



RECOMENDAÇÃO N.º 1/2007

Assunto: “*Medidas de reforma do quadro legal do notariado, com vista à promoção da concorrência nos serviços notariais*”.

1. Considerando que incumbe à Autoridade da Concorrência realizar as atribuições do Estado, no âmbito económico, ínsitas na alínea e) do Artigo 81.º da Constituição da República Portuguesa, traduzidas em “*assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral*”;
2. Tendo em conta que a Autoridade da Concorrência, de acordo com o n.º 2 do artigo 1.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei nº 10/2003, de 18 de Janeiro, “*tem por missão assegurar a aplicação das regras da concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores*”;

3. Tendo presente que, para assegurar o cumprimento da missão que lhe está cometida, incumbe à Autoridade da Concorrência, “*contribuir para o aperfeiçoamento do sistema normativo português em todos os domínios que possam afectar a livre concorrência, por sua iniciativa ou a pedido do Governo*” e “*fomentar a adopção de práticas que promovam a concorrência e a generalização de uma cultura de concorrência junto dos agentes económicos e do público em geral*” (alíneas f) e b) do nº 1 do artigo 6.º, respectivamente, dos Estatutos da Autoridade da Concorrência);
4. Sublinhando que a Autoridade da Concorrência está dotada, entre outros, de poderes de supervisão e regulamentação, desdobrados, nomeadamente, no poder de “*proceder à realização de estudos (...) que, em matéria de concorrência se revelem necessários*”, bem como “*emitir recomendações (...)*” (alínea a) do nº 3 e alínea b) do nº 4 do artigo 6.º, respectivamente, dos Estatutos da Autoridade da Concorrência);
5. Competindo ao Conselho da Autoridade da Concorrência “*propor ao Governo quaisquer alterações legislativas ou regulamentares que contribuam para o aperfeiçoamento do regime jurídico de defesa da concorrência*” (alínea g) do nº 1 do artigo 17.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência);
6. Sublinhando que a Autoridade da Concorrência, no exercício das suas competências e em cooperação com a Comissão Europeia, tem acompanhado com especial atenção o funcionamento da concorrência nos serviços prestados por algumas profissões liberais;
7. Recordando que a análise do sector do notariado encetada pela Autoridade da Concorrência surgiu na sequência da aprovação do quadro legal que procedeu à privatização da actividade notarial e estabeleceu o seu modelo de funcionamento, já que o estatuto de profissional liberal então ganho pelos notários impunha que o quadro legal da sua actividade fosse escrutinado à

luz dos princípios da concorrência por que se deve pautar – é hoje entendimento generalizado – o exercício das profissões liberais.

8. Salientando que, no contexto atrás descrito, a Autoridade da Concorrência desenvolveu em 2005 um conjunto de iniciativas com vista à análise do impacto do novo quadro regulador da actividade notarial sobre a concorrência entre os profissionais do notariado, de entre os quais se destacam a promoção de um estudo dedicado a esta temática, realizado pelo CEDIPRE (Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), e a realização de um *workshop*, no qual foram ouvidos os principais intervenientes no sector;

9. Tendo presente que as alterações legislativas aprovadas nos últimos dois anos, decorrentes do desenvolvimento pelo actual Governo de um extenso programa de simplificação e desformalização de actos notariais e de registo, embora sem alterar, no essencial, o quadro normativo de acesso e exercício da profissão de notário, vieram, no entanto, introduzir importantes alterações às condições materiais de exercício da função notarial;

10. Considerando que tal alteração de circunstâncias, traduzida na consolidação da tendência para que a prestação de serviços, até aqui confiadas em exclusivo aos notários, seja aberta a outros profissionais, quer privados quer públicos, implica que a avaliação dos efeitos anticoncorrenciais do quadro legal aplicável à actividade notarial deva também ter em vista a promoção da concorrência entre a globalidade dos prestadores de tais serviços,

A Autoridade da Concorrência,

- ouvida a Ordem dos Notários
- e
- tendo presente os comentários recebidos durante o período de consulta pública,

Decide apresentar ao Governo uma Recomendação, a qual contempla um conjunto de medidas destinadas a promover a eliminação das restrições à concorrência na prestação de serviços notariais que se revelam injustificadas, visando contribuir para uma reforma do actual enquadramento legal da prestação deste tipo de serviços que valorize a concorrência entre os seus operadores enquanto instrumento indispensável à obtenção de serviços notariais mais eficientes.

