CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PEDRO CRUZ VILLALÓN
apresentadas em 14 de Setembro de 2010[1]

Índice

I — Introdução ..... I - 4110

II — Quadro legal ..... I - 4111

A — Direito comunitário ..... I - 4111

1. Direito primário ..... I - 4111

2. Direito derivado ..... I - 4112

B — Direito interno ..... I - 4113

1. A profissão de notário ..... I - 4113

a) Direito belga ..... I - 4113

b) Direito francês ..... I - 4115

c) Direito luxemburguês ..... I - 4116

d) Direito austríaco ..... I - 4117

e) Direito alemão ..... I - 4119

f) Direito grego ..... I - 4120

g) Recapitulação ..... I - 4121

1 — Língua original: espanhol.

2. A norma nacional especificamente objecto das acções: as cláusulas de nacionalidade ..... I - 4122

a) Direito belga ..... I - 4122

b) Direito francês ..... I - 4122

c) Direito luxemburguês ..... I - 4122

d) Direito austríaco ..... I - 4122

e) Direito alemão ..... I - 4123

f) Direito grego ..... I - 4123

III — Pedidos das partes ..... I - 4123

IV — Quanto à admissibilidade ..... I - 4124

V — Quanto ao mérito ..... I - 4125

A — Quanto ao primeiro fundamento para o incumprimento ..... I - 4125

1. Três observações prévias de carácter geral ..... I - 4126

a) Norma cuja violação a Comissão imputa aos Estados: os artigos 43.º e 45.º, primeiro parágrafo, CE ..... I - 4126

b) A dificuldade de interpretação do sentido do artigo 45.º, n.º 1 CE ... I - 4127

c) A incorporação do princípio da proporcionalidade ..... I - 4128

2. A actividade de participação no exercício da autoridade pública ..... I - 4130

a) A jurisprudência do Tribunal de Justiça ..... I - 4130

b) O necessário aprofundamento do conceito de autoridade pública ... I - 4132

3. Quanto a saber se a actividade notarial, designadamente a actividade de autenticação, integra o âmbito negativo da liberdade de estabelecimento .. I - 4136

a) A autenticação como actividade central dos notários dos Estados demandados ..... I - 4136

b) A afectação da actividade de autenticação ao exercício da autoridade pública ..... I - 4138

4. Cláusula da nacionalidade face ao princípio da proporcionalidade ..... I - 4141

a) O estatuto notarial ..... I - 4141

b) A discriminação em razão da nacionalidade nos termos dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE ..... I - 4142

c) O juízo de proporcionalidade ..... I - 4147

5. Conclusão relativa ao primeiro fundamento para o incumprimento ..... I - 4149

B — Quanto ao segundo fundamento para o incumprimento ..... I - 4150

VI — Despesas ..... I - 4151

VII — Conclusão ..... I - 4152

I — Introdução

1. Nas presentes acções por incumprimento, a Comissão Europeia pede ao Tribunal de Justiça que declare que o Reino da Bélgica, a República Francesa, o Grão-Ducado do Luxemburgo, a República da Áustria, a República Federal da Alemanha e a República Helénica não cumpriram as obrigações que lhes incumbem por força dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE, por terem limitado o acesso à profissão de notário exclusivamente aos nacionais do respectivo país (a seguir, cláusula da nacionalidade). Além disso, e exceptuada a República Francesa, a Comissão Europeia pede ao Tribunal que declare que os referidos Estados-Membros não cumpriram as obrigações decorrentes da Directiva 2005/36, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais [2], por não a terem aplicado à profissão de notário [3].

2. Embora a Comissão, na sua argumentação, se limite a impugnar uma discriminação em razão da nacionalidade, a questão subjacente a este processo é bastante mais complexa. Na verdade, estes processos estão encaminhados para que o Tribunal de Justiça declare que o notariado latino, com o perfil que o caracteriza num número significativo de

2 — Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Setembro de 2005 (JO L 255, p. 22), que revoga a Directiva 89/48/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, relativa a um sistema geral de reconhecimento dos diplomas de ensino superior que sancionam formações profissionais com uma duração mínima de três anos (JO L 19, p. 16).

3 — Estas não são as únicas acções por incumprimento intentadas pela Comissão com este fundamento, pois, actualmente, estão pendentes no Tribunal de Justiça as acções intentadas contra Portugal (C-52/08) e os Países Baixos (C-157/09).

Estados-Membros [4], se integra no âmbito da liberdade de estabelecimento, por não estar ligado ao «exercício da autoridade pública».

3. Encarando o problema numa dimensão geral, este processo coloca o Tribunal de Justiça perante aquela que é, porventura, a mais delicada questão de interpretação que afecta a combinação dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE. Até à data, como veremos, os processos apreciados por este tribunal sobre a conjugação dos dois artigos diziam respeito a profissionais com vínculos ténues ou extremamente pontuais com a autoridade pública, o que, pelo menos, não se pode dizer que é *prima facie* o que sucede no caso de que ora nos ocupamos.

4. Por isso, as seis acções ora apensas para efeito das presentes conclusões dão ao Tribunal de Justiça a oportunidade de proceder à análise mais profunda até agora efectuada do alcance de uma norma tão complexa como a que resulta da conjugação dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE. Nessa tarefa cabe-lhe, contrariamente ao que tem acontecido até agora, procurar o necessário equilíbrio entre os objectivos prosseguidos pelas liberdades fundamentais da União, o respeito pelas competências dos Estados-Membros e o estatuto da cidadania europeia. Ao equacionar estes valores, o Tribunal de Justiça dar-se-á conta de que os artigos *supra* referidos requerem um particular esforço de interpretação no qual terá de intervir, de forma decisiva, o princípio da proporcionalidade.

5. Como se vê, as grandezas ora em causa, bem como a possibilidade de introduzir uma fiscalização da proporcionalidade nos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE, põem em relevo a importância deste processo não só para o notariado em concreto, mas, de um modo geral, para o direito da União.

II — Quadro legal

A — *Direito comunitário*

1. Direito primário

6. A norma que a Comissão invoca como fundamento desta acção é que resulta da

4 — Importa precisar, desde já, que, embora o notário de tipo latino, objecto destas acções, seja ainda o mais comum na Europa, coexiste na União Europeia, com outras variantes, cuja inclusão no âmbito do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, não se discute. E isto quer porque o notário se encontra plenamente integrado na Administração Pública quer porque a sua intervenção carece da eficácia própria da autenticação, no sentido em que esse termo será aqui utilizado. Por último, a diversidade de situações existentes na Europa aumentou, nos últimos anos, com a eliminação da cláusula da nacionalidade em alguns dos Estados que conservam o notariado latino (Itália, Espanha).

conjugação dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE (actuais artigos 49.º TFUE e 51.º TFUE) que, no momento em que se verificou o incumprimento imputado, consagrava a liberdade de estabelecimento das pessoas singulares e colectivas nos seguintes termos:

«*Artigo 43.º*

No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro.

[…]

Artigo 45.º

As disposições do presente capítulo não são aplicáveis às actividades que, num Estado-Membro, estejam ligadas, mesmo ocasionalmente, ao exercício da autoridade pública.

O Conselho, por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, pode determinar que as disposições do presente capítulo não são aplicáveis a certas actividades.» [5]

2. Direito derivado

7. A Directiva 89/48 previa um prazo de transposição que, de acordo com o seu artigo 12.º, expirava em 4 de Janeiro de 1991.

8. No seu artigo 2.º, esse diploma referia:

«A presente Directiva aplica-se aos nacionais de um Estado-Membro que desejem exercer, como independentes ou assalariados, uma profissão regulamentada num Estado-Membro de acolhimento.

A presente Directiva não se aplica às profissões que sejam objecto de uma Directiva específica que institua o reconhecimento mútuo de diplomas entre os Estados-Membros.»

5 — É necessário salientar que, embora ao longo destas acções por incumprimento todas as partes interessadas se refiram, sem mais precisões, ao artigo 45.º CE, a disposição a que realmente aludem é, invariavelmente, a contida no primeiro dos dois parágrafos constantes do referido artigo, isto é, o que fixa «pela negativa» o âmbito de aplicação da liberdade, ao não alargá-lo às actividades que participam no exercício do poder público. Num sentido muito diferente, o segundo parágrafo prevê uma hipótese genérica de actividades económicas que, sem constituírem uma participação no exercício da autoridade pública, «podem» todavia, por força de disposições de direito derivado, ser «expulsas», por assim dizer, da liberdade de estabelecimento. A este assunto voltaremos mais adiante.

9. Note-se que a profissão de notário não foi regulada por nenhum dos instrumentos a que alude o segundo parágrafo da norma supra-referida.

10. A Directiva 89/48 foi revogada e codificada pela Directiva 2005/36/CE, de 7 de Setembro de 2005, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais. A nova redacção mantém o conteúdo essencial da Directiva 89/48, mas o quadragésimo primeiro considerando, que traz uma inovação face à sua antecessora, em termos que manifestamente não são irrelevantes, diz assim:

«A presente directiva não prejudica a aplicação do n.º 4 do artigo 39.º e do artigo 45.º do Tratado, designadamente no que diz respeito aos notários.»

B — *Direito interno*

1. A profissão de notário

11. Tanto a Comissão como os Estados-Membros apresentaram um grande número de elementos de facto e de direito que descrevem detalhadamente a profissão de notário em cada um dos países. No entanto, tendo em conta a extensão da informação apresentada, o carácter conjunto destas conclusões e a necessidade de apresentar argumentos claros na análise do mérito, expõe-se em seguida um resumo individualizado tanto das normas invocadas como das funções atribuídas à profissão de notário em cada Estado-Membro, particularmente, a autenticação de actos jurídicos?.

a) Direito belga

12. O notariado belga é regulamentado pela Lei de 25 Ventoso do ano XI, bem como por diversas disposições contidas, entre outros diplomas, no código de processo civil belga.

13. Segundo o ordenamento belga, a função do notário consiste principalmente na constituição de actos autênticos que gozam de duas características fundamentais: a força probatória plena e a exequibilidade [6].

14. A autenticação é feita a pedido do interessado e o notário efectua, para o efeito, uma exame da legalidade do acto que autentica. A intervenção do notário pode ser obrigatória ou facultativa, conforme o acto a formalizar,

6 — Artigo 19.º da Lei de 25 Ventoso do ano XI.

e certifica que se encontram reunidos todos os requisitos legalmente exigíveis para a prática do acto, bem como a personalidade e capacidade jurídica das partes. Durante a sua intervenção, o notário informa cada uma das partes dos seus direitos e deveres, aconselhando-as com a maior imparcialidade [7]. Além disso, é o notário que efectua directamente a liquidação e cobrança dos emolumentos de constituição e registo de hipoteca.

15. Todos os actos com intervenção notarial gozam de força probatória plena, equivalente à dos praticados por um oficial público, apenas susceptível de prova em contrário nos tribunais judiciais. A revisão da apreciação feita pelo notário admite recurso, mas através de um mecanismo extraordinário de revisão [8].

16. Além disso, o acto autenticado goza de exequibilidade em todo o território do país [9]. Desse modo, o acto notarial impõe-se ao devedor para efeitos da sua execução (sendo necessária a notificação), cabendo directamente a uma autoridade pública, o *huissier*, dar início àquela. No caso de oposição à execução, o obrigado pode recorrer aos tribunais através de um incidente de embargos de executado [10].

17. O governo belga provou que, além das funções de autenticação, os notários também exercem outras actividades, embora minoritárias em comparação com a anteriormente descrita. Assim, o notário desempenha funções relacionadas com a venda de imóveis em processos executivos, de insolvência, tutelares ou sucessórios; de inventário; de divisão de coisa comum; bem como de constituição, fusão e outros actos das sociedades.

18. O notário desempenha essas funções na qualidade de funcionário público que representa a autoridade pública, embora a actividade seja considerada uma profissão liberal [11]. O seu cargo é inamovível e está sujeito a um regime disciplinar próprio dos trabalhadores do Estado [12]. Os seus emolumentos não têm carácter comercial e são fixados por lei, mas o cliente tem uma ampla liberdade de escolha do notário. Por isso, os notários não competem pela clientela através de uma política de preços, mas sim da qualidade do serviço.

7 — Artigo 9.º, n.º 1, parágrafo terceiro, da referida Lei de 25 Ventoso.

8 — O procedimento de «inscription en faux», aplicável aos actos notariais, está regulamentado, em direito civil, no artigo 895.º do código de processo civil belga.

9 — Artigo 19.º da Lei de 25 Ventoso.

10 — Artigos 1395.º e 1396.º do código de processo civil belga.

11 — Artigo 1.º da Lei de 25 Ventoso.

12 — Artigo 108.º da Lei de 25 Ventoso.

b) Direito francês

19. O notariado francês rege-se pela Lei de 25 Ventoso do ano XI, e por outras disposições específicas previstas em grande parte no código de processo civil.

20. O notariado francês caracteriza-se também pela autenticação de actos e contratos submetidos pelas partes ao notário, cuja intervenção confere força probatória plena e exequibilidade ao acto ou contrato [13].

21. O notário francês intervém a pedido do interessado, embora existam diversos actos cuja constituição exige obrigatoriamente esta intervenção [14]. Para que o acto fique devidamente autenticado, o notário fiscaliza a legalidade da operação e está sujeito a formalidades estritas regulamentadas por lei [15], que incluem a obrigação de redigir o acto em língua francesa [16]. O notário está igualmente obrigado a informar as partes do alcance e efeitos do acto, bem como a certificar-se de que estas prestam livremente o seu consentimento, com plena personalidade e capacidade jurídicas.

22. O acto autêntico goza de força probatória qualificada, embora susceptível de prova em contrário através de um processo especial, para o qual tem competência exclusiva o *tribunal de grande instance* [17] . Este processo é iniciado a título incidental ou principal, consoante o conteúdo do acto autenticado seja ou não posto em causa num processo pendente [18]. O resultado do processo pode implicar sanções tanto para o notário como para a parte que lhe tenha dado início.

