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, ou que aí exerçam efeito anti-concorrencial, cairão sob o exercício do poder de controlo e repressão dos órgãos comunitários, desde que tenham incidência sobre o comércio intracomunitário.

4. Tal orientação comunitária desvaloriza a dupla essência das ordens profissionais. Se, por um lado, estas representam interesses particulares dos seus associados, a verdade é que também lhes é atribuída a prossecução de interesses públicos. E é para este último efeito que o legislador lhes confere *poderes regulatórios*. O respeito da herança jurídica de diversos Estados membros recomendaria que, ao menos, os órgãos comunitários distinguissem entre as actividades de representação dos profissionais colegiados e as de autoregulação destinada à prossecução de interesses públicos. Mas ao TJCE, movido aqui por uma ideologia neo-liberal de raiz anglo-saxónica, não tem repugnado atribuir a actividades regulatórias – como a recomendação de tabelas de honorários – a natureza de condutas económicas através das quais operadores de mercado procuram condicioná-lo. Deve no entanto ressaltar-se que, a propósito de regulação da Ordem dos Advogados dos Países Baixos, que proíbe o exercício conjunto da actividade de advocacia e de revisão de contas para evitar o risco de conflito de interesses e de quebra do sigilo profissional, o TJCE considerou que o efeito restritivo da concorrência se justificava graças à necessidade de garantir o correcto exercício da profissão de advogado. Não haveria assim violação do artigo 81.º, n.º 1, TCE¹⁰. O Tribunal manifestou-se, pois, pronto a subordinar uma visão meramente economicista às exigências da deontologia, pelo menos quando do

respectivo cumprimento resulte também a protecção dos consumidores dos serviços em causa. Parece assim poder extrair-se do importante Acórdão *Wouters* a conclusão de que o TJCE aceita que a regulação das ordens profissionais exerça efeitos restritivos da concorrência desde que eles sejam proporcionados ao bom exercício de uma profissão liberal por razões imperiosas de interesse geral. Mas esta regulamentação não poderá ser discriminatória (artigo 12 TCE).

O «teste *Wouters*» tem diferentes graus de aplicabilidade (ou, até, nenhuma aplicabilidade) aos diversos «domínios problemáticos»:

- (i) acesso à profissão e direitos reservados;
- (ii) preços fixos;
- (iii) preços recomendados;
- (iv) publicidade;
- (v) regras sobre estrutura das «empresas» e práticas multidisciplinares.

Em matéria de tabelas de honorários fixos, ou mesmo recomendados, tem-se revelado nula a receptividade por parte da Comissão.

5. No âmbito do Direito português, as questões analisadas têm-se processado sobretudo no plano do relacionamento entre a Autoridade da Concorrência (anteriormente, o Conselho da Concorrência) e as ordens profissionais enquanto autoridades reguladoras sectoriais.

Parece, no entanto, desde logo de mau agouro que, quando o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro – ou seja, o diploma que aprovou os Estatutos da Autoridade da Concorrência – dispõe sobre a articulação desta Autoridade com as autoridades reguladoras sectoriais, um elenco, ainda que exemplificativo, destas últimas, não tenha reservado uma alínea às ordens profissionais. A verdade, porém, é que estas exercem auto-regulação revestida de autoridade pública. Não parece por isso questionável que se lhes aplique o artigo 29.º da Lei da Concorrência, que determina que, quando a Autoridade da Concorrência tome conhecimento de factos ocorridos num domínio submetido a regulação sectorial e susceptíveis de serem qualificados como práticas restritivas da concorrência, dê imediato conhecimento dos mesmos à autoridade reguladora sectorial competente em razão da matéria para que esta se pronuncie num prazo razoável (n.º 1). O n.º 2 do mesmo artigo 29.º dispõe por seu turno que, quando for a autoridade reguladora sectorial a apreciar situações desse tipo, ela deve dar imediato conhecimento do processo à Autoridade, bem como dos respectivos elementos essenciais.

