

Processo C-242/23**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

18 de abril de 2023

Órgão jurisdicional de reenvio:

Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália)

Data da decisão de reenvio:

11 de abril de 2023

Recorrente:

Tecno*37

Recorridos:

Ministero dello Sviluppo Economico (Ministério do Desenvolvimento Económico)

Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Bologna (Câmara de Comércio, Indústria, Artesanato e Agricultura de Bolonha)

Objeto do processo principal

Recurso interposto pela sociedade, recorrente em primeira instância, da sentença do Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per l'Emilia Romagna (Tribunal Administrativo Regional da Emília- Romanha, Itália, a seguir «TAR») que negou provimento ao seu recurso de anulação de uma série de decisões administrativas que, com base na legislação italiana em vigor, a proibiam de prosseguir a sua atividade de mediação imobiliária, por incompatibilidade com a sua atividade de administrador de condomínios.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Apreciação da conformidade do artigo 5.º, n.º 3, da Lei 39/1989, que estabelece a incompatibilidade entre a atividade de mediação imobiliária e a de administrador de condomínios, com o artigo 49.º TFUE, com o artigo 59.º, n.º 3, da Diretiva 2005/36/CE, e com os artigos 4.º, n.º 8, e 25.º, n.º 1, da Diretiva 2006/123/CE.

Em particular, com base no artigo 267.º TFUE, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta: i) se a legislação nacional objeto do processo principal, na versão atualmente em vigor, com base na qual a incompatibilidade entre as atividades de agente imobiliário e de administrador de condomínio deve ser considerada relativa e limitada às atividades empresariais, é conforme com o direito da União? ii) se o artigo 59.º da Diretiva 2005/36/CE, o artigo 25.º, n.º 1, da Diretiva 2006/123/CE e, em termos mais gerais, o artigo 49.º TFUE opõem-se a uma norma como a do artigo 5.º, n.º 3, da Lei 39/1989, que estabelece de forma preventiva e geral a incompatibilidade entre a atividade de mediação imobiliária e a de administrador de condomínios, sem que tal seja justificado por uma razão imperiosa de interesse geral ou sem que seja demonstrada a proporcionalidade dessa incompatibilidade geral em relação ao objetivo prosseguido? iii) se o agente imobiliário pode, em todo o caso, exercer igualmente a atividade de administrador de condomínio, salvo se essa atividade respeitar ao edifício por ele administrado, dado que existiria nesse caso um conflito de interesses?

Questões prejudiciais

A) Deve o artigo 5.º, n.º 3, da Lei 39/1989, conforme reformulado na sequência do procedimento de infração n.º 2018/2175, ser agora considerado plenamente conforme com o direito [da União], designadamente devido ao arquivamento do próprio procedimento de infração?

B) Os princípios e os objetivos do artigo 59.º, n.º 3, da Diretiva 2005/36/CE (conforme alterada pela Diretiva 2013/55/[UE]), bem como do artigo 25.º, n.º 1, da Diretiva 2006/123/CE e, em termos mais gerais, do artigo 49.º TFUE, opõem-se a uma norma como a disposição italiana prevista no artigo 5.º, n.º 3, da Lei 39/1989, que estabelece de forma preventiva e geral a incompatibilidade entre a atividade de mediação imobiliária e a de administrador de condomínios, com base no mero exercício conjunto das duas atividades e, por conseguinte, sem ser necessário que as câmaras de comércio procedam a qualquer verificação *a posteriori* relativa, em concreto, ao objeto das mediações efetuadas e sem que tal se justifique por uma «razão imperiosa de interesse geral» especificamente identificada e comprovada ou, em todo o caso, sem que seja demonstrada a proporcionalidade da incompatibilidade geral estabelecida relativamente ao objetivo prosseguido?

C) Pode o agente imobiliário, em todo o caso, exercer igualmente a atividade de administrador de condomínio, salvo se pretender vender/adquirir o edifício que administra, dado que surgiria nesse caso um conflito de interesses?