23. A exequibilidade do acto notarial implica que qualquer uma das partes nele intervenientes pode requerer a sua execução coerciva directamente à autoridade pública com competência exclusiva para o efeito: o *huissier* [19]. Contrariamente ao que sucede com os actos privados, a execução de acto notarial não carece de intervenção judicial nem é necessário o consentimento do devedor. O

13 — Artigo 1.º do Decreto n.º 45-2590 de 2 de Novembro de 1945, artigo 1319.º do Código Civil e artigo 19.º da Lei de 25 Ventoso, já referida.

14 — Doações, convenções antenupciais, constituição de hipotecas ou vendas a futuro, entre outros casos.

15 — V. Lei de 25 Ventoso do ano XI e disposições específicas como as contidas no articulo 850.º do código geral tributário.

16 — Artigo 1.º da Lei 94-665 de 4 de Agosto de 1994, bem como o Decreto de Villers-Cotterêts de 1539, ainda em vigor e que está na origem da obrigação que exige o uso do francês nos documentos públicos.

17 — Artigo 299.º do código de processo civil.

18 — Artigos 306.º e 314.º do código de processo civil.

19 — O monopólio da execução de actos e títulos executivos é reservado aos *huissiers* pelo artigo 18.º do referido código de processo civil.

processo de execução é o mesmo aplicável à execução de decisões judiciais [20].

c) Direito luxemburguês

24. O governo francês também provou que, além das funções de autenticação, os notários exercem outras actividades, embora minoritárias em comparação com a anteriormente descrita. Assim, o notário desempenha funções relacionadas com a cobrança de impostos, distintas da autenticação, que a complementam e demonstram o grau de penetração da profissão na autoridade pública.

25. O notário é um funcionário do Estado, titular de autoridade pública por delegação e sujeito a um regime especial de incompatibilidades, embora exerça as suas actividades como profissional liberal [21]. Porém, a sua função enquadra-se nas actividades de jurisdição preventiva, que garantem a estabilidade das relações jurídicas e sociais. Os emolumentos notariais são fixados por lei, mas o cliente tem uma margem de escolha entre notários. Trata-se, assim, de uma actividade económica desempenhada em regime de concorrência, em que não são os preços, mas sim a qualidade dos serviços, o elemento determinante da diferenciação entre prestadores.

26. O notariado luxemburguês rege-se pela Lei de 9 de Dezembro de 1976, bem como por outras disposições específicas, entre as quais se salienta o novo código de processo civil, a Lei de 25 de Setembro de 1905 e o Regulamento grão-ducal de 7 de Outubro de 2000.

27. O notariado luxemburguês caracteriza-se igualmente por ser constituído por funcionários públicos, a quem é confiada a missão de intervir em todos os actos e contratos que lhes sejam submetidos pelas partes, para os autenticarem [22]. A autenticação confere uma especial força probatória e exequibilidade [23].

28. O notário intervém a pedido do interessado, devendo efectuar uma fiscalização da legalidade do acto, bem como verificar o cumprimento das diversas formalidades legalmente exigidas. No entanto, em determinados casos, a sua função pode ser obrigatória [24]. O notário deve garantir que as partes actuam livremente e com plena personalidade e capacidade jurídicas. Além disso, é obrigado a aconselhá-las com a maior independência e a informá-las dos direitos e deveres decorrentes do acto e da sua intervenção.

20 — Lei 91-650, de 9 de Julho de 1991.

21 — O carácter público da actividade notarial foi confirmado pelo Conseil d'État francês no seu acórdão de 9 de Junho de 2006 (n.º 280911), que declara aplicável à profissão o artigo 45.º, n.º 1 CE, embora tenha chegado a esta conclusão sem submeter qualquer questão prejudicial ao Tribunal de Justiça.

22 — Artigo 1.º da Lei de 9 de Dezembro de 1976.

23 — Artigos 37.º e 45.º da referida Lei.

24 — V., por exemplo, a Lei de 25 de Setembro de 1905, em matéria de direitos reais sobre imóveis.

29. A autenticação resulta da imposição de uma apostilha em que está inscrita a fórmula executória [25]. A força probatória do acto é, em consequência, especialmente rígida e apenas admite prova em contrário em casos excepcionais e mediante um processo especial de recurso [26].

30. A força executiva do acto notarial permite ao credor recorrer directamente ao processo executivo contra o devedor, sem necessidade de instaurar um processo declarativo nos tribunais. O credor apenas tem de se dirigir à autoridade que detém a competência exclusiva para a execução coerciva, o *huissier*. Das decisões do *huissier* no decurso do processo executivo cabe recurso em termos idênticos aos previstos para a execução de uma decisão judicial.

31. O governo luxemburguês provou que, além das funções de autenticação, os notários exercem outras actividades, embora minoritárias em comparação com a anteriormente descrita. Assim, o notário desempenha funções relacionadas com a venda de imóveis em processos executivos, de insolvência, tutelares ou sucessórios; de inventário e de divisão de coisa comum.

32. Os notários são funcionários públicos nomeados pelo Grão-Duque sob proposta do Ministro da Justiça. Exercem as respectivas funções em todo o território luxemburguês, onde são obrigados a residir. Embora desempenhem as suas funções como profissionais liberais, estão sujeitos a um estatuto especial, que inclui regras rígidas de incompatibilidade [27]. Os emolumentos notariais são fixados por lei mas os clientes têm margem de escolha entre notários, sempre que exista mais do que um na circunscrição territorial em que deva ter lugar a intervenção do notário. Por isso, há livre concorrência entre os notários, embora estes não concorram em função do preço, mas sim da qualidade do serviço.

d) Direito austríaco

33. A actividade notarial austríaca é regulamentada, nas suas linhas mais gerais, pelas leis de 25 de Julho de 1871 e de 11 de Novembro de 1970, bem como por diversas normas do código de processo civil.

34. O notariado austríaco é constituído por funcionários nomeados vitaliciamente pelo Estado, cujas funções consistem, entre outras, na autenticação de actos a que são atribuídos efeitos probatórios especiais e exequibilidade [28].

25 — Regulamento grão-ducal de 7 de Outubro de 2000.

26 — Artigos 310.º e seguintes do novo código de processo civil.

27 — Artigo 6.º da Lei de 9 de Dezembro de 1976, já referida.

28 — Artigo 292.º do código de processo civil e § 3 da Lei de 25 de Julho de 1871, RGBl. 75/1871.

35. Tal como a República da Áustria reconheceu na sua contestação, a autenticação é uma função típica e originária do notariado nesse país. Trata-se de uma função exercida a pedido do interessado, embora seja obrigatória nalguns casos, a fim de dar plena eficácia a um acto. O notário efectua uma fiscalização da legalidade do acto sujeito a intervenção e informa as partes sobre os seus direitos e deveres e os efeitos da intervenção, verificando simultaneamente se estas gozam de plena personalidade e capacidade jurídicas.

36. O notário, após intervir num acto, pode representar as partes e, em casos especiais, assumir a sua defesa nos tribunais e organismos administrativos [29]. Esta actividade é exercida de forma autónoma e com fins lucrativos.

37. Os actos notariais gozam de uma particular força probatória, embora seja admitida, sob estritas condições, prova em contrário [30].

38. Em consequência da autenticação, os actos notariais constituem títulos executivos, susceptíveis de execução imediata a pedido do interessado nas entidades públicas competentes para essa função: os tribunais cantonais [31]. Não é necessário o consentimento do devedor nem a obtenção de una decisão judicial declarativa. Todavia, o processo executivo admite recursos, regulamentados na legislação processual específica sobre esse processo [32].

39. O governo austríaco também provou que, além das funções de autenticação, os notários exercem outras actividades. Assim, o notário actua como Gerichtskommissär, função atribuída por lei que lhe confere funções de assistência e intervenção na tramitação de determinados processos judiciais, como, por exemplo, em matéria sucessória. Na sua qualidade de Gerichtskommissär, o notário exerce poderes, incluindo a faculdade de proferir despachos equiparados aos judiciais.

40. O notário é um funcionário nomeado por decisão do ministro federal da justiça, obrigado a desempenhar as suas funções públicas. No entanto, a sua actividade é exercida como profissão liberal. Desempenham as suas funções com total independência e estão sujeitos a um estatuto especial. Os seus emolumentos

29 — Artigo 5.º da já referida Lei.

30 — Artigo 292.º do código de processo civil.

31 — *Bewilligungs- bzw. Exekutionsgericht.* V. os §§ 17 e segs. da Lei de 27 de Maio de 1896, RGBl. 79/1896.

32 — §§35 a 37 da Lei de 27 de Maio de 1896, já referida.

são legalmente regulamentados, mas os clientes têm uma margem de escolha do notário. Por isso, há um quadro de concorrência entre notários, que não deriva de uma política de preços, mas sim da qualidade do serviço.

e) Direito alemão

41. A actividade notarial alemã encontra-se regulamentada na Lei de 24 de Fevereiro de 1961, bem como em diversas normas do código de processo civil.

42. O notariado alemão é composto por funcionários públicos independentes, que desempenham, a título principal, a função de autenticação de actos [33]. Em consequência dessa intervenção, o acto notarial reveste carácter executivo bem como uma especial força probatória [34]. A função notarial faz parte da designada «justiça preventiva» [35].

43. Na verdade, a autenticação é a actividade mais significativa e típica da profissão de notário. Para esse efeito, o notário assume o controlo da legalidade dos actos privados que as partes pretendem concretizar e certifica-se de que estas expressam a sua vontade com plena personalidade e capacidade jurídicas [36]. Verificados que estejam os requisitos legalmente exigidos, o notário é obrigado a efectuar a autenticação [37]. No decurso da sua intervenção, o notário aconselha e informa as partes dos seus direitos e deveres, bem como dos efeitos da formalização do acto [38]. Embora o notário actue a pedido do interessado e não oficiosamente, o ordenamento alemão prevê um vasto leque de actos que, para serem plenamente eficazes, carecem de intervenção notarial [39].

44. O acto notarial autentica e assume uma força probatória especial, embora susceptível de prova em contrário nas condições taxativamente previstas na lei [40] e em função do objecto da autenticação pelo notário, seja ele declarações de terceiros, declarações do próprio notário ou eventos factuais.

45. O acto notarial tem força executiva e compete directamente às autoridades de execução proceder à mesma, sem necessidade do consentimento do devedor, embora seja

33 — Artigos 1 e 20, n.º 1, da Lei de 24 de Fevereiro de 1961, BGBl. I., p. 97.

34 — Artigos 415.º, 794.º, n.º 1, ponto 5, e 797.º, n.º 2, do código de processo civil.

35 — Em alemão, segundo o referido artigo 1.º da Lei de 24 de Fevereiro de 1961, «vorsorgende Rechtspflege».

36 — Artigo 14.º, n.º 2, da Lei de 24 de Fevereiro de 1961, já referida.

37 — Artigo 15.º, n.º 1, da Lei de 24 de Fevereiro de 1961, já referida.

38 — Artigo 14.º, n.º 1, ponto 2, da Lei de 24 de Fevereiro de 1961, já referida.

39 — V., entre outros, os casos da promessa de doação (artigo 518.º do BGB), das convenções antenupciais (artigo 1408.º do BGB) ou da renúncia à herança (artigo 2346.º BGB).

40 — Artigo 415.º, n.º 2 do código de processo civil.

necessária a sua notificação. Isto pressupõe que o devedor se sujeita à execução no momento da formalização do acto [41]. A competência para a execução cabe exclusivamente às autoridades previstas na lei, entre as quais não se encontra o notário [42]. Cabe recurso judicial das decisões tomadas no decurso da execução que tenham um nexo com o conteúdo do acto notarial [43].

46. O governo alemão provou que, além das funções de autenticação, os notários exercem outras actividades, embora minoritárias em comparação com a anteriormente descrita. Assim, o notário desempenha funções relacionadas com a certificação de cópias de documentos, outorga de procurações e certificação de declarações sob juramento.

47. O notário alemão é um funcionário público nomeado pelo *Land*, que desempenha a suas funções em nome do Estado [44]. Embora a actividade não tenha carácter comercial, o notário actua como profissional liberal, salvo no caso de Baden-Württenberg [45]. Nos restantes *Länder* e consoante a área geográfica, o notário exerce a profissão em regime de exclusividade ou compatibilizando-a com a de advogado. Estão sujeitos a um estatuto especial que garante a respectiva independência e os seus emolumentos são fixados por lei [46]. Não obstante, o cliente tem uma ampla faculdade de escolha do notário dentro de uma circunscrição territorial concreta [47]. Por isso, existe concorrência entre os notários que actuam num território, não com base numa política de preços, mas sim em função da qualidade do serviço.

f) Direito grego

48. A actividade notarial grega está essencialmente regulamentada na Lei 2830/2000.

49. O notário grego é um funcionário público que tem a seu cargo, principalmente, a autenticação de actos, conferindo-lhes assim força probatória e exequibilidade [48].

41 — Artigo 794.º, n.º 1, ponto 5, do código de processo civil.

42 — Existem diversas autoridades competentes, entre elas os oficiais de diligências (Gerichtsvollzieher), os tribunais de execução (Vollstreckungsgericht), os tribunais competentes para a acção declarativa (Prozessgericht) ou as conservatórias do registo predial (Grundbuchamt).

43 — Artigos 732.º e 797.º, n.º 3, do código de processo civil.

44 — Artigo 1.º da Lei de 24 de Fevereiro de 1961, já referida.

45 — Neste caso, o notário é um funcionário integrado na administração pública.

46 — Artigo 17.º da Lei de 24 de Fevereiro de 1961, já referida.

47 — Artigos 10.º, alínea a) e 11.º da Lei de 24 de Fevereiro de 1961, já referida.

48 — Artigo 1.º, n.º 1 da Lei 2830/2000.

