

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
HENRI MAYRAS

apresentadas em 28 de Maio de 1974 *

*Senhor Presidente,
Senhores Juizes,*

Introdução

A integração económica, objectivo fundamental do Tratado de Roma, implica o desenvolvimento das trocas num mercado único, bem como a livre circulação dos produtos e dos indivíduos. Tal integração abre às empresas e aos trabalhadores um campo de acção alargado a toda a Comunidade, multiplica as relações comerciais e contribui assim para ultrapassar o âmbito nacional, que entretanto se torna demasiado estreito.

Consequentemente, exige igualmente não só que seja suprimida qualquer restrição à livre prestação de serviços no interior dessa Comunidade, mas ainda que seja efectivamente reconhecido aos nacionais de qualquer país membro o direito de se estabelecerem num outro Estado-membro e aí exercer, nas mesmas condições dos nacionais, as suas actividades profissionais, quer sejam industriais, comerciais, agrícolas ou liberais.

À integração económica corresponde evidentemente o desenvolvimento das relações jurídicas, e, consequentemente, o aumento e a diversificação dos serviços de que particulares e empresas têm necessidade em matéria de consultadoria e de contencioso.

É ainda necessário que aqueles sujeitos possam recorrer livremente a estes serviços e escolher, sem consideração de nacionalidade, os juristas que consideram melhor qualificados para os aconselhar e defender os seus interesses.

Pela sua formação e competência, tradições e regras profissionais que a si próprios se impuseram, os advogados são, em primeiro lugar, os mais aptos a responder às referidas necessidades e a exercer tal responsabilidade a nível comunitário.

Todavia, nesta perspectiva, é necessário que o exercício da sua profissão não esteja subordinado, em cada Estado, a um requisito de nacionalidade; é necessário, em contrapartida, que o acesso às actividades forenses nacionais seja aberto aos advogados dos outros Estados-membros.

O facto de a liberdade de estabelecimento dos advogados não estar ainda realizada e poder mesmo ser negada não será um forte motivo de admiração?

É certo que este problema, relacionado com a interpretação dos artigos 52.º e 55.º do Tratado de Roma, é um dos que, desde a entrada em vigor do Tratado, tem suscitado as mais acasas controvérsias e as mais fortes divergências entre os organismos forenses e

* Língua original: francês.

os governos nacionais, a ponto de a acção dos órgãos comunitários se encontrar paralisada e não existir, até ao momento presente, qualquer medida efectiva visando liberalizar as actividades do advogado a nível da Comunidade.

Por esta razão, é propício que o Conseil d'État da Bélgica, utilizando o mecanismo estabelecido no artigo 177.º, conceda hoje a este Tribunal a possibilidade de decidir finalmente a questão e colocar assim um termo à incerteza que reina neste domínio há bastantes anos.

I — Enquadramento do problema — Os factos

Jean Reyners, nascido em Bruxelas, em 19 de Maio de 1931, de pais neerlandeses estabelecidos desde há muito na Bélgica, foi criado neste país e aí fez os seus estudos, obtendo o diploma de «docteur en droit» em 1957, continuando a residir neste mesmo país.

Contudo, conservou a sua nacionalidade de origem e, quando pretendeu exercer a profissão de advogado na Bélgica, enfrentou o impedimento legal derivado dessa mesma nacionalidade.

Com efeito, desde 1919, nenhuma pessoa se pode inscrever na «Ordre national des avocats» (Ordem dos Advogados) da Bélgica se não possuir a nacionalidade belga.

O artigo 428.º do Code Judiciaire promulgado em 1967 manteve esta exigência, permitin-

do, porém, ao rei derogar tal disposição em condições estabelecidas por decreto, depois do parecer da Ordem Nacional de Advogados.

Em conformidade com essa disposição legislativa, o decreto real de 24 de Agosto de 1970 estabelece, no seu artigo 1.º, n.º 3, que não é exigida a nacionalidade belga para o acesso à advocacia, sob condição, nomeadamente, de a lei nacional do candidato estrangeiro ou uma convenção internacional permitir a reciprocidade.

Ora, se Reyners preenche os outros requisitos exigidos por esse decreto, a saber, tem domicílio na Bélgica há mais de três anos e nunca esteve inscrito em qualquer organismo profissional estrangeiro, não satisfaz, contudo, a cláusula de reciprocidade.

Com efeito, pelo menos até ao momento presente, a sua lei nacional (dos Países Baixos) impõe a posse da nacionalidade neerlandesa como condição de acesso à profissão de advogado; por outro lado, tendo sido celebrada uma convenção relativa ao exercício dessa profissão entre a Bélgica e os Países Baixos, em 12 de Dezembro de 1968, tal acordo apenas diz respeito à prestação de serviços dos advogados, não regulando o seu direito de estabelecimento em um ou outro país.

Reyners interpôs então um recurso perante o Conseil d'État de Bruxelas, visando obter a anulação do artigo 1.º, n.º 3, do decreto real, com base na violação dos artigos 52.º a 58.º do Tratado de Roma. Alegou que a exigência de um requisito de nacionalidade ou de reciprocidade era, na sua opinião, contrária a estas disposições do Tratado e nunca podia ser oponível a um cidadão de um Estado-membro da Comunidade.

O Conseil d'État, verificando que a solução do litígio está relacionada com a interpretação do direito comunitário, apresentou a este Tribunal duas questões prejudiciais.

