

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE
A LIVRE CIRCULAÇÃO DOS ADVOGADOS
NA COMUNIDADE EUROPEIA:
À LUZ DA NOVA DIRECTIVA 98/5/CE
DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO

Pelo Dr. Pedro Cabral (*)

Sumário

Lista de abreviaturas — Introdução — **I.** Delimitação geral da aplicabilidade dos regimes da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços à profissão de advogado — **1.** Delimitação positiva — **2.** Delimitação negativa — **Actividades excluídas pelo Tratado do âmbito da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços** — **3.** Critério distintivo entre liberdade de estabelecimento e livre prestação de serviços — **4.** O princípio fundamental da não-discriminação — **II.** A aplicação do regime comunitário da liberdade de estabelecimento à profissão

(*) Administrador do Serviço de Investigação e Documentação do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, Luxemburgo.

As opiniões expressas neste artigo vinculam única e exclusivamente o seu autor.

O estudo que agora se publica baseia-se na Dissertação final de Estágio por nós apresentada na Ordem dos Advogados em Julho de 1996. Tivemos posteriormente a ocasião de proceder ao seu aperfeiçoamento e actualização no quadro das funções que tivemos o privilégio de desempenhar como Assistente do Departamento de Direito do Colégio da Europa, Bruges, nos anos lectivos de 1997-1998 e 1998-1999. Neste contexto, uma palavra de sincero e profundo agradecimento é devida ao seu director, Professor Paul Demaret, pelos ensinamentos ministrados no domínio objecto deste trabalho. A nossa gratidão vai também para o Dr. Carlos Botelho Moniz pelos conhecimentos e o entusiasmo que nos transmitiu relativamente às matérias de Direito Económico Comunitário, no Curso de Pós-Licenciatura em Estudos Europeus da Universidade Católica Portuguesa no ano lectivo de 1994-95.

de advogado – Quadro normativo tradicional e respectivas lacunas —

1. Delimitação positiva da aplicação do regime da liberdade de estabelecimento à profissão de advogado — **2.** Delimitação negativa – Eventual aplicação do artigo 55.º do Tratado — **3.** Aplicação do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade à liberdade de estabelecimento dos advogados: o efeito directo do artigo 52.º do Tratado — **4.** O sancionamento das restrições formalmente não discriminatórias — **4.1.** O acórdão *Thieffry* — **4.2.** O acórdão *Vlassopoulou* — **4.3.** O acórdão *Gebhard* — **5.** O direito de estabelecimento a título secundário: regra fundamental para a livre circulação dos advogados — **6.** A problemática central do reconhecimento mútuo de diplomas – a directiva 89/48/CEE — **7.** O projecto de directiva do CCBE relativo ao exercício do direito de estabelecimento dos advogados – Remissão — **III.** A aplicação do regime comunitário da livre prestação de serviços à profissão de advogado —

1. Delimitação geral — **2.** Concretização do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em matéria de livre prestação de serviços pelos advogados — **3.** Interdição das restrições formalmente não discriminatórias — **4.** A directiva 77/249/CEE relativa à livre prestação de serviços dos advogados — **5.** Concretização prática do regime jurídico consagrado na directiva 77/249/CEE — **5.1.** Concretização jurisprudencial — **5.1.1.** O problema da dupla deontologia e o acórdão *Gullung* — **5.1.2.** O problema da actuação em concerto e os acórdãos *Comissão c. Alemanha e Comissão c. França* — **5.2.** Concretização normativa a nível comunitário – O Código Deontológico do CCBE — **5.3.** Concretização normativa a nível do direito interno português – os artigos 173.º A a 173.º F do Estatuto da Ordem dos Advogados — **IV.** A nova Directiva 98/5/CE do Parlamento Europeu e do Conselho tendente a facilitar o exercício permanente da profissão de advogado num Estado-membro diferente daquele em que foi adquirida a qualificação profissional —

1. Razão de ordem — **2.** As insuficiências do quadro legislativo existente — **3.** O projecto de directiva do CCBE sobre o exercício do direito de estabelecimento dos advogados comunitários e os seus desenvolvimentos — **4.** O novo regime jurídico aplicável ao direito de estabelecimento dos advogados — **4.1.** Âmbito pessoal — **4.2.** O exercício do direito de estabelecimento por um advogado migrante com base no título profissional do Estado de origem — **4.3.** O exercício do direito de estabelecimento por um advogado migrante com base no título profissional do Estado de acolhimento — **4.4.** O exercício em grupo da advocacia — **5.** Medidas necessárias à implementação da directiva — Conclusões

Lista das principais abreviaturas utilizadas

<i>ac.</i>	— acórdão
<i>c.</i>	— contra
<i>cit.</i>	— citado
<i>cons.</i>	— considerando
<i>CCBE</i>	— Conseil Consultatif des Barreaux de la Communauté Européene
<i>CDE</i>	— Cahiers de Droit Européen
<i>CE</i>	— Comunidade Europeia
<i>CEE</i>	— Comunidade Económica Europeia
<i>CMLRev.</i>	— Common Market Law Review
<i>cf.</i>	— confrontar
<i>ed.</i>	— editor/edição
<i>ELR</i>	— European Law Review
<i>JOCE</i>	— Jornal Oficial das Comunidades Europeias
<i>JTDE</i>	— Journal des Tribunaux/Droit Européen
<i>op. cit.</i>	— opere citato
<i>Proc.</i>	— Processo
<i>RMC</i>	— Revue du Marché Commun
<i>RMUE</i>	— Revue du Marché Unique Européen
<i>ROA</i>	— Revista da Ordem dos Advogados
<i>RTDE</i>	— Revue Trimestrielle de Droit Européen
<i>ss.</i>	— seguintes
<i>TJCE</i>	— Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

Introdução

Vamos abordar neste trabalho a questão da liberdade de circulação dos advogados no espaço da Comunidade Europeia. A análise que vamos efectuar será necessariamente sumária e inevitavelmente incompleta, na medida em que são muitas e complexas as questões que se suscitam nesta matéria. Julgamos, contudo, que o nosso estudo pode, ainda assim, constituir um contributo com alguma relevância para um melhor sedimentar de ideias sobre o assunto.

Fundamentalmente, tivemos a preocupação, ao elaborar este trabalho, de fornecer aos leitores — sobretudo aos leitores advogados — um quadro básico de referência numa matéria que consideramos de grande importância para a concretização do mercado interno e onde não abundam, pelo menos no nosso país, estudos científicos que a abordem com a profundidade e a actualidade que a mesma justifica ⁽¹⁾.

Trata-se de um trabalho de dimensão essencialmente prática, o qual exige que examinemos com algum pormenor os fundamentos em que repousa a livre circulação dos advogados na Comunidade Europeia, a saber, o quadro legislativo existente e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Especial atenção será dedicada à recém-aprovada Directiva do Conselho e do Parlamento Europeu relativa ao direito de estabelecimento dos advogados.

Dividimos o nosso estudo em quatro capítulos. No Capítulo I cuidaremos da delimitação geral da aplicabilidade das regras sobre direito de estabelecimento e livre prestação de serviços à profissão de advogado, salientando a importância fundamental, no âmbito desses regimes, do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade. Teremos ocasião de demonstrar posteriormente a evolução que o referido princípio viria a conhecer por força da jurisprudência do Tribunal das Comunidades.

(1) Neste contexto, o único comentário exaustivo existente, mas já algo desactualizado, é o excelente estudo de C. BOTELHO MONIZ, "O direito de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços dos advogados", *ROA*, 1995, pp. 311-340.

No Capítulo II abordaremos a questão específica do direito de estabelecimento dos advogados, desde a proibição das discriminações em razão da nacionalidade à interdição das restrições formalmente não discriminatórias. Analisaremos os problemas suscitados pelo direito de estabelecimento a título secundário e dedicaremos especial atenção à problemática do reconhecimento mútuo de diplomas. Por último, faremos uma primeira referência ao projecto de directiva do CCBE sobre o exercício permanente da profissão de advogado num Estado-membro diferente daquele em que foram adquiridas as qualificações profissionais.

O Capítulo III será consagrado ao estudo do regime jurídico da livre prestação de serviços e à sua aplicabilidade à profissão de advogado. Começaremos, nesse estudo, por dar conta da evolução sofrida pelo conceito de não discriminação de modo a abranger também as chamadas restrições formalmente não discriminatórias para, depois, analisar com particular detalhe, a directiva 77/249/CEE sobre a livre prestação de serviços dos advogados na Comunidade Europeia. Essa análise será completada pelo exame das principais concretizações práticas (a nível legislativo e jurisprudencial) do regime jurídico ali consagrado.

Por fim, no Capítulo IV, o qual constitui o verdadeiro cerne do presente estudo, abordaremos os últimos desenvolvimentos ocorridos em matéria de direito de estabelecimento dos advogados. Daremos conta das insuficiências do quadro legislativo tradicional vigente nesta matéria e veremos como a elas procurou responder o CCBE através da elaboração e apresentação à Comissão de um projecto de directiva. Examinaremos de seguida os desenvolvimentos desse mesmo projecto e a forma como dele resultou a Directiva 98/5 do Parlamento Europeu e do Conselho tendente a facilitar o exercício permanente da profissão de advogado num Estado-membro diferente daquele em que foi adquirida a qualificação profissional. Finalmente, analisaremos com algum pormenor os vários aspectos da regulamentação jurídica introduzida por aquele diploma, procurando avaliar do seu potencial para constituir um verdadeiro contributo para a plena concretização de um mercado interno para os advogados comunitários.

I. Delimitação geral da aplicabilidade dos regimes da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços à profissão de advogado

1. Delimitação positiva

O art. 52.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE) ⁽²⁾ estabelece que o direito de estabelecimento compreende “tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades (...) nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais” ⁽³⁾.

A mesma disposição acrescenta ainda, que os Estados-membros deveriam, progressivamente, durante o período de transição, subtrair os nacionais dos outros Estados-membros às restrições que as respectivas regulamentações nacionais criassem nos respectivos territórios ao seu livre estabelecimento.

Por seu turno, o art. 60.º do Tratado (actual artigo 50.º CE), depois de esclarecer que se devem considerar serviços “as presta-

⁽²⁾ Na sequência da renumeração dos artigos do Tratado da União Europeia (TUE) e do Tratado que institui a Comunidade Europeia (TCE), efectuada pelo Tratado de Amesterdão, entrado em vigor em 1 de Maio de 1999, torna-se necessário rever a forma de citação das disposições daqueles Tratados. Neste trabalho, por razões de comodidade de exposição, adoptamos um método uniforme de citação ao longo de todo o texto.

Assim, sempre que no texto é feita referência a um artigo do TCE ou do TUE como em vigor antes de 1 de Maio de 1999, a citação do mesmo é seguida, entre parêntesis, de uma referência à disposição correspondente do mesmo Tratado como em vigor depois de 1 de Maio de 1999. Por exemplo:

- “Artigo 66.º do Tratado CE” (actual artigo 55.º CE), quando o artigo não foi alterado pelo Tratado de Amesterdão;
- “Artigo 59.º do Tratado CE” (que passou, após alteração, a artigo 42.º CE), quando o artigo foi alterado pelo Tratado de Amesterdão;
- “Artigo 62.º do Tratado CE” (revogado pelo Tratado de Amesterdão), quando o artigo foi revogado pelo Tratado de Amesterdão.

⁽³⁾ Em geral sobre direito de estabelecimento e livre prestação de serviços, ver P.J.G. KAPTEYN e P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Introduction to the Law of the European Communities*, Third edition, (edited and further revised by L. Gormley), Kluwer Law International, 1998, Capítulo VII, especialmente pp. 730-764; B. GOLDMAN e A. LYON-CAEN, *Droit Commercial Européen*, 4ème edition, Dalloz, 1989. Especificamente sobre o direito de estabelecimento, ver T. OPSAHL, “The Right of Establishment in the EEC and EFTA”, *Annuaire de l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de l'Académie de Droit International*, Vol. 36, 1966, pp. 87-97.

ções realizadas normalmente mediante remuneração, na medida em que não sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas”, vem impor aos Estados-membros a obrigação de facultarem aos nacionais de outros Estados-membros o exercício, nos respectivos territórios, de prestações próprias da sua actividade, nas mesmas condições que as que se encontram estabelecidas para a execução das mesmas prestações pelos seus próprios nacionais. No sentido de garantir a plena liberdade de prestação de serviços no espaço comunitário, o art. 59.º (que passou, após alteração, a artigo 49.º CE) estabelecia o objectivo de eliminação, durante o período de transição, de todas as restrições a ela existentes nos vários Estados-membros (4).

Do exame destas disposições resulta notória uma grande identidade conceptual na construção comunitária dos regimes do direito de estabelecimento e da livre prestação de serviços, ambos enfeudados à realização do objectivo-base de tratamento equitativo de todos os operadores económicos comunitários, independentemente da sua nacionalidade e de supressão gradual das restrições à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços existentes nas legislações dos vários Estados-membros (5).

A liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços estendem-se a todas as actividades que, sendo exercidas de modo independente, tenham natureza ou conteúdo económico, isto é, tenham contrapartida numa determinada remuneração, como, de resto, o exige o art. 60.º do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 50.º CE). O âmbito de aplicação dos capítulos do Tratado sobre direito de estabelecimento e livre prestação de serviços abarca todas as actividades comerciais, industriais e artesanais, desde que revistam essas mesmas características, e ainda as actividades das profissões liberais (6), as quais, por natureza, são

(4) Em geral, sobre a livre prestação de serviços, ver P.J.G. KAPTEYN e P. VERLOREN VAN THEMAAT, *op. cit.* na nota anterior, pp. 748-764; E. STEINDORFF, “Freedom of Services in the EEC”, *Fordham International Law Journal*, Vol. II, n.º 2, 1988, pp. 347-408.

(5) Sobre o princípio do tratamento nacional em matéria de liberdade de estabelecimento e livre prestação de serviços, ver J. HANDOLL, *Free Movement of Persons in the EU*, Chichester, 1995, pp. 127-170.

(6) Sobre a liberdade de circulação dos profissionais liberais, ver, por exemplo, A. OLESTI RAYO, *La libre circulación de los profesionales liberales en la C.E.E.*, PPU, Barcelona, 1992.

exercidas em moldes de independência e mediante uma contrapartida pecuniária. Os advogados, trabalhadores independentes por excelência, são pois beneficiários dos regimes da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços consagrados no Tratado CE (7). Verificaremos, porém que muitas foram as dificuldades práticas destes profissionais em verem ser-lhes aplicadas na sua plenitude as referidas disposições do Tratado. Na verdade, só muito a custo e graças fundamentalmente a uma série de intervenções do Tribunal de Justiça, os advogados puderam efectivar os seus direitos de circular livremente na Europa comunitária.

2. Delimitação negativa — Actividades excluídas pelo Tratado do âmbito da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços

Quer a liberdade de estabelecimento, quer a liberdade de prestação de serviços, possuem indiscutivelmente conteúdo económico. Essa ideia é plenamente confirmada pelo art. 58.º do Tratado (actual artigo 48.º CE), que exclui do âmbito de aplicação do direito de estabelecimento as sociedades que não prossigam fins lucrativos e, sobretudo pelo art. 60.º (que passou, após alteração, a artigo 50.º CE), que estabelece o princípio segundo o qual as prestações de serviços devem ser realizadas, normalmente, mediante remuneração.

Excluídas dos regimes do direito de estabelecimento e da livre prestação de serviços são também, por força do artigos 55.º (actual artigo 45.º CE) e do artigo 66.º (actual artigo 55.º CE), as situações de exercício de actividades que, “num Estado-membro, estejam ligadas, mesmo ocasionalmente, ao exercício da autoridade pública”. Obviamente, torna-se extremamente importante, deter-

(7) Para uma visão panorâmica da liberdade de circulação das profissões jurídicas na CE, ver A. TYRRELL e Z. YAQUB, *The Legal Professions in the New Europe — A Handbook for Practitioners*, Cavendish, London, 1996; G. KREMLIS, “La libre circulation des professions juridiques”, *Le droit d'établissement et la libre prestation des services dans la Communauté Européenne*, 1986, pp. 87-116; U. WOELKER, “Les effets du droit communautaire sur les professions juridiques”, *Diritto del Comercio Internazionale*, Anno 4/1990, n.º 1, pp. 207-224.

minar o que deve entender-se por autoridade pública, para efeitos da aplicação destas disposições, desde logo, porque, como será fácil intuir, o domínio de actuação dos poderes públicos varia consideravelmente de Estado para Estado, e até, por vezes, dentro de um mesmo Estado, de época para época, não existindo, portanto, um conceito de autoridade pública comum às ordens jurídicas estaduais de todos os Estados-membros da Comunidade. Na sua ausência, foi o TJCE que, através da sua jurisprudência integracionista, veio erigir o conceito operativo indispensável à densificação normativa daquela noção. Este Tribunal veio considerar, nos acórdãos *Reyners* ⁽⁸⁾ (relativo à liberdade de estabelecimento) e *Van Binsbergen* ⁽⁹⁾ (relativo à livre prestação de serviços) que as disposições dos artigos 55.º (actual artigo 45.º CE) e 66.º (actual artigo 55.º CE), comportando excepções a regimes que constituem verdadeiros fundamentos da Comunidade, deveriam ser objecto de uma interpretação restritiva, limitando o seu alcance ao estritamente necessário para salvaguardar os interesses que essas mesmas disposições permitem aos Estados-membros proteger. Excluía-se, assim, do âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, apenas aquelas actividades referidas pelos artigos 52.º (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE) e 59.º (que passou, após alteração, a artigo 49.º CE) que, em si mesmas, envolvessem uma ligação directa e específica ao exercício da autoridade pública ⁽¹⁰⁾.

O TJCE viria ainda, nos referidos acórdãos em termos que, posteriormente, se tornariam jurisprudência constante, a estabelecer as bases do que viria a ficar conhecido por teoria dos actos destacáveis. De acordo com esta teoria, haverá sempre que determinar se o exercício da autoridade pública é intrínseco à actividade profissional em que se insere, sendo caracterizável como o núcleo

⁽⁸⁾ Acórdão do TJCE de 21 de Junho de 1974, no Proc. 2/74, *Reyners*, Col. 1974, p. 631.

⁽⁹⁾ Acórdão do TJCE de 3 de Dezembro de 1974, no Proc. 33/74, *Van Binsbergen*, Col. 1974, p. 1299.

⁽¹⁰⁾ Para um exemplo recente da interpretação restritiva que o Tribunal sustenta relativamente ao artigo 55.º do Tratado (actual artigo 45.º CE) ver o seu acórdão de 29 de Outubro de 1998, no Proc. C-114/97, *Comissão c. Espanha*, Col. 1998, p. I-6717, cons. n.ºs 34-37.

essencial desta, ou, se se apresenta como simplesmente ocasional e destacável da actividade profissional em questão. Nesta última hipótese, não será a actividade no seu todo, a ser excluída da liberdade de estabelecimento ou da liberdade de prestação de serviços, mas apenas a prática dos referidos actos, directamente relacionados com funções de autoridade pública. Teremos oportunidade de, adiante, desenvolver mais aprofundadamente esta teoria e de aferir da sua aplicação concreta à profissão de advogado ⁽¹¹⁾.

Cumpra ainda, chamar a atenção para um outro tipo de excepções, previsto no Tratado, aos regimes da liberdade de estabelecimento e livre prestação de serviços no espaço comunitário e que tem a ver com a possibilidade de os Estados-membros introduzirem derrogações a esses regimes com base em razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública ⁽¹²⁾.

A norma fundamental nesta matéria é ainda o art. 55.º (actual artigo 45.º CE), aplicável à livre prestação de serviços por força do art. 66.º (actual artigo 55.º CE), o qual estabelece que o regime fixado no Tratado para o direito de estabelecimento “e as medidas tomadas em sua execução não prejudicam a aplicabilidade das disposições legislativas, regulamentares e administrativas, que prevejam um regime especial para os estrangeiros e sejam justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública”. Com esta fundamentação, os Estados-membros poderão, portanto, excluir determinadas actividades da regulamentação comunitária aplicável à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, reservando essas mesmas actividades para os seus próprios nacionais.