PARTE I – A REGULAÇÃO DAS PROFISSÕES LIBERAIS E A POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA

A – Os fundamentos da regulacão das profissões liberais

1. O acesso às profissões liberais bem como o exercício da respectiva actividade tem sido tradicionalmente objecto de regulação, seja directamente pelo Estado (hetero-regulação), seja pelas associações profissionais (auto-regulação). Com efeito, na maioria dos países europeus, entre os quais Portugal, subsistem, com maior ou menor extensão, regras que condicionam a actividade dos profissionais liberais, tais como, e entre muitas outras, as que estabelecem requisitos qualitativos ou quantitativos de acesso à profissão, as que procedem à fixação de honorários, ou ainda as que restringem ou proíbem a publicidade.

A necessidade da regulação deste tipo de profissões tem vindo a ser associada a três ordens de razões¹.

A primeira respeita à necessidade de fazer face a um problema de assimetria da informação que caracteriza a relação prestador-cliente nas profissões liberais, o qual resulta de os serviços disponibilizados por estes profissionais exigirem um elevado nível de conhecimento técnico, o qual, não sendo, em regra, partilhado pelos consumidores desses serviços, coloca a estes últimos dificuldades na avaliação da qualidade dos serviços que lhe são prestados.

Uma segunda ordem de razões tem a ver com o facto de as prestações de serviços efectuadas por profissionais liberais produzirem, frequentemente, impacto sobre terceiros, cujos

¹ Cfr. por todos, a Comunicação da Comissão – Relatório sobre a Concorrência nos Serviços das Profissões Liberais, de 09/02/04 - http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional_services/reports/reports.html

interesses importaria assim acautelar, face ao risco de tal impacto ser negligenciado no âmbito da relação prestador-cliente.

Uma terceira ordem de razões reside na consideração de que alguns serviços das profissões liberais produzem bens públicos que são importantes para a sociedade em geral, designadamente, a correcta administração da justiça. Deste modo, na ausência de regulação, existiria o risco de alguns mercados de serviços das profissões liberais poderem não fornecer bens públicos suficientes ou fornecê-los de forma pouco adequada.

B – Política da concorrência versus regulação nas profissões liberais

2. A tese de que a qualidade dos serviços prestados por profissionais liberais e a protecção dos consumidores exige um quadro regulatório fortemente penalizador da concorrência em muitos dos sectores da actividade protagonizados por este tipo de profissionais é, hoje, porém, objecto de forte contestação.

Com efeito, a progressiva afirmação da política da concorrência como instrumento por excelência do funcionamento eficiente dos mercados veio colocar naturalmente sob escrutínio os quadros regulatórios nacionais das profissões liberais, tendo estes vindo a merecer uma especial atenção não só por parte das instâncias comunitárias, no contexto da consolidação do mercado interno e do reforço da competitividade da economia europeia, mas também de organizações internacionais de referência, como é o caso da OCDE.

1. A abordagem comunitária

3. No plano comunitário, o escrutínio do quadro regulatório das profissões liberais nos Estados-membros tem-se verificado em duas vertentes. A primeira vertente, situa-se no contexto do sancionamento, à luz do disposto no direito comunitário da concorrência, da

adopção de regulamentações anticoncorrenciais no sector das profissões liberais, seja por associações profissionais, seja por autoridades públicas. A segunda vertente corporiza-se no estudo aprofundado dos contextos regulatórios nacionais das profissões liberais e dos seus efeitos na concorrência que a Comissão Europeia tem vindo a desenvolver em cooperação estreita com as autoridades de concorrência nacionais.