Destes preceitos e de outros que lhes proporcionam um contexto e que não poderemos esmiuçar aqui, dir-se-á que resultam dois princípios gerais:

- (i) um princípio de respeito mútuo pela respectivas atribuições e competências legalmente estabelecidas;
- (ii) um princípio de colaboração auxiliar nos procedimentos cuja direcção a lei comete a cada uma delas.

Apesar de não haver uma norma expressa com esse conteúdo na Constituição é, aliás, possível alicerçar na nossa Lei Fundamental um dever geral da colaboração ou auxílio administrativo entre autoridades públicas.

Não será no entanto exagerado afirmar que, no seu relacionamento com as ordens profissionais, a Autoridade da Concorrência tem tendido a ignorar a autoridade reguladora sectorial para ver um simples operador económico com a natureza de «associação de empresas». Mas, se a Autoridade da Concorrência quiser vir a dar toda a prevalência a essa senda, não se poderá dizer que ela lhe surja desprovida de escolhos.

6. Um primeiro ponto que merece ser sublinhado é o de que a Autoridade da Concorrência não dispõe de uma base normativa suficiente para aplicar sanções destinadas a reprimir a violação de normas do Direito Comunitário, designadamente a do artigo 81.º, n.º 1, TCE. Assim é porquanto inexistente no tocante à aplicação do Direito Comunitário por aquela entidade uma norma que defina a moldura contra-ordenacional a aplicar, bem como os critérios para a fixação da medida da coima. Não se trata, aliás, aqui, da aplicação de sanções apenas a ordens profissionais, mas a qualquer entidade, pública ou privada.

Quanto ao Direito nacional da concorrência, a questão põe-se em moldes diferentes, desde logo porque o artigo 43.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, da Lei da Concorrência contém referência expressa ao artigo 4.º da mesma lei, que proíbe as práticas restritivas. Quanto às ordens profissionais, levantam-se, no entanto, problemas específicos sobre os quais o legislador não dispõe directamente.

Em primeiro lugar, não pode esquecer-se que – como já referimos – a nossa lei autoriza a subsunção das ordens profissionais, enquanto auto-reguladoras, ao conceito de «entidades reguladoras sectoriais» para efeito de caracterização da sua relação com a Autoridade da Concorrência como sendo de colaboração (e não de sujeição).

Em segundo lugar, sendo as ordens profissionais pessoas colectivas públicas, forçoso é levantar a questão da admissibilidade de aplicação de contra-ordenações. Embora seja, no Direito português, «princípio fundamental do direito das contra-ordenações, a responsabilidade de entidades colectivas, a par da responsabilidade individual»¹¹, não pode ignorar-se que nem sempre fará sentido a aplicação de tais sanções a entes públicos. Razões literais, históricas, sistemáticas, estruturais e teleológicas exigem, no mínimo, uma cuidadosa crivagem da sujeição das autoridades reguladoras sectoriais ao



PARECE DE DUVIDOSA CONSTITUCIONALIDADE UM ENTENDIMENTO DA LEI DA CONCORRÊNCIA QUE SUBMETA AS ORDENS PROFISSIONAIS AO DIREITO SANCIONATÓRIO NACIONAL DA CONCORRÊNCIA PORQUANTO, NÃO TENDO O LEGISLADOR DEMOCRÁTICO SIDO EXPLÍCITO NESSA INCLUSÃO, DEVERÁ PREVALECER, *PRIMA FACIE*, A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA DAS ASSOCIAÇÕES PÚBLICAS

regime sancionatório da Lei da Concorrência.

Em terceiro lugar, parece de duvidosa constitucionalidade um entendimento da Lei da concorrência que submeta as ordens profissionais ao Direito sancionatório nacional da concorrência porquanto, não tendo o legislador democrático sido explícito nessa inclusão, deverá prevalecer, *prima facie*, a garantia constitucional da autonomia das associações públicas.