Evidentemente, a invocação por parte dos Estados deste tipo de derrogações, teria de estar sujeito a um apertado controlo. Para esse efeito, veio a ser adoptada a directiva n.º 64/221, de 25 de Fevereiro de 1964 ⁽¹³⁾, que teve o mérito de delimitar, em termos

⁽¹¹⁾ *Infra*, Capítulo II, ponto 2.

⁽¹²⁾ Sobre estas excepções, ver F. HUBEAU, “L’exception d’ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire”, *CDE*, 1981, pp. 207-256; M. L. DUARTE, *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no Direito Comunitário*, Coimbra Editora, 1992.

⁽¹³⁾ JOCE L 56, de 4 de Abril de 1964, p. 850.

gerais, que depois viriam a ser objecto de progressiva consolidação por intermédio da jurisprudência do TJCE (14), as noções de ordem pública, segurança pública e saúde pública, estabelecendo ainda um sistema de garantias processuais para garantir a sua correcta aplicação por parte dos Estados.

3. Critério distintivo entre liberdade de estabelecimento e livre prestação de serviços

Decalcado que está o conteúdo essencial dos regimes da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços e analisadas, em termos sumários, as principais excepções à sua aplicação, importa, a este ponto, estabelecer uma distinção-chave.

Na verdade, da exposição feita até aqui, parece resultar que ambos os referidos regimes se apresentam como potencialmente aplicáveis aos profissionais independentes. Nessa medida, de que forma se poderá traçar a distinção entre um e outro? Qual é, realmente, o critério decisivo e determinante da sujeição de uma determinada situação jurídica a uma, e não outra, destas regulamentações? (15)

A resposta tem de partir da indicação preciosa que nos é dada pelo n.º 3 do art. 60.º do Tratado (actual artigo 50.º CE), o qual dispõe que “o prestador de serviços pode, para a execução da prestação, exercer, a título temporário, a sua actividade no Estado onde a prestação é realizada, nas mesmas condições que esse Estado impõe aos seus nacionais”. Este preceito permite-nos, com facilidade, constatar que a aplicação do regime jurídico da livre prestação de serviços a uma determinada situação fica posta na dependência do exercício da actividade em causa, no referido Estado-membro ter um carácter meramente esporádico. *A contrario*, é possível inferir que quando o exercício de uma determinada

(14) Na jurisprudência do Tribunal de Justiça a respeito da excepção de ordem pública destacam-se os acórdãos de 26 de Fevereiro de 1975, no Proc. 67/74, *Bonsignore*, Col. 1975, p. 297, de 27 de Outubro de 1977, no Proc. 30/77, *Bouchereau*, Col. 1977, p. 1999 e de 18 de Maio de 1982, nos Procs. apensos 115 e 116/8, *Adoui et Cornuaille*, Col. 1982, p. 1665.

(15) Ver sobre esta distinção, C. BOTELHO MONIZ, *op. cit* na nota 1, p.312.

actividade por um operador económico noutro Estado-membro apresenta um carácter de permanência, o regime aplicável será o do direito de estabelecimento.

Este critério de distinção foi também ele objecto de concretização através da jurisprudência do TJCE ⁽¹⁶⁾. Esta veio, com efeito, de forma consistente, precisar que o exercício por uma determinada pessoa do direito de estabelecimento implica a existência de uma instalação estável, com carácter de permanência, configurável como o centro da actividade profissional desenvolvida no Estado de estabelecimento em relação a clientes indeterminados. Por outro lado, se essa mesma pessoa praticar actos profissionais com um carácter meramente ocasional, tendo por destinatários clientes determinados, angariados a partir de uma instalação estável localizada no Estado de origem do prestador de serviços, cairá no âmbito das normas do Tratado sobre livre prestação de serviços.

Esclareça-se ainda que estas últimas disposições desempenham uma função claramente residual na economia do Tratado, o que significa que só podem ser aplicadas na medida em que a matéria em questão não seja subsumível a nenhuma das outras três liberdades previstas no Tratado e, designadamente à liberdade de estabelecimento. Rege nesta matéria o §1 do art. 60.º do Tratado (actual artigo 50.º CE), o qual estabelece que, se consideram serviços “as prestações realizadas normalmente mediante remuneração, na medida em que não sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas”. Deste modo, perante uma determinada situação concreta relacionada com a circulação dos profissionais independentes no espaço comunitário, o primeiro passo a dar será sempre no sentido de procurar aferir da possibilidade da sua sujeição às regras do direito de estabelecimento e, só uma vez esta excluída, fará sentido indagar da aplicabilidade ao caso do regime da livre prestação de serviços.

⁽¹⁶⁾ A este propósito, ver especialmente os acórdãos de 4 de Dezembro de 1985, no Proc. 205/84, *Comissão c. Alemanha*, Col. 1986, p. 3755 e de 30 de Novembro de 1995, no Proc. C-55/94, *Gebhard*, Col. 1995, p. I-4165.

4. O princípio fundamental da não discriminação

As várias liberdades consagradas no Tratado, cuja concretização plena é fundamental para a realização de um verdadeiro mercado interno, obedecem a um princípio fundamental de todo o Direito Comunitário — o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade — desde o início, assumido como estruturante de toda a construção comunitária (17).

Nos termos do art. 6.º do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 12.º CE), “no âmbito de aplicação do presente Tratado, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade” (18). Expressa-se, assim, a ideia-chave que a unificação económica deve ser prosseguida sem que hajam diferenças de tratamento em função da nacionalidade das pessoas, empresas, bens, serviços ou capitais envolvidos. O facto de esta disposição surgir logo na Parte I do Tratado, consagrada aos “Princípios” da Comunidade, é bem elucidativo da importância do seu conteúdo, ideia que tem sido sustentada reiteradamente pela jurisprudência do TJCE, particularmente zeloso da sua estrita observância pelas Instituições comunitárias, pelos Estados e pelos próprios particulares.

Este princípio geral de não-discriminação é depois retomado em várias outras disposições do Tratado, desde aquelas que visam a instituição de uma união aduaneira, até aquelas que directamente interessam a esta exposição, ou seja as que respeitam à livre circulação de pessoas e serviços. Tal princípio assume-se pois como suporte essencial da execução dos objectivos de livre circulação de trabalhadores, liberdade de estabelecimento e livre prestação de serviços, cuja realização só se perspectiva possível, na medida em que se consiga proceder, com sucesso, à eliminação de todas as formas de tratamento discriminatório em razão da nacionalidade.

(17) Sobre o princípio da não-discriminação em razão da nacionalidade ver F. SCHOCKWEILER, “La portée du principe de non-discrimination de l’article 7 du Traité CE”, *Rivista di Diritto Europeo*, n.º 1, 1991, p. 3; J. MERTENS DE WILMARS, “Le principe de non-discrimination”, *CDE*, 1990, p. 388.

(18) Para um exemplo de uma situação em que o Tribunal reconheceu a possibilidade de o artigo 6.º do Tratado (actual artigo 12.º CE) produzir efeito directo, ver o acórdão de 2 de Fevereiro de 1989, no Proc. 186/87, *Cowan*, Col. p. 195.

Nos domínios que estamos agora a analisar, este princípio encontra concretização, nos artigos 52.º (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE), relativo ao direito de estabelecimento, e 60.º do Tratado (actual artigo 50.º CE), relativo à livre prestação de serviços, os quais impõem aos Estados-membros a obrigação de darem aos profissionais de outros Estados-membros o mesmo tratamento que aos seus próprios nacionais.

Constataremos, no entanto que, apesar de toda a boa vontade do Tratado e de todos os esforços do TJCE para garantir a efectiva observância deste princípio, nem sempre tal tem sido conseguido o que, logicamente, implica que ainda não foi atingido um estágio de total eficácia no funcionamento dos regimes da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços. Adiante-se aliás, desde já, que o pleno exercício das referidas liberdades no que aos advogados diz respeito tem sido também bastante prejudicado por um outro factor de importância primordial: a disparidade de regimes legais aplicáveis nos diferentes Estados-membros no tocante às condições de acesso e de exercício à respectiva actividade profissional ⁽¹⁹⁾. A esta dificuldade, procuraram as Instituições comunitárias reagir através da adopção de várias medidas cujo grau de oportunidade e de sucesso teremos a ocasião de examinar mais adiante ⁽²⁰⁾.

II. A aplicação do regime comunitário da liberdade de estabelecimento à profissão de advogado — Quadro normativo tradicional e respectivas lacunas

1. Delimitação positiva da aplicação do regime comunitário da liberdade de estabelecimento à profissão de advogado

O art. 52.º do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE), já o sabemos, determina a aplicação do regime jurí-

⁽¹⁹⁾ Das dificuldades criadas por tal diversidade de regimes dá conta D.B. WALTERS, "Uncertain Steps Towards a European Legal Profession", *ELR*, 1978, pp. 265-277. Ver também U. WOELKER, *op. cit.* na nota 7.

⁽²⁰⁾ Ver *infra*, Capítulo II, ponto 6.

dico do direito de estabelecimento quando se verifique uma situação em que um nacional de um Estado-membro da Comunidade se instale a título permanente num outro Estado-membro, para aí exercer uma determinada actividade não assalariada.

Para que o regime do direito de estabelecimento seja aplicável a uma determinada profissão exige-se apenas, que se trate de uma actividade independente, exercida, portanto, fora dos quadros de subordinação, próprios da relação laboral típica, em que o trabalhador fica sujeito às ordens e fiscalização da entidade empregadora, caso em que o regime aplicável será o da livre circulação dos trabalhadores, previsto em outro capítulo do Tratado ⁽²¹⁾. Ora, a forma habitual de exercício da advocacia caracteriza-se precisamente pela plena independência do advogado, o qual não está, na forma de desempenho das suas funções, vinculado às ordens de nenhum superior hierárquico e, mesmo relativamente aos seus clientes, se conduz com total autonomia, devendo unicamente pautar a sua conduta da maneira que se revele, no seu entender, melhor para a defesa dos interesses destes.

Exige-se também, para a aplicação do regime do direito de estabelecimento, que se trate de uma actividade com conteúdo económico, requisito que é igualmente preenchido pela profissão de advogado, a qual comporta sempre, necessariamente, uma determinada remuneração a conceder ao advogado — pelo cliente, ou pelo Estado, quando este não tenha meios económicos para o fazer — em razão dos seus serviços.

2. Delimitação negativa — Eventual aplicação do artigo 55.º do Tratado

Já aqui fizemos referência ao facto que o art. 55.º (actual artigo 45.º CE) exclui do âmbito de aplicação das normas sobre direito de estabelecimento, as actividades que, num Estado-mem-

⁽²¹⁾ Sobre a livre circulação de trabalhadores, ver N. BERNARD, "Discrimination and Free Movement in EC Law", *International and Comparative Law Quarterly*, n.º 45, 1996, p. 82; P. CRAIG e G. DE BURCA, *EU Law — Text, Cases and Materials*, 2nd Edition, 1998, pp. 664-726.

bro, estejam ligadas, ainda que apenas ocasionalmente, ao exercício da autoridade pública. É chegada a altura de analisar mais aprofundadamente a possibilidade de aplicação desta excepção à liberdade de estabelecimento e muito em particular à profissão de advogado. Neste contexto é fundamental examinar com alguma atenção uma decisão do TJCE a que já atrás fizemos referência, o acórdão *Reyners* ⁽²²⁾.

O Sr. Reyners, cidadão holandês e titular de um diploma de licenciatura em Direito, obtido na Bélgica, pretendeu, em dada altura, passar a exercer a advocacia neste país. Tal pretensão foi indeferida pela autoridade belga competente na matéria, a Ordem Nacional dos Advogados. Reyners accionou os competentes mecanismos judiciais de direito interno, que acabariam por levar o seu caso ao Conselho de Estado, o qual procedeu, nos termos do art. 177.º (actual artigo 234.º CE), a reenvio prejudicial para o TJCE.

A Ordem Nacional dos Advogados da Bélgica rejeitou o pedido de Reyners com base em dois argumentos: (1) por um lado, invocando a excepção do art. 55.º do Tratado (actual artigo 45.º CE), isto é, considerando que a profissão de advogado não estava abrangida pelo regime da liberdade de estabelecimento, na medida em que, o advogado participava, de forma organizada e institucionalizada, no funcionamento do serviço público de justiça. A este facto acrescia ainda a circunstância de a lei belga prever a possibilidade de nomeação de advogados para completar tribunais colectivos (no caso de falta ou indisponibilidade dos juizes respectivos), o que, se traduzia, em última análise, na efectiva participação destes no exercício da autoridade pública; (2) por outro lado, a Ordem belga dos Advogados, sustentava que, a lei nacional reservava o exercício da profissão de advogado aos cidadãos belgas, excluindo, portanto, os nacionais de outros Estados-membros. Da análise deste último argumento e da posição assumida pelo TJCE relativamente a ele ocupar-nos-emos mais tarde, quando abor-

(22) Acórdão do TJCE de 21 de Junho de 1974, no Proc. 2/74, *cit. supra* na nota 8. Ver os comentários de J. V. LOUIS, *JTDE*, 1974, pp. 549-554; Y. LOUSSOUARN, *RTDE*, 1975, pp. 518-531; V. CONSTANTINESCO, *Journal du Droit International*, 1976, pp. 221-225; G. MORSE, *ELR*, 1975, pp. 67-69.

darmos a questão da não discriminação em razão da nacionalidade⁽²³⁾. De momento, vamos concentrar-nos na excepção prevista no art. 55.º (actual artigo 45.º CE).

O TJCE não deu acolhimento à tese da Ordem dos Advogados da Bélgica, antes se tendo pronunciado favoravelmente à pretensão de Reyners. Mas, mais importante do que a sorte dos intervenientes neste caso concreto, foi, sem qualquer dúvida, a tese construída pelo Tribunal a partir dele, consagrando uma interpretação muito particular do preceituado no art. 55.º do Tratado (actual artigo 45.º CE) e criando um verdadeiro conceito comunitário de autoridade pública.

Na sua decisão, o Tribunal teve especialmente em conta a *ratio* da norma do art. 55.º (actual artigo 45.º CE)⁽²⁴⁾. De acordo com o seu julgamento, a consagração naquela disposição do Tratado da possibilidade de os Estados-membros excluírem os cidadãos não nacionais do desempenho de funções que impliquem, ainda que ocasionalmente, o exercício da autoridade pública, só pode ser aplicado a uma determinada profissão, considerada na sua globalidade, na medida em que, a mesma tenha por natureza o exercício das referidas funções de autoridade. O mesmo é dizer que a excepção por ela estabelecida só é aplicável quando se verifique uma relação de perfeita indissociabilidade entre o núcleo característico de actividades próprio da profissão em causa e o exercício de funções de autoridade pública⁽²⁵⁾.

Por outro lado, sempre que se constatar que uma determinada profissão envolve diferentes tipos de actividades ou funções, umas caracterizáveis como exercício de autoridade pública e outras não configuráveis nesses termos, haverá que aplicar a teoria dos actos destacáveis também ela desenvolvida pelo TJCE no acórdão *Reyners*. De acordo com esta, sempre que as actividades que implicam participação no exercício da autoridade pública forem destacáveis do núcleo básico de funções próprias de uma dada profissão, a excepção do art. 55.º (actual artigo 45.º CE) não será aplicável à profissão no seu conjunto, mas única e exclusivamente às activi-

(23) *Infra*, Capítulo II, ponto 3.

(24) Ver C. BOTELHO MONIZ, *op. cit* na nota 1, pp. 314-315.

(25) *Ac.Reyners*, cons. n.º 52.

dades em causa. No caso *sub judice*, o TJCE considerou que qualquer advogado que exercesse a sua actividade em território belga, no âmbito das actividades normais da sua profissão, não era chamado ao desempenho de funções de autoridade pública, sendo o núcleo essencial da sua actividade profissional constituído por funções de consulta jurídica e representação de clientes em juízo. O Tribunal não deixou de precisar, contudo, que outras situações existiam, em que o advogado poderia excepcionalmente ser chamado ao exercício de funções de autoridade, por exemplo, ser chamado a participar na formação de tribunais colectivos, tal como foi invocado pela Ordem Nacional dos Advogados da Bélgica. Relativamente a essa gama de funções, e só a elas, os Estados-membros poderiam estabelecer restrições à liberdade de estabelecimento, de forma a permitir o seu exercício apenas pelos seus próprios nacionais ⁽²⁶⁾.

3. Aplicação do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade à liberdade de estabelecimento dos advogados : O efeito directo do artigo 52.º do Tratado

Em conformidade com o disposto no artigo 52.º do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE), competia aos Estados-membros, durante o período de transição, suprimir todas as restrições ao livre estabelecimento dos nacionais de outros países membros da Comunidade. O art 54.º (que passou, após alteração, a artigo 44.º CE), por seu turno, previa a aprovação de um Programa Geral, a ser complementado por directivas de liberalização, no sentido de assegurar a efectiva eliminação das referidas restrições.

Chegou-se, porém, ao fim do período de transição e grande parte dessas restrições não haviam sido efectivamente suprimidas. Levantou-se, pois, à semelhança do que aliás se verificou também em matéria de livre prestação de serviços, a questão de saber se, assim sendo, quando se verificasse, numa determinada situação

⁽²⁶⁾ Cons. n.º 53.

concreta, a existência de obstáculos a esta liberdade nas legislações ou regulamentações internas dos Estados-membros, os mesmos se deveriam ter por permitidos e compatíveis com o Direito Comunitário, por afinal, não haver regulamentação concreta disciplinando as condições de proceder ao seu afastamento, ou se, pelo contrário, esses obstáculos se deveriam considerar proibidos por contrariarem o disposto no art. 52.º do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE) ⁽²⁷⁾. Esta questão, de importância fundamental para garantir o efectivo respeito pelo princípio da não discriminação em razão da nacionalidade e a plena realização da liberdade de estabelecimento dos profissionais independentes no espaço comunitário, viria a ser também ela resolvida pelo acórdão *Reyners* do TJCE ⁽²⁸⁾, o qual veio a reconhecer efeito directo à norma do art. 52.º do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE).

A situação em causa neste processo já foi aqui descrita. Sabemos, pois, que um dos fundamentos, com base nos quais, o requerimento de *Reyners*, tendo em vista a sua inscrição na Ordem Nacional dos Advogados da Bélgica, foi indeferido, assentava no facto de ele ser cidadão holandês, quando a lei belga reservava aos nacionais o exercício da profissão.

O TJCE veio a considerar que o direito belga, ao não permitir o exercício da advocacia por não nacionais, estava em clara violação dos artigos 6.º (que passou, após alteração, a artigo 12.º CE) e 52.º do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE), os quais consagravam o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade como princípio director e fundamento da própria Comunidade.

Perante a relativa inoperância do Conselho e tentando, a todo o custo, evitar que a construção comunitária da liberdade de estabelecimento ficasse refém de decisões políticas sempre adiadas ⁽²⁹⁾,

⁽²⁷⁾ Ver J. HANDOLL, *op. cit.* na nota 5, pp. 136-137.

⁽²⁸⁾ *Cit. supra*, na nota 8.

⁽²⁹⁾ Factor determinante da decisão do Tribunal terá sido a lentidão e a quase total inoperância que na altura se verificava nos processos decisórios da Comunidade. O Tribunal terá pois tido presente a importância do princípio da não discriminação em matéria de direito de estabelecimento no edifício comunitário e consciente de que a sua observância não poderia, terminado que estava o período de transição, continuar sujeita a medidas de execução a adoptar pelo Conselho, cujos processos de decisão estavam dependentes de compromissos políticos delicados e até, a partir dos Acordos do Luxemburgo, de um con-

o TJCE veio tomar nesta matéria uma posição de força, determinando que, “após o termo do período transitório, o art. 52.º do Tratado CEE é uma disposição directamente aplicável não obstante a inexistência, num domínio determinado, das directivas previstas nos artigos 54.º, n.º 2 e 57.º, n.º 2 do Tratado”³⁰.

Nestes termos, a produção de efeitos da regra do tratamento nacional deixava de estar sujeita a quaisquer medidas de execução, tornando-se obrigatória para todos os Estados-membros. Neste contexto, o Tribunal salientou ainda que o referido art. 52.º (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE), prescreve “uma obrigação precisa de resultado cuja execução devia ser facilitada mas não condicionada pela aplicação de um programa de medidas progressivas”⁽³¹⁾. Consagrando, portanto, uma obrigação clara, precisa e incondicional, e além do mais, dando corpo a um princípio fundamental de todo o Direito Comunitário, esta disposição passava a produzir efeito directo nas ordens jurídicas de todos os Estados-membros da Comunidade, impondo a estes, a obrigação jurídica de assegurar aos não nacionais o mesmo tratamento que era dado aos seus próprios nacionais.

