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

1. A Comissão Europeia, ao abrigo do artigo 226.º CE, imputa à República Portuguesa uma infracção à Directiva 2005/36/CE, relativa ao reconhecimento dos títulos que sancionam formações profissionais [2], por não ter tomado as medidas relevantes para a tornar aplicável à profissão de notário do referido país.

2. À semelhança do que sucede nos processos C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 e C-61/08, cujo objecto também é a profissão de notário, neste processo é necessário determinar previamente se o artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, que prevê uma derrogação para as actividades que participam no exercício da autoridade pública, é aqui aplicável [3]. Porém, diversamente do que sucede nos processos referidos, a Comissão não impugna a existência de cláusulas da nacionalidade, dado que, em Portugal, em princípio, não há semelhante limitação. O fundamento desta acção é a existência de um sistema de acesso à profissão de notário portuguesa, diametralmente oposto ao que exige a legislação comunitária, concretamente a Directiva 2005/36, em matéria de títulos profissionais.

1 — Língua original: espanhol.

2 — Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Setembro de 2005 (JO L 255, p. 22).

3 — 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).

I — Quadro jurídico

A — *Direito comunitário*

3. A Directiva 89/48/CEE, relativa a um sistema geral de reconhecimento dos diplomas de ensino superior que sancionam formações profissionais com uma duração mínima de três anos [4], previa um prazo de transposição que, de acordo com o seu artigo 12.º, expirava em 4 de Janeiro de 1991.

4. No 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 Estado-Membros.»

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

6. A Directiva 89/48 foi revogada e codificada pela Directiva 2005/36. A nova redacção mantém o conteúdo essencial da Directiva 89/48, mas o quadragésimo primeiro considerando, que traz uma inovação face à sua antecessora, 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 nacional*

7. Em Portugal, a profissão de notário é regulada pelos Decretos-Leis n.os 26/2004 e 27/2004 do Ministério da Justiça, de 21 de Abril de 2004. Mediante a Portaria n.º 398/2004, também de 21 de Abril de 2004, o Governo aprovou o regulamento que estabelece o regime da atribuição do título de notário. Este conjunto de diplomas concretizou a liberalização da profissão de notário em Portugal, cuja função era exercida por funcionários da Administração Pública, sujeitos a um regime de direito público.

8. O artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 26/2004 dispõe que «[o] notário é o jurista a cujos documentos escritos, elaborados no exercício da sua função, é conferida fé pública».

4 — Directiva do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988 (JO 1989, L 19, p. 16).

9. O notário é simultaneamente um oficial que autentica actos jurídicos e um profissional liberal que actua com toda a independência e imparcialidade. O referido artigo 1.º acrescenta que a natureza pública e privada da função notarial é incindível.

10. Como Portugal reconheceu na contestação, a autenticação constitui a principal actividade da profissão de notário. A autenticação estrutura-se como um acto de delegação, por parte do Estado, no notário, a quem atribui a faculdade de conferir fé pública. Segundo o artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 26/2004, o símbolo que expressa a intervenção do notário é o selo branco, ou o seu correspondente digital, de que o notário é exclusivo titular. O notário intervém a pedido das partes e garante-lhes a legalidade, arquivamento e conservação dos documentos em que interveio.

11. Segundo o artigo 371.º do Código Civil português, os documentos autenticados estão dotados de uma força probatória qualificada que só pode ser impugnada através de um mecanismo processual excepcional (artigo 372.º do Código Civil). Do mesmo modo, o artigo 46.º do Código de Processo Civil português declara que a autenticação confere carácter executivo ao documento.

12. Por força do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 26/2004, o acesso à profissão de notário está sujeito a quatro condições: não estar inibido do exercício de funções públicas; possuir licenciatura em Direito, reconhecida pela legislação portuguesa; ter frequentado o estágio notarial; e ter obtido aprovação no concurso de acesso realizado pelo Conselho do Notariado.

13. Apesar de o notariado ser uma actividade liberal, o acesso à profissão está, por força do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 26/2004, sujeito a um *numerus clausus*. Além disso, o notário actua num espaço territorial determinado, a circunscrição do município, e em resultado da atribuição de uma licença de instalação. Os honorários dos notários são calculados a partir de tabelas aprovadas pelo Ministro da Justiça, em que são fixados mínimos e máximos, sendo prevista a possibilidade de existirem determinados serviços notariais cujo preço é livremente fixado.

II — Fases pré-contenciosa e contenciosa

14. A Comissão dirigiu a Portugal uma notificação para cumprir, datada de 21 de Dezembro de 2001, em que assinalava a não transposição da Directiva 89/48, no tocante à profissão de notário. Portugal deu resposta à notificação, por ofício de 17 de Junho de 2002, alegando que o governo preparava uma reforma legislativa a esse respeito.