Na primeira, o órgão jurisdicional supremo belga pretende saber qual o sentido exacto da expressão «actividades que, num Estado-membro, estejam ligadas, mesmo ocasionalmente, ao exercício da autoridade pública», nos termos do artigo 55.º do Tratado. Deverá este artigo ser interpretado no sentido de que no seio de uma profissão como a de advogado são exceptuadas da aplicação do capítulo II deste Tratado unicamente as actividades que estejam ligadas ao exercício da autoridade pública, ou no sentido de a própria profissão estar exceptuada da aplicação de tal capítulo devido ao facto de o seu exercício compreender actividades ligadas ao exercício da autoridade pública?

A segunda questão refere-se ao artigo 52.º do Tratado e é-vos perguntado se, desde o termo do período transitório, a referida disposição é directamente aplicável e não obstante, nomeadamente, a inexistência das directivas previstas nos artigos 54.º, n.º 2, e 57.º, n.º 1, do referido Tratado.

Consideramos mais lógico abordar em primeiro lugar a última questão, pois visa definir a natureza, em relação à doutrina da eficácia directa, da *norma de princípio* estabelecida pelo artigo 52.º, retomando em seguida o problema da determinação do alcance da *excepção* que constitui o artigo 55.º

II — Aplicabilidade directa do artigo 52.º

A análise desta questão deve naturalmente partir da jurisprudência deste Tribunal em

matéria de eficácia directa do direito comunitário e, após ter recordado os critérios que permitem decidir se determinada disposição do Tratado é directamente aplicável na ordem jurídica dos Estados-membros, procuraremos verificar se o artigo 52.º corresponde aos requisitos exigidos.

Sendo parte integrante do direito vigente na ordem jurídica interna, as normas comunitárias directamente aplicáveis originam, em benefício dos particulares, o direito à sua invocação em tribunal, nos termos do acórdão de 6 de Outubro de 1970, Grad (9/70, Colect. 1969-1970, p. 509), quer para fazer valer direitos subjectivos, quer para salvaguardar os seus interesses, quer, finalmente, como no presente caso, para demonstrar que determinada disposição do direito nacional, incompatível com a norma comunitária, não lhes é legalmente aplicável.

É este Tribunal, chamado a decidir a título prejudicial, nos termos do artigo 177.º, por um órgão jurisdicional nacional perante o qual foi invocada uma norma comunitária, que compete decidir, em cada caso, se a norma em causa está, pelas suas próprias disposições, a sua formulação genérica e no contexto e no espírito do Tratado, apta a produzir efeitos directos nas relações entre o Estado-membro destinatário e os seus nacionais.

1. Um primeiro requisito se depreende da jurisprudência: é necessário que a norma seja suficientemente clara e concreta.

Não hesitamos em reconhecer esta característica ao artigo 52.º, que visa impor a supressão das restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território de outro Estado-membro, determinando ainda que tal liberdade com-

preende o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, bem como a constituição e a gestão de empresas.

Esta disposição proíbe, assim, que os Estados imponham aos nacionais comunitários que pretendam exercer uma actividade, nomeadamente liberal, no seu território qualquer condição mais restritiva do que as que são impostas aos seus próprios nacionais.

A terminologia empregue não é certamente a mais adequada: a questão reside não tanto na liberdade de estabelecimento, mas, principalmente, no direito à igualdade de tratamento quanto ao estabelecimento profissional, isto é, na proibição de qualquer discriminação directa ou dissimulada, em razão da nacionalidade.

Não há qualquer dúvida que a norma definida desta forma é perfeitamente clara.

Tal norma está, aliás, em simetria com o princípio da livre circulação de trabalhadores assalariados, estabelecido pelo artigo 48.º, que, nos termos do seu n.º 2, implica a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho.

Ora, quem poderá negar a eficácia directa do artigo 48.º, que fundamenta e inspira a jurisprudência deste Tribunal em matéria de emprego dos trabalhadores migrantes?

No mesmo sentido, o artigo 52.º deve poder conjugar-se com o artigo 53.º, nos termos do

qual «os Estados-membros não introduzirão quaisquer novas restrições ao estabelecimento, no seu território, dos nacionais dos outros Estados-membros».

Trata-se aqui de uma cláusula de «stand still», isto é, da proibição de agravar, mediante medidas mais restritivas ou discriminatórias, a situação que existia em cada Estado-membro no momento da entrada em vigor do Tratado.

O Tribunal reconheceu de forma expressa que a referida norma é directamente aplicável, no acórdão de 15 de Julho de 1964, Costa/ENEL (6/64, Colect. 1962-1964, p. 549).

Ora, o artigo 52.º é, pela sua própria natureza e conteúdo, plenamente assimilável ao artigo 53.º

Dever-se-á considerar, porém, que, por esta última disposição, o reconhecimento da eficácia directa deriva do facto de ela se limitar a impor aos Estados-membros uma obrigação de abstenção, de «non facere», enquanto o artigo 52.º implica o dever positivo, para as autoridades nacionais, de cessar a aplicação de qualquer nova medida legislativa, regulamentar ou administrativa susceptível de impedir o estabelecimento de nacionais comunitários?