4. O sancionamento das restrições formalmente não discriminatórias

Neste contexto, importa destacar que, a partir de dada altura, o TJCE passou a sancionar não só os casos de discriminação formal, mas também aqueles em que a mesma se apresentava disfarçada ou, de algum modo, encoberta por expedientes de natureza técnica, obstaculizando, de forma injustificada, a plena implementação da liberdade de estabelecimento⁽³²⁾. Este salto qualitativo da

sensu entre todos os Estados-membros muito difícil de atingir. Sobre os Acordos do Luxemburgo e seu impacto negativo na construção europeia, ver W. NICOLL, “The Luxembourg Compromise”, *Journal of Common Market Studies*, 1984, p. 35.

⁽³⁰⁾ *Reyners*, cons. n.º 32.

⁽³¹⁾ *Idem*.

⁽³²⁾ Sobre discriminação indirecta, ver o recente estudo de L. DANIELE, “Non-discriminatory Restrictions on the Free Movement of Persons”, *ELR*, 1997, p. 191. Para uma descrição da evolução jurisprudencial nesta matéria, ver M. LÓPEZ ESCUDERO, “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII, 1995, p. 17.

jurisprudência do TJCE, terá tido o seu início, no que aos advogados diz respeito, com o acordão *Thieffry* ⁽³³⁾, que vamos, em seguida, passar a analisar.

4.1. O acordão *Thieffry*

O Sr. Thieffry, de nacionalidade belga, titular do diploma de *docteur en droit*, obtido na Bélgica e advogado, inscrito na Ordem de Bruxelas, estabeleceu-se em Paris, tendo aí conseguido obter de uma Universidade francesa, o reconhecimento da equivalência do seu diploma belga à *licence de droit français*.

Posteriormente, Thieffry viria a realizar exames de aptidão, no sentido de lhe ser atribuído o *certificat d'aptitude à la profession d'avocat*, que lhe permitiria inscrever-se na Ordem dos Advogados de Paris. Contudo, com a fundamentação que Thieffry não era titular dos diplomas exigidos pela lei francesa para o exercício da profissão de advogado — *licence de droit français* ou *doctorat de droit français* — a Ordem dos Advogados de Paris recusar-lhe-ia a inscrição.

A argumentação desta instituição repousava na ideia, segundo a qual, na ausência de regulamentação comunitária sobre reconhecimento de diplomas, cabia às legislações nacionais dos vários Estados-membros, definir as condições desse mesmo reconhecimento. E, na verdade, no domínio concreto do reconhecimento mútuo de diplomas de estudos jurídicos, nenhuma regulamentação comunitária existia nesta altura, pelo que, fazia todo o sentido que fosse a legislação francesa a estabelecer as condições do reconhecimento do diploma belga. Simplesmente, daí resultava, na prática, a rejeição da pretensão de Thieffry, na medida em que, de acordo com a lei francesa, o reconhecimento feito pela Universidade francesa apenas produzia efeitos no domínio universitário, não se estendendo ao plano das condições de acesso à profissão de advogado.

⁽³³⁾ Acórdão do TJCE de 28 de Abril de 1977, no Proc. n.º 71/76, *Thieffry*, Col. 1977, p. 765. Ver as anotações por G.A. DAL, *CDE*, 1978, pp. 237-245; J.V. LOUIS, *JTDE*, 1977, pp. 571-573; C.A. CRISHAM, *CMLRev.*, 1978, pp. 366-370; R. WALLACE, *New Law Journal*, 1977, pp. 689-690.

O TJCE, chamado a pronunciar-se sobre este caso, na sequência de um reenvio prejudicial da parte da *Cour d'appel de Paris*, veio a considerar a decisão da Ordem dos Advogados de Paris incompatível com o Direito Comunitário, por restringir, para lá do razoável, a liberdade de Thieffry em se instalar em Paris para aí exercer a advocacia.

O Tribunal sustentou a ideia fundamental de que a falta de medidas de harmonização em matéria de reconhecimento mútuo de diplomas não podia servir de pretexto a uma interpretação das normas nacionais que resultasse numa compressão injustificada dos direitos reconhecidos aos particulares pelas disposições do Tratado em matéria de liberdade de estabelecimento. Tanto mais, que o seu art. 5.º (actual artigo 10.º CE) impõe aos Estados-membros a obrigação de colaborarem com as Instituições da Comunidade na prossecução dos objectivos desta, por um lado, tomando todas as medidas necessárias para assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do Tratado e, por outro lado, abstendo-se de adoptar quaisquer provisões susceptíveis de pôr em perigo a realização desses mesmos objectivos. Nestes termos, tornava-se imperioso encontrar uma solução que permitisse salvaguardar o exercício efectivo do direito de estabelecimento por parte de todas as pessoas que se encontrassem numa situação semelhante à de Thieffry.

O TJCE veio, pois, a julgar a decisão da Ordem de Paris desproporcionada e que “a circunstância de uma legislação nacional apenas prever um reconhecimento de equivalência para fins universitários não justifica, só por si, a recusa de reconhecer tal equivalência como título de habilitação profissional”⁽³⁴⁾, “particularmente (...) quando um diploma reconhecido para fins universitários é complementado por um certificado de aptidão profissional obtido nos termos da legislação do país de estabelecimento”⁽³⁵⁾, o que, efectivamente, acontecia no caso de Thieffry.

A controversa questão do reconhecimento mútuo de diplomas universitários, para efeitos de acesso a profissões regulamentadas, entre as quais a advocacia, está hoje resolvida pela direc-

(34) Cons. n.º 25.

(35) Cons. n.º 26.

tiva 89/48/CEE, de 21 de Dezembro de 1988 ⁽³⁶⁾, em termos que, mais adiante, examinaremos com a atenção que a importância do assunto recomenda.

Antes disso, convém ainda salientar, que a jurisprudência *Thieffry* viria a conhecer novos desenvolvimentos, orientados, como não poderia deixar de ser, para o objectivo de reforçar as condições de acesso às profissões independentes por nacionais de outros países da Comunidade, eliminando as restrições decorrentes das disparidades ainda existentes entre os regimes de acesso às várias actividades independentes nos vários Estados-membros ⁽³⁷⁾.

4.2. O acórdão *Vlassopoulou*

Fundamental e emblemático da tendência da jurisprudência do TJCE para reprimir as restrições não discriminatórias ao exercício da liberdade de estabelecimento é sem dúvida o acórdão do TJCE de 7 de Maio de 1991, *Vlassopoulou* ⁽³⁸⁾. Este acórdão, aproveitando, de algum modo, as soluções que então vinham começando a ser adoptadas em matéria de livre prestação de serviços, veio consagrar a ideia que, as autoridades do Estado-membro de acolhimento não podem, pura e simplesmente, abstrair dos conhecimentos e qualificações obtidas no seu Estado de origem (ou em outros países da Comunidade) por um candidato a estabelecer-se no seu território.

Neste acórdão, o Tribunal voltou a basear a sua decisão no artigo 5.º do Tratado. Assim, observou mais uma vez que o mesmo

⁽³⁶⁾ JOCE L. 19, de 24 de Janeiro de 1989. Ver *infra*, Capítulo II, ponto 6.

⁽³⁷⁾ Ver especialmente os acórdãos de 28 de Junho de 1977, no Proc. 11/77, *Patrick*, Col. 1978, p. 1199 e de 15 de Outubro de 1987, no Proc. 222/86, *Unectef c. Heylens*, Col. 1988, p. 4097. Ver ainda o excelente estudo de J. PERTEK, "Free Movement of Professionals and Recognition of Higher Education Diplomas", *Yearbook of European Law*, 1992, p. 293.

⁽³⁸⁾ Acórdão do TJCE de 7 de Maio de 1991, no Proc. C-340/89, *Vlassopoulou*, Col. 1991, p. I-2380. Ver os comentários de Ph. GOSSERIES, *JTDE*, 1991, pp. 389-394; M.C. BOUTARD-LABARDE, *Journal du Droit International*, 1992, pp. 441-443; T. STEIN, *CMLRev.*, 1992, pp. 625-636; J. LONBAY, *ELR*, 1991, pp. 507-520; C. POMA, *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, 1992, pp. 669-676.

impõe aos Estados-membros da Comunidade a obrigação de “tomar todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do presente Tratado” e de se absterem de “tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos” do mesmo. Aplicando este princípio à liberdade de estabelecimento, o TJCE viria a considerar que as exigências de qualificação profissional feitas por um determinado Estado-membro, mesmo sendo aplicadas de maneira formalmente não discriminatória, poderiam ter por efeito entravar a liberdade de estabelecimento na Comunidade Europeia, quando não tivessem por base uma justificação razoável, designadamente, quando as autoridades nacionais do Estado de acolhimento ignorassem pura e simplesmente as qualificações obtidas pelo candidato no seu país de origem ou noutro país da Comunidade ⁽³⁹⁾.

O TJCE foi pois, neste julgamento, para além do conceito de discriminação formal, obrigando os Estados-membros a, face a todo e qualquer pedido de acesso ao exercício de uma determinada actividade profissional, formulado por um não nacional, titular de um diploma que conferisse, no seu Estado de origem (ou em outro país da Comunidade que não o de acolhimento), o direito de aceder à profissão em causa, tomarem em consideração o referido diploma. Tal envolve, se necessário, uma análise detalhada dos conhecimentos certificados pelo diploma em causa e uma determinação rigorosa relativamente à questão de saber se os mesmos constituem qualificação suficiente para satisfazer os requisitos impostos pelas regras nacionais de acesso aquela profissão. Sempre que a resposta a esta última questão se revele afirmativa, as autoridades do Estado de acolhimento terão de aceitar a inscrição profissional da pessoa em causa. Quando, porém, do exame comparativo de conhecimentos, resulte que aqueles que são certificados pelo diploma estrangeiro são insuficientes para satisfazer as condições da legislação nacional, o Estado de estabelecimento poderá exigir que o candidato demonstre, através de meios idóneos (normalmente, um exame de aptidão), possuir as qualificações exigidas para o exercício da profissão em causa. Só na hipótese de insucesso neste exame, ou de incumprimento de outras condições

⁽³⁹⁾ Ver em especial o cons. n.º 15.

complementares exigidas pelo Estado de acolhimento, será admissível a rejeição por parte deste da pretensão do candidato ao exercício de uma dada profissão por, afinal, ser o mesmo inapto, por razões totalmente independentes da sua nacionalidade, para o exercício da mesma.

Nunca é demais salientar a grande importância do acórdão *Vlassopoulou* para a definição dos contornos do regime do direito de estabelecimento, tendo por mérito essencial sintetizar uma série de decisões anteriores do TJCE em matéria de liberdade de estabelecimento (e também de livre prestação de serviços). Além disso, esta decisão do Tribunal vem também consolidar, de modo particularmente claro, a ideia de que o art. 52.º (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE) deve ser interpretado de forma extensiva, tendo por sentido último estabelecer uma interdição a todas as discriminações em razão da nacionalidade, mas também proibir todas as regulamentações nacionais que tenham por alcance tornar mais difícil, sem qualquer justificação objectiva, o acesso a determinada profissão, por parte de nacionais de outros países da Comunidade.

Não há dúvida que o acórdão *Vlassopoulou* confirma de forma inequívoca a tendência para tomar o art. 52.º (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE) como uma proibição de toda e qualquer restrição, discriminatória ou não, à liberdade de estabelecimento. Porém, neste domínio, ao contrário do que já há bastante tempo vinha acontecendo em matéria de livre prestação de serviços⁽⁴⁰⁾, o TJCE só muito recentemente, no acórdão *Gebhard*⁽⁴¹⁾, viria a formular uma regra de conteúdo positivo, submetendo todas as regulamentações nacionais que tenham por alcance entrar a referida liberdade a uma exigência precisa de justificação. Antes daquele julgamento, no caso das disposições do Tratado em matéria de direito de estabelecimento, o Tribunal procedia simplesmente a um exame de cada caso concreto com o objectivo de apurar se a medida em causa punha ou não em perigo o exercício da liberdade de estabelecimento, parecendo o TJCE partir da ideia de

⁽⁴⁰⁾ Designadamente, a partir do acórdão de 17 de Novembro de 1991, no Proc. n.º 279/80, *Webb*, Col. 1981, p. 3305.

⁽⁴¹⁾ *Cit. supra* na nota 16.

que essa liberdade não possuía um valor absoluto. Ao contrário, em matéria de livre prestação de serviços, a liberdade em causa surgia com um valor absoluto, na medida em que todo e qualquer entrave deveria imediatamente ser justificado ⁽⁴²⁾. No acórdão *Gebhard*, o Tribunal passou também, no domínio do direito de estabelecimento, a submeter todas as medidas nacionais potencialmente restritivas à liberdade de circulação, a uma exigência precisa de justificação.

4.3. O acórdão *Gebhard* ⁽⁴³⁾

O Consiglio Nazionale Forense de Itália, submeteu, em Dezembro de 1993, duas questões prejudiciais sobre a directiva 77/249 à apreciação do Tribunal das Comunidades. Discutia-se, no caso concreto, o facto de R. Gebhard, cidadão alemão, inscrito no foro de Estugarda com o estatuto de colaborador livre de um escritório de advogados, se ter instalado em Itália com carácter permanente para aí exercer a advocacia, contrariando as disposições da legislação interna italiana sobre a matéria.

Gebhard exerceu, desde 1 de Março de 1978 até 31 de Dezembro de 1979, a sua actividade profissional na qualidade de colaborador de um escritório de advogados, e posteriormente, entre 1 de Janeiro de 1980 e o início do ano de 1989, exerceu essa mesma actividade na qualidade de associado do referido escritório. Em Julho de 1989, abriu o seu próprio escritório em Milão.

Após queixa de alguns colegas italianos, o Conselho da Ordem de Milão decidiu, em 19 de Setembro de 1991, instaurar contra ele um processo disciplinar, acusando-o de violação das obrigações que lhe decorriam da lei italiana ao exercer em Itália, com carácter de permanência, a profissão de advogado. Sustentava o referido Conselho que uma pessoa só podia ser considerada

⁽⁴²⁾ Ver *infra*, Capítulo III, ponto 3.

⁽⁴³⁾ *Cit. supra*, na nota 16. Ver as anotações de J. LONBAY, *CMLRev.*, 1996, pp. 1073-1087; M. JARVIS, *ELR*, 1996, pp. 247-252; E. BALLON, *The Columbia Journal of European Law*, 1997, pp. 145-151; L. GOFFIN, *CDE*, pp. 723-743; L. DANIELE, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1997, pp. 183-190.

como estando estabelecida num Estado-membro, no caso em apreço a Itália, caso pertencesse à Ordem profissional desse Estado ou, pelo menos, exercesse a sua actividade em colaboração com pessoas que dela fizessem parte. Esse processo disciplinar viria a culminar, em 30 de Novembro de 1992, com a aplicação de uma pena de suspensão do exercício da actividade profissional por seis meses. Gebhard recorreu da decisão para o Consiglio Nazionale Forense, invocando que a directiva 77/249/CEE lhe conferia a possibilidade de exercer as suas actividades profissionais a partir do seu próprio escritório em Milão.

A construção proposta pelo TJCE é extremamente interessante, senão vejamos. O Tribunal partiu da regra-base do regime jurídico do direito de estabelecimento. Nos termos do art. 52.º do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE), a liberdade de estabelecimento é exercida nas condições definidas no país de estabelecimento para os seus próprios nacionais. Apesar de isso poder não acontecer, normalmente o acesso e o exercício de algumas actividades independentes está subordinado, nos vários Estados-membros ao respeito de determinadas regulamentações, justificadas pelo interesse geral. Surgem, assim, disposições relativas, por exemplo, à organização e à deontologia que podem prever, entre outras coisas, que o exercício de uma determinada actividade só será possível mediante a titularidade de um dado diploma ou através da inscrição numa determinada ordem profissional. Logicamente que, quando tais disposições existam num determinado Estado da Comunidade, condicionando o exercício de uma actividade profissional ou o acesso a ela, um não nacional que pretenda vir a exercer essa mesma actividade terá de as cumprir.

Mas, aqui, é agora chamada à colação pelo TJCE a doutrina das exigências imperativas, construída pelo Tribunal em matéria de livre circulação de mercadorias⁽⁴⁴⁾. Da sua aplicação ao caso concreto decorre que as medidas nacionais com incidência negativa sobre o exercício das liberdades fundamentais consagradas no

(44) Ver *infra*, Capítulo III, ponto 3.

Tratado, entre elas a liberdade de estabelecimento, devem preencher quatro condições ⁽⁴⁵⁾:

- 1) aplicar-se de modo não discriminatório;
- 2) justificar-se por razões imperativas de interesse geral;
- 3) serem adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem;
- 4) não ultrapassarem o necessário para atingir esse objectivo.

A decisão subjacente a este acordo seria um ponto de referência de grande importância para os trabalhos legislativos em torno da questão da liberdade de estabelecimento dos advogados, ao estabelecer, de forma extremamente clara e rigorosa, as condições em que um Estado-membro de acolhimento pode impedir o acesso de um advogado ao exercício da profissão com base no título do Estado de acolhimento.

5. O direito de estabelecimento a título secundário: regra fundamental para a livre circulação dos advogados

O Tratado prevê, paralelamente ao direito de estabelecimento a título principal, mediante o qual, os nacionais de um Estado-membro da Comunidade se podem estabelecer livremente em qualquer outro Estado-membro, para aí criarem ex novo uma empresa individual ou colectiva de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços, o chamado direito de estabelecimento a título secundário. Nos termos deste último ofereceu-se aos operadores económicos comunitários a possibilidade de criar, num determinado Estado da Comunidade, uma agência, sucursal, filial, ou qualquer outra forma de representação ou simples extensão de uma empresa (individual ou colectiva) já existente num outro Estado-membro ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ Ver os cons. n.ºs 32-39.

⁽⁴⁶⁾ Sobre o direito de estabelecimento a título secundário, ver G. MARENCO, "The Notion of Restriction on the Freedom of Establishment and Provision of Services in the Case-law of the Court", *Yearbook of European Law*, 1991, p. 111.

Coloca-se a questão fundamental de saber se as normas do Tratado sobre o direito de estabelecimento a título secundário, se aplicam às profissões liberais, concretamente aos advogados, dando-lhes a possibilidade de adopção de mais do que um centro de actividade profissional. Este problema foi resolvido no acórdão *Klopp* ⁽⁴⁷⁾, o qual, veio a reconhecer esse direito aos profissionais liberais no seu conjunto.

O Sr. Klopp, cidadão alemão federal, inscrito na Ordem dos Advogados de Dusseldorf, onde tinha o seu escritório, requereu à Ordem dos Advogados de Paris a sua inscrição como advogado, com a pretensão de, nessa cidade, abrir um novo escritório, que funcionaria como uma espécie de filial do primeiro, sito na Alemanha. O seu pedido foi indeferido, com base numa regulamentação de direito interno francês, segundo a qual, não era permitido aos advogados dispor de mais do que um domicílio profissional.

Mais uma vez, o problema colocava-se em termos de não haver regulamentação comunitária directamente incidente sobre a matéria, ficando a disciplina desta, conseqüentemente, sujeita às diversas legislações nacionais, as quais se preocupavam apenas, em garantir um carácter formalmente não discriminatório no tratamento que era dado aos profissionais de outros países comunitários. Pareceria, assim, que desde que tais regras fossem aplicáveis, indistintamente aos nacionais e aos não nacionais, estaria inteiramente salvaguardada a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico comunitário. E, era esse, manifestamente, o caso da regulamentação francesa aqui em discussão.