50. O notário é responsável pela autenticação dos actos que lhe são voluntariamente apresentados pelos interessados, embora a intervenção notarial possa ser obrigatória em determinados casos [49]. O notário informa e aconselha as partes sobre os seus direitos e deveres, prestando os seus serviços com a maior independência.

51. Os actos notariais gozam de uma especial força probatória, sendo oponíveis *erga omnes* [50]. Apenas é possível pôr em causa o conteúdo do acto com base em fundamentos excepcionais.

52. Dada a exequibilidade do acto notarial, a sua execução coerciva pode ser directamente solicitada à autoridade competente e responsável pela mesma. No entanto, em circunstâncias taxativamente previstas cabe recurso dos actos de execução, a título de incidente processual [51]:

53. O governo grego provou que, além das funções de autenticação, os notários exercem outras actividades, embora minoritárias em comparação com a anteriormente descrita. Assim, o notário desempenha, entre outras, funções relacionadas com a venda de imóveis em processos executivos, de insolvência, tutelares ou sucessórios; de inventário e de divisão de coisa comum.

54. O notário é um funcionário do Estado que presta os seus serviços de forma independente e recebe os seus emolumentos directamente do cliente. Embora o preço dos seus serviços esteja legalmente fixado, o cliente tem uma certa margem de escolha do notário.

55. Por isso, existe um quadro de concorrência entre os notários, que não deriva de uma política de preços, mas sim da qualidade do serviço.

g) Recapitulação

56. Em conclusão de tudo o que *supra* ficou referido, parece legítimo considerar que os seis Estados demandados acolheram e desenvolveram uma figura notarial comum, sobretudo no que respeita à autenticação e aos seus efeitos: a força probatória e a exequibilidade. Além disso, em todos os Estados demandados se verifica a existência de um estatuto notarial especial e híbrido, a meio caminho entre a autoridade pública e o profissional liberal, sujeito a direitos e obrigações que convertem o notariado numa profissão que desempenha uma actividade económica *sui generis.* É este grau de coincidência básica que permite dar uma resposta fundamentada de forma unitária às presentes acções por incumprimento.

49 — É o caso, por exemplo, da constituição de sociedades, das doações entre vivos ou das transmissões de imóveis.

50 — Artigo 438.º da Lei 2830/2000, já referida.

51 — Artigo 933.º e seguintes da Lei 2830/2000.

2. A norma nacional especificamente objecto das acções: as cláusulas de nacionalidade

57. Uma vez exposto o quadro normativo básico respeitante à profissão de notário, cumpre agora expor as disposições que a Comissão ataca neste processo e que têm o objectivo de restringir aos nacionais do Estado o acesso ao notariado.

a) Direito belga

58. O artigo 35.º, n.º 3, da Lei de 25 Ventoso do ano XI, alterada pela Lei de 4 de Maio de 1999, estabelece uma cláusula de nacionalidade para acesso à profissão de notário na Bélgica. A sua redacção é a seguinte:

«Para ser nomeado candidato a notário, o interessado deverá: 1.º ser belga […].»

b) Direito francês

59. O artigo 3.º do Decreto de 5 de Julho de 1973, alterado pelo Decreto 89-399, de 20 de Junho de 1989, contém uma cláusula de nacionalidade que condiciona o acesso à profissão de notário em França, nestes termos:

«Apenas pode ser notário quem reúna os seguintes requisitos: 1.º Ser francês […]»

c) Direito luxemburguês

60. O artigo 15.º da Lei de 9 de Dezembro de 1976 sobre a organização do notariado prevê uma cláusula de nacionalidade para acesso à profissão de notário no Luxemburgo. A sua redacção é a seguinte:

«Para ingressar nas funções de notário, é necessário: a) ser luxemburguês […].»

d) Direito austríaco

61. O artigo 6.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento do Notariado, RGBl n.º 75/1871, alterado pelo RBGl. n.º 164/2005, prevê uma cláusula de nacionalidade para acesso à profissão de notário na Áustria, nos seguintes termos:

«Para exercer o cargo de notário, o candidato deve: a) ter nacionalidade austríaca […].»

e) Direito alemão

62. O artigo 5.º do Código Federal do Notariado, na redacção que lhe foi dada pelo artigo 3.º da Lei de 26 de Março de 2007, contém uma cláusula de nacionalidade para acesso à profissão de notário na Alemanha. A mesma tem a seguinte redacção:

«Apenas poderão deter o título de notário os residentes de nacionalidade alemã que preencham os requisitos de acesso à magistratura previstos na Lei federal sobre o estatuto dos magistrados»

f) Direito grego

63. O artigo 19.º, n.º 1, da já referida Lei 2830/2000 prevê uma cláusula de nacionalidade para acesso à profissão de notário na Grécia, com o seguinte teor:

«Pode ser nomeado notário quem possua a nacionalidade grega […].»

III — Pedidos das partes

64. Nos processos aqui apensos, a Comissão, com o apoio do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, pede ao Tribunal de Justiça que:

— Declare que, ao restringir o acesso à profissão de notário exclusivamente a quem tem a nacionalidade do país, o Reino da Bélgica, a República Francesa, o Grão-Ducado do Luxemburgo, a República da Áustria, a República Federal da Alemanha e a República Helénica não cumpriram as obrigações que lhes incumbem por força dos artigos 43.º e 45.º, primeiro parágrafo, CE;

— Declare que, ao não aplicar à profissão de notário a Directiva 2005/36, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais, o Reino da Bélgica, o Grão-Ducado do Luxemburgo, a República da Áustria, a República Federal da Alemanha e a República Helénica não cumpriram as obrigações que lhes incumbem por força da referida Directiva;

— Condene nas despesas o Reino da Bélgica, a República Francesa, o Grão-Ducado do Luxemburgo, a República da Áustria, a República Federal da Alemanha e a República Helénica.

65. Por seu lado, os Estados demandados, com o apoio da República da Lituânia, da Roménia, da República da Bulgária, da República da Polónia, da República da Eslovénia, da República Checa, da República Eslovaca, da República da Hungria e da República da Letónia, pedem ao Tribunal de Justiça que:

Julgue a acção improcedente por não se ter verificado a denunciada violação dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE, e condene a Comissão nas despesas.

Além disso, e previamente ao mencionado, a República Federal da Alemanha alega uma excepção de inadmissibilidade, alegando que a Comissão expressou a sua posição na fase pré-contenciosa invocando a Directiva 89/48/CEE e, na petição inicial, denuncia o incumprimento da Directiva 2005/36, que substitui a anterior.

IV — Quanto à admissibilidade

66. No processo C-54/08, em que é demandada a República Federal da Alemanha, esta, apoiada pela República da Eslovénia e pela República da Letónia, alega uma excepção de inadmissibilidade decorrente das normas invocadas pela Comissão. Segundo afirma, a Comissão imputou-lhe a violação da Directiva 89/48, durante a fase pré-contenciosa desta acção por incumprimento, imputando-lhe agora, na fase contenciosa, a violação da Directiva 2005/36, que substitui a anterior.

67. Esta excepção não pode ser acolhida.

68. Segundo jurisprudência assente, a regularidade da fase pré-contenciosa constitui uma garantia essencial consagrada pelo Tratado, não apenas para a protecção dos direitos do Estado-Membro em causa mas igualmente para assegurar que a eventual fase contenciosa tenha por objecto um litígio claramente definido. É apenas a partir de uma fase pré-contenciosa regular que o processo contraditório no Tribunal de Justiça permitirá a este decidir se o Estado-Membro não cumpriu efectivamente as obrigações precisas cuja violação é alegada pela Comissão [52].

69. Ora, como o Tribunal de Justiça tem declarado reiteradamente, embora os pedidos contidos na petição não possam, em princípio, ser ampliados para além dos incumprimentos alegados nas conclusões do parecer fundamentado e na notificação para cumprir, não é menos verdade que, quando uma

52 — Despacho de 11 de Julho de 1995, Comissão/Espanha (C-266/94, Colect., p. I-1975, n.os 17 e 18).

alteração do direito comunitário sobrevém no decurso do processo pré-contencioso, «é admissível que a Comissão procure obter a declaração da existência do incumprimento das obrigações que têm a sua origem na versão inicial de uma directiva, seguidamente alterada ou revogada, e que foram mantidas pelas novas disposições» [53].

70. Pois bem, como a Comissão assinalou, resulta de uma análise comparada das referidas disposições que a Directiva 2005/36 mais não fez do que reforçar e codificar as disposições da Directiva 89/48. Por conseguinte, a maioria das obrigações que incumbiam aos Estados-Membros em consequência da Directiva 89/48 continuam a ser aplicáveis por força da Directiva 2005/36.

71. Daqui se conclui que a acção deve ser admitida, sem se aceitar a excepção de inadmissibilidade deduzida pela Alemanha, uma vez que diz respeito às obrigações resultantes da Directiva 2005/36, já anteriormente aplicáveis por força da directiva revogada.

53 — V., entre outros, os acórdãos de 9 de Novembro de 1999, Comissão/Itália (C-365/97, Colect., p. I-7773, n.º 36), e de 5 de Junho de 2003, Comissão/Itália (C-145/01, Colect., p. I-5581, n.º 17).

V — Quanto ao mérito

A — *Quanto ao primeiro fundamento para o incumprimento*

72. Com o seu primeiro fundamento para o incumprimento, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare que os Estados-Membros demandados, ao reservarem o acesso à profissão de notário única e exclusivamente aos seus nacionais, violaram os artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE.

73. Os Estados-Membros apresentam uma interpretação diferente da regulamentação resultante de ambos os preceitos, fundamentada sobretudo na determinação do âmbito de aplicação da norma expressa pela negativa no segundo desses preceitos, isto é, uma diferente interpretação da expressão «actividades que, num Estado-Membro, estejam ligadas, mesmo ocasionalmente, ao exercício da autoridade pública».

74. Na verdade, e resumidamente, se para a Comissão o artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE é um preceito fundamentalmente cingido pelo conceito de «coacção», os Estados-Membros defendem uma interpretação claramente mais ampla, no sentido de que a norma engloba toda e qualquer decisão que produza efeitos especiais e distintos dos resultantes de um acto privado.

1. Três observações prévias de carácter geral

75. Impõem-se previamente três observações gerais. Uma, relativa à estrutura da regra resultante dos artigos 43.º e 45.º, primeiro parágrafo, CE; outra relativa ao significado ou, se se preferir, à sistemática do próprio artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE; a terceira referente à aplicação do princípio da proporcionalidade.

a) Norma cuja violação a Comissão imputa aos Estados: os artigos 43.º e 45.º, primeiro parágrafo, CE

76. Como acaba de se expor, a Comissão denuncia a violação da norma conjugada resultante dos artigos 43.º e 45.º, primeiro parágrafo, CE que define o âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento. A peculiaridade deste incumprimento, fundamentado na conjugação de duas disposições do Tratado, suscita-me um primeiro comentário.

77. Na verdade, os artigos 43.º e 45.º, primeiro parágrafo, CE constituem, em rigor, uma unidade normativa, a partir de uma regra (liberdade de estabelecimento) e de uma excepção (actividades ligadas ao exercício da autoridade pública), que definem, assim, o seu âmbito de aplicação. Da conexão entre ambas as regras resulta a norma determinante para a solução do presente processo. Não nos encontramos, portanto, perante uma regra (artigo 43.º CE) cuja aplicação é simplesmente *derrogada* (artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE), mas sim perante uma regra diferente: a que define o âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento para o exercício de actividades que *não* estão ligadas ao exercício da autoridade pública. É este o âmbito de aplicação da liberdade concreta garantida pelo Tratado, e assim deve ser entendida a actuação da Comissão, ao declarar o incumprimento dos artigos 43.º e 45.º, primeiro parágrafo, CE.

78. Por outro lado, esta é a diferença determinante na separação funcional existente entre os dois parágrafos que compõem o artigo 45.º CE. O primeiro, como já vimos, integra, de forma directa e acabada (*perfeita*), embora pela negativa, o âmbito de aplicação da liberdade, ao declarar imediatamente excluídas do mesmo («não são aplicáveis») as actividades ligadas ao exercício da autoridade pública. O segundo, pelo contrário, abre simplesmente a possibilidade de o direito derivado introduzir restrições adicionais ao âmbito da liberdade fixado pelo Tratado, tal como resulta da conjugação do artigo 43.º e do primeiro parágrafo do artigo 45.º Esta possibilidade genérica de derrogação pontual do âmbito da liberdade, ainda que não tenha sido usada até ao presente, fica completamente de fora destas acções por incumprimento.

Todavia, o seu contraste com a previsão do primeiro parágrafo permite compreender e explicar a função e o alcance deste último.

79. Assim, há que insistir que o artigo 43.º CE não institui uma liberdade, a de estabelecimento, a que o artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE *de imediato* abre uma excepção. Dito de outro modo, não se trata de uma excepção à aplicação de uma regra, mas sim uma excepção constitutiva da regra que, no Tratado, define o âmbito de aplicação da liberdade. Por isso, a obrigação dos Estados-Membros é tornar efectiva a liberdade de estabelecimento no que respeita às actividades económicas que não estejam ligadas, mesmo ocasionalmente, ao exercício da autoridade pública. À determinação do alcance do artigo 43.º, introduzida pelo artigo 45.º, primeiro parágrafo, referir-me-ei *infra* como «âmbito negativo de aplicação da liberdade de estabelecimento».

b) A dificuldade de interpretação do sentido do artigo 45.º, n.º 1 CE

80. A segunda observação prévia de carácter geral é já de ordem substantiva. Na verdade, à partida parece claro que a previsão, contida no artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, de «actividades» económicas «ligadas [...] ao exercício da autoridade pública» se refere a um *corpo estranho* na fenomenologia da autoridade pública moderna. A separação entre a esfera pública e a privada ou, se se preferir, entre Estado e sociedade, característica do mundo político moderno, leva a que, em princípio, hoje não existam actividades de participação na autoridade pública que fiquem fora dos três poderes em que se considera que a autoridade pública se articula. Uma actividade económica privatizada (ou não nacionalizada) que, não obstante, se caracterize pelo exercício da autoridade pública é, portanto, algo relativamente *inesperado* na sistemática do Tratado. E, no entanto, é isso que decorre do actual artigo 51.º TFUE, anteriormente artigo 45.º CE, e assim sucessivamente até à primeira versão do Tratado CEE em 1957. Além disso, podemos novamente encontrar idêntica previsão, nos artigos 23.º e 27.º do Acordo da Associação Europeia de Comércio Livre.