15. Em 18 de Outubro de 2006, a Comissão transmitiu um parecer fundamentado a Portugal, instando a que fosse posto termo

ao incumprimento no prazo de dois meses. Portugal deu resposta a este escrito, por ofício de 24 de Janeiro de 2007, afirmando que os notários portugueses participam directa e efectivamente no exercício da autoridade pública, pelo que não estão sujeitos à liberdade de estabelecimento nem à legislação derivada que desenvolve a referida liberdade.

16. O quadro normativo nacional relevante para efeitos da presente acção por incumprimento é, portanto, o vigente em 18 de Dezembro de 2006, data em que expirou o prazo dado pela Comissão ao Estado demandado no parecer fundamentado.

17. Em 12 de Fevereiro de 2008, a Comissão propôs uma acção por incumprimento no Tribunal de Justiça, ao abrigo do artigo 226.º CE, a que se seguiram os articulados de contestação, réplica e tréplica, entre a demandante e o Estado-Membro demandado. O Reino Unido interveio em apoio da Comissão, ao passo que a República Checa, a Lituânia, a Eslovénia e a Eslováquia se expressaram em apoio de Portugal, nas respectivas intervenções.

III — Pedidos das partes

18. A Comissão pede ao Tribunal de Justiça que:

— Declare que a República Portuguesa, ao não ter transposto, em especial no que respeita ao acesso à profissão de notário, a Directiva 2005/36, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 2005/36;

— Condene a República Portuguesa nas despesas.

19. Por seu lado, a República Portuguesa pede ao Tribunal de Justiça que: Julgue a acção improcedente e condene a Comissão nas despesas.

IV — Admissibilidade da acção

20. O Governo esloveno, enquanto interveniente, alega uma excepção de inadmissibilidade decorrente das normas invocadas pela Comissão. Segundo afirma, a Comissão arguiu a violação da Directiva 89/48, durante a fase pré-contenciosa desta acção por incumprimento, arguindo agora, na fase contenciosa, a violação da Directiva 2005/36, que substitui a anterior.

21. Esta excepção não pode ser acolhida.

22. 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. Apenas a partir de uma fase pré-contenciosa regular é que o processo contraditório no Tribunal de Justiça permite a este apreciar se o Estado-Membro não cumpriu efectivamente as obrigações específicas cuja violação é alegada pela Comissão [5].

23. 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 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» [6].

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

6 — 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).

24. Pois bem, como a Comissão assinalou, resulta de uma análise comparada das referidas disposições que a Directiva 2005/36 reforçou e codificou 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.

25. Daqui se conclui que a excepção de inadmissibilidade deve ser julgada improcedente, uma vez que diz respeito às obrigações resultantes da Directiva 2005/36, já anteriormente aplicáveis por força da directiva revogada.

V — Quanto ao fundamento para o incumprimento

26. Na presente acção por incumprimento, a Comissão imputa à República Portuguesa a não transposição da Directiva 2005/36, no tocante à profissão de notário. Por seu lado, Portugal defende que o artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE se aplica à referida profissão, pelo que a supracitada directiva não é aplicável à actividade notarial.

27. Não parece oportuno repetir aqui, em toda a sua extensão, os argumentos já desenvolvidos detalhadamente nas minhas conclusões apresentadas no dia de hoje nos processos C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08,

C-54/08 e C-61/08. Por conseguinte, limitar-me-ei a expor as principais linhas argumentativas desenvolvidas nessas conclusões, para, em seguida, as aplicar ao caso português.

A — *Quanto às actividades ligadas ao exercício da autoridade pública, na acepção dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE*

28. Na medida em que Portugal invoca o artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, para justificar a não transposição da Directiva 2005/36, há que começar por atentar no conteúdo desse preceito.

29. Na verdade, os artigos 43.º CE 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 CE e 45.º CE.

30. Uma vez que o intérprete chega à conclusão de que uma actividade está, de facto, ligada ao exercício da autoridade pública, há que proceder a uma fiscalização da proporcionalidade. 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 [7], 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.

31. Não obstante, a principal dificuldade interpretativa que os artigos 43.º e 45.º, primeiro parágrafo, CE suscitam reside, como é previsível, na definição precisa de «autoridade pública».

7 — 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 segs.), 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.; Galetta, D.-U. – *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milão, 1998, pp. 103 e segs.

32. Como já expus nas conclusões apresentadas nos processos C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 e 61/08, 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 [8].

33. A definição de autoridade pública, na acepção do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE [9], 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 [10].

34. 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 [11]. Autoridade pública é, assim, a autoridade do soberano, *qui superiorem non recognoscens in regno suo*.

35. 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 [12].

8 — V., entre outros, acórdãos de 21 de Junho de 1974, Reyners (2/74, Colect., p. 325); de 5 de Dezembro de 1989, Comissão/Itália (C-3/88, Colect., p. 4035); 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); de 13 de Dezembro de 2007, Comissão/Itália (C-465/05, Colect., p. I-11091); e de 22 de Outubro de 2009, Comissão/Portugal (C-438/08, Colect., p. I-10219).