O TJCE, no entanto, seguindo uma vez mais a sua lógica integracionista, depreendeu, ainda assim, um sentido restritivo naquela regulamentação e, fundando a sua teoria no fim último de salvaguarda do efeito útil das regras do Tratado, considerou-a incompatível com o Direito Comunitário. No raciocínio do Tribunal desempenhou um papel fundamental o facto de a aplicação do regime consagrado na lei francesa, ter como consequência inevitável, que

⁽⁴⁷⁾ Acórdão do TJCE de 12 de Julho de 1984, no Proc. 107/83, *Klopp*, Col. 1984, p. 2971. Ver as anotações de L. GORMLEY, *ELR*, 1984, pp. 439-441; P. WATSON, *CMLRev.*, 1985, pp. 743-751; P. LAMBERT, *JTDE*, 1985, pp. 269-270; R. SILVA DE LAPUERTA, *Noticias CEE*, 1985, pp. 665-667.

um advogado originariamente estabelecido noutro Estado-membro da Comunidade, só poderia estabelecer-se em França, através da prévia renúncia ao primeiro estabelecimento. Ora, é inegável que tal resultava numa limitação excessiva ao regime do direito de estabelecimento a título secundário, sem que para isso houvesse qualquer justificação com base em interesses legítimos invocados pela França e dignos de protecção face ao Direito Comunitário ⁽⁴⁸⁾.

Aliás, lembrou também o Tribunal, as autoridades francesas poderiam sempre exigir ao advogado estabelecido a título secundário o exercício da sua actividade em França, em termos de garantir um contacto regular com os seus clientes e com as autoridades judiciais. Poderiam também vinculá-lo ao cumprimento do núcleo essencial de regras que regem o exercício da profissão naquele país, incluindo as regras de deontologia profissional.

5. A problemática central do reconhecimento mútuo de diplomas — a directiva 89/48/CEE ⁽⁴⁹⁾

No sentido de assegurar a efectiva realização da liberdade de estabelecimento, o art. 57.º do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 47.º CE) atribuía ao Conselho de Ministros a competência para adoptar directivas visando o reconhecimento mútuo de diplomas, certificados e outros títulos. Aquela norma dava corpo assim à clara preocupação dos seus autores com a disparidade de regimes legais aplicáveis nos diversos Estados-membros da Comunidade em matéria de condições de acesso à actividade profissional e com o obstáculo que tal problema poderia constituir para a realização de um mercado comum.

Depois de inicialmente ter apostado com pouco êxito numa estratégia de aprovação de directivas sectoriais, dirigidas a determinadas áreas profissionais em concreto, a Comissão viria, no final da década de 80, propôr uma nova metodologia, de tipo horizontal, centrada num sistema geral de reconhecimento de diplomas

⁽⁴⁸⁾ Ver em especial o cons. n.º 19.

⁽⁴⁹⁾ JOCE L 19, de 24 de Janeiro de 1989, p. 16.

de ensino superior ⁽⁵⁰⁾. As propostas da Comissão viriam a encontrar eco junto do Conselho de Ministros que, em 21 de Dezembro de 1989, aprovaria a importantíssima directiva 89/48/CEE, que veio estabelecer a regulamentação fundamental sobre esta matéria ⁽⁵¹⁾.

Refira-se que o regime geral de reconhecimento de diplomas, fixado nesta directiva se aplica apenas às profissões regulamentadas que ela própria define, isto é, nos termos do seu art 1.º, “todas as actividades profissionais subordinadas num Estado-membro de acolhimento à obtenção de uma formação post-secundária”, a qual deverá ser atestada pela titularidade de um diploma comprovativo de que esta teve uma duração de, pelo menos, três anos. Esclareça-se ainda que, por profissão regulamentada, se deve entender, em conformidade com o disposto na al. d) do art. 1.º da directiva, “qualquer actividade profissional cujo acesso ou exercício, ou uma das modalidades de exercício, num Estado-membro, se encontrem subordinados, directa ou indirectamente, por força de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas à posse de um diploma”. Esta directiva, no entanto, “não se aplica às profissões que são objecto de uma directiva específica”, em nada afectando, portanto, os regimes aplicáveis às várias actividades profissionais subordinadas a directivas sectoriais.

O princípio-chave deste novo sistema baseia-se na ideia de confiança mútua e encontra consagração, essencialmente, no art. 3.º desta directiva, o qual vem dispor que, as autoridades de um Estado-membro, quando confrontadas com uma situação em que um não nacional pretende obter uma autorização para aí exercer uma profissão independente, não podem recusar a esse cidadão o referido acesso, alegando que o mesmo não possui habilitações para o efeito, se o candidato for titular de um diploma que em outro Estado-membro lhe permita o acesso àquela profissão. O paralelismo com a decisão proferida no acórdão *Vlassopoulou* ⁽⁵²⁾ é evi-

⁽⁵⁰⁾ Para uma visão histórica deste processo, ver C. BOTELHO MONIZ, *op. cit.* na nota 1, pp. 319-320.

⁽⁵¹⁾ Para uma panorâmica geral das principais disposições da directiva, ver J. HAN-DOLL, *op. cit.* na nota 5, pp. 195-200.

⁽⁵²⁾ *Cit. supra* na nota 38.

dente. Exige-se, porém, que se trate de uma profissão regulamentada no Estado onde o diploma foi obtido.

Este princípio não tem, contudo, valor absoluto já que, em determinadas situações, pode haver diferenças importantes entre o tipo de qualificações certificados pelo diploma obtido no Estado de origem e aquelas que são exigidas pelo Estado de acolhimento. Isto significa, portanto, que face a um pedido formulado por um profissional liberal, nacional de outro Estado-membro da Comunidade, titular de um diploma obtido noutra Estado-membro que não o de acolhimento, este último Estado tem a possibilidade de verificar o grau de similitude entre as qualificações atestadas pelo referido diploma e o tipo de formação exigida para o exercício daquela profissão no seu próprio território⁽⁵³⁾. Se desse exame comparativo resultar que as habilitações conseguidas no Estado de origem são insuficientes, em termos de corresponderem a um tempo de estudos inferior em mais de um ano ao que é praticado no Estado de estabelecimento, ou de haver diferenças substanciais no tocante ao conteúdo da formação, as autoridades do Estado de acolhimento terão legitimidade para exigir do candidato o suprimento dessas insuficiências, através de um exame de aptidão ou de um estágio de adaptação.

A opção entre estes dois regimes é, normalmente, deixado à livre escolha do candidato, com a excepção das profissões que exigem um conhecimento preciso do direito nacional, entre as quais se inclui, naturalmente, a de advogado, sendo que, neste caso, as autoridades nacionais podem determinar imperativamente a aplicação de um destes dois regimes⁽⁵⁴⁾. Refira-se, a título de curiosidade, que dos quinze países membros da Comunidade, apenas um, a Dinamarca, seguiu o regime do estágio de adaptação, tendo todos os restantes optado pelo regime da prova de aptidão, o qual permite evidentemente um controlo mais eficaz e apertado dos conhecimentos do candidato. A decisão do Estado-membro de estabelecimento deverá ser tomada num prazo máximo de quatro meses, contados desde a data da apresentação do requerimento apresen-

⁽⁵³⁾ Ver o artigo 7.º da directiva.

⁽⁵⁴⁾ Ver o artigo 10.º da directiva.

tado pelo candidato, deverá ser devidamente fundamentada e susceptível de recurso ⁽⁵⁵⁾.

Esta directiva foi notificada aos Estados-membros em 4 de Janeiro de 1989, impondo o seu art. 12.º um prazo de dois anos para as autoridades nacionais procederem à sua transposição, prazo esse que terminou, portanto, no dia 4 de Janeiro de 1991.

6. O projecto de directiva do CCBE relativo ao exercício do direito de estabelecimento dos advogados — Remissão

Não obstante o importante contributo dado pela directiva 89/48 e pela jurisprudência do TJCE para a plena implementação da liberdade de estabelecimento dos advogados no espaço da Comunidade Europeia, particularmente no que respeita à resolução do problema do reconhecimento mútuo de diplomas, a verdade é que, continuavam a subsistir determinadas situações para as quais não existia qualquer regulamentação normativa expressa, nem qualquer modelo decisório discernível na jurisprudência do Tribunal das Comunidades.

Com efeito, o regime da directiva 89/48 dirigia-se exclusivamente às hipóteses em que um determinado advogado, depois de obter a sua qualificação profissional no Estado A, se pretendia estabelecer no Estado B, para aí exercer a sua profissão com o título do Estado de acolhimento. Os advogados que pretendessem instalar-se noutra Estado-membro para aí exercerem com base no seu título profissional de origem eram perfeitamente deixados à margem do sistema.

O CCBE — Conseil Consultatif des Barreaux de la Communauté Européenne —, entidade que representa os cerca de 450.000 advogados da Europa e que tem tido, a partir do início da segunda metade da década de 70, um papel fundamental no estudo e resolução de questões relacionadas com a coordenação e harmonização das condições de exercício da profissão de advogado no

(55) Artigo 8.º da directiva.

espaço comunitário, veio a aprovar, em Outubro de 1992, um projecto de directiva destinado justamente a fazer face a este quadro legislativo lacunar. Este projecto consagrava a possibilidade de os advogados comunitários exercerem o seu direito de estabelecimento segundo duas modalidades distintas e dando oportunidade ao advogado estrangeiro de exercer a sua profissão de acordo com o seu título de origem. No capítulo IV deste estudo teremos ocasião de examinar detalhada e rigorosamente as linhas essenciais deste projecto de directiva e, bem assim, aquilatar da forma como o mesmo viria a dar origem à Directiva 98/5/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

III. A aplicação do regime comunitário da livre prestação de serviços à profissão de advogado

1. Delimitação geral

Por serviços devem entender-se, nos termos do art. 60.º do Tratado (actual artigo 50.º CE), quaisquer “prestações realizadas normalmente mediante remuneração, na medida em que não sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas”. Nos termos da alínea *d*) daquele preceito, a situação dos profissionais liberais está expressamente abrangida por esta liberdade⁽⁵⁶⁾.

O regime da livre prestação de serviços pode aplicar-se em quatro tipos de circunstâncias. A situação clássica é aquela em que o prestador de serviços se desloca a outro país da Comunidade para aí praticar um determinado acto próprio da sua actividade profissional⁽⁵⁷⁾. Para além desta hipótese há ainda que considerar os

(56) Sobre a aplicabilidade das regras sobre livre prestação de serviços aos profissionais liberais e designadamente aos advogados, ver J. Cl. BONICHOT, “The Free Movement of Lawyers and the Relevant Case-law of the Court of Justice of the European Communities”, *Current Trends and Developments in the Case-law of the Court of Justice of the European Communities*, Vol. I, 1994, pp. 147-160.

(57) Por exemplo, um advogado português que se desloca a França para aí prestar uma consulta jurídica a um cliente de nacionalidade francesa.

casos em que é o destinatário do serviço que se desloca ao país do prestador deste ⁽⁵⁸⁾, as situações em que é o próprio serviço que atravessa fronteiras, permanecendo o prestador e o destinatário do mesmo, cada um no seu próprio país ⁽⁵⁹⁾ e, finalmente a hipótese em que tanto o prestador de serviços como o destinatário exercem os seus direitos de livre circulação encontrando-se num terceiro Estado-membro ⁽⁶⁰⁾.

2. Concretização do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em matéria de livre prestação de serviços pelos advogados

Princípio estruturante de todo o regime comunitário da livre prestação de serviços, já o dissemos, é o da não discriminação em função da nacionalidade, consagrado no art. 60.º do Tratado (actual artigo 50.º CE) ⁽⁶¹⁾.

Em conformidade com o disposto no artigo 59.º do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 49.º CE), competia aos Estados-membros proceder à supressão progressiva, durante o período de transição, de todas as restrições à livre prestação de serviços no seu território por nacionais de outros Estados-membros. Em complemento desta regra-base o art. 63.º (que passou, após alteração, a artigo 52.º CE), vinha prever a aprovação de um Programa Geral e de directivas de liberalização enfeudados à prossecução do mesmo objectivo.

Atingiu-se, porém, no final do período de transição, à semelhança do que se passava aliás também em matéria de direito de estabelecimento, uma situação em que, apesar da adopção de tais Programas Gerais e da aprovação de algumas directivas destinadas a implementar a livre prestação de serviços, subsistiam ainda múl-

⁽⁵⁸⁾ Será o caso, por exemplo, de um cliente, de nacionalidade belga, que se desloque à Holanda para consultar um advogado holandês.

⁽⁵⁹⁾ Por exemplo, o caso em que um advogado francês envia, por fax, a resposta a uma consulta jurídica a um cliente dinamarquês.

⁽⁶⁰⁾ Será o caso de um advogado estabelecido na Alemanha e um cliente italiano se encontrarem no Luxemburgo, para aí o primeiro prestar os seus serviços ao último.

⁽⁶¹⁾ Ver *supra*, Capítulo I, ponto 4.

tiplas restrições à sua plena concretização ⁽⁶²⁾, o que colocava necessariamente em causa o respeito pela regra do tratamento nacional.

Caberia ao TJCE solucionar este problema no seu acórdão *Van Binsbergen* ⁽⁶³⁾, determinando que os artigos 59.º e 60.º, n.º 3 do Tratado, os quais obrigam os Estados-membros a conceder no seu território, aos nacionais dos outros Estados-membros a possibilidade de ali prestarem serviços nas condições previstas pela respectiva legislação nacional para os seus próprios cidadãos, produzem efeito directo. Tal significava que, após o termo do período transitório, essas disposições se tornavam directamente aplicáveis em todos os países da Comunidade, independentemente de quaisquer medidas de execução e invocáveis pelos particulares em juízo nos tribunais nacionais ⁽⁶⁴⁾.

Dava-se, nestes termos, um impulso decisivo no sentido de conferir efectividade à regra-chave nesta matéria — a de que o prestador de serviços fica submetido, no Estado-membro onde realiza a sua prestação ao regime jurídico aplicável aos nacionais desse mesmo Estado. No entanto, a aplicação deste regime aos não-nacionais, nem sempre poderia ser feita de uma forma perfeitamente idêntica à que tem lugar quanto aos cidadãos nacionais, sob pena de se estar a retirar todo o efeito útil à distinção essencial traçada pelo Tratado entre a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços. Consciente da necessidade e da importância de fixar limites rigorosos entre estes dois domínios e procurando sempre salvaguardar um campo de aplicação suficientemente amplo para o regime jurídico da livre prestação de serviços, o Tribunal tomou também posição sobre esta matéria no acórdão *Van Binsbergen*. Assim, o Tribunal considerou que, exigir-se ao prestador de serviços que resida no Estado onde os mesmos são presta-

⁽⁶²⁾ Ver a este respeito, G. MARENCO, *op. cit.* na nota 46.

⁽⁶³⁾ Ac. de 3 de Dezembro de 1974, Proc. n.º 33/74, *cit. supra* na nota 9. Entre os muitos comentários doutrinários a este julgamento, ver Y. LOUSSOUARN, *RTDE*, 1975, pp. 518-531; O.E.M. GILLAVRY, *JTDE*, 1975, pp. 100-103; G. MORSE, *ELR*, 1975, pp. 67-69; M. NEVILLE, *The Journal of Business Law*, 1975, pp. 168-169.

⁽⁶⁴⁾ Ver o cons. n.º 10.

dos, tem por consequência óbvia, o retirar de todo o sentido à distinção entre direito de estabelecimento e livre prestação de serviços, a que está aliás, inerente a ideia de não haver, da parte do prestador de serviços, uma instalação habitual no território onde os serviços são prestados⁽⁶⁵⁾. Além do mais, esclareceu ainda o Tribunal, exigir ao prestador de serviços que residisse no Estado onde tem lugar a prestação resultaria numa clara distorção ao princípio da não discriminação em matéria de livre prestação de serviços, discriminação essa que deixaria de ter por fundamento a nacionalidade para passar a basear-se na residência. O TJCE, bem ciente do entrave que tal tipo de exigência podia vir a constituir para a prossecução dos objectivos comunitários, marcou de forma categórica, neste seu acórdão, a sua posição, determinando a eliminação de todas as restrições à livre prestação de serviços decorrentes da residência dos sujeitos envolvidos.

Aliás, outras decisões mais recentes do TJCE vieram confirmar, de forma inequívoca, a sua determinação em excluir do âmbito de aplicação do regime jurídico da livre prestação de serviços todas aquelas situações em que a aplicação de determinados requisitos da regulamentação legal em vigor no país de estabelecimento ao cidadão não-nacional tinham por alcance eliminar todo o efeito útil daquela dicotomia.

Exemplos bem notórios desta orientação jurisprudencial e demonstrativos do empenho do Tribunal das Comunidades em assegurar uma delimitação rigorosa do âmbito de incidência de cada um destes dois regimes são os acórdãos *Säger*⁽⁶⁶⁾ e *Gebhard*⁽⁶⁷⁾.

No primeiro, o TJCE veio afirmar de forma categórica que “o Estado-membro não pode sujeitar a prestação de serviços no seu território ao cumprimento de todas as condições exigidas a um estabelecimento, sob pena de privar de qualquer efeito útil as dis-

⁽⁶⁵⁾ Ver os cons. n.ºs 11 e ss.

⁽⁶⁶⁾ Acórdão do TJCE de 25 de Julho de 1991, no Proc. C-76/90, *Säger*, Col. 1991, p. I-4221. Ver as anotações de W. H. ROTH, *CMLRev.*, 1993, pp. 145-154 e de R. BARENTS, *Eurídica*, 1991, n.º 7, pp. 9-10.

⁽⁶⁷⁾ Acórdão do TJCE de 30 de Novembro de 1995, no Proc. C-55/94, *Gebhard*, *cit. supra* na nota 16.

posições do Tratado destinadas precisamente a garantir a livre prestação de serviços” (68).

No segundo, o Tribunal precisou que o carácter temporário de uma actividade determinada não exclui a possibilidade do prestador de serviços se dotar, no Estado de acolhimento, de uma dada infraestrutura, designadamente um escritório ou gabinete, na medida em que a mesma seja necessária à prossecução dessa actividade (69). Já aqui demos conta de como, no caso *sub judice*, o Tribunal veio a considerar que a situação de Gebhard era reconduzível à liberdade de estabelecimento e não à livre prestação de serviços, já que o mesmo exercia a sua actividade de forma estável e contínua noutro Estado-membro da Comunidade, com base num domicílio profissional fixo a partir do qual se dirigia aos residentes nesse mesmo Estado (70).

3. Interdição das restrições formalmente não discriminatórias

Claramente identificável na jurisprudência do TJCE, particularmente a partir dos finais dos anos 70, e em paralelo com o que se começava a verificar também em matéria de liberdade de estabelecimento, é a tendência, para a adopção de um entendimento amplo do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em matéria de liberdade de prestação de serviços (71). De acordo com esta, deve entender-se que o art. 60.º (actual artigo 50.º CE) proíbe, não só as restrições à livre prestação de serviços que traduzem uma discriminação formal, mas também, todas aquelas restrições que, não se apresentando como formalmente discriminatórias, tenham por efeito entravar, de modo injustificado, o objectivo de garantir a plena implementação da livre prestação de serviços no espaço comunitário.

(68) Cons. n.º 13.

(69) Ver os cons. n.ºs 26, 27 e 39.

(70) Ver os cons. n.ºs 28 e 39.

(71) Ver J. HANDOLL, *op. cit.* na nota 5, pp. 176-189.

Impõe-se, a este respeito, constatar que, a partir do acórdão *Webb* ⁽⁷²⁾, mas sobretudo do acórdão *Säger*, ⁽⁷³⁾ o TJCE vai transpôr, para o domínio da livre prestação de serviços, a doutrina das exigências imperativas, construída pela primeira vez no seu acórdão *Cassis de Dijon* ⁽⁷⁴⁾. Este julgamento, proferido a propósito da livre circulação de mercadorias, traçou as linhas fundamentais de uma distinção que se viria a tornar clássica em toda a jurisprudência do Tribunal entre medidas formalmente discriminatórias e medidas indistintamente aplicáveis, podendo aquelas ser permitidas apenas com base em exceções expressamente previstas no Tratado e estas também com base nas chamadas exigências imperativas ⁽⁷⁵⁾. Quanto a este último aspecto, aquele Tribunal consagrou a possibilidade de os Estados-membros adoptarem medidas de efeito equivalente a restrições quantitativas, justificando-as com base em determinados interesses superiores, admissíveis na medida em que preenchessem determinados requisitos, designadamente, o da proporcionalidade.