81. Parece natural pressupor que a presença constante da referida previsão normativa ao longo da evolução do Direito primário obedece a um determinado fim, expressa uma determinada ideia subjacente [54]. E a única explicação lógica é a de que os Estados, na sua

54 — V. Chr. Tomuschat, «Der Vorbehalt der Ausübung öffentlicher Gewalt in den Berufsfreiheitsregelungen des EWG-Vertrages und die freie Advokatur im Gemeinsamen Markt», em *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 27 (1967), p..53 e ss.

qualidade de autores dos Tratados, e porventura com base na sua própria cultura e tradição jurídicas, prestaram atenção ao facto de, pelo menos num número significativo deles, os respectivos ordenamentos integrarem determinadas actividades de participação no exercício da autoridade pública que, todavia, não eram desempenhadas pelas autoridades públicas, mas que, pelo contrário, assumiam a forma de actividades económicas ou de actividades a cargo de agentes económicos. Uma abordagem que levasse a concluir que *não nos ocorre* nenhuma actividade, de entre as existentes, que mereça essa qualificação, levantaria algumas dúvidas sobre a solidez da referida interpretação.

termo a este tipo de actividades económicas. Ora, uma vez que os Estados as mantêm, o Tratado prevê directamente a sua exclusão da liberdade de estabelecimento. Nesse sentido, poder-se-ia aventurar uma analogia com uma cláusula facultativa de *stand still*.

c) A incorporação do princípio da proporcionalidade

82. Outra coisa é poder-se entender que o artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE está concebido como uma habilitação dos Estados-Membros a efectuar uma indefinida ou genérica privatização do poder político (uma peculiar *devolution*), que lhe conferisse o sentido de «actividade económica». Não me parece que seja o caso. Pelo contrário, o artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE deve ser visto menos como um preceito com futuro e mais como um preceito *com passado*. Provavelmente, o entendimento mais correcto do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, é o de que o Tratado quis deixar fora da liberdade de estabelecimento qualquer actividade económica que, excepcionalmente, continue a ter por objecto uma ligação com o poder político estatal. Naturalmente, o Tratado deixa aos Estados a plena liberdade de manterem ou porem

83. Ao longo deste processo, os Estados-Membros afirmaram que a aplicação dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE não admite uma fiscalização da proporcionalidade. Com esta afirmação, os demandados e os intervenientes defendem que, se estiverem preenchidas as condições do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, não é possível efectuar nenhuma ponderação que permita aplicar a norma de forma gradual. Esta aplicação gradual da norma é precisamente a função do princípio da proporcionalidade quando é aplicado a uma excepção às liberdades, visto que é o instrumento que deve ser utilizado para determinar até que ponto é necessária a restrição de uma liberdade em função de legítimos objectivos de segurança, saúde ou

ordem pública [55]. Os Estados demandados neste processo são unânimes no sentido de que o princípio da proporcionalidade não é aplicável nos termos do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, havendo apenas aqui uma hipótese, por assim dizer, binária: ou se aplica ou não se aplica, mas não concede ao intérprete qualquer margem de ponderação.

84. Na verdade, de todas as vezes que este Tribunal se deparou com uma questão de interpretação do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, a análise limitou-se a clarificar se a actividade participava directa e efectivamente no exercício da autoridade pública. No entanto, e como se exporá mais adiante, é necessário salientar igualmente que, até à data, o Tribunal de Justiça nunca teve necessidade de ir além de uma primeira fase no percurso exigido pela aplicação do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, e pôde sempre limitar-se, numa primeira aproximação conceptual, a declarar que a actividade em causa não participava no exercício da autoridade pública. Por outras palavras, os casos em que o Tribunal teve que se pronunciar sobre a interpretação do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE foram decididos sem necessidade de se deter nos pormenores da construção conceptual da categoria «autoridade pública» [56]. Pelo contrário, perante a hipótese de uma resposta positiva, o Tribunal de Justiça deve aprofundar o raciocínio. Nesta segunda fase, a interpretação consiste em determinar, atendendo ao grau de participação no exercício da autoridade pública da actividade, se a medida nacional controvertida é necessária para cumprir os objectivos dos artigos 43.º e 45.º, primeiro parágrafo, CE.

85. Por tal motivo, pode concluir-se que os artigos 43.º e 45.º, primeiro parágrafo, CE permitem um critério de proporcionalidade.

86. No contexto das referidas normas, a fiscalização da proporcionalidade efectua-se, se for caso disso, mediante uma análise semelhante à utilizada pelo Tribunal de Justiça na sua jurisprudência [57], que pondera 1) a incisividade da medida adoptada, por um lado, e 2) o grau de participação da actividade em causa no exercício da autoridade pública. Quanto mais directa ou imediata for essa participação, maior será o leque de medidas abrangidas pelo artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE. Quanto menos directa for, menos serão as medidas justificadas por essa norma, tanto em quantidade como em intensidade.

55 — Artigo 46.º, primeiro parágrafo, CE. Esta norma foi interpretada pelo Tribunal de Justiça mediante a aplicação de uma fiscalização da proporcionalidade caso a caso, como decorre de uma vasta jurisprudência. V., entre alguns dos mais recentes, os acórdãos de 12 de Setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Colect., p. I-7995, n.ºs 61 e seguintes), e de 3 de Outubro de 2006, Fidium Finanz (C-452/04, Colect., p. I-9521, n.º 46). Sobre o princípio e o seu papel como regra de ponderação no quadro das liberdades, v. Tridimas, T. – *The General Principles of EU Law*, 2.ª ed., Ed. Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 193 e segs.; e Galetta, D.-U. – *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milão, 1998, pp. 103 e segs.

56 — V., por todos, Henssler, M., e Filian, M., «Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG», *Europarecht*, 2005, p. 192 e ss.

57 — V. jurisprudência referida na nota 55.

2. A actividade de participação no exercício da autoridade pública

a) A jurisprudência do Tribunal de Justiça

87. Confrontando o estado actual da jurisprudência relativa aos artigos 43.º e 45.º, primeiro parágrafo, CE, o primeiro elemento a salientar é a insistência repetida do Tribunal de Justiça na necessidade de efectuar uma interpretação estrita. Já desde 1974, no processo Reyners [58], se mostrou que a jurisprudência ia circunscrever a disposição a um território muito estreito. Prova desta abordagem é o facto de, após mais de meio século de jurisprudência e de uma quinzena de acórdãos proferidos, o Tribunal de Justiça ainda não ter declarado que uma determinada actividade se enquadra nos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE.

88. Em segundo lugar, a jurisprudência especificou que uma «actividade» não é sinónimo de uma «profissão». Portanto, o facto de uma actividade configurar uma participação no exercício da autoridade pública não pressupõe *per se* que os artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE se projectam sobre todas as demais actividades que o profissional em causa desempenha. Este raciocínio levou o Tribunal de Justiça a declarar que apenas nos casos em que as actividades de autoridade pública sejam inseparáveis das restantes se poderá reduzir o alcance e a aplicabilidade dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE, relativamente a uma profissão completa. Tal como foi declarado no referido acórdão Reyners, não se pode admitir uma decisão sobre a totalidade da profissão «quando, no âmbito de uma profissão liberal, actividades que estejam eventualmente ligadas ao exercício da autoridade pública constituam um elemento cindível do conjunto da actividade profissional em causa» [59].

89. Em terceiro lugar, o Tribunal de Justiça precisou, no processo Reyners, que o âmbito dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE «é limitad[o] às actividades que, por si só consideradas, constituem uma participação directa e específica no exercício da autoridade pública» [60], sem que os Estados-Membros possam adoptar disposições unilaterais nessa matéria que alarguem ou reduzam os termos desses artigos [61].

90. Por fim, um quarto e último elemento que merece destaque na nossa jurisprudência é a necessidade de analisar as funções específicas desempenhadas no exercício de cada actividade, numa apreciação estreitamente ligada às circunstâncias concretas do caso, que

58 — Acórdão de 21 de Junho de 1974, Reyners (2/74, Colect., p. 325).

59 — Acórdão já referido, n.º 47.

60 — Acórdão já referido, n.º 45.

61 — Acórdão de 15 de Março de 1988, Comissão/Grécia (147/86, Colect., p. 1637, n.º 8).

obrigarão o Tribunal a aprofundar questões de direito nacional que nem sempre são de fácil resolução. Assim, desde o acórdão Reyners ficou claro que as características que determinam a aplicação do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE devem «ser apreciada[s] separadamente, em relação a cada Estado-Membro, à luz das disposições nacionais aplicáveis à organização e exercício dessa profissão» [62]. Esta característica contribuiu para que a jurisprudência resulte casuística, pouco expressiva e limitada às peculiaridades de cada actividade. Tanto assim que, actualmente, não existe uma única decisão na qual o Tribunal tenha desvendado o sentido das expressões «directa», «específica» ou «autoridade pública».

91. Atendendo aos efeitos práticos desta jurisprudência, dir-se-á, como já adiantei, que nas decisões proferidas até à data pelo Tribunal de Justiça não se chegou à conclusão de que uma actividade participa de forma directa e específica no exercício da autoridade pública [63]. A profissão de advogado [64], a docência ou a direcção de estabelecimentos de ensino privados [65], a gestão de sistemas informáticos para administrações públicas [66], os revisores oficiais de contas de empresas de seguros [67], a inspecção técnica de veículos [68], a venda e apostas e lotarias [69], a segurança privada [70], os serviços públicos de socorro [71] ou os organismos de controlo dos produtos provenientes da agricultura biológica [72]; todas estas actividades foram escrutinadas pelo Tribunal de Justiça e em todos os casos se excluiu que fossem actividades relacionadas com o exercício da autoridade pública no sentido do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE [73].

62 — Acórdão já referido, n.º 49.

63 — A República Federal da Alemanha considera que, no acórdão de 5 de Outubro de 1994, Van Schaik (C-55/93, Colect., p. I-4837), o Tribunal de Justiça chegou à conclusão de que uma actividade económica participava no exercício da autoridade pública. No referido acórdão declarou-se, concretamente no seu n.º 16, que a concessão de uma autorização de inspecção, por parte de um Estado-Membro, a oficinas de automóveis estabelecidas noutros Estados-Membros diz respeito ao alargamento de uma prerrogativa de autoridade pública para fora do território nacional. O Tribunal de Justiça concluiu que era a faculdade de atribuir autorizações, e não a actividade económica autorizada, que participava no exercício da autoridade pública.

64 — Acórdão Reyners, já referido.

65 — Acórdão Comissão/Grécia já referido.

66 — Acórdão de 5 de Dezembro de 1989, Comissão/Itália (C-3/88, Colect., p. 4035).

67 — Acórdão de 13 de Julho de 1993, Thijssen (C-42/92, Colect., p. I-4047).

68 — Acórdãos de 22 de Outubro de 2009, Comissão/Portugal (C-438/08, Colect., p. I-10219) e Van Schaik, já referido.

69 — Acórdão de 26 de Abril de 1994, Comissão/Itália (C-272/91, Colect., p. I-1409).

70 — Acórdãos de 29 de Outubro de 1998, Comissão/Espanha (C-114/97, Colect., p. I-6717); de 9 de Março de 2000, Comissão/Bélgica (C-355/98, Colect., p. I-1221); de 31 de Maio de 2001, Comissão/Itália (C-283/99, Colect., p. I-4363), e de 13 de Dezembro de 2007, Comissão/Itália (C-465/05, Colect., p. I-11091).

71 — Acórdão de 29 de Abril de 2010, Comissão/Alemanha (C-160/08, Colect., p. I-3713).

72 — Acórdãos de 29 de Novembro de 2007, Comissão/Alemanha (C-404/05, Colect., p. I-10239) e de 29 de Novembro de 2007, Comissão/Áustria (C-393/05, Colect., p. I-10195).

73 — O que não significa que o Tribunal de Justiça tenha mantido o silêncio quanto às eventuais actividades abrangidas pelo artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, como no já referido processo Van Schaik, ou inclusivamente no âmbito do artigo 39.º, quarto parágrafo, relativo à circulação de trabalhadores, onde surgem, como *obiter dicta,* referências a actividades que poderiam, hipoteticamente, participar no exercício da autoridade pública, como é o caso da polícia e dos notários no acórdão de 30 de Setembro de 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (C-405/01, Colect., p. I-10391).

b) O necessário aprofundamento do conceito de autoridade pública

92. Como *supra* ficou exposto, são poucos os elementos que se inferem da jurisprudência para se averiguar a natureza ou qualidade da «autoridade pública» referida na norma de que ora nos ocupamos. A definição de autoridade pública, na acepção do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE [74], não pode evitar partir de uma determinada *preconcepção* da ideia de autoridade pública enquanto categoria comum da Teoria do Estado, na qual necessariamente se integra, em termos conceptuais, a União enquanto comunidade de Estados [75].

93. Neste sentido, «autoridade pública» é, antes de mais, «autoridade», isto é, capacidade de imposição de uma conduta conforme a uma vontade incontestável. Na sua expressão máxima e segundo uma concepção pacificamente aceite, essa capacidade é exclusiva do Estado, ou seja, da instituição que personifica o ordenamento jurídico como instrumento de administração e organização da força legítima [76]. Autoridade pública é, assim, a autoridade do soberano, *qui superiorem non recognoscens in regno suo*.