Disposições de direito da União invocadas

TFUE: artigo 49.º

Diretiva 2005/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de setembro de 2005, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais: artigo 59.º, n.º 3.

Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno: artigo 25.º, n.º 1; artigo 4.º, n.º 8.

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às recomendações para a reforma da regulamentação dos serviços profissionais [Bruxelas, 10.1.2017 COM(2016) 820 final; {SWD(2016) 436 final}].

Jurisprudência do Tribunal de Justiça

Acórdãos do Tribunal de Justiça: de 27/2/2020, Comissão/Bélgica, [C-384/18]; EU:C:2020:124, n.ºs 48, 52, 55 e 57; de 4/7/2019, Comissão/Alemanha, C-377/17, EU:C:2019:562, n.º 74; de 28/1/2016, Comissão/Portugal, C-398/14, EU:C:2016:61, n.º 48; de 24/1/2018, Comissão/Itália, C-433/15, EU:C:2018:31, n.º 44.

Disposições de direito nacional invocadas

Lei 39/1989: artigo 5.º, n.º 3.

Formulação original da norma:

«3. O exercício da atividade de mediação é incompatível:

- a) com qualquer emprego público ou privado, excetuando o emprego em empresas ou sociedades que tenham por objeto o exercício da atividade de mediação;
- b) com a inscrição noutros quadros, ordens, listas ou registos e afins;
- c) com o exercício por conta própria do comércio relativo ao tipo de mediação que se pretende exercer.»

Formulação na sequência de uma reforma, introduzida na sequência de um procedimento de infração iniciado pela Comissão Europeia contra a Itália em 19 de julho de 2018 (2018/2175), pela legge 37/2019, Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2018 (Lei 37/2019, relativa às disposições para o cumprimento das obrigações decorrentes do facto de a Itália pertencer à União Europeia – Lei europeia de 2018):

Artigo 2.º Disposições relativas à profissão de agente de negócios em mediação:

«3. O exercício da atividade de mediação é incompatível com o exercício de atividades empresariais de produção, venda, representação ou promoção de bens do mesmo setor comercial em que é exercida a atividade de mediação, bem como com a atividade exercida na qualidade de assalariado de entidade pública ou privada, ou de assalariado de uma instituição bancária, financeira ou de seguros, com exclusão das empresas de mediação, ou com o exercício de profissões intelectuais do mesmo setor comercial em que é exercida a atividade de mediação e, em qualquer caso, em situações de conflito de interesses.»

Formulação na sequência de uma reforma posterior introduzida, na sequência do mesmo procedimento de infração, pela legge 238/2021, Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2019-2020 (Lei 238/2021, relativa às disposições para o cumprimento das obrigações decorrentes do facto de a Itália pertencer à União Europeia – Lei europeia de 2019-2021):

Artigo 4.º Disposições em matéria de cooperação com os centros de assistência para o reconhecimento das qualificações profissionais:

«3. O exercício da atividade de mediação é incompatível com o exercício de atividades empresariais de produção, venda, representação ou promoção de bens do mesmo setor comercial em que é exercida a atividade de mediação, ou com a qualidade de assalariado de tal empresário, bem como com a atividade exercida na qualidade de assalariado de entidade pública ou de assalariado ou colaborador de empresas que exerçam os serviços financeiros referidos no artigo 4.º do Decreto Legislativo n.º 59, de 26 de março de 2010, ou com o exercício de profissões intelectuais do mesmo setor comercial em que é exercida a atividade de mediação e, em qualquer caso, em situações de conflito de interesses.»