Transpondo a doutrina *Cassis de Dijon* para o terreno da livre prestação de serviços ⁽⁷⁶⁾, o Tribunal considerou que seriam permitidas as restrições que tivessem por base a invocação, por parte dos Estados-membros, “de razões imperiosas de interesse geral e aplicáveis a qualquer pessoa ou empresa que exerça uma actividade no território do Estado destinatário, na medida em que tal

⁽⁷²⁾ Acórdão do TJCE de 17 de Dezembro de 1981, no Proc. n.º 279/80, *Webb*, *cit. supra* na nota 40.

⁽⁷³⁾ Acórdão do TJCE de 25 de Julho de 1991, no Proc. C-76/90, *Säger*, *cit. supra* na nota 66.

⁽⁷⁴⁾ Acórdão do TJCE de 20 de Fevereiro de 1979, no Proc. 120/78, *Rewe* (“*Cassis de Dijon*”), Col. 1979, p. 649.

⁽⁷⁵⁾ A propósito da distinção entre medidas formalmente discriminatórias e medidas indistintamente aplicáveis e respectivas justificações, ver M. WAELBROECK, “Mesures d’effet equivalent, discrimination formelle et materielle dans la jurisprudence de la Cour de Justice”, *Liber Amicorum Frederic Dumon*, T. II, 1983, pp. 1329-1343; C. BOTELHO MONIZ, “O conceito de medida de efeito equivalente: critérios e limites”, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Documentação e Direito Comparado*, n.º 20, 1984.

⁽⁷⁶⁾ Quanto a este aspecto, ver recentemente G. TESAURO, “The Community’s Internal Market in the Light of the Court of Justice”, *Yearbook of European Law*, n.º 15, 1995, p. 7: “the tendency (...) to read the Treaty provisions on the movement of persons and services so as to bring them into line with the liberalising provisions on the movement of goods”.

interesse não seja salvaguardado por normas a que o prestador esteja sujeito no Estado-membro onde estiver estabelecido” (77). Fez-se assim a aplicação necessária da teoria das exigências imperativas em matéria de prestação de serviços, temperada, como não poderia deixar de ser, numa área tão sensível como a que nos ocupa, por uma reforçada ideia de proporcionalidade, na medida em que o TJCE veio neste contexto exigir que “as referidas exigências devem ser objectivamente necessárias a fim de garantir o cumprimento das regras profissionais e garantir a protecção do destinatário dos serviços, não devendo ir além do necessário para alcançar esses objectivos” (78). Esta evolução jurisprudencial, hoje em dia perfeitamente consolidada, apresenta-se, a nosso ver, como fundamental para o cabal desenvolvimento da livre prestação de serviços. Transportando para este domínio toda a riqueza jurídica das suas decisões em matéria de medidas de efeito equivalente, o TJCE constroi assim um sistema coerente de acordo com o qual se torna possível atacar todas as restrições a esta liberdade ainda que formalmente não discriminatórias e, por outro lado, justificar essas mesmas restrições, desde que as mesmas correspondam a razões imperativas de interesse geral, atendíveis face ao Direito Comunitário.

Refira-se ainda que, num caso e noutro, a existência dessas restrições assenta na mesma base: a inexistência de regulamentação comum ou harmonizada no espaço comunitário, relativamente a uma dada matéria. Assim, na medida em que, numa determinada área, exista esse tipo de coordenação legislativa deixará de se justificar a aplicação das diversas legislações nacionais nessa matéria e, bem assim, se tornará desnecessário recorrer aos critérios decisórios estabelecidos na jurisprudência do TJCE (79). No âmbito da advocacia a situação é precisamente esta, em resultado da aprova-

(77) Ac. *Säger*, cit. supra na nota 66, cons. n.º 15.

(78) *Idem*.

(79) No seu acórdão *Keck e Mithouard* (acórdão de 17 de Novembro de 1993, Procs. apensos C-267 e 268/9, Col. 1993, p. I-6097), o Tribunal de Justiça teve ocasião de rever de forma importante a sua posição no que respeita à interdição das medidas de efeito equivalente à livre circulação de mercadorias e à distinção entre medidas formalmente discriminatórias e medidas indistintamente aplicáveis, com consequências apreciáveis para as outras liberdades de circulação. Trata-se de matéria que não cabe aqui aprofundar.

ção da directiva 77/249/CEE ⁽⁸⁰⁾, a qual, veio estabelecer um conjunto bastante detalhado de regras visando a plena efectivação da livre prestação de serviços pelos advogados no espaço da Comunidade Europeia.

4. A directiva 77/249/CEE relativa à livre prestação de serviços dos advogados

O Conselho de Ministros da Comunidade Europeia, reputando fundamental à construção do mercado comum a efectivação da livre prestação de serviços dos advogados no espaço comunitário, veio a aprovar, em 22 de Março de 1977, a supra-referida directiva, cujo conteúdo importa agora sinteticamente analisar.

Cumpra, logo à partida, salientar que, como o esclarece o seu art. 1.º, n.º 1, “a presente directiva aplica-se, dentro dos limites e condições nela previstos, às actividades dos advogados exercidas como prestação de serviços”. O mesmo é dizer: ficam excluídas do seu âmbito as actividades que se enquadrem no exercício da liberdade de estabelecimento.

A directiva aplica-se aos advogados, devendo entender-se por estes, nos termos do seu art. 2.º, n.º 1, “todas as pessoas habilitadas para exercer as suas actividades profissionais”, sob uma das variadíssimas designações que a profissão tem nos diversos Estados-membros. Compete ao Estado de origem definir, através da sua legislação interna, quem pode assumir a qualidade de advogado e em que condições.

Os Estados-membros podem, contudo, “reservar para determinadas categorias de advogados a competência para a elaboração de documentos autênticos que confirmam poderes para administrar os bens de pessoas falecidas ou digam respeito à constituição ou à transmissão de direitos reais sobre bens imóveis” ⁽⁸¹⁾.

Por seu turno, o art. 6.º da directiva contém uma norma dirigida aos advogados vinculados por contrato de trabalho, prevendo a possibilidade de os Estados-membros vedarem aos profissionais

⁽⁸⁰⁾ JOCE L 78, de 26 de Março de 1977, p. 7.

⁽⁸¹⁾ Cf. artigo 1.º, n.º 1.

nessas condições, isto é, “aos advogados assalariados, vinculados por um contrato de trabalho a uma empresa pública ou privada, o exercício da actividade de representação e defesa em juízo dessa empresa, se tal for o regime aplicável aos advogados estabelecidos nesse Estado-membro”.

No entanto, a disposição central desta directiva é, sem dúvida, o seu art. 4.º. Este preceito vem, com efeito, estabelecer uma distinção essencial, condicionante do regime aplicável à livre prestação de serviços pelos advogados, entre actividades judiciais (ou mais propriamente de representação e defesa de clientes em juízo ou perante autoridades públicas) e extra-judiciais destes profissionais.

No que concerne ao primeiro tipo de funções, o princípio geral, fixado no art. 4.º, n.º 1 da directiva, é o de que o seu exercício obedece no Estado membro de acolhimento às mesmas condições que este Estado impõe aos profissionais aí estabelecidos. Consagra-se, porém, uma importante excepção a esta regra: a não submissão do advogado prestador de serviços a quaisquer requisitos de residência ou inscrição numa organização profissional no Estado em questão. Sublinhe-se ainda, neste contexto, que, no exercício de actividades judiciais, o advogado está sujeito a um princípio de dupla deontologia⁽⁸²⁾, já que o facto de não estar vinculado a inscrever-se numa organização profissional do Estado de acolhimento não o exime da observância das regras profissionais vigentes nesse mesmo Estado, à cabeça as de deontologia, e, além disso, continua obrigado a respeitar também as regras profissionais a que esteja adstrito no seu Estado de origem.

No que diz respeito às actividades extra-judiciais, o advogado, em princípio, fica apenas sujeito às regras profissionais vigentes no Estado de origem. O n.º 4 do art. 4.º vem, ainda assim, impôr a aplicação cumulativa de certas normas profissionais do Estado de acolhimento, relativas a aspectos fundamentais do exercício da profissão, “na medida em que tais normas possam ser cumpridas por um advogado não estabelecido no referido Estado e o seu cumprimento se justifique objectivamente para assegurar,

(82) Sobre o alcance deste princípio, ver G. FLECHEUX e S. DENINOLLE, “La profession d’avocat”, *Juris Classeur Europe*, Fasc. 730, parágrafo 127.

nesse Estado, o correcto exercício da actividade de advogado, a dignidade da profissão e o respeito das regras relativas a incompatibilidades". Estabelece-se assim uma espécie de *rule of reason*, inspirada na jurisprudência do Tribunal das Comunidades, determinando a obrigatoriedade de observância dessas regras apenas quando para isso existir uma justificação objectiva, nos termos da referida disposição da directiva. Neste núcleo duro de regras, imperativo para todos os advogados que exerçam a sua actividade num dado Estado, podem incluír-se um conjunto importante de regras: as normas relativas ao segredo profissional, à publicidade, as que disciplinam as relações entre colegas, as que regem as incompatibilidades e ainda as que estabelecem eventuais proibições de assistência a determinado tipo de clientes, designadamente, a proibição de dar assistência jurídica a clientes com interesses opostos.

A actividade de representação e defesa de clientes em juízo pode ainda ser submetida, pelo Estado de acolhimento a duas condições, previstas no art. 5.º da directiva: (1) a obrigação do advogado não-nacional se apresentar ao Bastonário da Ordem local e ao Presidente do Tribunal perante o qual vai pleitear; (2) a obrigação de actuar em concerto com um advogado estabelecido no Estado de acolhimento, o qual se torna responsável pela sua actuação. Esta segunda exigência imposta pela directiva veio desencadear acesa polémica, designadamente em face da legislação alemã, muito restritiva nesta matéria. Teremos, mais adiante, oportunidade de, neste contexto, analisar o acórdão *Comissão c. Alemanha* ⁽⁸³⁾, do qual resultou a condenação do Estado alemão por incumprimento da directiva 77/249, ao consagrar um regime demasiado restritivo da autonomia do advogado prestador de serviços, no quadro da concertação com o colega estabelecido no país de acolhimento.

Saliente-se, ainda, que o art. 7.º, n.º 1 da directiva confere às autoridades competentes dos Estados-membros a possibilidade de "pedir ao prestador de serviços a prova da sua qualidade de advogado". Trata-se, afinal, de exigir ao advogado não-nacional que faça prova da sua qualificação profissional. Esclareça-se que o não

⁽⁸³⁾ Acórdão do TJCE de 25 de Fevereiro de 1988, no Proc. n.º 427/85, *Comissão c. Alemanha*, Col. 1988, p. 1154.

cumprimento das obrigações em vigor no Estado de acolhimento, designadamente, a inobservância do disposto no art.4.º da directiva em análise, conduz, nos termos do art. 7.º, n.º 2 da mesma, à aplicação do regime sancionatório previsto por este mesmo Estado de acolhimento com todas as consequências legais estabelecidas nas suas regras substantivas e processuais.

5. Concretização prática do regime jurídico consagrado na directiva 77/249/CEE

5.1. Concretização jurisprudencial

O regime jurídico consagrado na directiva em análise encerrava alguns pontos menos claros, sendo de extrema importância, neste contexto, examinar algumas decisões do TJCE, cujo contributo para a sua compreensão é essencial.

5.1.1. O problema da dupla deontologia e o Ac. *Güllung* ⁽⁸⁴⁾

Uma das questões que maiores dúvidas suscitava prendia-se com o alcance a atribuir à regra de dupla deontologia, consagrada no art. 4.º. A clarificação deste problema ficou, em larga medida, a dever-se ao acórdão *Gullung*, em que o Tribunal veio determinar que a directiva 77/249/CEE deveria “ser interpretada no sentido de que as suas disposições não podem ser invocadas por um advogado estabelecido num Estado-membro com o objectivo de exercer no território de outro Estado-membro as suas actividades enquanto prestador de serviços quando, neste último Estado-membro, o acesso à profissão de advogado lhe tenha sido proibido por razões relativas à dignidade, honorabilidade e probidade” ⁽⁸⁵⁾. Tratava-se, no fundo, como o esclareceu o próprio Tribunal, de conferir aplicação prática ao preceituado no art. 7.º, n.º 2 da directiva, dei-

⁽⁸⁴⁾ Acórdão do TJCE de 19 de Janeiro de 1988, no Proc. 292/86, *Gullung*, Col. 1988, p. 131. Ver os comentários de J. LONBAY, *ELR*, 1988, pp. 275-279 e de A. BRUNOIS, *RTDE*, 1988, pp. 421-435.

⁽⁸⁵⁾ *Gullung*, cons. n.º 22.

xando na inteira disponibilidade das autoridades do Estado-membro de acolhimento a fixação das consequências do não cumprimento das obrigações em vigor nesse mesmo Estado.

No caso aqui em análise, Gullung tinha já visto ser recusada a sua pretensão ao exercício do direito de estabelecimento naquele Estado, por as autoridades do mesmo terem considerado que ele não preenchia os requisitos de dignidade, honorabilidade e probidade, indispensáveis ao exercício da profissão.

A decisão do TJCE veio estabelecer como princípio geral nesta matéria que, essa primeira recusa, fundada ela própria na inobservância de regras vigentes no Estado de acolhimento, era suficiente para que este Estado pudesse, sem mais, vedar o exercício da profissão em causa à referida pessoa, mesmo que agora ela viesse tentá-lo por via da livre prestação de serviços.

5.2.2. O problema da actuação em concerto e os acórdãos *Comissão c. Alemanha* ⁽⁸⁶⁾ e *Comissão c. França* ⁽⁸⁷⁾

Problemática se revelou também a interpretação do art. 5.º da directiva, nomeadamente, no tocante à amplitude a dar à interpretação da obrigação de agir de concerto com um advogado estabelecido no país de acolhimento.

O problema colocou-se pela primeira vez face a determinadas disposições do direito interno alemão que impunham aos advogados estrangeiros, prestadores de serviços na Alemanha, a obrigação de agir de concerto com um colega estabelecido na R.F.A. no exercício de actividades de carácter judicial, mesmo em situações em que a legislação daquele país não determinava a representação obrigatória através de advogado.

A legislação alemã fazia, para além disso, uma série de outras exigências da margem de autonomia de que o advogado prestador

⁽⁸⁶⁾ Acórdão do TJCE de 25 de Fevereiro de 1988, no Proc. n.º 427/85, *Comissão c. Alemanha*, cit *supra* na nota 82. Ver as anotações de J.H. HERBOTS, *CDE*, 1988, pp. 508-519; J. LONBAY, *ELR*, 1988, pp. 347-350; C. O'CONNAILL, *Gazette of the Incorporated Law Society of Ireland*, 1988, pp. 259-264.

⁽⁸⁷⁾ Acórdão do TJCE de 10 de Julho de 1991, no Proc. C-294/89, *Comissão c. França*, Col. 1991, p. I - 3591, comentado por X. RUIZ CALZADO, *Noticias CEE*, 1992, pp. 97-104.

de serviços deveria poder dispor, não obstante a previsão legal da concertação. Exigia-se assim, por exemplo, que o advogado com quem o prestador de serviços agia em concerto fosse designado mandatário no processo. Em segundo lugar, impunha-se que o advogado prestador de serviços apenas podia intervir em audiências de julgamento acompanhado pelo colega alemão com quem agia em concerto, estando obrigado a fazer prova da concertação sempre que tivesse de praticar um qualquer acto no processo. Em terceiro lugar, proibia-se o advogado prestador de serviços de visitar clientes presos ou com eles trocar correspondência, a menos que o fizessem acompanhados ou, no segundo caso, por intermédio de um colega estabelecido na R.F.A. Finalmente, determinava-se a obrigatoriedade de inscrição dos advogados prestadores de serviços junto das instâncias judiciais relativamente às quais estavam autorizados a exercer o mandato judicial, do que resultava uma evidente limitação territorial da sua actuação profissional.

O TJCE foi colocado perante todos estes problemas numa acção por incumprimento interposta pela Comissão contra a R.F.A. por inadequada transposição da directiva 77/249. No seu acórdão de 25 de Fevereiro de 1988, *Comissão c. Alemanha* ⁽⁸⁸⁾, o Tribunal veio a considerar que as supra-mencionadas exigências, impostas pela legislação alemã não eram nem indispensáveis, nem mesmo úteis, no que respeita a garantir o necessário apoio ao advogado prestador de serviços no exercício da sua actividade profissional. Na realidade, a obrigação de agir de concerto com um advogado local não tinha outro objectivo que não fosse o de garantir o pleno respeito pelo bom funcionamento da justiça e a cabal protecção dos interesses dos clientes, assegurando ao advogado não nacional o apoio necessário para exercer a sua actividade com a máxima eficácia num sistema judiciário diferente do seu. Consequência lógica de todo este raciocínio, os referidos aspectos do regime legal alemão foram declarados incompatíveis com a disciplina jurídica consagrada na directiva 77/249/CEE e a R.F.A. condenada por incumprimento.

Um problema de características bastante semelhantes colocou-se a propósito de determinadas disposições do direito interno

(88) *Cit supra* na nota 82.

francês, as quais vinham, também elas, impôr condições francamente apertadas na forma de garantir a concertação com um advogado estabelecido no país de acolhimento.

Mais uma vez, o TJCE, desta vez em acórdão de 10 de Julho de 1991, *Comissão c. França* ⁽⁸⁹⁾ veio reiterar a ideia que não era legítimo impôr a obrigação de agir de concerto em situações em que a representação por advogado não era obrigatória ou relativamente a actividades não caracterizáveis como judiciais. O Tribunal reafirmou assim uma interpretação teleológica do art. 5.º da directiva 77/249, entendendo que o dever de concertação ali previsto se deve, afinal, conter dentro dos limites necessários à realização dos objectivos que presidiram à produção desta norma, ou seja, assegurar o necessário apoio ao advogado estrangeiro no desempenho das suas funções no quadro de um sistema judiciário que ele não conhece. Desta forma, consegue efectivamente garantir-se, indirectamente, o bom funcionamento da justiça e a protecção indispensável dos interesses dos clientes em ver os seus casos tratados diligente e eficazmente.

5.2. Concretização normativa a nível comunitário — O Código Deontológico do CCBE

O CCBE (Conseil Consultatif des Barreaux de la Communauté Européene / Comissão Consultiva das Ordens de Advogados da Comunidade Europeia), já o dissemos, é o órgão representativo dos muitos milhares de advogados europeus.

O seu aparecimento ficou a dever-se à criação no seio da União Internacional dos Advogados (International Bar Association) de uma subcomissão encarregada do estudo das repercussões da CEE na profissão de advogado. Desta subcomissão nasceria em 1960, em larga medida, devido ao dedicado esforço do suiço H.P. Schmid, o CCBE, cuja sede seria fixada em Bruxelas ⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁹⁾ Cit. supra na nota 87.

⁽⁹⁰⁾ Para uma panorâmica breve da história e actividades do CCBE, ver G. KREMLIS, *op. cit. supra* na nota 4. Ver também, M. GOUT, "A propos de la proposition de directive du Conseil des Communautés Européennes concernant le droit d'établissement des avocats", *Gazette du Palais*, 17-18 novembre 1995, p. 1285.

Reconhecido em 1978, pela Comissão Europeia, como o organismo oficial de consulta da Comunidade para todas as questões relacionadas com o exercício da profissão forense, o CCBE é, hoje em dia, constituído por 17 delegações nacionais: 15 dos Estados-membros da União Europeia e 2 do Espaço Económico Europeu, existindo ainda vários outros países detentores da qualidade de membros observadores.

O CCBE constituiu, desde cedo, um ponto de contacto fundamental entre as Ordens de Advogados nacionais e as Instituições da Comunidade Europeia, contribuindo de maneira decisiva para a coordenação das condições de exercício da profissão de advogado no espaço europeu. O domínio essencial de actuação do CCBE tem sido o da deontologia profissional, domínio em que se insere, aliás, a Declaração de Perúgia, adoptada em 16 de Setembro de 1977, primeiro grande esforço no sentido de estabelecer uma base comum para um Código de Deontologia Comunitária, inspirado em princípios comuns aos vários países membros da CE. No entanto, tratava-se ainda de um documento muito genérico e com um conteúdo relativamente incipiente.

Mais globalizante e pormenorizado na regulamentação jurídica que estabeleceu viria a ser, sem dúvida, o documento aprovado na sessão plenária do CCBE reunida em Estrasburgo, a 28 de Outubro de 1988, a que foi atribuída a denominação de Código Deontológico dos Advogados da Comunidade Europeia.