Esta objecção não pode deixar de ser afastada. O Tribunal considerou, de forma bastante nítida, que as disposições do Tratado geradoras de obrigações «de facere» para os Estados podem ser directamente aplicáveis. Assim, foi afirmado pelo Tribunal no acórdão de 17 de Dezembro de 1970, SACE (33/70, Colect. 1969-1970, p. 685), que a obrigação

baseada nos artigos 9.º e 13.º, n.º 2, do Tratado, visando a supressão de determinados encargos de efeito equivalente aos direitos aduaneiros, tem eficácia directa nas relações entre o Estado-membro em causa e os particulares sujeitos à sua jurisdição.

2. O segundo critério da aplicabilidade directa reside no carácter incondicional da norma comunitária, cuja execução não deve estar subordinada a qualquer condição de fundo.

Também neste plano, o artigo 52.º pode ser conjugado com o artigo 48.º, pois, se a supressão das restrições ao estabelecimento, no que diz respeito ao exercício das actividades não assalariadas, deverá realizar-se gradualmente durante o período de transição previsto pelo Tratado, o artigo 52.º prevê, em termos semelhantes, que a livre circulação deve estar assegurada o mais tardar até ao termo desse mesmo período. Contudo, nenhuma das disposições impõe qualquer condição susceptível de pôr em causa a sua aplicação directa.

A regra da igualdade de tratamento com os nacionais, que resulta tanto do artigo 48.º, no que diz respeito aos trabalhadores assalariados, como do artigo 52.º, na parte relativa ao acesso às actividades não assalariadas e ao seu exercício, apenas encontra como limitações as que sejam justificadas por razões de ordem pública, segurança e saúde públicas, nos termos quer do artigo 48.º, n.º 3, quer do artigo 56.º do Tratado.

Tais reservas, previstas de forma limitada, não são susceptíveis de afectar a eficácia directa destas disposições (neste sentido, acórdão de 13 de Dezembro de 1972, Marsman, 44/72, Colect. 1972, p. 429), aliás, tal como as ex-

cepções estabelecidas pelo artigo 48.º, n.º 4, relativas aos empregos na administração pública, e pelo artigo 55.º, no que diz respeito às actividades que estejam, num Estado-membro, ligadas ao exercício da autoridade pública.

Estas disposições limitam, é certo, o âmbito de aplicação do princípio da igualdade de tratamento; mas não põem em causa a sua aplicabilidade directa.

3. Resta-nos uma terceira condição. A norma comunitária deve ser perfeita e bastar-se a si própria. A sua aplicação não pode, assim, estar dependente da intervenção de medidas posteriores que as instituições comunitárias ou os Estados-membros poderiam adoptar de forma discricionária.

É neste campo que foram levantadas algumas dúvidas quanto à eficácia directa do artigo 52.º

Qual é o seu verdadeiro âmbito?

O texto começa com a seguinte fórmula:

•No âmbito das disposições seguintes, suprimir-se-ão gradualmente, durante o período de transição, as restrições à liberdade de estabelecimento...•

Há assim uma remissão para o artigo 54.º que estabelece o processo segundo o qual as autoridades comunitárias são chamadas a adoptar as disposições úteis à realização efectiva da liberdade de estabelecimento.

Consequentemente, é necessário considerar que a implementação do artigo 52.º está ligada à adopção destas medidas comunitárias.

Quais são elas?

Em primeiro lugar, um programa geral que deve ser aprovado por unanimidade pelo Conselho, sob proposta da Comissão, e após parecer do Comité Económico e Social e do Parlamento, antes do final da primeira fase. Este programa visa fixar, para cada tipo de actividade, as condições gerais da realização da liberdade de estabelecimento, bem como determinar as respectivas fases.

O programa geral foi adoptado pelo Conselho em Dezembro de 1961, portanto nos prazos previstos. Nele se faz a repartição dos diversos tipos de actividade por categorias, se fixa um calendário para a sua liberalização, se definem nomeadamente as restrições que visa suprimir e se estabelecem as condições gerais em que deve realizar-se a liberalização.

Contudo, a adopção deste programa não esgotou totalmente a intervenção das autoridades comunitárias, pois o n.º 2 do artigo 54.º exige ainda que o Conselho actue por meio de directivas, e o n.º 3 do mesmo artigo comporta, no que diz respeito aos objectivos da sua acção, um determinado número de instruções que, aliás, não é exaustivo.

Ora, é um facto que, se em relação a determinados tipos de actividades estas directivas foram aplicadas de forma a ter sido realizada incontestavelmente a liberalização daquelas, no que diz respeito a outros, porém, o Conselho não cumpriu a missão que lhe estava

confiada, não adoptando as medidas previstas no artigo 54.º antes do termo do período de transição.

Tendo expirado este período em 1 de Janeiro de 1970, é, portanto, necessário esclarecer se o artigo 52.º passou contudo a ser directamente aplicável, não obstante a falta de intervenção do Conselho, pelo menos em alguns domínios onde era requerida.

Esta é a questão a decidir.

O que nos parece determinante a esse respeito é o facto de o artigo 52.º prescrever de forma imperativa que a supressão de todas as restrições à liberdade de estabelecimento deveria estar concretizada no termo do período de transição. Não se trata aliás de uma fórmula excepcional no âmbito do Tratado.