94. O que quer dizer que no Estado não há nenhuma outra força legítima além da administrada pela autoridade pública, seja em benefício da existência do Estado e da prossecução dos seus fins (interesse geral), seja ao serviço de legítimas expectativas de conduta de uns particulares perante outros (interesse privado) e, neste último caso, sempre com observância das condições previamente estabelecidas [77].

95. É certo que o objectivo a que se destina a força monopolizada e administrada pelo Estado configura um primeiro critério para traçar a fronteira entre a autoridade pública e os particulares. Efectivamente, a autoridade pública visa a prossecução de objectivos de carácter geral que integram o fundamento da legitimação da forma de Estado concreta adoptada pelo poder político (de um modo geral, na Europa, o Estado social e democrático de direito). Os particulares, pelo contrário,

74 — Que, além do mais, nas suas diferentes versões, usa indistintamente dois termos susceptíveis, no plano teórico, de alguns matizes, como são os de «autoridade» e «poder público». Fala-se de «autoridade», por exemplo, nas versões francesa («l'exercice de l'autorité publique»), inglesa («the exercise of official authority»), portuguesa («exercício da autoridade pública»), romena («exercitării autorității publice») e maltesa («l-eżerċizzju ta' l-awtorità pubblika»), preferindo a expressão «poder público» as versões espanhola («ejercicio del poder público»), alemã («Ausübung öffentlicher Gewalt»), italiana («esercizio dei pubblici poteri») e sueca («utövandet av offentlig makt»).

75 — Ainda que a última palavra no que respeita à formação do conceito caiba ao direito da União, no pressuposto de que o Tribunal de Justiça, como intérprete último desse direito, o defina tomando sempre como ponto de partida as diferentes abordagens nacionais da categoria em questão. Por todos, Schlag M. – «Art. 45», *EU-Kommentar* (J. Schwarze, Hrs.), 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2009.

76 — Por todos, entre uma ampla bibliografia, A. Passerin d'Entreves, *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1962.

77 — Está fora de questão, obviamente, o caso da força monopolizada por outro Estado, que convive com o primeiro no respeito pelas respectivas esferas de soberania delimitadas pelo direito internacional.

no exercício da sua autonomia individual, prosseguem a realização dos seus interesses privados. E podem fazê-lo utilizando, eventualmente e nas condições previstas pelo ordenamento, a força administrada pela autoridade pública que, para tais fins, representa, em princípio, um instrumento ao serviço de interesses privados.

96. Ora, o critério tradicionalmente mais usado na identificação da autoridade pública é o que atende à capacidade da autoridade pública para impor unilateralmente a sua vontade, ou seja, sem necessidade do consentimento do sujeito obrigado. Pelo contrário, o particular só consegue que a sua vontade seja aceitável por outro particular, com o consentimento deste último.

97. No entanto, as coisas não são assim tão simples quando se trata, como sucede sempre no nosso caso, de um Estado democrático. Porque nestes casos, de certa forma e em última instância, o consentimento é sempre necessário. Por outro lado, convém relativizar a afirmação de que a vontade da autoridade pública se impõe incontestavelmente. É que, na actual perspectiva do Estado de Direito, consubstancial também à União, toda a actuação da autoridade pública é susceptível de recurso. Na realidade, o poder soberano do Estado democrático é, nesta perspectiva, mais *auctoritas* que puro *imperium* [78] . Ou seja, é um poder de dominação exercido pela própria vontade daqueles que estão sujeitos a obediência e assegurado mais pela legitimidade da origem da vontade de domínio do que pela pura ameaça de coacção física [79].

98. Isto pressupõe, nesta perspectiva, que o conceito controvertido não é um conceito absoluto mas sim relativo e por isso susceptível de graduação [80]. Quanto maior for a qualidade da autoridade pública maior será a facilidade na imposição de uma determinada conduta, nunca podendo haver lugar a uma imposição pura e simples e incontestável.

99. Por todos estes motivos, atender ao critério do fim (interesse geral/interesse particular) ou ao critério do modo de imposição da obrigação assegurada pela força (unilateral/bilateral), implica trilhar um caminho que desemboca inelutavelmente em terreno pouco firme. Na verdade, deparamo-nos aqui com

78 — Como é sobejamente conhecido, a soberania é uma característica típica do Estado, que não pode ser reivindicada por nenhum dos seus órgãos e que, tal como o próprio Estado, não tem outro fundamento que não a constituição: «não há mais Estado do que o estabelecido pela constituição» [tradução livre], «es gibt nur so viel Staat, wie die Verfassung konstituiert» (Häberle, P., Europäische Verfassungslehre, 6.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2009, p. 187, retomado a ideia de R. Smend e A. Arndt). No Estado constitucional, diz-se, não há soberano, pois a soberania é uma qualidade *do* Estado no seu conjunto. M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimatitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Hamburgo, 1975.

79 — Legitimidade da origem a que acresce a conferida pelo seu exercício em conformidade com a lógica dos procedimentos. Neste sentido, N. Luhmann, «Legitimation durch Verfahren», Ed. Luchterhand, Neuwied/Berlin, 1969.

80 — Neste sentido, por exemplo, também Chr. Tomuschat, já referido, p. 69.

conceitos extraordinariamente imprecisos, sujeitos como estão ao arbítrio de grandezas relativas, e por isso insusceptíveis de um grau mínimo de objectividade. Desde logo, são critérios eficazes em situações inquestionáveis de exercício da autoridade pública, como é o caso das actividades mais directamente relacionadas com a actuação das prerrogativas da soberania (exército, polícias, tribunais, governo), não sendo, no entanto, suficientes para determinar a qualificação de outras actividades públicas que estão menos ligadas ao exercício da coacção e, todavia, são qualitativamente distintas da actividade privada.

100. Dando mais um passo nesta reflexão, há que ter em conta a qualidade do Estado moderno enquanto forma de organização do poder muito mais sofisticada do que as anteriormente conhecidas. Estas últimas reduziam-se à administração da coacção física através de procedimentos para a definição das condições do respectivo exercício extraordinariamente simplificados. Daí que, para se ter uma percepção do fenómeno da autoridade pública em toda a sua complexidade, hoje seja praticamente inevitável trabalhar com um conceito de autoridade pública construído a partir da lógica da ordem jurídica em que a referida autoridade actua.

101. Nessa linha, o ordenamento jurídico representa um meio de organização do exercício da força legítima, susceptível de culminar, se for caso disso, na aplicação dessa força numa situação concreta. Sendo assim, não haverá inconveniente em aceitar que os actos através dos quais o ordenamento se aplica (nos casos em que o processo de exercício da força legítima termina com um acto que lhe põe fim, tornando-o definitivo) surgem como a expressão última da ordem jurídica [81].

102. Com base nesta abordagem, o critério determinante para a qualificação de um acto como decorrente da autoridade pública seria então o da natureza da sua relação com o ordenamento do Estado. Concretamente, uma actividade caracterizar-se-ia como a expressão da participação no exercício da autoridade pública em função do critério da sua integração (o seu grau de *pertença*) na referida ordem jurídica. O critério, portanto, não seria o da mera conformidade com esta, mas sim o da sua integração como acto do ordenamento [82].

81 — Sobre a concepção do ordenamento como uma sucessão de imputações que podem ser reconduzidas a uma primeira norma positiva, expressão do poder soberano, v., paradigmaticamente, Kelsen, H. – *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Deuticke, Viena, 1960.

82 — Daí que averiguar se uma determinada actividade participa ou não no exercício da autoridade pública não implique um esforço de afectação a um dos três poderes e/ou funções do Estado, a saber, o legislativo, o executivo ou o judicial, especialmente a este último, como se pôde ver nos argumentos expendidos neste processo.

103. Neste sentido, pode entender-se que os tribunais são a expressão mais típica da autoridade pública. Efectivamente, as suas decisões proclamam definitivamente o Direito e, nesse sentido, o ordenamento jurídico acaba por se confundir com elas [83]. Mas, por isso mesmo, também se pode dizer que autoridade pública é aquela cujos actos podem alcançar essa condição sem necessidade de *iurisdictio*. Para começar, a lei é executória *per se*, como o são igualmente o acto administrativo ou a ordem da polícia. São sempre actos e disposições passíveis de recurso judicial, mas, apesar disso, não dependentes de «autorização» para a produção imediata de efeitos.

104. Do exposto resulta claro que nenhum particular pode praticar actos jurídicos eficazes perante terceiros, a não ser através da intervenção da autoridade pública. Uma vez que está excluído o uso da força pelos particulares, a efectivação dos seus direitos carece sempre de uma autorização pública. Nestes casos, a autoridade pública não se limita a *rever* um acto susceptível, por si só, de vincular um terceiro, como acontece com os actos da Administração, do Governo ou do poder legislativo. Pelo contrário, a autoridade pública, nesses casos, intervém sempre como autoridade *constitutiva* no que respeita à obrigação que o particular pretende fazer valer perante um terceiro. Poderão então estar em causa obrigações com origem num acordo de vontades (contrato/princípio dispositivo), mas a exigência do respectivo cumprimento só está ao alcance dos particulares mediante a intervenção pública.

105. Assim, em conclusão de todo o exposto, há que entender, sempre com o grau de abstracção que o caso requer, que entre as características que distinguem a autoridade pública nas diferentes tradições nacionais se inclui a sua capacidade de imputar um acto, disposição ou conduta à vontade do Estado, formalizada através do ordenamento jurídico. Efectivamente, é este o denominador comum mínimo de todas essas tradições, que encontram na imputação de uma vontade concreta à vontade geral do Estado o critério determinante para traçar a divisória que separa a esfera pública da dos particulares.

106. As considerações anteriores permitirão abordar com maior segurança a questão fulcral colocada pela actividade notarial.

83 — Merkl, A. – *Die Lehre von der Rechtskraft*, Deuticke, Leipzig, 1923.

3. Quanto a saber se a actividade notarial, designadamente a actividade de autenticação, integra o âmbito negativo da liberdade de estabelecimento

107. Não obstante, é oportuna alguma precaução. A questão de saber se a actividade notarial se integra no que temos vindo a designar por «âmbito negativo» da liberdade de estabelecimento não só não foi resolvida na jurisprudência do Tribunal, escusado será agora dizê-lo, mas também é antecedida por um intenso e longo debate com abundantes ecos tanto nas observações escritas como na longa audiência do passado dia 27 de Abril. É certo que a jurisprudência contém um ou outro excerto que pode ser considerado favorável a uma resposta positiva [84]. Mas de modo algum se pode dizer que o Tribunal de Justiça teve oportunidade de abordar a questão com o detalhe imprescindível.

108. Por outro lado, que o debate tem sido intenso e extenso ressalta visivelmente das posições, separadas no tempo, assumidas pelo Parlamento Europeu [85]. O mesmo se pode dizer a respeito do já aqui reproduzido quadragésimo primeiro considerando da Directiva 2005/36, independentemente da sua maior ou menor ambiguidade, ao qual voltaremos mais adiante. De qualquer modo, nenhuma destas manifestações pode substituir-se ao Tribunal de Justiça na sua função de intérprete último dos Tratados.

a) A autenticação como actividade central dos notários dos Estados demandados

109. Seja como for, começaremos por recordar que tanto os Estados como a Comissão reconhecem que o núcleo da actividade notarial reside no poder de autenticação e nos efeitos que estão associados: a exequibilidade e a força probatória. Alguns Estados-Membros, como a Bélgica ou a Áustria, salientaram diversas funções acessórias que o notariado desempenha nos seus sistemas jurídicos e que reflectem elementos de autoridade pública.

84 — No já referido processo Colegio de Oficiales de la Marina Mercante, o Tribunal de Justiça declarou, ainda que num caso respeitante ao artigo 39.º, quarto parágrafo, CE, que «o direito espanhol confere [...] atribuições em matéria notarial e de registo civil, que não podem ser explicadas unicamente pelas necessidades do comando do navio. Estas funções constituem una participação no exercício de prerrogativas de autoridade pública para fins de salvaguarda dos interesses gerais do Estado da bandeira» (n.º 42).

85 — V. resoluções do Parlamento Europeu de 18 de Janeiro de 1994 e de 23 de Março de 2006, que declaram que o notariado participa directa e efectivamente no exercício da autoridade pública. A resolução de 2006 declara explicitamente que o Parlamento «considera que o artigo 45.º do Tratado deve aplicar-se plenamente ao notariado enquanto tal», baseando-se no facto de que «a delegação parcial da autoridade do Estado é um elemento original inerente ao exercício do notariado, que é actualmente exercida regularmente e que representa uma parte importante das actividades de um cartório notarial.»

Porém, todos eles, e também a Comissão, concordam que a autenticação, com os seus inerentes efeitos, constitui a actividade que, por excelência, define a profissão e sem a qual esta careceria de sentido.

110. Além disso, se se pôde apensar as seis acções por incumprimento para efeitos das presentes conclusões, isso deve-se fundamentalmente ao facto de ser possível falar de uma «actividade notarial» em termos aplicáveis a todos eles. Ou seja, pode-se falar, relativamente aos seis Estados, de uma actividade central de «autenticação», de efeitos amplamente comuns nas respectivas ordens jurídicas. Naturalmente, a alteração desta situação está na esfera da soberania dos Estados, quer porque o Estado passa a exercer directamente, através da sua própria administração, estas funções, quer porque enfraquece radicalmente as consequências da intervenção notarial nos documentos «públicos». Exemplo da primeira situação, é o caso de Portugal até ao início do processo de reforma do notariado ou o de Baden-Württemberg; exemplo da segunda poderá ser, hipoteticamente, o próprio caso de Portugal, tendo em conta a profundidade das mudanças operadas na última década [86]. Numa palavra, a resposta à questão colocada pelas presentes acções pressupõe uma qualificação de determinadas actividades profissionais tal como se encontram actualmente regulamentadas nos Estados em causa. É evidente que qualquer alteração nesta regulamentação pode ter repercussões sobre a resposta dada pelo Tribunal de Justiça.