O ponto 1.3.1. do Preâmbulo deste Código dá-nos, desde logo, a conhecer a preocupação essencial dos seus autores em garantir que a profissão de advogado seria capaz de acompanhar o processo de integração comunitária no pleno respeito por um núcleo básico de regras que deviam, sempre e, em qualquer parte do território dos Estado-membros, nortear a actuação dos advogados. Fixava-se, nestes termos, o objectivo essencial de definir “regras uniformes, aplicáveis a todos os advogados da Comunidade, seja qual for a Ordem a que pertençam, relativamente à sua prática além fronteiras”. Assumia-se ainda, de forma clara, que o estabelecimento dessas regras tinha, “especificamente, por fim, atenuar as dificuldades resultantes da aplicação de uma dupla deontologia, prevista no art. 4.º da directiva 77/249 de 22 de Março de 1977”.

No seu ponto 2, o Código Deontológico do CCBE enumera os princípios fundamentais a que a actuação de todos os advogados da Comunidade Europeia se deve submeter, a saber:

- ponto 2.1.) Independência;
- ponto 2.2.) Confiança e integridade moral;
- ponto 2.3.) Segredo profissional;
- ponto 2.4.) Respeito pelas regras deontológicas das outras Ordens;
- ponto 2.5.) Incompatibilidades;
- ponto 2.6.) Publicidade pessoal;
- ponto 2.7.) O interesse do cliente;

vindo, de seguida, os pontos 3, 4 e 5 desenvolver as linhas de força essenciais que devem orientar os advogados nas suas relações, respectivamente, com os clientes, os tribunais e, finalmente, com os outros advogados.

É, sem dúvida significativa a mais-valia trazida por este Código à concretização da livre prestação de serviços dos advogados, nomeadamente, pelo estabelecimento de uma base deontológica de referência, comum a todos os Estados-membros, bem patente na redacção do seu ponto 1.2.2. Com efeito, esta disposição, depois de se reconhecer que “cada Ordem tem as suas regras específicas, decorrentes das suas tradições próprias”, vem, sintomaticamente, assumir que, as regras próprias de cada Ordem se referem, contudo, “aos mesmos valores e, na maior parte dos casos, revelam uma base comum”.

Este Código significa o claro reconhecimento, por parte das Ordens de Advogados de todos os Estados-membros da Comunidade Europeia, da importância que a uniformização das regras deontológicas no espaço europeu assume. Ela é, aliás, claramente assumida como um instrumento fundamental para a realização de um verdadeiro mercado interno para os profissionais do foro, mercado esse alicerçado em sólidas exigências éticas que é imprescindível salvaguardar e reforçar pela continuada aproximação das entidades representativas dos advogados dos vários países membros da CE.

5.3. Concretização a nível do direito interno português — Os artigos 173.º A a 173.º F do Estatuto da Ordem dos Advogados

O art. 189.º do Tratado de Roma tem uma formulação bem clara: “a directiva vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”.

Nestes termos, a directiva 77/249/CEE impondo aos Estados da Comunidade a obrigação de prosseguirem determinados resultados, tendentes a garantir a plena efectivação da liberdade de prestação de serviços dos advogados no espaço europeu, deixava nas mãos destes a escolha dos meios adequados para concretizarem esse objectivo. Tornava-se necessário, pois, criar condições de aplicação prática das directrizes fixadas no acto comunitário, através da adopção de providências normativas de direito nacional.

A adesão de Portugal às Comunidades Europeias, em 1985, com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 1986, tornou imperativo que, também o nosso país, fizesse aprovar no seu ordenamento jurídico interno, normas destinadas a permitir a livre prestação de serviços em Portugal por parte de advogados provenientes de outros países da Comunidade.

O cumprimento de tal objectivo viria a ser assegurado pelo Decreto-Lei n.º 119/86, de 28 de Maio, que viria a aditar ao Estatuto da Ordem dos Advogados (Decreto-Lei n.º 84/84, de 16 de Março), um Título II-A, compreendendo os artigos 173.º A a 173.º F. O essencial do regime ali consagrado pode sintetizar-se em alguns parágrafos.

O art. 173.º A delimita, no seu n.º 1, o âmbito de aplicação pessoal daquele regime, esclarecendo que o mesmo se aplica “aos advogados provenientes de qualquer dos Estados-membros das Comunidades Europeias e neles autorizados a exercer as suas actividades e que as pretendam exercer em Portugal”, para, logo em seguida, no seu n.º 2, definir que devem entender por prestações de serviços “todas as actividades ocasionais de representação e mandato, sob qualquer forma, perante qualquer tribunal ou autoridade pública, e outras autorizadas aos advogados portugueses”.

O art. 173.º C dá-nos a conhecer, no seu n.º 1, quem são as pessoas que podem ser autorizadas a exercer a advocacia no nosso país, fixando o seu n.º 2 a obrigação dos advogados estrangeiros usarem o “seu próprio título expresso na língua ou numa das línguas do Estado-membro das Comunidades Europeias, com a indicação do organismo profissional a que pertencer ou da autoridade jurisdicional junto da qual esteja autorizado a exercer a respectiva actividade profissional”. O n.º 3, por seu turno, prevê a possibilidade de o advogado comunitário ser chamado a fazer prova da sua qualidade, através do pedido de “exibição do título comprovativo do seu direito a exercer a sua profissão no Estado-membro de proveniência” (91).

Disposição central de todo o regime de prestação de serviços em Portugal por advogados de outros países membros da CE é, inequivocamente, o art. 173.º D que transpõe para o direito português a célebre obrigação de agir de concerto, prevista no art. 5.º da directiva 77/249. Este preceito determina assim que, “a representação e o mandato judicial só podem ser exercidos de acordo com a orientação de advogado inscrito na Ordem dos Advogados portuguesa”.

No capítulo sempre problemático da deontologia profissional, o art. 173.º E apresenta-se como verdadeiramente lapidar, estabelecendo a obrigação de os advogados comunitários cumprirem um conjunto essencial de regras que constituem o cerne do estatuto profissional dos advogados estabelecidos em Portugal, qualquer que seja a natureza (judicial ou extra-judicial) dos serviços por eles prestados. Assim, “em matéria de representação e mandato judicial, bem como no que respeita às regras reguladoras do modo de exercício da profissão, designadamente as respeitantes a incompatibilidades, segredo profissional, relações entre colegas, proibição de patrocínio de partes com interesses opostos e publicidade, os advogados comunitários, estão sujeitos às condições de exercício e regras deontológicas aplicáveis aos advogados portugueses”.

(91) Para facilitar o cumprimento desta formalidade o CCBE elaborou um modelo universal de cartão de identificação para os advogados comunitários. A este propósito, ver L. MISSON e M. LUCAS, “La libre circulation des avocats dans la CEE”, *JUS Letter Bulletin*, 1989, p. 20.

Vigora, portanto, nos domínios referidos, o chamado princípio da dupla deontologia. Ao respeito pelas regras deontológicas do Estado de acolhimento deve pois acrescentar-se a obrigação de actuação de acordo com as directizes do Estatuto Profissional vigente no Estado de proveniência do advogado, do qual este nunca se desliga. Quanto às restantes matérias (as não compreendidas no n.º 1), vigora a regra de que o advogado comunitário apenas fica vinculado às regras em vigor no Estado de origem.

Por último, cumpre chamar a atenção para o art. 173.º F, o qual vem determinar quais as sanções aplicáveis no caso de incumprimento por parte de um advogado comunitário das disposições do Título II-A do Estatuto da Ordem dos Advogados. Assim, o n.º 1 deste preceito, evidenciando a especial gravidade das violações ao disposto no art. 173.º E, estabelece que as sanções aplicáveis são as “sanções disciplinares previstas para os advogados portugueses, sendo, porém, a sanção de suspensão substituída pela de proibição temporária do exercício em Portugal da actividade profissional”.

Tal é, nas suas linhas essenciais, o teor da transposição para o direito interno português do regime jurídico consagrado na directiva 77/249/CEE

IV. A nova Directiva 98/5/CE do Parlamento Europeu e do Conselho tendente a facilitar o exercício permanente da profissão de advogado num Estado-membro diferente daquele em que foi adquirida a qualificação profissional ⁽⁹²⁾

1. Razão de ordem

Este capítulo constitui, dada a actualidade e a importância das questões que nele se pretendem tratar, a parte essencial do presente estudo. Procuraremos, pois, na exposição que se vai seguir, expor todos os pontos que nos parecem fulcrais a respeito do regime

⁽⁹²⁾ Em geral sobre a nova directiva, ver G. FLECHEUX, “La profession d’avocat”, *Juris Classeur Europe*, Fascicule 730, 1998; J.- Cl. SÉCHÉ, “La directive 98/5/CE sur le droit d’établissement des avocats, *JTDE*, janvier 1999, p. 7.

jurídico consagrado na nova directiva, nunca perdendo de vista os aspectos que suscitaram maior polémica e examinando, se possível numa perspectiva crítica, as soluções relativamente a eles adoptadas.

Convém desde já indicar qual o método proposto para levar a cabo tal análise. Assim, começaremos por atentar no quadro legislativo existente em matéria de direito de estabelecimento dos advogados, dando conta das suas insuficiências e lacunas. Em seguida, descreveremos, de forma sumária, as diversas etapas do processo de adopção da nova directiva. Num momento posterior, concentrar-nos-emos no verdadeiro exame substancial do conteúdo desta. Este exame, depois de uma breve nota introdutória relativa ao âmbito pessoal de aplicação da nova directiva, será dividido em três secções, correspondentes a um igual número de matérias-chave por ela reguladas. A primeira destas secções terá por objecto o regime do direito de estabelecimento dos advogados com base no título profissional de origem. A segunda secção será dedicada à questão da integração do advogado no Estado de acolhimento, isto é, ao exercício por este advogado da sua profissão com base no título deste último Estado. A terceira e última secção analisará a problemática do exercício em grupo da advocacia por advogados estabelecidos num Estado-membro diferente daquele em que adquiriram a sua qualificação profissional. Finalmente, teremos oportunidade de indicar quais as medidas estabelecidas pela directiva no que respeita à sua implementação.

2. As insuficiências do quadro legislativo existente

O CCBE, organização representativa de todos os advogados da Comunidade Europeia cedo tomou consciência da necessidade de ir para além da definição de algumas regras gerais tendentes ao reconhecimento de diplomas no sentido de garantir a efectivação da liberdade de estabelecimento dos advogados no espaço da Europa Comunitária.

A directiva 89/48 assegurava esse mesmo reconhecimento, mas a sua regulamentação, para além de muito genérica, tinha o inconveniente de não ter em conta determinadas especificidades próprias à profissão de advogado. O seu sucesso foi, pois, no que

aos advogados diz respeito, algo limitado. Desde logo, o regime jurídico por ela estabelecido revelou-se particularmente oneroso para os advogados já possuidores de uma experiência profissional no Estado de acolhimento pois não há dúvida de que para estes profissionais a exigência complementar de um estágio ou de um teste de aptidão é, na maior parte dos casos, excessivamente dissuasiva⁽⁹³⁾.

Quanto a nós, a circunstância de todos os Estados-membros, excepção feita à Dinamarca, terem optado pelo sistema do teste de aptidão agrava ainda mais esta situação. Com efeito, são bem conhecidos os inconvenientes deste tipo de prova, cuja organização e modalidades são deixadas à discricionariedade de cada Estado-membro. O próprio artigo 1.º, alínea g) da Directiva 89/48 peca por uma considerável imprecisão. Por exemplo, o critério da diferença substancial entre formações não se encontra em parte alguma definido, assim como a delimitação do próprio objecto do exame.

Tais imprecisões acabaram por ter um resultado óbvio: uma apreciável disparidade de regimes entre os Estados-membros. Neste contexto, duas grandes tendências são identificáveis⁽⁹⁴⁾: um primeiro grupo de Estados de uma tendência que poderemos qualificar de "liberal", puseram em prática um sistema caracterizado por uma simples verificação das competências do advogados provenientes de outros Estados-membros, verificação circunscrita a determinadas matérias jurídicas, relativamente às quais a preparação destes advogados aparenta ser insuficiente; um segundo grupo de Estados, de tendência marcadamente proteccionista, concebe o referido teste de aptidão como um verdadeiro exame englobando geralmente todos os domínios do direito e o qual constitui, o mais das vezes, um verdadeiro obstáculo ao acesso à profissão para os não-nacionais⁽⁹⁵⁾.

(93) X. de ROUX, "Vers l'Europe des avocats", *Rapport d'information de l'Assemblée Nationale du 10 octobre 1985*, p. 15.

(94) Ver a descrição que delas faz X. de ROUX, *op. cit.* na nota anterior, p. 16 e ss.

(95) J.-J. DAIGRE, "Quelle Europe des avocats? Simple assimilation ou véritable intégration?", *Gazette du Palais*, 21-23 avril 1996, p. 44.

Uma outra grave insuficiência do regime fixado pela Directiva 89/48 reside no seu próprio âmbito de aplicação. Vimos já que a mesma se aplica exclusivamente aos advogados que exerçam sob o título do Estado de acolhimento. Os advogados que pretendam exercer a sua actividade noutro Estado-membro com base no seu título de origem são pois pura e simplesmente ignorados pela Directiva. A única opção ao dispor de tais profissionais é de renunciar ao seu título de origem para se poderem estabelecer noutro Estado-membro para aí exercerem a advocacia com o título deste último Estado. Esta situação é perfeitamente incompreensível num mercado que se pretende perfeitamente integrado para os profissionais liberais. Mais assim é se se pensar no enorme número de advogados comunitários hoje em dia estabelecidos num país diferente daquele em que obtiveram a respectiva qualificação profissional ⁽⁹⁶⁾. O estatuto destes profissionais é, face às lacunas existentes na Directiva 89/48, no mínimo, ambíguo.

Continuando cada um dos Estados-membros a ser soberano em matéria de estabelecimento permanente de advogados nacionais de outros Estados-membros no seu território, tal tipo de exercício é permitido por um certo número de países, proibido por outros ⁽⁹⁷⁾, gerando-se assim um quadro mais ou menos caótico ⁽⁹⁸⁾ de exercício do direito de estabelecimento pelos advogados comunitários. Tal quadro é agravado ainda pela diversidade de regimes nacionais aplicáveis às modalidades de exercício em grupo da advocacia que todos os textos legislativos comunitários parecem pura e simplesmente ignorar.

Ora, foi justamente com o objectivo de suprir todas estas insuficiências que as instituições comunitárias, sob a iniciativa do CCBE, se empenharam, a partir de 1995, na adopção de uma directiva sobre o estabelecimento dos advogados num Estado-membro diferente daquele em que adquiriram a respectiva qualificação profissional.

⁽⁹⁶⁾ Pense-se simplesmente nos muitos escritórios multinacionais de advogados existentes nas grandes cidades europeias como Bruxelas, Paris ou Londres.

⁽⁹⁷⁾ Ver a análise que destas disparidades de regime é feita por M. GOUT, *op. cit. supra* na nota 90. Ver também H. ADAMSON, *Free Movement of Lawyers*, p. 60 e ss.

⁽⁹⁸⁾ Trata-se de caracterização feita por G. FLECHEUX e S. DENINOLLE, "La profession d'avocat", *Juris Classeur Europe*, Fasc. 730, para. 120.

3. O projecto de Directiva do CCBE sobre o exercício do direito de estabelecimento pelos advogados comunitários e os seus desenvolvimentos

Ciente das distorções acima apontadas e das suas consequências nocivas para a livre circulação dos advogados na Comunidade Europeia, o CCBE empenhou-se, sobretudo a partir dos inícios dos anos 90⁽⁹⁹⁾, na busca de soluções que permitissem o seu enquadramento e que levassem, em última instância, à colocação em pé de igualdade de todos os advogados e utentes do direito.

Após largos meses de estudo e discussão, a organização representativa dos advogados europeus aprovaria, em Outubro de 1992, em Lisboa, um projecto de directiva sobre esta matéria, o qual teve por principal inovação a consagração da possibilidade de exercício do direito de estabelecimento pelos advogados segundo duas modalidades diferentes: de acordo com o título profissional do Estado de origem — *home title* —, ou de acordo com o título profissional do Estado de acolhimento — *host title*.

Tal projecto foi, em seguida, submetido à apreciação da Comissão Europeia, que viria, por sua vez, em 30 de Março de 1995, a apresentar, com base nele, uma proposta de directiva com base nos artigos 49.º e 57.º, n.º 1 e 2 do Tratado⁽¹⁰⁰⁾. Tal proposta foi objecto de pareceres do Comité Económico e Social⁽¹⁰¹⁾ e do Parlamento Europeu⁽¹⁰²⁾. Este último, adoptado em 19 de Julho de 1996, sugeria a introdução de um certo número de modificações à proposta inicial da Comissão e levaria, em última análise esta instituição a ter de adoptar uma nova proposta modificada⁽¹⁰³⁾ sobre esta matéria. No seguimento do procedimento previsto no artigo 189.ºB, Parlamento Europeu e Conselho viriam, em 16 de Fevereiro de 1998, a adoptar o texto definitivo da directiva 89/5/CE⁽¹⁰⁴⁾.

⁽⁹⁹⁾ Ver *supra* nota 90.

⁽¹⁰⁰⁾ OCE C 128, 25 de Maio de 1995, p. 6.

⁽¹⁰¹⁾ JOCE C 256, 2 de Outubro de 1995, p. 14.

⁽¹⁰²⁾ JOCE C 198, 8 de Julho de 1996, p. 2.

⁽¹⁰³⁾ JOCE C 355, 25 de Novembro de 1996, p. 19.

⁽¹⁰⁴⁾ JOCE L 77, 14 de Março de 1998, p. 36.

Refira-se que a base jurídica que acabou por ser retida para a adopção da directiva foram os artigos 49.º, 57.º, n.º 1 e 57, n.º 2, primeira e terceira frases, o que permitiu assim contornar o requisito de unanimidade previsto pelo n.º 2 do artigo 57.º⁽¹⁰⁵⁾ e culminou na aprovação da directiva por maioria qualificada, tendo o Luxemburgo votado contra. Este Estado, descontente com a base jurídica utilizada, veio inclusivamente a introduzir no Tribunal de Justiça recurso de anulação da directiva⁽¹⁰⁶⁾.

4. O novo regime jurídico aplicável ao direito de estabelecimento dos advogados

4.1. Âmbito pessoal

Cumpra aqui simplesmente precisar qual o âmbito pessoal de aplicação da directiva 98/5/CE. Este é definido de forma rigorosa pelo seu artigo 1.º.

Assim, esclarece o n.º 2 daquele preceito que, para efeitos da presente directiva, se deve entender por advogado qualquer pessoa, nacional de um Estado-membro, habilitada a exercer as suas actividades profissionais com base num dos títulos profissionais mencionados na directiva. O próprio artigo 1.º, n.º 2, alínea *a*) elenca em seguida os títulos profissionais válidos para esse efeito.

4.2. O exercício do direito de estabelecimento por um advogado migrante com base no título profissional do Estado de origem

A regra fundamental nesta matéria é o artigo 2.º da directiva. Esta disposição vem agora prever que um advogado se pode estabelecer noutro Estado-membro da Comunidade Europeia para aí exercer a sua actividade profissional com base no título de origem

⁽¹⁰⁵⁾ O artigo 57, n.º 2 do Tratado impõe um requisito de unanimidade para a adopção de directivas cuja execução implica para pelo menos um Estado-membro uma modificação dos princípios fundamentais consagrados na respectiva legislação no que concerne à formação e ao acesso de pessoas físicas ao exercício de profissões liberais.

⁽¹⁰⁶⁾ Proc. C-168/98, recurso introduzido em 4 de Maio de 1998. Ver G. FLECHEUX, *op. cit.* na nota 98, p. 8.

e isto, acrescente-se, sem qualquer limitação temporal quanto a essa possibilidade⁽¹⁰⁷⁾. Requisito fundamental para que o advogado nestas condições possa exercer a sua actividade é a sua inscrição junto da autoridade competente do Estado-membro de acolhimento, tornada obrigatória pelo artigo 3.º, n.º 1 da directiva. Tal exigência, recorde-se, já resultaria aliás do decidido pelo tribunal no acórdão *Gullung*⁽¹⁰⁸⁾.