4. No que respeita à primeira vertente atrás referida, importa aqui desde já assinalar quais os princípios fundamentais estabelecidos pela prática decisória da Comissão Europeia e pela jurisprudência comunitária no que respeita à aplicação das regras de concorrência à auto-regulação e hetero-regulação das profissionais liberais:

- i) Os membros das profissões liberais são empresas no sentido dos artigos 81.º, 82.º e 87.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (Tratado CE)² e as suas associações profissionais são susceptíveis de ser consideradas como associações de empresas no sentido daquele primeiro preceito³;
- ii) As regulamentações adoptadas por associações profissionais (auto-regulação) são susceptíveis de constituir uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE, estando, no entanto, fora do alcance da proibição as regras que, embora restringindo a

² Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJC) *Pavlov*, de 12 de Setembro de 2000, processos C-180/98 a C-184/98, a propósito dos médicos, e, mais recentemente, o Acórdão TJC *Wouters*, de 19 de Fevereiro de 2002, processo C-309/99, relativamente aos advogados, onde se conclui que estes profissionais, na medida em que prestam serviços mediante remuneração e assumem os riscos inerentes à respectiva actividade, são empresas na acepção dos artigos 81.º, 82.º e 87.º do Tratado CE, não constituindo obstáculo a tal conclusão a complexidade técnica dos serviços que prestam e a circunstância do exercício da sua actividade ser objecto de regulação.

³ Acórdão *Wouters*, no qual se rejeitou a impossibilidade da qualificação da Ordem dos Advogados holandesa como uma associação de empresas na acepção do artigo 81.º-1. Com efeito, considerou o Tribunal que quando uma ordem profissional regulamenta o comportamento dos seus membros no quadro de uma actividade económica actua enquanto associação de empresas, sendo irrelevante o facto de esta deter um estatuto de direito público à face do direito nacional, de realizar tarefas de interesse público ou de actuar a coberto do interesse público. Para o referido Tribunal uma prática desta natureza só não é abrangida pelo artigo 81.º caso seja imputável à intervenção do Estado. Tal acontecerá caso essa prática corresponda ao exercício de uma competência normativa assente em critérios de interesse geral e princípios fundamentais previamente definidos pelo Estado e este se tenha reservado o poder de decidir, em última instância.

concorrência entre profissionais, são objectivamente necessárias para garantir o correcto exercício da actividade em causa⁴;

iii) O facto de a legislação nacional favorecer um comportamento anticoncorrencial de uma associação profissional ou reforçar os seus efeitos não a subtrai à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE, estando apenas excluída a sua responsabilidade nos casos em que tal comportamento resulta de uma imposição legal⁵.

iv) A imposição ou favorecimento pelas legislações nacionais de comportamentos anticoncorrenciais abrangidos pela proibição do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE constitui uma infracção pelo Estado em causa ao disposto neste preceito, em resultado da sua aplicação conjugada com o disposto na alínea g), do n.º 1 do artigo 3.º e no n.º 2 do artigo 10.º do mesmo Tratado, sendo que esta última disposição obriga os Estados-Membros a não adoptarem ou manterem em vigor medidas, nem sequer legais ou regulamentares, que possam anular o efeito útil das normas de concorrência aplicáveis às empresas.⁶

5. Como já foi mencionado, a avaliação do impacto restritivo da concorrência dos quadros regulatórios nacionais por parte das instâncias comunitárias não se tem cingido a intervenções, mais ou menos pontuais, no contexto dos procedimentos sancionatórios de que têm sido destinatárias várias associações de profissionais liberais e os próprios Estados-membros.