111. Além disso, importa notar aqui, na esteira do acórdão Reyners e como já anteriormente se salientou, que aquilo que designo por âmbito negativo de aplicação da liberdade de estabelecimento só pode ser aplicável à generalidade de uma determinada profissão quando «actividades que estejam eventualmente ligadas ao exercício da autoridade pública constituam um elemento [incindível] do conjunto da actividade profissional em causa» [87]. É forçoso, pois, concordar com os Estados-Membros e com a Comissão que a autenticação e os respectivos efeitos por ela produzidos constituem um elemento incindível do conjunto da actividade notarial. Portanto, se se confirmar que esta actividade implica uma participação directa e específica na autoridade pública, a actividade notarial,

86 — Sobre o caso concreto do notariado português, v. as minhas conclusões no processo Comissão/Portugal, lidas no mesmo dia que as presentes (C-52/08).

87 — Acórdão referido, n.º 47.

entendida como profissão no seu conjunto, fica abrangida pela hipótese prevista no artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE.

112. Nos seis Estados demandados, a missão do notário consiste principalmente na constituição de actos autênticos que gozam de duas características fundamentais: a força probatória plena e a exequibilidade [88]. Numa descrição amplamente válida para o conjunto destes Estados e recordando a já efectuada no início destas conclusões, há que dizer que, para efectuar a autenticação, o notário actua a pedido do interessado e faz um exame da legalidade do acto que autentica. A intervenção do notário pode ser obrigatória ou facultativa, conforme o acto a formalizar, e nela se certifica que se encontram reunidos todos os requisitos legalmente exigíveis para a realização do acto, bem como a personalidade e capacidade jurídicas das partes [89].

113. Os actos objecto de intervenção notarial gozam de força probatória plena, equivalente à dos adoptados por um oficial público, apenas susceptível de impugnação perante os tribunais judiciais. O que significa que a fiscalização da apreciação feita pelo notário admite recurso, mas através de um mecanismo extraordinário de revisão [90].

114. Além disso, o acto autenticado goza de exequibilidade em todo o território do país. Desse modo, a execução do acto notarial não carece do consentimento do devedor (embora seja necessária a notificação), cabendo directamente a uma autoridade pública dar início àquela. No caso de oposição à execução, o executado pode recorrer aos tribunais através de um incidente de embargos de executado [91].

b) A afectação da actividade de autenticação ao exercício da autoridade pública

115. A resposta àquela que é, definitivamente, a questão fundamental colocada pelas presentes acções por incumprimento, decorre quase naturalmente das observações *supra* expostas sobre os critérios que definem a autoridade pública. Com efeito, se um dos elementos mais típicos do Estado moderno é a sua conexão com o ordenamento jurídico, a capacidade de uma determinada actividade de influenciar a configuração de um ordenamento jurídico pode contribuir decisivamente para a definição da resposta.

116. Se me é permitido recordar algumas das referidas observações, a vontade do Estado encontra a sua expressão última nas decisões

88 — V. n.os 13, 20, 27, 34, 42 e 49 destas conclusões.

89 — V. n.os 14, 21, 28, 35, 36, 43 e 50 destas conclusões.

90 — V. n.os 15, 22, 29, 37, 44 e 51 destas conclusões.

91 — V. n.os 16, 23, 30, 38, 45 e 52 destas conclusões.

judiciais, a qual pode ser antecipada por meio de actos dotados, consoante o sujeito de que emanem, de uma força executiva mais ou menos imediata. Vimos também que é precisamente o grau de imediação dessa força executiva o critério mais seguro para a identificação da autoridade pública. Desde logo, é sempre possível a oposição à execução e, nesse caso, a solução definitiva cabe uma vez mais aos tribunais. Com efeito, essa função pacificadora própria do tribunal pode ter lugar quando da resolução de um litígio concreto, a partir, sobretudo, de pretensões privadas contrapostas (tipicamente as que derivam dos direitos dos particulares face aos seus pares nas relações civis).

117. Pois bem, e é isso que interessa especialmente para os nossos propósitos, um determinado ordenamento nacional pode optar igualmente por *antecipar-se,* por assim dizer, ao conflito (e, portanto, preveni-lo). E fazê-lo, particularmente, mediante a qualificação de públicos (com valor jurídico provado e exequibilidade inerente) de determinados actos e declarações de particulares que, de outro modo, não poderiam só por si reivindicar um valor superior ao dos actos privados. Com esta intervenção pública nos actos dos particulares, a autoridade pública confere-lhes segurança e certeza, pacificando assim o tráfego jurídico. Independentemente disso, é óbvio que nunca é excluída a possibilidade da intervenção do tribunal se, apesar de tudo, acabar por se verificar um conflito [92]. Com alguma impropriedade, mas com manifesta expressividade, esta função de pacificação antecipada, típica da actividade notarial de autenticação, deu lugar à sua qualificação de «justiça preventiva».

118. Dito de outro modo, no contexto conceptual definido nos n.os 92 e 105 destas conclusões, os notários desempenham, através da autenticação, directa e especificamente uma actividade de carácter público, no sentido de que, por meio daquela, conferem antecipadamente aos particulares uma autorização para exercer os seus direitos que, de outro modo, teriam de requerer casuisticamente. A intervenção notarial dispensa a necessidade de requerer a de outro poder público, quando se pretenda invocar a realidade que o notário declarou autêntica, pelo que confere ao acto autenticado um valor jurídico qualificado, público, que apenas pode ser impugnado nos tribunais (como o pode ser, de resto, qualquer acto da autoridade pública). Obviamente, a qualidade determinante da condição de autoridade pública não é a imunidade face à fiscalização jurisdicional, imunidade essa impossível num Estado de Direito, mas sim a presunção qualificada da legitimidade dos

92 — Sobre esta questão em especial, I. de Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

seus actos próprios e, consequentemente, um certo grau de exigência nas condições para a sua fiscalização.

119. É óbvio que o notário não exerce a coacção nem impõe unilateralmente nenhuma obrigação. Mas, como se viu, este não é o único critério determinante da qualidade de autoridade pública. A autenticação confere carácter público a actos de particulares, no sentido de que lhes confere antecipadamente um valor jurídico que, na falta desta intervenção, os particulares teriam necessariamente de solicitar a (outra) autoridade pública, para os tornar juridicamente eficazes. Trata-se, por assim dizer, de uma autoridade pública que se desenvolve numa área mais próxima da dos particulares, a qual, por antonomásia, é a da autonomia da vontade. A sua dimensão pública é, no entanto, incontestável se se atentar na sua capacidade para converter em público o meramente privado e conferir-lhe, assim, a força inerente à autoridade pública [93].

120. Diferente é o facto de, admitida a menor intensidade, por assim dizer, da sua conexão com o exercício da autoridade pública num sentido mais restrito (por conexão com as faculdades do poder soberano), o exercício da actividade notarial poder estar sujeito a requisitos menos estritos do que os reservados ao caso das autoridades mais implicadas na expressão da soberania.

121. Consequentemente, e na medida em que a autenticação configura essa função, considero que se trata de uma actividade que participa directa e especificamente no exercício da autoridade pública, ao conferir uma qualificação própria a actos, disposições e condutas que, de outro modo, não teriam um valor jurídico superior ao da manifestação de uma vontade privada. Aplicada a jurisprudência Reyners a esta conclusão e sendo a autenticação o núcleo indissociável da função notarial em todos os Estados demandados, há que afirmar que a profissão de notário, em geral e vista como um todo, participa directa e especificamente no exercício da autoridade pública.

122. Contudo, entendo que esta conclusão não permite, por si só, dar resposta ao primeiro fundamento para as presentes acções por incumprimento.

93 — Neste sentido, algumas peculiaridades, de tipo simbólico, assinaladas por alguns Estados-Membros podem servir de confirmação da tese que defendo. Assim, por exemplo, o facto de, em alguns Estados, os notários receberem em depósito e usarem o selo do Estado. Igualmente expressiva da função pública dos notários é a fórmula executória, em alguns casos, como, por exemplo, em França: «En conséquence, la République mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ledit arrêt (ou ledit jugement, etc.) à exécution, aux procureurs généraux e aux procureurs de la République près des tribunaux de grande instance d'y tenir main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis».

4. Cláusula da nacionalidade face ao princípio da proporcionalidade

123. Até aqui, bastou a análise da vertente funcional da profissão de notário nos Estados demandados. No entanto, a Comissão centrou o seu pedido de declaração de incumprimento num aspecto concreto do estatuto dos notários, a cláusula da nacionalidade. Pois bem, a partir daqui é necessário esclarecer se da inclusão do notariado no «âmbito negativo de aplicação» da liberdade de estabelecimento decorre inelutavelmente, ou não, a legitimidade da referida cláusula. O que equivale a dizer que, tal como se tinha anunciado, é necessário efectuar uma fiscalização da proporcionalidade na qual se pondere, por um lado, a discriminação em razão da nacionalidade e, por outro, o grau de conexão da actividade notarial com a autoridade pública.

a) O estatuto notarial

124. É certo que a função obedece a um estatuto e este confirma a qualificação efectuada relativamente à função. Assim, o notário é um funcionário público que representa o Estado, embora a actividade seja considerada uma profissão liberal. A sua nomeação é permanente e está sujeito a um regime disciplinar próprio dos trabalhadores das autoridades públicas [94].

125. A natureza estatutária do vínculo entre o notário e o Estado é particularmente expressiva da conexão com a autoridade pública. Trata-se, assim, de um nexo que surge no início da actividade, dado serem instituídas provas de acesso idênticas às que vigoram para os quadros de funcionários, e que requer igualmente a prestação de um juramento. O estatuto é, portanto, a expressão do carácter institucional do vínculo entre o notário e o Estado e que, consequentemente, lhe permite formalizar a vontade estatal através da intervenção em actos jurídico-privados.

126. Por força do referido vínculo, os Estados demandados introduziram nos respectivos ordenamentos o requisito, para quem pretenda aceder à profissão de notário, da posse da nacionalidade do país. Este requisito, que introduz uma discriminação directa em razão da nacionalidade e, evidentemente, faz parte do estatuto pessoal de quem exerce a profissão de notário, é o elemento que, na opinião da Comissão, infringe os artigos 43.º CE e 45.º, n.º 1, CE e que, como adiante se exporá, deve ser objecto de fiscalização da proporcionalidade.

94 — V. n.os 18, 25, 32, 40, 47 e 54 destas conclusões.

b) A discriminação em razão da nacionalidade nos termos dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE

127. Tal como ficou dito nos n.os 83 a 86 destas conclusões, ao aplicar os artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE, não só é necessário apurar se uma determinada actividade participa no exercício da autoridade pública mas também, e em seguida, analisar se a medida estatal impugnada encontra justificação, à luz do princípio da proporcionalidade, nos objectivos prosseguidos por ambos os preceitos.

128. Em primeiro lugar, saliente-se que o artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, apesar da interpretação mais «espontânea» que se tem vindo a fazer e de a jurisprudência poder eventualmente apontar no sentido contrário [95], não faz qualquer referência à discriminação em razão da nacionalidade. Por tal motivo, a associação que tradicionalmente se faz entre o artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE e os requisitos de nacionalidade deve ser apreciada com cuidado, pois trata-se de uma relação estabelecida na sequência dos processos decididos pelo Tribunal de Justiça até à data, mas que não resulta de um vínculo *necessário* entre ambos [96]. É importante realçar que, embora o artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE seja uma disposição que se mantém inalterada desde a sua redacção original, o mesmo não sucedeu com o Tratado, que conheceu profundas alterações. Embora o primeiro entendimento do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE possa estar ligado à nacionalidade, a transformação sofrida pelos Tratados constitutivos nos últimos vinte anos não pode levar a concluir, de forma um tanto precipitada, que o referido preceito pressupõe necessariamente que os Estados têm legitimidade para, sem maiores precauções, introduzirem discriminações em razão da nacionalidade.

129. Em segundo lugar, importa apenas advertir que a discriminação em razão da nacionalidade não é uma medida qualquer, cujo resultado se esgote no mero entravamento da livre circulação. Bem pelo contrário, esta forma de discriminação reveste uma dimensão especial para o direito da União pois, para começar, é a expressão mais acabada do proteccionismo nacional [97]. Numa União que

95 — V. jurisprudência referida nas notas 64 a 73.

96 — Prova-o o facto de o artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE ter sido também invocado, embora sem êxito, para justificar requisitos de residência ou de estruturas permanentes num Estado-Membro, como acontece nos processos Comissão/Alemanha e Comissão/Áustria, já referidos.

97 — V., em geral, Davies, G. – *Nationality Discrimination in the European Internal Market,* Ed. Kluwer, La Haya, 2003 e Rossi, M., «Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV» *Europarecht*, 2000, p. 197 e ss.;

proclama a criação de um mercado sem fronteiras internas, a existência de discriminações directas em razão da nacionalidade constitui a negação da própria ideia de integração. A excepcionalidade torna-se ainda mais evidente se se pensar que a União fez seus os direitos fundamentais, em especial o princípio da igualdade, nos termos dos artigos 20.º e 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais [98]. Assim, uma União de direito que garante o respeito pelos direitos fundamentais não pode deixar de se questionar perante uma interpretação que culmine numa forma de discriminação que, além de ser grave em si mesma, ainda atenta contra os princípios mais elementares do mercado interno. Constata-o o artigo 12.º CE, quando declara que «é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade», e confirma-o a jurisprudência do Tribunal de Justiça, que reiteradamente tem recusado o recurso a estas medidas por parte dos Estados-Membros. Consequentemente, podemos dizer que, de entre todas as causas de discriminação proibidas pelo direito da União, a que assenta na nacionalidade é considerada especialmente grave [99].

130. Assim, é inevitável indagar o alcance da força derrogatória da norma resultante dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE sobre o resto do Tratado e, em particular, sobre alguns dos seus princípios básicos.