Por último, apresenta-se como legalmente impossível a aplicação de vários preceitos da Lei da concorrência às ordens profissionais. Na realidade, esta lei identifica, como destinatários da sanção, as «empresas associadas que hajam participado no comportamento proibido» e, adianta, como critério para calcular a medida da coima, «10% do volume agregado anual das empresas associadas». Ora, em matéria de direito sancionatório público, não só se não vislumbra de que forma se procederá à identificação das «empresas participantes» na prática proibida – cujo número será certamente inferior, na prática, ao dos profissionais liberais colegiados – como se não alcança maneira minimamente objectiva de apurar qual seja o «volume agregado anual» das incertas empresas associadas no comportamento proibido.

7. No estado incipiente e difuso do relacionamento jurídico entre Autoridade da Concorrência e ordens profissionais, tudo pareceria, pois, desaconselhar repressivos rompan-

tes de leão e recomendar antes o recurso a práticas de auxílio administrativo de cariz pedagógico e elucidativo. **oa**

* O presente escrito apoia-se em passagens de um extenso parecer jurídico subscrito por J.M. Sérvulo Correia, Rui Medeiros, Tiago Fidalgo de Freitas e Rui Lancelino.

¹ Proc. n.º C-35/96 *Comissão v. Itália* [1998] Col. I-03851, considerando 7 e 36; cfr. também Procs. n.º C-180/98 a C-184/98 *Pavel Pavlov* [2000] Col. I-06451, considerando 74 e 76; Proc. n.º C-309/*Wouters* [2002] Col. I-01577, considerando 46.

² Proc. n.º C-35/96 *Comissão v. Itália* [1998] Col. I-03851, considerando 37; Proc. n.º C-309/99 *Wouters* [2002] Col. I-01577, considerando 48; Procs. n.º C-180/98 a C-184/98 *Pavel Pavlov* [2000] Col. I-06451, considerando 76 e 77.

³ Quanto aos advogados, cfr. Proc. n.º C-35/99 *Arduino* [2002] Col. I-01529, e Procs. n.º C-180/98 a C-184/98 *Pavel Pavlov* [2000] Col. I-06451. Nas conclusões respeitantes ao Acórdão *Arduino*, o Advogado-Geral Léger qualificou os advogados italianos como «empresas». O TJCE não se pronunciou expressamente, no texto do Acórdão, sobre essa qualificação, mas partiu do princípio de que a Ordem dos Advogados italiana é uma associação de empresas.

⁴ Decisão da Comissão, de 24 de Junho de 2004, Proc. COM P/D-3/38549-PO/ *Barème d'honoraires de l'Ordre des Architectes belge*.

⁵ Cfr. as conclusões do Advogado-Geral Léger, apresentadas em 10 de Julho de 2001 no Proc. n.º C-35/99 *Arduino* [2002] Col. I-01529, parágrafo 49.

⁶ Proc. n.º C-35/96 *Comissão v. Itália* [1998] Col. I-03851, considerando 40; Procs. n.º C-180/98 a C-184/98 *Pavel Pavlov* [2000] Col. I-06451, considerando 85. Cfr. também Proc. n.º 123/83 *BNIC* [1985] Col. 00391, considerando 17.

⁷ Cfr. As conclusões do Advogado-Geral Cosmas no Proc. n.º C-35/96 *Comissão v. Itália* [1998] Col. I-03851, parágrafo 68.

⁸ Cfr. As conclusões do Advogado-Geral Cosmas no Proc. n.º C-35/96 *Comissão v. Itália* [1998] Col. I-03851, parágrafo 65. Proc. n.º C-185/91 *Reiff* [1993] Col. I-5801, considerando 4 e 17; Proc. n.º C-153/93 *Delta Schifffahrts-und Speditionsgesellschaft* [1994] Col. I-02517, considerando 6 e 16; Procs. n.º C-140/94 a C-142/94 *Dip* [1995] Col. I-3257, considerando 5, 6 e 18.

⁹ Proc. n.º C-309/99 *Wouters* [2002] Col. I-01577, considerando 68.

¹⁰ Proc. n.º C-309/99 *Wouters* [2002] Col. I-01577, considerando 109 e 110.

¹¹ TERESA SERRA, *Contra-ordenações: responsabilidade de entidades colectivas*, RPCC, ano 9.º/II, Abril-Junho, 1999, p. 206.