9 — Que, além do mais, nas suas diferentes versões, usa indistintamente dois termos susceptíveis, no plano teórico, de alguns matizes, como são os de «autoridade pública» e «poder público». Fala-se de «autoridade pública», 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»).

10 — 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», *EUI-Kommentar* (J. Schwarze, Hrs.), 2. Aufl., Nomos, Baden, 2009.

11 — Por todos, numa vastíssima bibliografia, Passerin d'Entreves, A. – *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Turim, 1962.

12 — 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.

36. 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.

37. Nesse sentido, 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 obrigado. Pelo contrário, o particular só consegue que a sua vontade seja aceitável por outro particular, com o consentimento deste último.

38. 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.

39. 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 [13].

40. 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 [14].

13 — 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.

14 — 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.

41. Nesta perspectiva, 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 [15]. 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.

42. 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.

43. 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.

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

45. À luz destes elementos, há que admitir que o notariado português, através da

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

autenticação, desempenha directa e especificamente uma actividade de carácter público, no sentido de que, por meio daquela, confere 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 seus actos próprios e, consequentemente, um certo grau de exigência nas condições para a sua fiscalização.

46. 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.

47. 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.

48. 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.

49. Na medida em que a autenticação constitui o núcleo indissociável da função notarial na República Portuguesa, há que afirmar, portanto, que a profissão de notário, em geral e vista como um todo, participa directa e especificamente no exercício da autoridade pública [16].

50. 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.

B — *Aplicabilidade da Directiva 2005/36 à profissão de notário*

51. Na petição inicial, a Comissão nega, com razão, que o quadragésimo primeiro considerando da Directiva 2005/36 sirva de parâmetro para a interpretação do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE. Com efeito, a afirmação que a directiva faz nesse ponto não é determinante para efeitos da qualificação da actividade notarial como autoridade pública, ou para o contrário. Não obstante, a Comissão reconhece que, quando uma actividade está ligada ao exercício da autoridade pública, o considerando confirma que se aplicam os artigos 43.º e 45.º, primeiro parágrafo, CE. Por isso, infere-se do articulado da Comissão que, caso uma actividade como a notarial, vista não em abstracto mas sim à luz das circunstâncias do caso concreto, esteja ligada ao exercício da autoridade pública, não são aplicáveis as disposições da Directiva 2005/36.

52. Pelos motivos expostos nos n.os 45 a 48 destas conclusões, considero que o notariado português, tal como estava configurado em 18 de Dezembro de 2006, estava directa e especificamente ligado ao exercício da autoridade pública. Consequentemente, estou de acordo com a Comissão e há que concluir que a Directiva 2005/36 não era aplicável à actividade notarial portuguesa na referida data.

53. A República Portuguesa alegou, principalmente na audiência, que a profissão de notário foi alvo de várias reformas, para introduzir uma concorrência maior no sector. Para alcançar este resultado, o agente da República Portuguesa informou o Tribunal de Justiça de que o legislador português eliminou a obrigatoriedade de uma parte muito significativa

16 — V. acórdão Reyners, já referido.

dos actos jurídicos que antes exigiam intervenção notarial e que agora também podem ser praticados perante outros profissionais. Essas circunstâncias poderiam, se fosse caso disso, ser suficientemente relevantes para eventualmente afastar a qualificação dada à actividade notarial nestas conclusões. Não obstante, neste processo não cumpre abordar tais alterações, pois a data relevante para efeitos do processo é a do termo do prazo fixado pela Comissão para que o Estado demandado ponha fim aos incumprimentos assinalados no parecer fundamentado. Como já se referiu anteriormente, o termo desse prazo ocorreu em 18 de Dezembro de 2006.

54. O facto de, nestas conclusões, se considerar que o notariado português está ligado ao exercício da autoridade pública não significa que tenha ficado esgotado o debate sobre se os artigos 43.º e 45.º, primeiro parágrafo, CE, abrangem a actividade notarial em Portugal. Tal como defendi nas minhas conclusões apresentadas nos processos C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 e C-61/08, já referidos, a constatação de que uma actividade está ligada ao exercício da autoridade pública implica a realização de uma fiscalização da proporcionalidade à luz dos artigos 43.º CE e 45.º, primeiro parágrafo, CE. No entanto, o facto de, na presente acção, a Comissão ter aduzido uma única pretensão, relativa à Directiva 2005/36, exclui uma análise do processo a partir do referido parâmetro.

55. Consequentemente, há que julgar a acção improcedente.

VI — Despesas

56. Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a República Portuguesa pedido a condenação da Comissão nas despesas e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

57. Nos termos do n.º 4, primeiro parágrafo, do mesmo artigo, a República Checa, a República da Lituânia, a República da Eslovénia, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte e a República Eslovaca, que intervieram no processo, suportam as respectivas despesas.

VII — Conclusão

58. Por todo o exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que:

«1. Julgue a acção improcedente.

2. Condene a Comissão Europeia nas despesas.

3. A República Checa, a República da Lituânia, a República da Eslovénia, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte e a República Eslovaca suportem as respectivas despesas.»