Na verdade, desde o início desta década que, sob o impulso das conclusões do Conselho Europeu de Lisboa de Março de 2000, a Comissão Europeia tem vindo a proceder a um estudo sistemático do quadro regulatório das profissões liberais nos vários Estados-membros no sentido de obter conclusões relativas aos efeitos ou impacto económico da regulação

⁴ Wouters.

⁵ Cfr., designadamente, os acórdãos TJC de 16 de Novembro de 1997, *GB-Inno-BM*, Proc.13/77 e de 9 de Setembro de 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Proc. C-198/01.

⁶ Cfr., designadamente, acórdãos TJC citados supra nota 5 e ainda os acórdãos de 21 de Setembro de 1988, *Van Byte*, Proc. 267/86; de 17 de Novembro de 1993, *Refiz*, Proc. C-185/91; de 9 de Junho de 1994, *Delta Schiffahrts und Speditionsgegesellschaft*, Proc. C-153/93; de 5 de Outubro de 1995, *Centro Servizi Spediporto*, C-96/94; de 19 de Fevereiro de 2002, *Arduino*, Proc. C-35/99.

existente, designadamente em matéria de restrições ao acesso a profissão, de fixação ou regulamentação de preços e de restrições à publicidade.

Entre as iniciativas da Comissão Europeia a este propósito merece destaque o estudo por esta encomendado ao *Institut für Höhere Studien (IHS), Wien*, apresentado em Janeiro de 2003, intitulado “Impacto económico da regulação no domínio das profissões liberais em diversos Estados-membros”⁷, no qual, com base num estudo comparativo dos níveis de regulamentação existentes nos então quinze Estados-membros da União Europeia para um conjunto de profissões aí analisadas⁸, se concluiu que não só não existiam indícios de funcionamento inadequado nos países em que os sectores em causa estavam menos regulamentados, como também que quadros regulatórios menos restritivos permitiriam uma maior criação global de riqueza.

Merecem ainda especial referência o Relatório sobre Concorrência nos Serviços das Profissões Liberais, de Fevereiro de 2004, o qual incorporou a síntese das iniciativas tomadas pela Comissão Europeia neste domínio até essa data e enunciou as respectivas conclusões.⁹.

No referido Relatório, a Comissão Europeia identificou cinco categorias de normas potencialmente restritivas da concorrência nas profissões liberais na União Europeia, – i) preços fixos, ii) preços recomendados, iii) regras em matéria de publicidade, iv) exigências de entrada e direitos reservados e v) regras relativas à estrutura das empresas e às práticas multidisciplinares –, assinalando que tais restrições à concorrência entre profissionais liberais

⁷ Estudo disponível em http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional_services/studies/studies.html.

⁸ Cit. *supra* nota 1. Foram analisados neste relatório as profissões jurídicas (advogados e notários), os serviços de contabilidade, auditoria e consultoria fiscal, os serviços prestados por engenheiros e arquitectos e os serviços farmacêuticos, a nível retalhista.

⁹ Mais recentemente, a Comunicação da Comissão – Serviços das Profissões Liberais – Possibilidades de Novas Reformas, apresentada a 6 de Setembro de 2005, veio oferecer uma panorâmica do progresso realizado pelos Estados-Membros na reforma das restrições injustificadas nas profissões seleccionadas para a análise empreendida pela Comissão até ao momento: notários, advogados, farmacêuticos, arquitectos, engenheiros e profissionais de contabilidade e auditoria. Em anexo a este Relatório, foi aditado um documento intitulado “Progressos feitos pelos Estados-Membros na revisão e na eliminação das restrições à concorrência na área dos serviços profissionais”.

não são necessariamente contrárias ao direito comunitário, mas que a sua compatibilidade com este pressupõe que obedeçam a um critério de proporcionalidade entre o interesse público prosseguido e a dimensão do dano à concorrência que delas decorre.

Neste contexto, no Relatório em causa as autoridades dos Estados-membros e as associações profissionais foram convidadas "...a analisar as regras existentes, no sentido de verificar se tais regras são necessárias em termos de interesse público, se são proporcionais e se se justificam".