O Tratado oferece inúmeros exemplos de disposições tecnicamente semelhantes, quer se trate da supressão dos direitos aduaneiros de importação entre os Estados-membros (artigo 13.º) e de exportação (artigo 16.º), quer diga respeito à proibição para os Estados-membros de fazer incidir, directa ou indirectamente, sobre os produtos dos outros Estados-membros imposições internas, qualquer que seja a sua natureza, superiores às que incidam sobre produtos nacionais similares. Nestas diferentes hipóteses, as obrigações impostas aos Estados deviam ser progressivamente cumpridas: «durante o período de transição», nos termos do artigo 13.º, ou «o mais tardar no final da primeira fase», como prevê o artigo 16.º, ou ainda «o mais tardar no início da segunda fase», como estabelece o artigo 95.º, terceiro parágrafo.

Ora, o Tribunal não teve dúvidas em decidir que no termo do prazo fixado, para cada caso, as normas previstas por estas disposições seriam directamente aplicáveis.

Assim foi decidido por este Tribunal, a propósito do artigo 95.º, no acórdão de 16 de Junho de 1966, Lütticke/Hauptzollamt (57/65, Colect. 1965-1968, p. 361).

Mais decisivos ainda são os fundamentos do acórdão do Tribunal, de 17 de Dezembro de 1970 (processo SACE, supra-referido), onde foi afirmado, a propósito do artigo 13.º, n.º 2, que, «se incumbir à Comissão decidir sobre o ritmo a imprimir, durante o período de transição, à supressão dos encargos de efeito equivalente aos direitos aduaneiros de importação, não é menos certo que, conforme o próprio texto do artigo 13.º, estes direitos deviam, em qualquer circunstância, estar completamente suprimidos, o mais tardar no termo do referido período; assim, a partir do final desse período, o artigo 9.º deve, por si próprio, produzir efeitos plenos».

O Tribunal, prossequindo o seu raciocínio, decidiu que «os artigos 9.º e 13.º, n.º 2, conjugados, comportam, *o mais tardar no termo do período de transição*, uma proibição clara e concreta de cobrar os referidos encargos, que não contém qualquer reserva por parte dos Estados subordinando a sua aplicação a um acto positivo de direito interno ou a uma intervenção das instituições da Comunidade; tal proibição, pela sua própria natureza, presta-se a produzir efeitos directos nas relações jurídicas entre os Estados-membros e os particulares sujeitos à sua jurisdição».

O acórdão de 26 de Outubro de 1971, Eunomia (18/71, Colect. 1971, p. 295), esta-

belece, no que diz respeito à supressão progressiva dos direitos aduaneiros e encargos de efeito equivalente à exportação, uma solução em tudo idêntica.

Finalmente, esta jurisprudência foi confirmada, ainda recentemente, pelo acórdão de 19 de Junho de 1973, Capolongo (77/72, Colect. 1973, p. 253).

Eis aqui uma primeira e importante indicação que nos parece poder ser transposta sem dificuldade para o artigo 52.º e conduzir, por motivos análogos, ao reconhecimento de que esta disposição está apta a produzir efeitos directos, sem que seja necessária, para a sua execução, a adopção de actos intermédios emanados, quer das instituições Comunitárias, quer dos Estados-membros.

Poder-se-á observar, com efeito, que a expressão inicial do artigo 52.º, «No âmbito das disposições seguintes...», não tem outro objectivo senão o de fazer referência ao processo segundo o qual se deve, em princípio, realizar a supressão progressiva das restrições. A referida disposição não tem certamente por efeito subordinar juridicamente tal supressão à adopção das directivas previstas pelo artigo 54.º, nem pôr em causa o prazo que os autores do Tratado fixaram de forma inequívoca e obrigatória para a sua realização.

Aliás, quando os autores do Tratado decidiram proceder de modo diferente, afirmaram-no de forma expressa. É o caso particular das profissões médicas, paramédicas e farmacêuticas, em relação às quais, nos termos do artigo 57.º, n.º 3, «a liberalização progressiva das restrições dependerá da ordenação das respectivas condições de exercício nos diversos Estados-membros».

É importante voltar uma vez mais a comparar o artigo 52.º e o artigo 53.º Já referimos que o conteúdo destes dois textos é, no essencial, idêntico; ambos tem por objecto proibir a cada Estado-membro que imponha, para o acesso às actividades assalariadas e seu exercício por nacionais comunitários, uma regulamentação mais severa do que a reservada aos nacionais (acórdão de 15 de Julho de 1964, Costa/Enel, supra-referido). A única diferença entre estas disposições reside no facto de o artigo 53.º (proibição de novas restrições) ser aplicável desde a entrada em vigor do Tratado, enquanto o artigo 52.º, impondo a supressão das restrições existentes, apenas deve produzir efeitos no termo do período de transição.

É conveniente, por fim, esclarecer se os autores do Tratado, ao conferir ao Conselho a possibilidade de adoptar determinadas directivas com vista à implementação do artigo 52.º, não lhe teriam igualmente conferido um relativo poder discricionário, em condições tais que a realização efectiva das obrigações impostas por este artigo apenas fosse possível mediante a aplicação das referidas medidas.

Somos de opinião pelo contrário, tal como a maioria da doutrina (Rambow — *The end of the transitional period* — CMLR 1968/69; Schrans — SEW 1970, p. 253; Mégret — *Le droit de la Communauté économique européenne*, vol. 3, 1971, p. 90), que o Conselho tinha *competência vinculada*, aliás como os Estados-membros, estando legalmente autorizado a proceder à supressão de todas as restrições à liberdade de estabelecimento em razão da nacionalidade, quer fossem directas ou dissimuladas.