Nos termos do artigo 5, n.º 2, o advogado que exerça com base no título profissional de origem pode inclusivamente dar consultas jurídicas sem restrições quanto às matérias sobre as quais estas podem incidir, o que significa a faculdade de dar tais consultas relativamente ao próprio direito do Estado de acolhimento.

⁽¹⁰⁷⁾ Uma tal limitação temporal encontrava-se consagrada na proposta original da Comissão. No seu artigo 2.º aquela proposta permitia o exercício da advocacia com base no título de origem apenas por um período de cinco anos, findo o qual, o advogado teria de se integrar completamente na profissão sob o título do Estado de acolhimento. Tal regra, de contornos extremamente imprecisos deu azo a grandes discussões interpretativas. Desde logo, não se compreendia o que aconteceria se passados cinco anos de exercício da profissão de acordo com o *home title* o advogado não pretendesse integrar-se plenamente na profissão do Estado de acolhimento. Teriam as autoridades deste Estado poderes para obrigar a deixar o país? Certamente, ser-lhe-ia vedado, pelo menos, o exercício da profissão no seu território. Mas, e se passados mais dois ou três anos o advogado regressasse àquele país, pretendendo novamente exercer a advocacia com base no seu *home title*? É fácil perceber que a aplicação de uma regra deste tipo seria muito difícil de controlar e que múltiplos seriam os artificios a que os advogados poderiam recorrer para a contornar.

As várias soluções propostas deram elas também por sua vez lugar a viva controvérsia e a uma clara cisão das posições nacionais nesta matéria. Posições radicalmente opostas eram defendidas por franceses, favoráveis à limitação temporal do exercício com base no título de origem e britânicos, partidários de uma integração automática na profissão do Estado de acolhimento. Deste debate dão conta X. de ROUX, *op. cit. supra* na nota 93, p. 36 e ss. e J.-J. DAIGRE, *op. cit. supra* na nota 95, p. 10 e ss.

Posição desfavorável à limitação temporal acabariam por tomar, nos seus respectivos pareceres, tanto o Comité Económico e Social como o Parlamento Europeu. Aliás, o próprio CCBE, na sua Sessão Plenária de Novembro de 1995, realizada em Dresden, voltou a subscrever a posição antes expressa no seu projecto de directiva, propondo a modificação do art. 2.º da proposta da Comissão, em termos de conceder ao advogado migrante a possibilidade de exercer a sua profissão, sem limite de tempo, em qualquer outro Estado-membro da Comunidade, de acordo com o seu título de origem. A solução definitivamente adoptada, acolhendo as críticas destas instituições é de aplaudir ao vir suprimir um obstáculo injustificado ao exercício da advocacia por nacionais de outros Estados-membros com base no seu título profissional de origem.

⁽¹⁰⁸⁾ Proc. 292/86, *cit. supra* na nota 84, cons. n.º 30.

Relativamente a este ponto muitas foram as inquietações manifestadas. O Comité Económico e Social, por exemplo, veio, no seu parecer de 5 de Julho de 1995 sobre esta matéria, exprimir grandes reservas “quanto à solução encontrada no sentido de se atribuir ao advogado migrante, a faculdade de, desde o início da sua deslocação, dar, nessa qualidade, consultas jurídicas em matéria de Direito do Estado de acolhimento, isto é, sem que, necessariamente, tenha frequentado, antes, quaisquer estágios ou cursos de formação complementar naquelas matérias, ou sem que a sua competência nesse domínio tenha sido submetida a qualquer espécie de avaliação prévia.” E completava o Comité: “é manifesto que, nesse caso, os direitos dos consumidores ficam insuficientemente acautelados” (109).

Julgamos, no entanto, que as preocupações do Comité não têm razão de ser. Com efeito, neste domínio, a ponderação da bondade ou não da solução adoptada tem de centrar-se na ideia fundamental de protecção dos consumidores, isto é, no caso dos advogados, os clientes. É a defesa dos seus interesses que justifica, em última análise, a existência de regras especiais para o exercício da advocacia por não nacionais, regras essas que se destinam, afinal, a garantir que os advogados migrantes possuem um conhecimento suficiente do Direito do Estado de acolhimento que lhes permita prosseguir, com competência técnica e no pleno respeito pelas regras deontológicas básicas desse Estado, a eficaz tutela jurídica dos seus constituintes. Ora, parece-nos que esses elementos foram tidos em consideração pela directiva ao exigir do advogado que exerce no Estado-membro de acolhimento com o título profissional de origem que desenvolva as suas actividades profissionais com esse título expresso na língua ou numa das línguas oficiais do Estado-membro de origem (110). Prevê-se, aliás, também que as autoridades do Estado de estabelecimento possam exigir do advogado indicações complementares sobre a sua filiação profissional no Estado de onde provém e até que, no limite, no caso de haver risco de confusão com o título profissional do Estado-membro de acolhimento, as autoridades deste possam exigir que o advogado mencione o seu

(109) Parecer do Comité Económico e Social, *cit. supra* na nota 101, pp. 14-15.

(110) Artigo 4.º, n.º 1.

Estado de origem ⁽¹¹¹⁾. Afigura-se assim que os utentes do direito estarão em posição de saber exactamente aquilo com que podem contar quando consultem os advogados em questão. Neste contexto, é fundamental o papel das autoridades dos vários Estados, dentro dos limites da competência que lhes é atribuída pelo referido art. 4.º, de zelar pela apresentação o mais completa possível aos clientes dos advogados instalados no seu território.

A directiva indica algumas excepções à equiparação plena destes profissionais aos advogados do Estado de acolhimento. Neste particular, cumpre chamar a atenção, desde logo, para os n.ºs 2 e 3 do artigo 5.º, os quais vêm especificar os domínios de actividade cujo exercício os Estados-membros podem vedar aos advogados inscritos com base no título profissional do Estado-membro de origem, a saber:

- a preparação de documentos autênticos que habilitem o advogado a administrar os bens de pessoas falecidas ou que digam respeito à constituição ou transferência de direitos reais sobre imóveis, se nesse mesmo Estado-membro tais actividades se encontrarem reservados a determinadas categorias específicas de juristas ⁽¹¹²⁾;
- as actividades de representação e defesa de clientes em processos judiciais, na medida em que tais actividades estejam reservadas aos advogados do Estado-membro de acolhimento ⁽¹¹³⁾. Neste caso, o advogado inscrito com base no seu título de origem, fica condicionado no exercício de funções judiciais, à obrigação de agir de concerto com um advogado estabelecido no país de acolhimento ⁽¹¹⁴⁾, em paralelo aliás com o disposto no art. 5.º da directiva 77/249/CEE.

⁽¹¹¹⁾ Artigo 4.º, n.º 2.

⁽¹¹²⁾ Artigo 5.º, n.º 2.

⁽¹¹³⁾ Artigo 5.º, n.º 3.

⁽¹¹⁴⁾ Tal obrigação de agir em concerto foi originalmente concebida com um âmbito consideravelmente mais vasto. Com efeito, o projecto do CCBE impunha tal actuação concertada também no caso de representação de clientes perante autoridades não judiciais. É de registar com apuro que tal exigência, perfeitamente desajustada e em aberta contradição com a jurisprudência do Tribunal das Comunidades relativa à obrigação de agir de concerto em matéria de livre prestação de serviços (ver a este propósito, o acórdão *Comissão c. França*, Proc. C-294/89, *cit. supra* na nota 87), tenha sido abandonada.

O legislador comunitário prevê ainda que, “a fim de assegurar o bom funcionamento do sistema judicial, os Estados-membros podem prever regras específicas de acesso aos tribunais supremos, tais como o recurso a advogados especializados” (115).

No que respeita às regras deontológicas e profissionais aplicáveis no país de acolhimento ao advogado estabelecido com base no *home title*, rege agora o artigo 6.º, n.º 1 da directiva: “independentemente das regras profissionais e deontológicas a que está sujeito no seu Estado-membro de origem, o advogado que exerça com o título profissional de origem fica submetido às regras profissionais e deontológicas aplicáveis aos advogados que exerçam com o título profissional adequado do Estado membro de acolhimento relativamente a todas as actividades que desenvolva no território deste último”.

O n.º 3 deste preceito consagra uma excepção a esta regra, na medida em que admite que o advogado migrante seja dispensado da realização de um seguro de responsabilidade profissional ou da inscrição num fundo de garantia profissional, se o mesmo comprovar estar coberto, no Estado de origem, por um seguro ou garantia de natureza equivalente ao do país de acolhimento quanto às suas modalidades e âmbito de cobertura.

Consequência fundamental que decorre do disposto no art. 6.º, n.º 1 da directiva é, logicamente, a da obrigatoriedade de respeito pelas regras locais de deontologia do Estado de estabelecimento, muito em particular no delicadíssimo sector da publicidade profissional que, como sabemos, é objecto de regimes bem distintos de alguns Estados-membros da CE para outros (116).

Relativamente à questão do exercício de poderes disciplinares sobre os advogados nestas condições rege o art 7.º da directiva. A regra geral nesta matéria encontra-se definida no seu n.º 1: “Em caso de incumprimento das obrigações em vigor no Estado-membro de acolhimento pelo advogado que exerça com o título profis-

(115) Artigo 5.º, n.º 3, in fine. Sem dúvida, o legislador comunitário inspirou-se aqui na solução dada pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Comissão c. Alemanha*, Proc. 427/85, cit. *supra* na nota 82.

(116) Sobre esta matéria, ver o excelente estudo de Susanne Milzer, *Werbenglichkeiten für Rechtsanwälte in der Europäischen Union*, Dissertation Universität Köln, 1994/95, Deutscher Anwaltverlag, Bonn, 1995.

sional de origem, são aplicáveis as regras de processo, as sanções e os recursos previstos no Estado-membro de acolhimento”. Aspecto fundamental e que consideramos francamente de aplaudir neste artigo consiste na solução adoptada de permitir a participação das autoridades competentes do Estado de origem do candidato na apreciação e decisão de processos disciplinares de que o mesmo seja objecto, no Estado de acolhimento ⁽¹¹⁷⁾.

Seguindo de muito perto a redacção do art. 10.º do projecto do CCBE, o texto definitivo da directiva vai porventura ainda um pouco mais longe que esse projecto no que respeita à pormenorização de um verdadeiro dever de cooperação imposto às autoridades do Estado de acolhimento sempre que se coloque a possibilidade de levantamento de um processo disciplinar a um advogado estabelecido com base no seu *home title*. Tal dever consubstancia-se, essencialmente, na comunicação às autoridades responsáveis do Estado de origem de todas as informações relevantes sobre a conduta do advogado em questão. Em especial, o art. 7.º, n.º 3 da directiva prevê agora que, “o Estado-membro de acolhimento tomará todas as disposições necessárias para que a autoridade competente do Estado-membro de origem possa apresentar observações perante as instâncias de recurso”.

Refira-se ainda o preceituado no n.º 5 do art. 7.º da directiva. A suspensão ou proibição do exercício da profissão pelo advogado migrante no seu Estado de origem acarreta a correspondente interdição do exercício da profissão no Estado de acolhimento. Trata-se afinal de uma simples tradução prática da ideia que o estabelecimento por parte de um advogado noutra Estado-membro da Comunidade, quando feita sob o título profissional de origem, não o desvincula da observância do estatuto profissional vigente no Estado de onde ele é originário, sendo que, qualquer infracção a este se acaba, afinal, por repercutir inexoravelmente sobre a sua vida profissional, mesmo que esta se encontre centrada fora do território deste Estado.

Por último cumpre chamar a atenção para o artigo 8.º da directiva, o qual vem definir como princípio geral a possibilidade

(117) Artigo 7.º, n.º 2.

dos advogados inscritos no estado de acolhimento sob o título profissional de origem poderem exercer a sua actividade enquanto assalariados. A definição de “assalariado” retida por esta disposição é relativamente ampla, cobrindo aqueles que exercem a advocacia ao serviço de um outro advogado, de uma associação ou sociedade de advogados, ou ainda, de uma empresa pública ou privada. Tal exercício assalariado da advocacia apenas não será possível num determinado Estado-membro na medida em que este Estado não a permita aos advogados inscritos com o título do estado de acolhimento. Garante-se assim que os advogados nestas condições não sejam alvo de discriminações com base no seu título profissional.

4.3. O exercício do direito de estabelecimento por um advogado migrante com base no título profissional do Estado de acolhimento

O exercício da advocacia por um advogado nacional de outro Estado-membro sob o título do Estado de acolhimento encontra-se regulado pelo artigo 10.º da directiva. O advogado nestas condições dispõe agora de três possibilidades de integração na profissão do Estado de acolhimento.

Desde logo, o advogado que pretenda instalar-se a título definitivo no Estado de acolhimento para aí exercer a advocacia com o título profissional deste Estado dispõe da solução tradicional de obter o reconhecimento do seu diploma nos termos da directiva 89/48⁽¹¹⁸⁾. Obviamente, o advogado que opte por seguir por esta via, terá de se sujeitar às condições relativamente rígidas de reconhecimento fixadas por aquela directiva, designadamente a necessidade de se submeter a um teste de aptidão.

São as segunda e terceira hipóteses abertas ao advogado migrante pela directiva 89/5 que verdadeiramente interessa analisar pois delas resultam importantes desenvolvimentos para o estatuto destes profissionais.

⁽¹¹⁸⁾ Artigo 10.º, n.º 2.

Concentremo-nos primeiro no n.º 1 do artigo 10.º. Nos termos desta disposição, os advogados que comprovem uma actividade efectiva e regular ⁽¹¹⁹⁾ por um período de pelo menos três anos no Estado de acolhimento e em relação ao direito desse Estado, incluindo o direito comunitário, podem ser dispensados da realização da prova de aptidão que, em princípio, lhes seria exigível com base no art. 4.º, n.º 1, al. b) da directiva 89/48/CEE. Nos termos da alínea a), do n.º 1 do artigo 10.º, é ao requerente que compete fazer prova dessa actividade efectiva e regular por um período de pelo menos três anos no Direito do Estado de acolhimento, fornecendo às autoridades deste Estado todas as informações e documentos úteis para comprovar tal exercício.

De qualquer forma, refira-se que as autoridades responsáveis do Estado-membro de acolhimento podem sempre, com base no art. 10.º, n.º 1, al b) levar a cabo uma verificação do carácter regular e efectivo da actividade do advogado em causa podendo solicitar a este a prestação de esclarecimentos nesse sentido.

A decisão de não concessão da referida dispensa só pode basear-se no não preenchimento do requisito da actividade regular e efectiva. Tal decisão tem de ser fundamentada e susceptível de recurso jurisdicional de direito interno ⁽¹²⁰⁾.

Antes de abordarmos a terceira possibilidade de integração na profissão do Estado de acolhimento que se apresenta aos advogados detentores de um título profissional obtido noutra Estado-membro cumpre fazer uma breve análise crítica do disposto no artigo 10.º, n.º 1. Esta tem forçosamente que assentar numa perspectiva histórica. Assim, é de evidenciar que a solução retida no texto definitivo da directiva mantém-se perfeitamente fiel à proposta inicial da Comissão. Ela traduz-se objectivamente numa substituição do sistema do exame de aptidão previsto na directiva 89/48 por uma simples avaliação documental de três anos de exercício em termos estáveis da profissão de advogado no Direito do Estado de estabelecimento o que envolve evidentemente alguns

⁽¹¹⁹⁾ Esta mesma disposição elucida que por actividade efectiva e regular se entende "o exercício real de actividade sem outras interrupções para além das que possam resultar dos acontecimentos da vida corrente".

⁽¹²⁰⁾ Artigo 10.º, n.º 1, al. b), *in fine*.

riscos no que respeita à protecção adequada dos utentes do direito. Por esse motivo tal solução foi alvo de diversas críticas provenientes dos mais variados quadrantes ⁽¹²¹⁾.

Desde logo inúmeras foram as inquietações manifestadas relativamente à noção de actividade efectiva e permanente, depois transfigurada em actividade efectiva e regular no texto definitivo. O Comité Económico e Social, por exemplo, dirigiu violentas críticas a esta fórmula considerando que dela era impossível retirar um conteúdo suficientemente rigoroso, minimamente adequado a uma aplicação concreta ⁽¹²²⁾.

Também a expressão “Direito do Estado-membro de acolhimento, incluindo o Direito Comunitário”, utilizada pelo artigo 10.º, n.º 1, mereceu comentários desfavoráveis da parte daquele órgão comunitário. Criticava fundamentalmente o Comité que a referida expressão poderia ser interpretada em dois sentidos radicalmente opostos: entender-se que o Direito Comunitário se encontra abrangido no Direito do Estado de acolhimento, bastando, nesse caso, ao candidato ter praticado com carácter efectivo e permanente, durante três anos, em matéria de Direito Comunitário para ter acesso ao título do Estado para onde migrou ou, alternativamente, entender-se que tal expressão quer significar que, tendo praticado apenas no Direito do Estado de acolhimento e não no Direito Comunitário, o advogado migrante estaria impedido de requerer o referido acesso.

Julgamos que ambas estas críticas têm alguma razão de ser e que os aspectos em questão podiam e deveriam ter sido objecto de uma definição de critérios mais precisa e mais rigorosa. cremos, porém, que tais inconvenientes poderão, por duas vias, diferentes mas complementares, ser atenuados. Assim, por um lado, compe-

⁽¹²¹⁾ Por exemplo, C. BOTELHO MONIZ, *op. cit. supra* na nota 1, na p. 327, acerca da proposta de directiva, considerava que “o exercício pleno da profissão em qualquer Estado-membro, incluindo a representação e defesa de clientes em juízo, perante os órgãos judiciais do Estado em causa, pressupõe um controlo efectivo sobre os conhecimentos do candidato, pelo menos no domínio do Direito Processual, que não se compadece com o automatismo proposto”.

⁽¹²²⁾ Parecer do Comité Económico e Social, *cit. supra* na nota 101, p. 15. Idêntica opinião parece ter J. NERLICH, “Erleichterte Niederlassungsbedingungen für Europäische Rechtsanwälte in Sicht”, *Monatsschrift für deutsches recht*, 1996, p. 874 e ss.

tirá às autoridades competentes do Estado de acolhimento, no quadro dos poderes de avaliação que lhe são conferidos pelas alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 10.º, exercer um controlo adequado e de boa-fé sobre as habilitações de cada candidato para exercer a sua profissão no Estado de acolhimento sob o título daquele Estado. Por outro lado, existirá sempre a possibilidade de concretização destas noções através da jurisprudência do TJCE, quando este for chamado (e sê-lo-à com toda a probabilidade) a pronunciar-se sobre a nova directiva.

Resta ainda examinar a situação dos restantes advogados estabelecidos no país de acolhimento, ou seja, aqueles que aí exercem com base no título de origem a sua profissão, mas sem os tais três anos de prática no Direito do Estado de acolhimento. É o artigo 10.º, n.º 3 da directiva que vem definir o seu estatuto, estabelecendo um regime que lhes é bastante favorável sobretudo se comparado com algumas das alternativas equacionadas durante o processo conducente à adopção da directiva 89/5. O advogado nestas condições pode agora simplesmente solicitar às autoridades competentes do Estado de acolhimento o direito de exercer a advocacia com o título profissional deste Estado, sem ter necessariamente de cumprir as condições fixadas na directiva 89/48, o mesmo é dizer, sem ter que se sujeitar ao exame de aptidão por aquela previsto ⁽¹²³⁾.

Na sua decisão a autoridade competente terá que tomar em consideração, por um lado, a actividade efectiva e regular do advogado no seu território, bem como os conhecimentos e experiência que o advogado comprove possuir no direito do Estado de acolhimento, além de toda e qualquer participação em cursos ou seminários sobre aquele direito, incluindo o direito profissional e a deontologia ⁽¹²⁴⁾.

Uma vez mais compete ao advogado submeter à autoridade competente todas as informações e documentos úteis, nomeada-

⁽¹²³⁾ Na sua versão inicial, a proposta de directiva consagrava um regime bastante mais rígido, de acordo com o qual, os advogados nas condições acima descritas teriam de se submeter a uma prova de aptidão incidindo especificamente sobre duas matérias: direito processual e regras deontológicas do Estado de acolhimento.