131. Como é sabido, as discriminações em razão da nacionalidade são proibidas pelo Tratado no artigo 12.º CE [100]. Ora, na sequência de uma aplicação conjugada dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE pode acontecer, em princípio, que um Estado adopte licitamente, relativamente a pessoas singulares, uma medida que implique uma discriminação desta natureza. Em alternativa, poder-se-ia afirmar que, numa situação dessas, se aplicaria o artigo 18.º CE, que proclama a livre circulação de pessoas quando não sejam aplicáveis as liberdades económicas. No entanto e como se sabe, este precei-

98 — Nas suas conclusões apresentadas no processo Coleman (acórdão de 17 de Julho de 2008, C-303/06, Colect., p. I-5603) o advogado-geral L M. Poiares Maduro salienta que «a forma mais evidente de afectar a dignidade e a autonomia [das] pessoa[s] consiste em ser-se directamente atacado por se ter uma característica que está normalmente na origem de uma discriminação ("suspect characteristic"). Tratar alguém menos bem por motivos como sejam as crenças religiosas, a idade, a deficiência e a orientação sexual prejudica este valor especial e único que as pessoas têm pelo facto de serem seres humanos. Reconhecer o valor igual de todos os seres humanos significa que devíamos ignorar considerações deste tipo quando impomos a alguém um ónus ou privamos alguém de um benefício. Dito de outro modo, estas são características que não devem desempenhar um papel na avaliação da questão de saber se é ou não correcto tratar alguém de modo menos favorável» (n.º 10).

99 — Prova desta gravidade é a vasta jurisprudência do Tribunal de Justiça que, reiteradamente, tem desautorizado os esforços dos Estados-Membros para justificar a adopção de normas discriminatórias em função da nacionalidade. V., entre muitos outros, os acórdãos de 20 de Outubro de 1993, Phil Collins e o. (C-92/92 e C-326/92, Colect., p. I-5145, n.º 33); 2 de Outubro de 1997, Saldanha e MTS (C-122/96, Colect., p. I-5325, n.ºs 26 e 29); de 16 de Janeiro de 2003, Comissão/Itália (C-388/01, Colect., p. I-721, n.ºs 19 e 20); de 5 de Junho de 2008, Wood (C-164/07, Colect., p. I-4143, n.º 13), e de 16 de Dezembro de 2008, Huber (C-524/06, Colect., p. I-9705, n.ºs 78 e 79).

100 — V. acórdãos de 17 de Maio de 1994, Corsica Feries (C-18/93, Colect., p. I-1783, n.º 19); de 29 de Fevereiro de 1996, Skanavi e Chryssanthakopoulos (C-193/94, Colect., p. I-929, n.º 20); de 25 de Junho de 1997, Mora Romero (C-131/96, Colect., p. I-3659, n.º 10); de 12 de Maio de 1998, Gilly (C-336/96, Colect., p. I-2793, n.º 37); de 26 de Novembro de 2002, Oteiza Olazábal (C-100/01, Colect., p. I-10981, n.º 25); de 11 de Dezembro de 2003, AMOK (C-289/02, Colect., p. I-15059, n.º 25), e de 29 de Abril de 2004, Weigel (C-387/01, Colect., p. I-4981, n.º 57).

to é aplicado «sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados»; limitações que incluem, claro está, o artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE [101].

132. Por isso, pode afirmar-se que, ao incluir uma discriminação em razão da nacionalidade no âmbito negativo de aplicação da liberdade de estabelecimento, os Estados-Membros ficariam habilitados a derrogar o direito da União sem que, em princípio, qualquer outra disposição dos Tratados pudesse pôr em causa a medida.

133. Este resultado, que coloca o artigo 12.º CE numa posição de subordinação relativamente a outras disposições do Tratado, parece-me questionável. O facto de o artigo 12.º CE estar sujeito a condições não implica, antes pelo contrário, que se trate de uma norma subsidiária. A sua inserção sistemática no Tratado, bem como a relevância que o princípio da não discriminação assume no direito da União, apela a que essa norma seja entendida mais como uma norma pan-óptica do que como uma norma subsidiária, no sentido de que é automaticamente excluída perante outros preceitos mais específicos do Tratado. Além disso, o Tribunal de Justiça parece ter-se inclinado para esta interpretação nos tempos mais recentes [102]. Assim, o simples facto de se considerar, à luz dos artigos 43.º e 45.º, primeiro parágrafo, CE, que uma actividade está abrangida pelo âmbito negativo de aplicação da liberdade de estabelecimento não implica necessariamente que esteja isenta de uma interpretação sistemática à luz do artigo 12.º CE.

134. Esta interpretação ainda é mais reforçada quando se observa que, num caso como o vertente, em que uma actividade como a notarial aparece relacionada com o exercício da autoridade pública, continuam a ser-lhe aplicáveis outras disposições do Tratado. Este é, particularmente, o caso do artigo 86.º CE, que exige aos Estados-Membros que velem pela aplicação das normas de concorrência nos sectores sujeitos a obrigações de serviço público [103]. Se o Tribunal de Justiça declara

101 — V. Rossi, «Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV», já referido, p. 208; M., Epiney, A., The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship, *European Law Journal*, 2007, p. 611 e seguintes; Kadelbach, S., «Union Citizenship», em von Bogdandy, A. e Bast, J., *Principles of European Constitutional Law,* 1ª ed, Hart Publishers, Oxford-Portland, 2005, p. 461.

102 — V. acórdão de 11 de Janeiro de 2007, Comissão/Grécia (C-251/04, Colect., p. I-67, n.º 26), bem como as conclusões do advogado-geral P. Mengozzi no processo Neukirchinger (C-382/08, pendente no Tribunal), apresentadas em 7 de Setembro de 2010, em especial os números 69 a 69.

103 — V. van Vormizeele, P.V., «Art. 86», en Schwarze, J., *EUI-Kommentar*, já referido; Buendía Sierra, J. L., *Exclusive rights and state monopolies under EC Law,* Oxford University Press, Oxford, 1999; Prosser, T., *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services,* Oxford University Press, Oxford, 2005 e Szyszczak, E., *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU,* Hart Publishers, Oxford, 2007.

que uma determinada actividade se encontra abrangida pelo artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, isso não implica necessariamente que aquela seja imune às normas de concorrência previstas nos artigos 81.º e 82.º CE [104]. O mesmo sucede com as bases jurídicas previstas para a execução das políticas da União, que em nada impedem as instituições de adoptar regulamentos ou directivas em áreas que, do ponto de vista das liberdades, tenham sido excluídas do seu âmbito de aplicação. Confirma-o a jurisprudência do Tribunal de Justiça, que, por exemplo, tem declarado que a actividade notarial está sujeita a IVA, por considerar que o notário é um sujeito passivo deste imposto, na medida em que exerce, de modo independente, uma actividade económica, «independentemente do fim ou do resultado dessa actividade» [105]. Com efeito, no processo Comissão/Países Baixos, o Tribunal, ao mesmo tempo que conclui pelo carácter público da actividade notarial, declara, no contexto específico da tributação indirecta, que a referida actividade não é exercida na qualidade de organismo de direito público, «pois não estão integrados na organização da administração pública, mas sob a forma de actividade económica independente, exercidas no quadro de uma profissão liberal» [106].

135. Em conclusão, o facto de uma actividade estar ligada ao exercício da autoridade pública não dispensa os Estados-Membros do cumprimento do direito da União. A esta obrigação, que no presente caso, diz respeito à actividade notarial e, por isso, a um colectivo integrado por pessoas singulares, deve-se prestar particular atenção quando se verifica uma discriminação em razão da nacionalidade. Como estão em causa pessoas singulares, por um lado, e discriminações com base na nacionalidade, por outro, o presente processo exige necessariamente a abordagem do problema também à luz do estatuto de cidadania da União.

136. Na verdade, desde 1992, tanto os Tratados como a jurisprudência do Tribunal de Justiça contribuíram para formação de um vínculo de cidadania, directo e de carácter evolutivo, entre o indivíduo e a União [107]. Como é sabido, esta relação é estabelecida através da nacionalidade de cada Estado-Membro, o que não significa que se trata de uma cidadania sobreposta: pelo contrário, trata-se de um estatuto que se estabelece em consequência do nacional mas que, uma vez obtido, se repercute e atribui direitos e deveres de forma autónoma, sem que os Estados-Membros possam adoptar normas que o contrariem. Esta autonomia foi confirmada

104 — V., entre outros, os acórdãos de 21 de Setembro de 1988, Van Eycke (267/86, Colect., p. 4769); de 4 de Maio de 1988, Bodson (30/87, Colect., p. 2479); de 19 de Março de 1991, França/Comissão (C-202/88, Colect., p. I-1223); de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser (C-41/90, Colect., p. I-1979); de 13 de Dezembro de 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Colect., p. I-5941); de 30 de Março de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Colect., p. I-2941); de 3 de Julho de 2003, Chronopost e o./Ufex e o. (C-83/01 P, C-93/01 P e C-94/01 P, Colect., p. I-6993); bem como o de 1 de Julho de 2008, MOTOE (C-49/07, Colect., p. I-4863).

105 — Acórdão de 26 de Março de 1987, Comissão/Países Baixos (235/85, Colect., p. 1471). A citação é do artigo 4.º, n.º 1 da chamada «Sexta Directiva IVA», Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios – sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria colectável uniforme (JO L 145, p. 1; EE 09/01, p. 54).

106 — Acórdão já referido, n.º 22.

107 — V., entre outros, O'Leary, S., *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, Kluwer Law International, Haia, 1996, pp. 23 a 30.

recentemente pelo Tribunal de Justiça no processo Rottmann, quando afirmou que os Estados-Membros não podem interferir no vínculo entre o cidadão e a União, privando-o injustificadamente da nacionalidade do Estado. Consequentemente, uma medida nacional susceptível de «implicar a perda do estatuto conferido pelo artigo 17.º CE e dos direitos correspondentes, é abrangida, *pela sua própria natureza* [...], pelo direito da União» [108].

137. Além do mais, a cidadania europeia não só se projecta como um vínculo directo entre o cidadão e a União, mas também como uma esfera de relações entre o cidadão e todos os Estados-Membros. Esta vertente da cidadania garante a todos os nacionais o direito à livre circulação no território da União, bem como o direito a residir em qualquer um dos Estado-Membro. O vínculo com a União produz assim um efeito directo horizontal relativamente a todas as autoridades nacionais, que devem abster-se de adoptar medidas que impeçam ou dificultem a livre circulação, inclusivamente quando a medida diz respeito aos nacionais do próprio Estado em causa [109]. Para esse efeito, o Tribunal de Justiça reforçou o alcance do artigo 18.º CE, começando por lhe atribuir efeito directo [110] e desenvolvendo depois uma considerável jurisprudência que deu conteúdo ao estatuto do cidadão móvel, inclusivamente em situações em que o indivíduo visado não exercia qualquer actividade profissional [111], ou quando a medida afectava familiares provenientes de Estados terceiros [112].

138. Uma cláusula da nacionalidade que afecta pessoas singulares e é introduzida sob a suposta cobertura do âmbito negativo da liberdade de estabelecimento deve antes de mais ser qualificada de medida que incide no estatuto da cidadania. E isto na medida em que utiliza o critério da imputação da cidadania europeia, a nacionalidade do Estado, como causa do impedimento do acesso a actividades ligadas ao exercício da autoridade pública, na acepção do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE. Ora os Tratados só em condições muito especiais, que, como veremos, não se verificam neste caso, podem admitir que a causa constitutiva da cidadania europeia actue como causa de derrogação de uma

108 — Acórdão de 2 de Março de 2010 [C-135/08, Colect., p. I-1449, n.º 42 (sublinhado meu)].

109 — V., por exemplo, os acórdãos de 2 de Outubro de 2003, Garcia Avello (C-148/02, Colect., p. I-11613); de 14 de Outubro de 2008, Grunkin e Paul (C-353/06, Colect., p. I-7639) ou o já referido acórdão Rottmann.

110 — Acórdão de 17 de Setembro de 2002, Baumbast e R (C-413/99, Colect., p. I-7091).

111 — Acórdãos de 20 de Setembro de 2001, Grzelczyk (C-184/99, Colect., p. I-6193); de 11 de Julho de 2002, Carpenter (C-60/00, Colect., p. I-6279); de 15 de Março de 2005, Bidar (C-209/03, Colect., p. I-2119); de 26 de Outubro de 2006, Tas-Hagen e Tas (C-192/05, Colect., p. I-10451); de 23 de Outubro de 2007, Morgan e Bucher (C-11/06 e C-12/06, Colect., p. I-9161) e, mais recentemente, os acórdãos de 23 de Fevereiro de 2010, Teixeira (C-480/08, Colect., p. I-1107) e Ibrahim (C-310/08, Colect., p. I-1065).

112 — . V., por exemplo, os acórdãos Carpenter, já referido, e de 19 de Outubro de 2004, Chen (C-200/02, Colect., p. I-9925).

faculdade intimamente ligada ao estatuto de cidadania da União. Ao assumir uma dimensão transnacional, a cidadania europeia baseia-se na existência de uma comunidade de Estados e indivíduos que partilham uma escala de valores, um elevado grau de confiança mútua, bem como um compromisso de solidariedade. Se, ao atribuir a nacionalidade de um Estado-Membro, se integra o indivíduo nessa comunidade de valores, de confiança e de solidariedade, seria paradoxal que seja a pertença à mesma que priva o cidadão da União de exercer os direitos e liberdades garantidos pelo Tratado.