É indubitável, por um lado, que o Conselho tinha a faculdade de decidir o ritmo segundo o qual devia ser efectuada a liberalização dos diversos tipos de actividades — o que

aliás estava previsto no programa geral — e podia, por outro lado, determinar as modalidades segundo as quais seria obtida a realização efectiva da liberdade de estabelecimento.

Tal não inválida, contudo, que o artigo 52.º tivesse imposto ao Conselho uma obrigação de resultado que deveria estar cumprida numa data precisa. O Conselho não podia subtrair-se a esta obrigação, nem alterar o seu conteúdo.

Esta obrigação de resultado, com base nas mesmas condições, incumbe aos Estados-membros e a omissão do Conselho em adoptar determinadas medidas de aplicação previstas para o prazo estabelecido não os autoriza a pôr em causa o princípio que o artigo consagra. No mesmo sentido, como vimos, este artigo não proíbe que um Estado regulamentamente, na parte que lhe diz respeito, as condições de acesso às actividades não assalariadas ou ao seu exercício, na medida em que seja no mínimo assegurado aos nacionais dos outros Estados-membros, neste domínio, um tratamento igual àquele que está reservado aos nacionais.

Quanto às medidas especiais visadas pelo artigo 57.º relativas, nomeadamente, ao reconhecimento mútuo dos diplomas ou à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros, no que diz respeito ao acesso e exercício das actividades não assalariadas, as mesmas constituem um complemento útil, é certo, à realização prática da igualdade de tratamento, mas não nos parece que constituam o necessário pressuposto jurídico.

A aplicabilidade directa do artigo 52.º não está subordinada à adopção das referidas medidas, salvo no caso especial das profissões médicas e farmacêuticas.

Consideramos assim que, por um lado, a circunstância de o Tratado ter previsto a adopção, sob a forma de directivas do Conselho, de medidas destinadas a realizar os objectivos estabelecidos no artigo 52.º não basta para retirar a eficácia directa a esta disposição; por outro lado, a expiração do período de transição representou o ponto de partida da aplicabilidade directa desta disposição, mesmo na ausência, total ou parcial, das referidas directivas.

Não temos qualquer hesitação em vos sugerir esta interpretação, sobretudo pelo facto de, no processo apresentado ao Conseil d'État belga, ser de certa forma no estado puro que se coloca o problema da igualdade de tratamento em relação ao domínio perfeitamente circunscrito do requisito de nacionalidade. Parece-nos resultar claramente do artigo 52.º, o qual confere direitos aos cidadãos comunitários, que um Estado-membro não pode legalmente fazer depender da nacionalidade ou, eventualmente, da cláusula de reciprocidade o acesso a uma actividade não assalariada, como a do advogado, no caso de um nacional de outro Estado-membro que preenche, aliás, os requisitos de residência e de qualificação profissional exigida pela lei nacional, sem violar a igualdade de tratamento que constitui o próprio fundamento desta disposição do Tratado.

III — Interpretação do artigo 55.º do Tratado

Estamos agora em condições de analisar o problema da interpretação do artigo 55.º, que estabelece, como é sabido, uma derrogação ao princípio da liberdade de estabelecimento, exceptuando do seu âmbito de aplicação as actividades que, em cada Estado-membro, estejam ligadas, mesmo ocasionalmente, ao exercício da autoridade pública.

1. Sobre este assunto confrontam-se duas teses e não surpreende constatar-se que as divergências manifestadas desde a assinatura do Tratado se reflectem hoje nas observações que foram apresentadas, no presente processo, pelos governos de seis Estados-membros da Comunidade, bem como pela Ordem Nacional dos Advogados da Bélgica e pela Comissão.

Para uns, ao exceptuar da liberdade de estabelecimento as actividades que estejam ligadas ao exercício da autoridade pública, os autores do Tratado pretendiam excluir do âmbito de aplicação do artigo 52.º determinadas profissões na totalidade.

Para outros, a excepção apenas seria aplicável a determinadas actividades, sem que as profissões em que inserem tais actividades fiquem integralmente subtraídas à liberdade de estabelecimento, pelo menos, na medida em que forem dissociáveis do exercício normal das referidas profissões.

Para decidir entre estas duas concepções divergentes, pensamos que é oportuno começar por situar o artigo 55.º no contexto geral das disposições do título III, capítulo II, do Tratado, consagradas ao direito de estabelecimento. Observamos, em primeiro lugar, que o princípio subjacente ao artigo 52.º é o da liberdade de estabelecimento, isto é, o direito, para os cidadãos comunitários, de acesso às actividades não assalariadas e ao seu exercício, em igualdade de circunstâncias com os nacionais.

Tal como a livre circulação de trabalhadores, consagrada no artigo 48.º, o direito de estabelecimento constitui assim uma das disposições-chaves do Tratado. Estabelece, em benefício dos nacionais dos Estados-membros, uma liberdade fundamental.

Consequentemente, na medida em que estabelece uma excepção àquela liberdade do artigo 55.º, só pode ser interpretado de forma restritiva. Recentemente, aliás, este Tribunal pronunciou-se sobre o alcance do n.º 4 do artigo 48.º, disposição que igualmente prevê uma excepção, que respeita aos trabalhadores assalariados e que é análoga ao artigo 55.º, pois exclui estes trabalhadores do livre acesso aos empregos na administração pública.