⁽¹²⁴⁾ Artigo 10, n.º 3, al. *a*).

mente no que diz respeito aos processos de que tratou. Mediante a análise desses mesmos documentos, aquela autoridade decidirá da capacidade do advogado para prosseguir a sua actividade com o título do Estado de acolhimento, no quadro de uma entrevista com o candidato ⁽¹²⁵⁾. Refira-se ainda que, no caso de decisão negativa, são aplicáveis aqui também os requisitos da sua fundamentação e susceptibilidade de recurso jurisdicional de direito interno ⁽¹²⁶⁾.

Excepcional é a possibilidade consagrada no n.º 4, do artigo 10.º de a autoridade em questão recusar ao advogado migrante a concessão dos benefícios previstos nos números 1 a 3 daquele mesmo artigo, no caso de entender que tal concessão poderia lesar a ordem pública, particularmente em razão de processos disciplinares, queixas ou outros incidentes que coloquem em questão a competência ou a idoneidade do advogado ⁽¹²⁷⁾.

Por maioria de razão, os problemas e críticas que se suscitaram relativamente ao n.º 1 do artigo 10.º têm inteiro cabimento também no que respeita ao seu n.º 3 ⁽¹²⁸⁾. As considerações acima tecidas sobre essas críticas são, no entanto, também elas aqui aplicáveis. Consideramos, pois, que o sistema de verificação de competências gizado pela directiva, se utilizado correctamente, é um mecanismo perfeitamente adequado para assegurar em permanên-

⁽¹²⁵⁾ Artigo 10.º, n.º 3, al. b). O carácter algo lacónico desta previsão normativa suscita alguma perplexidade. Com efeito, parece-nos preocupante a mesma não prever quaisquer critérios substanciais com base nos quais se possa aferir se a experiência do advogado não nacional e se a sua prática, durante três anos, no Direito do Estado de acolhimento são realmente suficientes para lhe ser autorizado o ingresso na advocacia com o título profissional deste Estado.

Além disso, cumpre ainda perguntar, quais são as consequências de as autoridades do país de acolhimento concluírem pela insuficiência das qualificações do advogado em questão? Em princípio, poderá pensar-se que o mesmo terá de continuar a exercer a advocacia com o título de origem, eventualmente reforçando a sua experiência no Direito do Estado de acolhimento, para num momento posterior vir a requerer novamente a sua integração na profissão com o título daquele Estado, nos termos do n.º 3, ou alternativamente do n.º 1 do artigo 10.º da directiva.

⁽¹²⁶⁾ Artigo 10.º, n.º 3, al. b), *in fine*.

⁽¹²⁷⁾ Também uma decisão nestes termos tem que obedecer aos requisitos de fundamentação e existência de um recurso jurisdicional de direito interno.

⁽¹²⁸⁾ Ou mais ainda até, visto existir neste contexto a possibilidade de conferir a um advogado migrante o título profissional do Estado de acolhimento sem que este tenha sequer exercido aquele direito por um mínimo de três anos.

cia que só os advogados efectivamente possuidores da preparação suficiente no direito do Estado de acolhimento poderão aceder ao exercício da advocacia sob o título profissional daquele Estado. A nosso ver, a alternativa criada pela directiva ao sistema do exame de aptidão é assim francamente de aplaudir, ao permitir introduzir no regime comunitário da liberdade de estabelecimento dos advogados uma dose equilibrada de flexibilidade, compatível com a garantia de um certo controlo da forma como os advogados migrantes acedem ao exercício da profissão nos outros Estados-membros, mas, ao mesmo tempo, concedendo-lhes a possibilidade de optar por outro sistema que não o da sempre exigente referida prova.

4.4. Exercício em grupo

Se é verdade que hoje em dia o exercício da advocacia em grupo é uma realidade bem presente na maior parte dos Estados-membros da Comunidade ⁽¹²⁹⁾, também é bem sabido que, nem todos eles permitem o exercício colectivo da advocacia ⁽¹³⁰⁾.

Reconhecendo esta limitação como condicionante de toda a sua construção do regime do exercício da advocacia em grupo, a Comissão Europeia estabeleceu, desde logo, na parte introdutória do art. 11.º da proposta de directiva que as demais regras nela previstas apenas se aplicariam na medida em que o Estado de acolhimento admitisse, na sua legislação interna, o exercício colectivo da advocacia. Nestes termos, em países como a Itália ou a Grécia, o problema nem sequer se colocaria. Tal formulação acabaria por se manter no texto final da directiva aprovada pelo Parlamento Europeu e Conselho. Assim, nos termos da parte inicial do artigo 11.º, “sempre que no Estado-membro de acolhimento for permitido o exercício em grupo aos advogados que exerçam actividades com o título profissional adequado, as normas que a seguir se enunciam são aplicáveis aos advogados que pretendam exercer com esse título ou que se tenham inscrito junto da autoridade competente”.

⁽¹²⁹⁾ Ver cons. 15 da directiva 89/5.

⁽¹³⁰⁾ A Grécia e a Itália, por exemplo, proibiam, de uma maneira geral, até há bem pouco tempo, o exercício em grupo da advocacia.

Na matéria do exercício em grupo da profissão de advogado e da sua articulação com o direito de estabelecimento dos advogados num Estado-membro diferente daquele em que adquiriram a respectiva qualificação profissional importa distinguir dois núcleos de matérias fundamentais. Por um lado, o exercício em grupo da advocacia exclusivamente por advogados, por outro lado, a questão dos chamados grupos pluridisciplinares. Procuraremos nos parágrafos que se seguem traçar as linhas essenciais dos respectivos regimes, concentrando-nos em primeiro lugar nos grupos compostos unicamente por advogados.

Neste contexto, importa desde logo salientar que as faculdades de exercício em grupo da advocacia, conferidas pelo artigo 11.º da directiva têm como beneficiários todos os advogados comunitários estabelecidos num Estado-membro diferente daquele onde obtiveram o seu título profissional são colocadas na dependência da inscrição regular dos advogados em causa junto da autoridade competente do Estado-membro de acolhimento. Assim, não se realizando esta última, não será possível aos referidos advogados o exercício da advocacia no Estado de acolhimento no quadro de um grupo ⁽¹³¹⁾.

Posto isto, importa analisar os outros aspectos fundamentais do regime do exercício em grupo, definidos nos vários números do artigo 11.º.

Desde logo, o seu n.º 1 vem consagrar a possibilidade de vários advogados que exerçam com o título profissional de origem num Estado-membro de acolhimento e sejam membros do mesmo grupo no Estado de origem, poderem exercer a sua actividade no Estado de acolhimento no âmbito de uma sucursal ou agência do seu grupo. Assim, por exemplo, dois advogados de uma sociedade A, cuja sede fica em Espanha, e que exerçam em Portugal com o seu título profissional espanhol, poderão pois constituir em Portugal uma sucursal ou agência do seu gabinete de origem e exercer a sua actividade no quadro desta. Neste caso, sempre que as regras fundamentais que regem a actividade desse grupo no Estado-mem-

⁽¹³¹⁾ Tal regra é aliás perfeitamente lógica visto que em tal hipótese também não será possível aos advogados exercer a sua actividade no Estado de acolhimento mesmo a título individual.

bro de origem do grupo se revelem incompatíveis com regras fundamentais do país de acolhimento, devem ser estas últimas a ser aplicadas “na medida em que a sua observância se justifique pelo interesse geral, que consiste na protecção do cliente e de terceiros”.

Esta regra é depois complementada pelo disposto no n.º 2 do artigo 11.º, o qual vem estabelecer uma regra geral de acesso ao exercício em grupo da advocacia em favor de dois ou mais advogados provenientes do mesmo grupo ou do mesmo Estado-membro de origem. Tal regra determina que as diversas modalidades de exercício em grupo acessíveis a dois ou mais advogados que exerçam sob o título do Estado de acolhimento devem também ser acessíveis aos advogados que exerçam de acordo com o título profissional de origem.

Finalmente, o n.º 3 do artigo 11.º vem impor aos Estados-membros a obrigação de tomar todas as medidas necessárias no sentido de permitir ainda a existência concreta de outras formas de exercício em grupo da advocacia, designadamente pela constituição de agrupamentos entre advogados que exerçam com o título profissional de origem e que sejam provenientes de vários Estados-membros diferentes (alínea *a*); e entre um ou mais advogados referidos na alínea anterior e um ou vários advogados do Estado-membro de acolhimento (alínea *b*).

Refira-se ainda que impende sobre o advogado que seja membro de um grupo no seu Estado de origem e que pretenda exercer a sua actividade sob aquele título no Estado de acolhimento um dever de informação, o qual se consubstancia na comunicação à autoridade competente daquele Estado do facto de pertencer a um grupo no Estado de origem e de fornecimento aquela autoridade de todos os dados úteis relativos a esse grupo ⁽¹³²⁾.

Especialmente problemática, a matéria do direito de estabelecimento no quadro de grupos pluridisciplinares, constituiu um dos pontos mais controversos nas discussões conducentes à aprovação da directiva. Sobre esta questão rege agora o artigo 11.º, n.º 5 desta nos termos seguintes: “Em derrogação dos pontos 1 a 4, o Estado-membro de acolhimento, na medida em que proíba aos advogados que exerçam com o título profissional adequado desse Estado o

(132) Artigo 11.º, n.º 4.

exercício da profissão de advogado no âmbito de um grupo que inclua pessoas alheias à profissão, pode recusar a um advogado inscrito com o título profissional de origem o exercício no seu território na qualidade de membro do seu grupo". Visa-se assim salvaguardar as legislações nacionais de uma série de Estados-membros, os quais, sendo manifestamente contra a interdisciplinaridade, ameaçavam pura e simplesmente bloquear a adopção da directiva caso tal garantia não fosse assegurada ⁽¹³³⁾.

Um dos pontos fundamentais para que os receios de algumas delegações nacionais pudessem ser debelados residiu na delimitação exacta dos critérios que permitiam determinar quando deveria considerar-se estar-se perante um agrupamento incluindo pessoas alheias à profissão ⁽¹³⁴⁾. Estava em causa concretamente o teor do artigo 11.º, n.º 5 da proposta inicial da Comissão o qual definia como único critério para operar tal delimitação o exercício do poder no seio do grupo. Assim, se esse poder fosse exercido maioritariamente por pessoas que não tivessem a qualidade de advogado estar-se-ia perante um grupo pluridisciplinar, sendo possível ao Estado-membro de acolhimento activar a supra-referida salvaguarda. Várias foram as delegações nacionais que reagiram de forma adversa a esta cláusula, apontando que, na prática, a proibição do exercício do poder de decisão por não-advogados poderia facilmente ser contornada ⁽¹³⁵⁾.

O resultado de todas estas críticas acabou por ser a consagração no texto definitivo da directiva de um conjunto de precisões adicionais quanto à delimitação da natureza do grupo. Assim, o grupo será considerado como pluridisciplinar no caso de verificação alternativa de uma das seguintes hipóteses: se o seu capital for detido, no todo ou em parte por pessoas que não tenham a qualidade de advogado; se o poder de decisão no seio do grupo for exercido, de facto ou de direito, por pessoas que não tenham essa qualidade; ou ainda, se a denominação sob a qual o grupo exerce a sua actividade for utilizada por não-advogados ⁽¹³⁶⁾.

⁽¹³³⁾ Ver a descrição que das posições nacionais nesta matéria é feita pela Comissão nos considerandos iniciais da sua proposta de directiva, COM (94)572 final, p. 12 e ss.

⁽¹³⁴⁾ Ver X. de Roux, *op. cit. supra* na nota 93, p. 43 e ss.

⁽¹³⁵⁾ *Idem*.

⁽¹³⁶⁾ Ver artigo 11.º, n.º 5.

Importa ainda chamar a atenção para uma importante salvaguarda adicional introduzida pela parte final do artigo 11.º, n.º 5 da directiva nesta matéria. Com efeito, esta disposição vem agora permitir ao Estado-membro de acolhimento proibir *tout court* o exercício da advocacia por advogados estabelecidos com base no título profissional de origem no quadro de um agrupamento pluridisciplinar se as regras fundamentais que regem esse tipo de grupos de advogados no Estado-membro de origem forem incompatíveis com as regras em vigor no Estado de acolhimento. Neste caso, este último Estado pode obstar à abertura de uma sucursal ou agência daquele grupo no seu território, sem que lhe seja necessário sequer demonstrar que existe um risco para o interesse de potenciais clientes ou terceiros. Esta norma constitui no fundo a contrapartida essencial oferecida a alguns Estados-membros para que fosse aceite, pelo menos no papel, a figura dos grupos pluridisciplinares. cremos, porém, que a larga margem de poder discricionário deixada aos Estados-membros nesta matéria fará com que estes continuem a ser, pelo menos num certo número de Estados, mantidos à margem da lei.

A questão da liberdade de estabelecimento das sociedades profissionais de advogados, sobretudo no que respeita às sociedades de carácter multidisciplinar, está longe de ter sido resolvida e é, quanto a nós, um dos aspectos algo insatisfatórios da directiva, sendo importante reflectir na possibilidade de para ela encontrar num futuro próximo um enquadramento jurídico mais rigoroso. O contributo dado pela directiva 98/5 é certamente muito importante, e constitui sem dúvida, um ponto de partida seguro para a definição de um quadro normativo básico sobre a matéria, mas, é justamente nesses termos que ele deve ser assumido, como sendo simplesmente um primeiro degrau de uma alta escada que importa continuar a subir passo a passo.

5. Implementação

Cumpra nesta rubrica enunciar as regras definidas pela directiva quanto à sua implementação pelos Estados-membros. Regem nesta matéria os artigos 13.º a 16.º da directiva. Convém dar conta, de forma sumária, do conteúdo de cada uma destas disposições.

Assim , desde logo, o artigo 13.º vem estabelecer um princípio geral de cooperação entre as autoridades competentes dos Estados-membros de origem e de acolhimento. Tal princípio significa na prática a troca de informações e a assistência mútua, designadamente com o objectivo de evitar que as regras aplicáveis no Estado-membro de acolhimento possam ser eludidas. As autoridades competentes de ambos os Estados-membros devem ainda assegurar a confidencialidade das informações trocadas.

Em segundo lugar, a directiva vem fixar aos Estados-membros a obrigação de designar as autoridades competentes para receber os pedidos e tomar as decisões nela referidas até 14 de Março do ano 2000 ⁽¹³⁷⁾. Caberá depois a cada Estado-membro de informar os restantes Estados-membros e a Comissão uma vez designada esta(s) autoridade(s).

Refira-se, em terceiro lugar, que a própria directiva prevê um mecanismo de controlo da sua própria aplicação. Assim , nos termos do seu artigo 15.º, compete à Comissão, no prazo de 10 anos a contar da sua entrada em vigor ⁽¹³⁸⁾, apresentar um relatório ao Parlamento Europeu e ao Conselho relativamente à aplicação da directiva. Neste relatório, a Comissão deverá formular as suas conclusões e eventuais alterações a introduzir no regime agora instituído, depois de ter procedido a todas as consultas adequadas. Trata-se de um sistema que é de saudar, permitindo um controlo eficaz das condições de aplicação da directiva por uma entidade independente. A esta cabe, em coordenação com as autoridades competentes dos Estados-membros, encontrar soluções adequadas que se coadunem com a evolução económica e profissional que a actividade de advogado vier a conhecer.

Por último, cumpre chamar a atenção para o disposto no artigo 16.º, o qual disciplina a sempre delicada matéria da transposição da directiva para o direito interno dos Estados-membros. Neste contexto, o seu n.º 1 prevê que “os Estados-membros adoptarão as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva até 14 de

⁽¹³⁷⁾ Cf. artigo 14.º.

⁽¹³⁸⁾ A presente directiva entrou em vigor no dia 14 de Março de 1998, data da sua publicação no JOCE.

Março de 2000". A mesma disposição vem ainda impor aos Estados-membros o dever de informar a Comissão quanto às modalidades de tal transposição. Em particular, o n.º 2 do artigo 16.º esclarece que "os Estados-membros comunicarão à Comissão o texto das principais disposições de direito interno que adoptarem no domínio regido pela presente directiva".

Refira-se, a propósito da implementação da directiva, que o texto da mesma deixa uma margem de discricionariedade relativamente alargada aos Estados-membros no que respeita à disciplina do exercício da advocacia com base no título do Estado de acolhimento. Não só a noção de actividade efectiva e regular depende largamente da interpretação a fazer pelas autoridades competentes dos Estados-membros como os próprios mecanismos de controlo para aferir da realidade dessa actividade são também eles deixados ao seu critério. Já no que respeita ao exercício com base no título profissional de origem a margem de liberdade deixada pelo texto da directiva aos Estados-membros é muito mais reduzida, ficando aqueles vinculados a uma transposição praticamente automática daquele texto para os seus ordenamentos jurídicos internos.

Conclusões

Cumpra aqui resumir nalguns parágrafos os resultados da nossa análise e em algumas linhas sintetizar a evolução e os principais problemas que se colocam hoje em matéria de liberdade de circulação dos advogados na Comunidade Europeia. O acento tónico é colocado uma vez mais na nova directiva 98/5 e no que ela representa para o futuro destes profissionais no mercado interno.

Creemos que as palavras do relatório final do Grupo de Alto Nível sobre a liberdade de circulação de pessoas, escritas ainda a propósito da proposta de directiva da Comissão, sintetizam de maneira adequada o nosso sentimento relativamente à nova directiva:

"Cette proposition est porteuse d'un progrès considerable dans le domaine de la reconnaissance des qualifications et plus largement de la libre circulation des personnes. Elle est une expression remarquable du principe de la confiance

mutuelle entre les Etats membres; elle est à même d'offrir aux professionnels intéressés la possibilité d'exercer de façon permanente dans un autre Etat membre sous leur titre d'origine et elle renforce (...) l'information et la protection des citoyens désireux de recourir à un avocat spécialisé dans le droit d'un autre Etat membre" (139).

Indiscutivelmente, um importante salto qualitativo realizado pela nova directiva consiste nesta possibilidade conferida ao advogado estabelecido num Estado membro diferente daquele em que adquiriu o seu título profissional de aí exercer a sua actividade profissional com base nesse título. Trata-se de um passo significativo no sentido da concretização de um verdadeiro mercado interno para estes profissionais que não podemos deixar de saudar e que simboliza uma importante abertura de espírito do legislador comunitário praticamente sem paralelo no direito comunitário derivado.

De qualquer forma, parece-nos que o contributo fundamental da nova directiva reside na substituição da tradicional prova de aptidão por um mecanismo flexível de verificação dos conhecimentos e capacidade profissional, relativamente aos advogados que pretendam exercer com base no título do Estado de acolhimento. Com efeito, a situação vigente à luz da directiva 89/48, obrigava todos os advogados migrantes a sujeitarem-se a uma tal prova, ou alternativamente a um estágio de formação antes de lhes ser concedida a faculdade de exercer com o título profissional do Estado de acolhimento. Ao suprimir tal tipo de controlo, manifestamente exagerado no que respeita aos advogados detentores de um mínimo de experiência profissional, o legislador comunitário dá provas de um saudável realismo na sua percepção das situações já existentes no espaço comunitário. O novo mecanismo parece-nos constituir uma boa solução para o controlo das qualificações dos advogados de outros Estados membros, na medida em que oferece o necessário equilíbrio entre uma certa flexibilidade no que respeita ao acesso ao título profissional do Estado de acolhimento

(139) Rapport du Groupe de Haut Niveau sur la libre circulation des personnes, présidé par Mme. Simone Veil, 18 mars 1997, in "La reconnaissance des qualifications dans un espace européen des formations et des professions", Bruylant, 1998, p. 22.

por parte dos advogados de outros Estados membros e a indispensável protecção dos clientes que normalmente não deixam de associar a detenção desse título profissional a um conhecimento aprofundado do seu direito nacional.

Os utentes do direito são aliás os principais beneficiários do novo sistema. A constante expansão de transacções transfronteiriças no grande espaço do mercado interno comunitário implica a constante expansão do número de situações regidas por diferentes direitos nacionais. O estabelecimento em cada Estado membro de advogados de outros Estados membros, com base no seu título de origem ou com base no título do Estado de acolhimento é um instrumento indispensável para que os cidadãos comunitários possam, a todo o momento, usufruir da protecção jurídica que esta realidade implica.

Luxemburgo, 2 de Setembro de 1999.