O texto atualmente em vigor da norma é o que resulta da adoção da Lei 118/2022 que acrescentou o n.º 3-bis:

«3. O exercício da atividade de mediação é incompatível com o exercício de atividades empresariais de produção, venda, representação ou promoção de bens do mesmo setor comercial em que é exercida a atividade de mediação, ou com a qualidade de assalariado de tal empresário, bem como com a atividade exercida na qualidade de assalariado de entidade pública ou de assalariado ou colaborador de empresas que exerçam os serviços financeiros referidos no artigo 4.º do Decreto Legislativo n.º 59, de 26 de março de 2010, ou com o exercício de profissões intelectuais do mesmo setor comercial em que é exercida a atividade de mediação e, em qualquer caso, em situações de conflito de interesses.

3-bis. Em derrogação do disposto no n.º 3, o exercício da atividade de agente imobiliário é compatível com a de assalariado ou colaborador de empresas que exerçam a atividade de mediação de créditos regida pelos artigos 128.º-sexies e seguintes do texto único das leis em matéria bancária e de crédito, constante do

Decreto Legislativo n.º 385, de 1 de setembro de 1993. O exercício da atividade de mediação de créditos continua sujeito à regulamentação setorial e à fiscalização pertinentes.»

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 Após receção de uma denúncia, o diretor da Divisão Geral da Concorrência do MISE (Ministero per lo sviluppo economico, Ministério do Desenvolvimento Económico) instou, em 17/3/2020, a CCIAA (Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, Câmara de Comércio, Indústria, Artesanato e Agricultura) de Bolonha a intervir na situação de eventual incompatibilidade e/ou conflito de interesses da empresa recorrente, Tecno*37, em razão da do exercício cumulativo das atividades de mediação imobiliária e de administrador de condomínio. A autoridade competente deu início à verificação prevista no artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 39/89, conforme alterado pela Lei n.º 37/2019. Foi pedido à Tecno*37, nomeadamente, que especificasse a natureza empresarial ou não da atividade de administrador de imóveis por si exercida.
- 2 Resultava das medidas administrativas pertinentes que a Tecno*37 administrava 39 condomínios e que o rendimento obtido era claramente superior ao da atividade de mediação. Foi demonstrado o exercício simultâneo das duas atividades e a existência de uma situação de incompatibilidade prevista no artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 39/89, na versão atualmente em vigor. A atividade de administrador exercida era de natureza profissional e não esporádica e ocasional, ou seja, tipicamente empresarial (devido às exigências de rentabilidade, organização e continuidade), operando a empresa individual com três assalariados e um escritório adicional. Perante esta situação, a CCIAA inscreveu a empresa individual de administrador de condomínios no REA (registo económico administrativo) e proibiu a prossecução da atividade de mediação de imóveis averbando a sua cessação no REA.
- 3 A Tecno*37 impugnou essas medidas no TAR, que negou provimento ao recurso através da sentença n.º 7/2022.
- 4 Em especial, esse órgão jurisdicional considerou que: i) resultava das verificações efetuadas pela Agenzia delle Entrate (Autoridade Tributária) que a atividade de administrador era exercida pela Tecno*37 de forma empresarial, e que os rendimentos gerados eram muito superiores aos obtidos com a atividade de mediação imobiliária; ii) o artigo 5.º da Lei 39/89 deve ser interpretado no sentido de que é necessário evitar um conflito atual de interesses através de uma verificação caso a caso das situações envolvidas, não sendo aceitável a identificação de incompatibilidades abstratas e absolutas; iii) nesta perspetiva as medidas tomadas pela CCIAA no procedimento de verificação afiguram-se corretas, e as conclusões apresentadas parecem convincentes. A incompatibilidade surge, antes de mais, da importância dos rendimentos da atividade de administrador de condomínio, exercida a título preponderante e sob forma

empresarial, através de uma estrutura e de recursos humanos a ela dedicados. Existe, portanto, o risco de as frações autónomas administradas serem indevidamente favorecidas em relação às demais frações disponíveis, com a consequente violação das exigências de isenção e imparcialidade próprias do mediador, incumbido de promover a conclusão do negócio. O elevado número de edifícios, cada um constituído por vários apartamentos, em que a recorrente desempenha o papel de administrador pode, com efeito, caso seja simultaneamente exercida a atividade de mediação, dificultar a seleção objetiva e imparcial de propostas adequadas em benefício dos clientes.