Nessa ocasião, o Tribunal optou pela interpretação mais restritiva, ao declarar que, tendo em consideração o carácter fundamental, no âmbito do sistema do Tratado, dos princípios da livre circulação e da igualdade de tratamento dos trabalhadores no interior da Comunidade, as derrogações admitidas pelo n.º 4 do artigo 48.º não podem gozar de um alcance mais amplo que o objectivo em vista do qual foi estabelecida a cláusula de excepção» (acórdão de 12 de Fevereiro de 1974, Sotgiu, 152/73, Colect. 1974, p. 91).

O mesmo raciocínio deve guiar o Tribunal na interpretação do artigo 55.º

Impõe-se uma segunda consideração: as normas do Tratado devem receber uma aplicação uniforme; o seu alcance deve ser igual em todos os Estados-membros. Consequentemente, a expressão «actividades que estejam ligadas ao exercício da autoridade pública» deve ser vista como uma noção comunitária.

Por isso entendemos que, se cada Estado-membro conserva o poder de organizar, no seu território, uma determinada actividade em condições tais que esteja ligada ao exercício da autoridade pública, é necessário que tal expressão seja definida de modo uniforme em toda a Comunidade.

A autoridade pública é a que decorre da soberania do poder do Estado; implica, para quem a exerce, a faculdade de utilizar prerrogativas que exorbitam do direito comum, privilégios de autoridade e poderes coercitivos que se impõem aos cidadãos.

A participação no exercício desta autoridade apenas pode, assim, emanar do próprio Estado, directamente ou mediante delegação conferida a determinadas pessoas, mesmo estranhas à função pública.

A este respeito, o artigo 55.º deve ser aproximado do n.º 4 do artigo 48.º, cujo objectivo, como foi afirmado pelo Tribunal no processo Sotgiu, supra-referido, é permitir aos Estados-membros limitar a admissão dos trabalhadores estrangeiros em determinadas actividades na administração pública que implicam o exercício dos poderes do Estado. O objectivo do artigo 55.º é muito próximo: trata-se de excluir os nacionais dos outros Estados-membros das actividades não assalariadas, cujo exercício conduziria a usar de prerrogativas daquela natureza.

Não foi por acaso que os autores do Tratado empregaram a expressão «actividades» no artigo 55.º

Pretenderam introduzir uma clara distinção entre «actividades» e «profissões», tal como resulta, nomeadamente, do artigo 57.º, cujo n.º 3 diz especialmente respeito às profissões médicas e farmacêuticas, enquanto o seu n.º 2 refere actividades não assalariadas em geral. É ainda o caso do artigo 60.º, segundo parágrafo, que visa as «actividades das profissões liberais».

Esta distinção não se explica somente pelo facto de, tendo em conta as diferenças

existentes de um Estado-membro para outro quanto à definição, estruturas e atribuições das profissões liberais, ser sem dúvida difícil elaborar uma noção de «profissão» comum a todos os Estados.

Tal distinção encontra a sua justificação na vontade de apenas excluir do direito de estabelecimento as actividades que estejam ligadas ao exercício da autoridade pública e não as profissões.

A expressão «mesmo ocasionalmente» confirma, na nossa opinião, tal interpretação. O exercício de uma profissão compreende, em geral, um determinado número de actividades distintas, que podem ser essenciais ou ter um carácter acessório, complementar ou simplesmente ocasional.

Na medida em que uma destas actividades, mesmo exercida a título ocasional, esteja ligada ao exercício da autoridade pública, fica, por este facto, excluída da liberdade de estabelecimento. Mas tal não significa que a exclusão seja extensiva a todo o conjunto da profissão. Se fosse esta a intenção dos autores do Tratado, não teriam deixado de o afirmar de forma expressa.

Consequentemente, aplicar a excepção do artigo 55.º a toda uma profissão significaria atribuir a tal norma, citando novamente o acórdão Sotgiu, um alcance mais amplo do que o objectivo em relação ao qual foi estabelecida a cláusula de excepção.

Só na hipótese de o exercício de uma determinada profissão ser indissociável de uma actividade visada pelo artigo referido é que a excepção poderá ser extensiva à própria profissão.

Por fim, não é supérfluo recordar que, com base no relatório da sua comissão jurídica, o Parlamento Europeu pronunciou-se, mediante uma resolução de 17 de Janeiro de 1972, pela interpretação restritiva do artigo 55.º e considerou que apenas as actividades ligadas ao exercício efectivo da autoridade pública estão exceptuadas da liberdade de estabelecimento, mas que as profissões no âmbito das quais são exercidas estas actividades devem estar abrangidas por esta liberdade.

2. Nestas condições, como poderão qualificar-se as actividades do advogado, nos termos do artigo 55.º?

Dizemos propositadamente as actividades e não a profissão e esta primeira observação leva-nos desde logo a afastar um argumento aduzido pelo Conselho Nacional da Ordem dos Advogados da Bélgica e retomado pelo Governo do Grão-Ducado do Luxemburgo nas suas observações.

Dizem-nos estes que os autores do Tratado nunca teriam tido a intenção de incluir a profissão de advogado, enquanto tal, na liberdade de estabelecimento. Disso seriam testemunho, nomeadamente, as posições adoptadas no início de 1957 pelos chefes de delegação na conferência intergovernamental preparatória do Tratado de Roma, bem como algumas declarações feitas durante os debates para ratificação do Tratado no seio de alguns parlamentos nacionais.