139. Em face do anteriormente exposto, há que afirmar que uma discriminação em razão da nacionalidade é uma medida que, pela sua própria natureza, constitui uma intromissão grave na esfera jurídica do cidadão europeu e que só após uma rigorosa fiscalização da proporcionalidade, o que pressupõe a existência de muito poderosas razões de interesse geral, será admissível na perspectiva dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE.

c) O juízo de proporcionalidade

140. Por fim, como já se expôs anteriormente, ao aplicar uma fiscalização da proporcionalidade à norma resultante dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE é necessário ter em conta o grau de participação, pela actividade em causa, no exercício da autoridade pública. No caso *sub iudice*, e como expus nos n.os 115 a 121 destas conclusões, o notariado participa no exercício da autoridade pública na acepção do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, mas, tal como resulta da sua própria configuração como actividade económica, fá-lo em menor grau de intensidade que outras actividades, como, por exemplo, as que impliquem o exercício directo dos poderes públicos. Assim, os Estados-Membros estão habilitados a adoptar medidas que considerem oportunas e à margem das liberdades referidas, desde que salvaguardem uma relação de proporção com os fins ou objectivos prosseguidos. Face aos argumentos apresentados pelos Estados, embora seja verdade que o notariado está rodeado de garantias e especificidades que mostram a sua relevância para as relações jurídico-privadas, também é verdade que nenhuma dessas peculiaridades justifica que o estatuto dos seus membros integre uma medida tão severa e drástica como a discriminação directa em razão da nacionalidade aqui suscitada.

141. Os Estados demandados invocaram, particularmente para este efeito, a importância do juramento prestado pelos notários antes da tomada de posse. Segundo esses Estados, esta declaração expressa bem o vínculo estreito existente entre o notário e o Estado, que lhe confere um poder público, um vínculo que exterioriza a lealdade do indivíduo para

com uma comunidade política determinada e que, no caso vertente, se exterioriza sob a forma de um requisito de nacionalidade. Os Estados demandados salientaram reiteradamente a importância deste vínculo e, no caso concreto do Luxemburgo, chega mesmo a associar-se a cláusula de nacionalidade para aceder à profissão de notário à protecção da identidade constitucional do Grão-Ducado.

142. No entanto, a noção de lealdade, como manifestação de compromisso e solidariedade com a comunidade política, não pode ser considerada um sinal distintivo, exclusivo e excludente, dos Estados-Membros enquanto tais, de tal modo que inevitavelmente exige o vínculo da nacionalidade. Pelo contrário, o cidadão europeu enquanto tal não é alheio a um compromisso de lealdade com a União. Partir da premissa de que um nacional de um Estado-Membro não tem outra forma de expressar um legítimo compromisso de lealdade para com outro Estado-Membro que não seja a prévia adopção da nacionalidade deste último implica pôr fortemente em causa tanto os artigos 17.º e 18.º CE como os direitos políticos de cidadania derivados dos Tratados, bem como da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

143. Os instrumentos de cooperação judiciária adoptados pela União em matéria civil e penal, designadamente o previsto no Regulamento 44/2001 [113] reforçam esta última ideia. O notário, através da sua intervenção, exerce uma actividade de carácter público com efeitos automaticamente reconhecidos em todos os Estados da União. A existência de um elevado grau de confiança, bem como a comunidade de valores e princípios em que se baseia a União, convertem o notário não só num representante público do Estado, mas também da União. Essa delegação de poderes, com efeitos no âmbito da União, reflecte um compromisso de lealdade mais complexo do que o existente simplesmente entre o nacional e o seu Estado. O notário insere-se, assim, num quadro em que a lealdade se projecta tanto no Estado que confere a autoridade como sobre a União que a assume, como ainda nos restantes Estados-Membros.

144. No actual estádio do processo de integração europeia, em que os cidadãos da União têm a faculdade de participar nos processos democráticos de decisão nacional no local em que residam, como é o caso da democracia local, ou de promover iniciativas

113 — Regulamento do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 2001, L12, p. 1), concretamente o seu artigo 57.º

legislativas populares a nível europeu, a noção de lealdade não pode circunscrever-se única e necessariamente aos nacionais do próprio Estado. Entendida a lealdade como um compromisso de assunção de direitos e deveres que une o cidadão ao Estado-Membro e à União, considero que não é necessário, nem sequer legítimo, nas circunstâncias deste processo, exigir um vínculo de nacionalidade com o Estado-Membro para expressar a referida responsabilidade.

145. De qualquer forma, merece uma referência separada a função de «Gerichtskommissär» assumida pelos notários, especialmente na Áustria. Embora o notário, no exercício destas funções, possa tomar decisões individuais e vinculativas, também é certo que se trata de uma função acessória que, além disso, se limita, de um modo significativo, ao direito sucessório. Bem assim, como alegou o representante do governo austríaco na audiência, quando o notário intervém como «Gerichtskommissär» actua na qualidade de profissional liberal e não como funcionário, o que, em princípio, indica que se trata de uma função aberta à concorrência. Por isso, e à luz dos elementos trazidos ao processo, o facto de o notário austríaco desempenhar funções de administrador judicial também não justifica que a norma resultante dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE dê cobertura a uma discriminação directa em razão da nacionalidade.

5. Conclusão relativa ao primeiro fundamento para o incumprimento

146. Em conclusão, uma medida que introduz uma cláusula de nacionalidade, como a questionada pela Comissão nestes processos, resulta desproporcionada, na medida em que é desnecessária para alcançar os fins que cada um dos Estados prossegue ao subtrair a actividade notarial da liberdade de estabelecimento. Consequentemente, apesar de se tratar de uma actividade que participa no exercício da autoridade pública e por isso abrangida pelo âmbito negativo da liberdade de estabelecimento, considero que, nas circunstâncias específicas da profissão de notário, os artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE não admitem uma medida estatal que discrimina em razão da nacionalidade quem pretende aceder à referida profissão. Em face do anteriormente exposto, considero que a actividade notarial, tal como é exercida nos Estados demandados, embora seja abrangida pelo âmbito negativo de aplicação da liberdade de estabelecimento resultante dos artigos 43.º e 45.º, primeiro parágrafo, CE, não permite, porque desproporcionada, a previsão de uma cláusula da nacionalidade como parte integrante do estatuto notarial, visto que isso não é exigido pelo grau de intensidade com que a referida actividade participa no exercício da autoridade pública. Por conseguinte, há que julgar procedente o primeiro fundamento do incumprimento, baseado na violação dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE.

B — *Quanto ao segundo fundamento para o incumprimento*

147. A Comissão imputa aos Estados demandados, com excepção da República Francesa, a violação da Directiva 2005/36, relativa ao reconhecimento das qualificações, por não a terem aplicado ao notariado na sua legislação interna de transposição.

148. Conforme ficou exposto anteriormente, a profissão de notário é abrangida pelo «âmbito negativo de aplicação» da liberdade de estabelecimento, na sequência da interpretação dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE. Além disso, já salientei nas páginas precedentes que um desenlace deste tipo não significa necessariamente que os Estados não devam cumprir as obrigações impostas pelos Tratados. Não obstante, no caso da Directiva 2005/36 há dúvidas razoáveis quanto à sua aplicação à profissão de notário.

149. No quadro de uma acção por incumprimento, cabe à Comissão provar que o Estado demandado cometeu uma infracção ao ordenamento da União. Não obstante, e como consta dos autos, a Comissão limitou-se a invocar a não transposição atempada da Directiva 2005/36, ao passo que os Estados-Membros salientaram não só a aplicação do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, mas também que o referido diploma, no quadragésimo primeiro considerando, exclui a actividade notarial.

150. No seu quadragésimo primeiro considerando, a própria Directiva 2005/36 declara que «[a] presente directiva não prejudica a aplicação do n.º 4 do artigo 39.º e do artigo 45.º do Tratado, designadamente no que diz respeito aos notários». O legislador, pese embora a ambiguidade desta afirmação, parece dar a entender, implicitamente, que a resposta à integração da actividade notarial no artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE *arrastaria* a resposta à questão da aplicação da directiva a esta profissão. Da estratégia processual da Comissão, que se limita a uma argumentação na perspectiva do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, parece deduzir-se que partilha a abordagem contida no referido quadragésimo primeiro considerando. Ora, tendo em conta a resposta que proponho para a primeira questão, seria necessário que a Comissão tivesse apresentado outros argumentos no que respeita ao alargamento da directiva à profissão de notário. O seu único argumento, baseado numa interpretação da noção de «autoridade pública» constante do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, acabou, na verdade, por ficar sem efeito. Nestas circunstâncias, é claro que a Comissão não apresentou qualquer argumento válido que nos permita

julgar procedente o segundo fundamento para o incumprimento.

151. Consequentemente, considero que o segundo fundamento, na medida em que a Comissão não demonstrou que os Estados-Membros estão obrigados a dar cumprimento às obrigações contidas na referida Directiva 2005/36 no tocante à actividade notarial, não é procedente.

VI — Despesas

152. De acordo com o artigo 69.º, n.º 3 do Regulamento de Processo, «se cada parte obtiver vencimento parcial, [...] o Tribunal pode determinar que as despesas sejam repartidas entre as partes, ou que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas». Uma vez que admiti um dos dois fundamentos para o incumprimento alegados, recomendo ao Tribunal de Justiça, para estabelecer uma justa repartição dos encargos que este processo gerou para as partes, que a Comissão Europeia, o Reino da Bélgica, o Grão-Ducado do Luxemburgo, a República da Áustria, a República Federal da Alemanha e a República Helénica suportem as suas próprias despesas.

153. Relativamente à acção por incumprimento intentada contra a República Francesa, há que recordar que o artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, estabelece que a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Uma vez que foi julgado improcedente o único fundamento alegado pela República Francesa, esta deve ser condenada nas despesas, conforme peticionado pela Comissão.

154. Nos termos do n.º 4, primeiro parágrafo, do referido artigo 69.º do Regulamento de Processo, a República da Lituânia, a Roménia, a República da Bulgária, a República da Polónia, a República Federal da Alemanha, a República da Eslovénia, a República da Áustria, a República Checa, a República Eslovaca, a República da Hungria, a República da Letónia, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, a República Francesa, que intervieram no processo, suportarão as respectivas despesas.

VII — Conclusão

155. Em face do anteriormente exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que:

Na acção C-47/08,

1) Declare que o Reino da Bélgica, ao adoptar uma medida como a prevista no artigo 35.º, n.º 3, da Lei de 25 Ventoso do ano XI, alterada pela Lei de 4 de Maio de 1999, pela qual o acesso à profissão de notário é exclusivamente limitado aos nacionais belgas, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 43.º e 45.º, primeiro parágrafo, CE.

2) Declare a acção improcedente quanto ao restante.

3) A Comissão e o Reino da Bélgica suportem as suas próprias despesas;

4) A República da Lituânia, a República Checa, a República Eslovaca, a República da Hungria, a República da Letónia, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte e a República Francesa, que intervieram no processo, suportem as respectivas despesas.

Na acção C-50/08,

1) Declare que a República Francesa, ao adoptar uma medida como a prevista no artigo 3.º do Decreto de 5 de Julho de 1973, alterado pelo Decreto 89-399 de

20 de Junho de 1989, pela qual o acesso à profissão de notário é exclusivamente limitado aos nacionais franceses, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE.

2) Condene a República Francesa nas despesas;

3) A República da Lituânia, a Roménia, a República Checa, a República Eslovaca, a República da Hungria, a República da Letónia, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte e a República Francesa, que intervieram no processo, suportem as respectivas despesas.

Na acção C-51/08,

1) Declare que o Grão-Ducado do Luxemburgo, ao adoptar uma medida como a prevista no artigo 15.º da Lei de 9 de Dezembro de 1976, pela qual o acesso à profissão de notário é exclusivamente limitado aos nacionais luxemburgueses, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 43.º e 45.º, primeiro parágrafo, CE.

2) Declare a acção improcedente quanto ao restante;

3) A Comissão e o Grão-Ducado do Luxemburgo suportem as suas próprias despesas;

4) A República da Lituânia, a República Checa, a República da Polónia, a República Eslovaca, a República da Hungria, a República da Letónia, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte e a República Francesa, que intervieram no processo, suportarão as respectivas despesas.

Na acção C-53/08,

1) Declare que a República da Áustria, ao adoptar uma medida como a prevista no artigo 6.º, n.º 1, alínea a) do Regulamento do Notariado, RBGl. n.º 75/1871, alterado pelo RGBl. n.º 164/2005, pela qual o acesso à profissão de notário é exclusivamente limitado aos nacionais austríacos, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE.

2) Declare a acção improcedente quanto ao restante;

3) A Comissão e a República da Áustria suportem as suas próprias despesas;

4) A República da Eslovénia a República da Lituânia, a República Checa, a República da Polónia, a República da Hungria, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, a República Eslovaca, a República da Letónia, a República Federal da Alemanha e a República Francesa, que intervieram no processo, suportem as respectivas despesas.

Na acção C-54/08,

1) Declare que a República Federal da Alemanha, ao adoptar uma medida como a prevista no artigo 5.º do Código Federal do Notariado, alterado pela Lei de 26 de Março de 2007, pela qual o acesso à profissão de notário é exclusivamente limitado aos nacionais alemães, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE.

2) Declare a acção improcedente quanto ao restante;

3) A Comissão e a República Federal da Alemanha suportem as suas próprias despesas;

4) A República da Eslovénia, a República da Lituânia, a República Checa, a República da Polónia, a República da Hungria, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, a República da Estónia, a República Eslovaca, a República da Áustria, a República da Letónia, a República da Bulgária e a República Francesa, que intervieram no processo, suportem as respectivas despesas.

Na acção C-61/08,

1) Declare que a República Helénica, ao adoptar uma medida como a prevista no artigo 19.º, n.º 1 da Lei 2830/2000, pela qual o acesso à profissão de notário é exclusivamente limitado aos nacionais gregos, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE.

2) Declare a acção improcedente quanto ao restante.

3) A Comissão e a República Helénica suportem as suas próprias despesas;

4) A República da Lituânia, a República da Eslovénia, a República Eslovaca, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, a República Checa e a República Francesa, que intervieram no processo, suportem as respectivas despesas.