- 5 A Tecno*37 interpôs recurso da sentença do TAR para o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), o órgão jurisdicional de reenvio.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 6 Em apoio do recurso em primeira instância, foram invocados, em particular e na medida em que têm interesse para o caso em apreço, os seguintes fundamentos:

Violação dos artigos 3.º, 41.º, 97.º e 117.º da Constituição, do artigo 5.º, n.º 3, da Lei 39/89, dos artigos 1.º, 3.º e 6.º da Lei 241/90, do artigo 4.º, n.º 3, e do artigo 47.º TFUE, dos princípios da não discriminação, da proporcionalidade e da adequação das condições de acesso a profissões e serviços conforme decorrem das Diretivas 2005/36 e 2006/123, excesso de poder por falta de instrução e fundamentação sobre o pretense conflito de interesses que constituiria uma razão imperiosa de interesse geral, falta de proporcionalidade.

- 7 Em particular, segundo a recorrente, o artigo 5.º, n.º 3, da Lei 39/89 foi interpretado no sentido de que estabelece uma incompatibilidade abstrata e absoluta entre as duas atividades, em contradição com a abordagem correta e conforme com os princípios do direito da União, segundo a qual há que proceder a uma investigação caso a caso sobre a existência em concreto de uma situação de conflito de interesses.
- 8 O recurso interposto pela Tecno*37 da sentença do TAR assentava nos fundamentos expostos em seguida.
- 9 Com o seu primeiro fundamento de recurso, a recorrente invoca novamente os fundamentos invocados em primeira instância. Invoca, em especial, a violação do artigo 4.º, n.º 3, e do artigo 47.º TFUE, bem como dos princípios do direito da União da não discriminação, da proporcionalidade e da adequação das condições de acesso a profissões e serviços conforme decorrem igualmente das Diretivas 2005/36 e 2006/123, excesso de poder por falta de instrução e falta de fundamentação sobre a pretensa existência de um conflito de interesses suscetível de constituir, segundo as diretivas da União, uma razão imperiosa de interesse geral que possa tornar proporcionada a pretensa incompatibilidade entre agente imobiliário e administrador de condomínio.