Contudo, Senhores Juizes, os próprios Estados signatários do Tratado de Roma excluíram qualquer recurso aos trabalhos preparatórios e é muito duvidoso que as reservas e as declarações, aliás não convergentes, que são invocadas possam ser consideradas como verdadeiros trabalhos preparatórios. Da mesma forma, tais declarações, por força do acto

de adesão, não seriam oponíveis aos novos membros da Comunidade alargada.

Mas, sobretudo, este mesmo Tribunal, por diversas vezes, excluiu o recurso ao referido método de interpretação, fazendo prevalecer o conteúdo e as finalidades das disposições do Tratado.

Ora, nem no artigo 52.º, cujo âmbito de aplicação compreende o conjunto das actividades não assalariadas, nem no artigo 55.º, que apenas admite, como vimos, uma derrogação limitada à liberdade de estabelecimento, se acha qualquer elemento que possa levar a pensar que o princípio da igualdade de tratamento teria sido excluído relativamente à profissão de advogado.

Quando os autores do Tratado pretenderam reservar um tratamento particular a determinadas profissões, mesmo que apenas para subordinar a liberalização das actividades a uma coordenação prévia das condições de exercício nos diversos Estados-membros, não deixaram de o dizer expressamente. É o caso, único, segundo sabemos, das profissões médicas e farmacêuticas.

Por maioria de razão, para subtrair totalmente determinada profissão à disciplina do artigo 52.º, exigir-se-ia uma disposição inequívoca.

Deve assim admitir-se, segundo a interpretação que consideramos exacta, que de entre as actividades do advogado apenas podem ser abrangidas pela excepção do artigo 55.º as que, num Estado-membro, estejam ligadas ao exercício da autoridade pública.

O estatuto dos advogados e a definição das suas atribuições, conexas com o ordenamento

judiciário, são disciplinados pelo direito nacional. Não podemos assim abstrair do facto de que a questão apresentada em termos gerais pelo Conseil d'État belga tem de ser muito especificamente analisada em função das actividades do advogado na Bélgica. Todavia, no mínimo em relação a alguns aspectos, somos levados a alargar o âmbito da nossa análise e a revelar alguns traços comuns às actividades tradicionais dos advogados tais como se apresentam nos diversos Estados-membros.

De entre estas actividades deve ser feita uma distinção entre a consultadoria, por um lado, as intervenções processuais orais (*plaidoirie*) e a representação em juízo, por outro lado.

É considerado pacífico que a primeira destas actividades não tem qualquer ligação com o exercício da autoridade pública. Aliás, é livre em muitos dos países membros, salvo praticamente na Alemanha e na França, nesta sob reserva da legislação recente, relativa ao uso do título de «conseiller juridique».

Esta actividade é frequentemente exercida por membros das diversas profissões jurídicas com estatuto liberal. Pode sê-lo, igualmente, por juristas assalariados, vinculados a uma empresa ou a um grupo de empresas.

Sucederá o mesmo com a representação e a defesa perante os órgãos jurisdicionais?

Os advogados são certamente, a este título, auxiliares da justiça. Detêm geralmente o monopólio da intervenção em audiência. Estão vinculados ao seu cliente pelo mandato *ad litem*. O direito processual civil ou penal define as suas atribuições e as condições em que podem ser chamados a intervir

no processo. Podem, finalmente, ser nomeados oficiosamente e assegurar a assistência ou o apoio judiciário.

Não obstante, nenhuma destas considerações nos parece ser convincente para configurar o advogado como estando ligado, em razão de tais actividades, ao exercício da autoridade pública.

Tais actividades implicam uma colaboração com a administração da justiça, mas não conferem ao advogado qualquer prerrogativa de autoridade pública.

Se, inegavelmente, o poder jurisdicional conferido aos magistrados deriva da autoridade pública do Estado, do qual constitui emanação directa, os advogados, por seu lado, colaboram no exercício deste poder, prestam ao juiz uma cooperação, para a qual a sua independência, a sua competência e a sua deontologia os qualificam muito particularmente. Mas não participam por si próprios no exercício do poder jurisdicional.

O monopólio da intervenção em audiência, que, aliás, não é absoluto, pois está sujeito a algumas derrogações, nomeadamente perante tribunais competentes em matéria social, não é também assimilável a uma prerrogativa de autoridade pública. O referido monopólio constitui a garantia para as partes de que são assistidas por um profissional qualificado e responsável, ao qual confiam a defesa dos seus interesses particulares. O advogado não tem a obrigação de defender o interesse da autoridade pública.

Ou pelo menos, quando um advogado é investido nesta missão, ou é na qualidade de

membro de uma profissão independente, escolhido pelo Estado para defender os interesses públicos, ou pertence a um organismo da função pública, como por exemplo os advogados do Estado em Itália. Na segunda hipótese, porém, já não exerce uma actividade liberal; portanto, a sua situação não é abrangida pelo artigo 55.º, mas sim pelo artigo 48.º, n.º 4, do Tratado.

Quanto à actividade dita de «postulation»¹, actividade que, em França, até uma época recente, estava reservada aos «avoués», funcionários ministeriais, titulares dos seus cargos, nomeados pelo Governo (situação que aliás persiste em relação aos «avoués» junto dos tribunais de segunda instância, e aos advogados junto do Conseil d'État e da Cour de Cassation), tem como único objecto permitir uma tramitação processual normal, não conferindo ao advogado qualquer prerrogativa que exorbite do direito comum.

Finalmente, nem a nomeação de defensor oficioso ou a assistência judiciária constituem emanações do exercício da autoridade pública. Trata-se em contrapartida, de ónus, de prestações impostas aos advogados no interesse de defesa em juízo dos direitos dos particulares.

Resta, por fim, a inscrição numa ordem, local ou nacional, cujo conselho goza do poder de decisão sobre os pedidos de admissão, de um poder regulamentar interno e ainda de um poder disciplinar.

Contudo, estas prerrogativas da ordem não são as dos advogados; pertencem ao órgão a quem a lei confere a obrigação de disciplinar a profissão e sabe-se que, a este respei-

1 — *Ndt*: Sobretudo a intervenção processual escrita.

to, a organização de outras profissões liberais não é muito diferente em vários países do mercado comum, quer se trate dos médicos, farmacêuticos, veterinários, arquitectos ou mesmo contabilistas.

Se é certo que os órgãos corporativos gozam de prerrogativas, no âmbito em que a lei nacional as confere, que exorbitam o direito comum, apenas podem ser considerados como ligados ao exercício da sua autoridade os profissionais que, geralmente eleitos pelos seus colegas, são membros dos referidos órgãos. Colocar-se-ia, pois, a questão de saber se, na qualidade de membro do conselho da ordem da sua circunscrição forense, um advogado exerce ocasionalmente uma actividade sujeita à previsão do artigo 55.º

Em contrapartida, o simples facto de estar inscrito no referido órgão não implica, certamente, esta consequência. Não pensamos sequer que a participação dos advogados na eleição do bastonário ou dos membros do conselho da ordem possa ser considerada como uma actividade ligada ao exercício da autoridade pública.

Diversa é a situação quando um advogado é chamado a completar um tribunal colectivo, tal como está previsto nomeadamente no «Code judiciaire» belga e na legislação de outros Estados-membros. Mas tratar-se-á de uma verdadeira actividade do advogado enquanto tal? No momento em que se passa a pertencer ao colectivo, juntamente com os magistrados, perde a sua qualidade de advogado. Transforma-se momentaneamente num juiz e é a este título como membro do tribunal que participa então no exercício da autoridade pública.

Digamos, pois, que a qualificação, reconhecida aos advogados para completar um tribunal colectivo deverá ser reservada aos

nacionais, como aliás estava reservada em França, por exemplo, aos advogados de sexo masculino, quando as mulheres não tinham ainda sido admitidas na magistratura.

Em todo o caso, e mesmo que seja considerada como uma actividade nos termos do artigo 55.º, esta participação ocasional na administração da justiça — e não unicamente a mera colaboração — não constitui uma faculdade exclusiva dos advogados: em alguns países, os comerciantes são chamados a participar nos tribunais de comércio, tal como os trabalhadores e os patrões nos tribunais de trabalho. Em França, tanto os proprietários fundiários como os caseiros ou os rendeiros podem fazer parte do colectivo nos tribunais paritários competentes em matéria de arrendamentos rurais.

Não nos parece igualmente possível considerar que a faculdade, reconhecida por algumas leis nacionais, de os advogados serem directamente integrados na magistratura depois de terem adquirido uma certa antiguidade no exercício da sua profissão, constitua uma actividade ligada ao exercício da autoridade pública, pois, na hipótese em que tenha sido nomeado magistrado, o advogado perde automaticamente a sua qualidade de membro de uma profissão liberal.

Em definitivo, quem poderá ignorar que a profissão de advogado é antinómica do exercício da autoridade pública?

Como se sabe, uma das características essenciais da referida profissão reside na sua independência:

— independência do próprio advogado e independência da ordem a que pertence, em relação aos poderes públicos —, e quem

pensaria, em qualquer dos Estados-membros de uma Comunidade baseada no direito, pôr em causa esta independência altamente proclamada e ciosamente preservada pelos organismos profissionais forenses?

ção da justiça um contributo insubstituível e, por esta razão, estarem sujeitos a obrigações rigorosas, a regras profissionais rígidas e a tarefas por vezes pesadas, não altera em nada o facto de constituírem uma profissão liberal e portanto sujeita ao princípio da liberdade de estabelecimento consagrado no artigo 52.º do Tratado de Roma, em relação ao qual o artigo 55.º apenas estabelece uma excepção estritamente limitada.

O facto de, no exercício da sua nobre missão, os advogados concederem à administra-

Concluimos, assim, dever ser declarado que:

- 1) O artigo 52.º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia produz, no que diz respeito à proibição de qualquer discriminação em razão da nacionalidade, efeitos directos nas relações entre os Estados-membros e os particulares sujeitos à sua jurisdição e atribui direitos aos particulares que os órgãos jurisdicionais nacionais têm o dever de salvaguardar.
- 2) Nos termos do artigo 55.º do Tratado, apenas podem ser excluídas do princípio da liberdade de estabelecimento, cuja realização constitui o objectivo essencial do artigo 52.º, as actividades que ligadas, mesmo ocasionalmente, ao exercício da autoridade pública, impliquem a atribuição de prerrogativas de poder público que exorbitem do direito comum. O facto de tais actividades poderem ser exercidas no âmbito de uma profissão liberal, como a de advogado, não é susceptível de excluir esta profissão do âmbito de aplicação do artigo 52.º, pelo menos quando sejam dissociáveis do seu exercício normal.