- 10 No âmbito do primeiro fundamento de recurso, em especial, a recorrente alega que o TAR aplicou o artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 39/89 como «norma de perigo» que estabelece uma incompatibilidade abstrata e geral, tomando exclusivamente em consideração o caso-limite em que o mediador sobrepõe as funções de administrador do imóvel e de mediador do mesmo imóvel, quando esta hipótese não é pertinente no caso em apreço. Esse órgão jurisdicional deveria, pelo contrário, ter reconhecido a ilegalidade radical das medidas impugnadas, por assentarem no pressuposto de que a norma deve ser aplicada no sentido de alargar a incompatibilidade de modo geral e indiferenciado a todos os casos de exercício conjunto das duas atividades, sem necessidade de qualquer verificação do objeto das mediações efetuadas.
- 11 Além disso, o TAR apresentou uma interpretação do artigo 5.º da Lei n.º 39/89 segundo a qual a incompatibilidade entre as duas atividades de mediador e de administrador de condomínio resultaria da mera constatação do seu exercício conjunto sob forma empresarial, em que o grande número de frações autónomas administradas constituiria um risco potencial de conflito de interesses em detrimento de um dos clientes do mediador imobiliário. Trata-se, no entanto, de uma interpretação em total contradição com os princípios consagrados pelo Tribunal de Justiça no Acórdão [C-384/18], de 27 de fevereiro de 2020. De facto, o que é relevante para efeitos do cumprimento do artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 39/89, segundo uma interpretação conforme com o direito da União, não é a verificação do número absoluto dos imóveis objeto de mediação nem do número absoluto dos condomínios administrados (como, pelo contrário, o fez erradamente a CCIAA de Bolonha, aderindo à interpretação do MISE e para efeitos de qualificar a atividade no sentido de ter natureza empresarial), mas a verificação concreta da sobreposição ou não das duas atividades quanto ao mesmo imóvel.
- 12 A pretensa natureza empresarial ou não da atividade de mediação exercida pela recorrente, conforme deduzida pela CCIAA dos dados sobre os rendimentos obtidos pela Agenzia delle Entrate, e definida até pelo juiz de primeira instância como uma identificação adequada de uma hipótese concreta de conflito de interesses, não é pertinente nem relevante para efeitos da decisão. Com efeito, a natureza empresarial ou não da atividade de mediação imobiliária não pode, em si, revestir qualquer importância jurídica qualificada. Trata-se de um dado irrelevante para efeitos da identificação de um interesse público que possa constituir uma razão imperiosa de interesse geral (ver n.º 48 do Acórdão C-384/18 do Tribunal de Justiça) suscetível de justificar a introdução de uma proibição generalizada de exercer uma atividade pluridisciplinar.
- 13 Com o segundo fundamento de recurso, é de novo invocada, nomeadamente, a violação dos princípios europeus da não discriminação, da proporcionalidade, da progressividade e da adequação das sanções.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 14 Quando um agente imobiliário exerce simultaneamente a atividade de administrador de condomínio pode surgir o risco de as frações autónomas administradas serem indevidamente favorecidas em relação a outras, com a consequência de desaparecer a imparcialidade própria do mediador. Um profissional que gere numerosos condomínios poderia, com efeito, ser induzido a direcionar potenciais compradores para os espaços integrados nos imóveis por ele administrados, negligenciando, conseqüentemente, outras oportunidades de habitação igualmente interessantes.
- 15 Por outro lado, do ponto de vista do consumidor, poderia também ser mais vantajoso ter um único profissional que acompanha o comprador tanto no momento da compra como na fase posterior de administração do imóvel, dado que, de facto, podem existir muitas formas de contornar as incompatibilidades (relações de parentesco, etc.), o que implicaria uma duplicação dos profissionais e, portanto, dos custos a suportar pelo utilizador final.
- 16 O novo regime constante do artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 39/1989 garante a proteção do consumidor estabelecendo uma disposição que evita qualquer conflito de interesses atual entre o mediador e o objeto dessa mediação. A incompatibilidade torna-se, com efeito, relativa e proíbe que se seja simultaneamente mediador (que, pela definição do código civil, é uma pessoa com uma posição equidistante entre as partes) e parte (em sentido material, enquanto produtor ou comerciante de bens ou de serviços objeto da atividade de mediação, ou em sentido formal, enquanto agente ou representante dos referidos bens). Em todo o caso, a incompatibilidade é limitada às atividades empresariais e já não, como na norma que foi objeto do procedimento de infração, também exercidas a título profissional ou até por conta de outrem.
- 17 A interpretação solicitada é necessária pelas seguintes razões:
 - a recorrente invocou a proteção de situações subjetivas reconhecidas pelo direito da União e invocou a violação de princípios e de direitos da União;
 - o Tribunal de Justiça detém o monopólio da interpretação do direito da União e, conseqüentemente, da compatibilidade das normas internas de cada Estado-Membro com o direito da União;
 - o órgão jurisdicional de reenvio, embora exclua que se verifiquem os pressupostos para afastar diretamente a aplicação da regulamentação nacional controvertida, considera que existe uma questão de interpretação relativa ao âmbito de interpretação exato a reconhecer a atos normativos da União e, por conseguinte, à compatibilidade de uma medida legislativa nacional com os mesmos;
 - a questão é pertinente e decisiva para a resolução do litígio e não se afigura ter sido objeto de interpretação direta pelo Tribunal de Justiça;

– o órgão jurisdicional de reenvio é o órgão jurisdicional de última instância e há um pedido específico da recorrente no sentido de proceder ao reenvio.

DOCUMENTO DE TRABALHO