6. Também o Parlamento Europeu tem reflectido acerca dos termos da compatibilização das regras comunitárias da concorrência com a defesa do interesse público subjacente às políticas regulatórias dos Estados-membros em matéria de profissões liberais, tendo vindo, neste contexto, a dedicar especial atenção às profissões jurídicas.

Entre os múltiplos documentos já produzidos a este propósito, merece especial destaque a Resolução sobre as profissões jurídicas e o interesse geral no funcionamento da ordem jurídica, de 23 de Março de 2006, e a Resolução sobre o seguimento do relatório sobre a concorrência no sector das profissões liberais, de 12 de Outubro de 2006.

Na primeira das referidas Resoluções, que se reporta especificamente às profissões jurídicas (advogados e notários), o Parlamento Europeu enfatizou as especiais razões de interesse público subjacentes à regulação destas e exortou a Comissão Europeia a não negligenciar tal tipo de razões face ao objectivo de promover a concorrência, dada a necessidade de garantir a todos o acesso à Justiça, os direitos de defesa e a segurança jurídica.

Quanto à última das Resoluções referidas, nela são expressamente identificadas como regras a eliminar as que estabelecem restrições à publicidade e à cooperação interprofissional, as primeiras com o objectivo de propiciar aos consumidores uma maior informação sobre as qualificações profissionais do prestador e sobre a natureza e custos dos serviços oferecidos e

as segundas visando aumentar a competitividade das pequenas e médias empresas nos mercados dos serviços prestados por profissionais liberais.

Por outro lado, também na mesma Resolução a fixação de preços fixos ou mínimos ou a proibição de negociar um montante adicional em função do resultado é identificada como prática que obsta à concorrência e cuja manutenção deve ser assim ponderada à luz de critérios de necessidade e proporcionalidade.

Finalmente, e retomando as preocupações manifestadas na Resolução respeitante às profissões jurídicas atrás mencionada, o Parlamento Europeu chama também a atenção nesta última Resolução para o facto de alguns dos serviços prestados por profissionais liberais poderem ser considerados “bens públicos”, admitindo que tal poderá legitimar enquadramentos regulatórios mais restritivos.

2. A abordagem da OCDE

7. Cumpre ainda fazer referência aos trabalhos que têm vindo a ser desenvolvidos neste domínio pela OCDE ao longo da presente década.

A este propósito, por constituir um marco na actividade desenvolvida pela OCDE em torno da liberalização das profissões liberais, cumpre fazer especial referência ao estudo “*Competition in Professional Services*”, publicado em 2000¹⁰. No estudo em causa, foi então salientado que todos países da OCDE regulavam as actividades de determinadas profissões, seja directamente ou através de delegação de poderes regulatórios a associações profissionais, sendo que tal regulação abrangia matérias como a entrada na profissão, a conduta dos membros da profissão, a concessão de direitos exclusivos para desenvolver determinadas actividades e a

¹⁰ Este estudo pode ser consultado em www.oecd.org/dataoecd/35/4/1920231.pdf.

estrutura organizacional das empresas. Referia-se ainda que todos os países aplicavam as regras da concorrência, sem exceções, às profissões liberais e registavam algum progresso na promoção da concorrência neste domínio. Apesar deste avanço, concluía o estudo em causa que a reforma dos serviços profissionais continuava difícil de executar, possivelmente devido à concentrada oposição das associações profissionais a uma maior liberalização.

Na sequência deste estudo, a OCDE tem vindo a monitorizar a evolução dos mercados das profissões liberais, promovendo, designadamente, a realização de *workshops* sobre o tema, o último dos quais realizado em Fevereiro de 2007. Neste último, foi especialmente destacada a complexidade dos quadros regulatórios nacionais, enquanto factor de limitação ao comércio internacional e ao investimento em serviços disponibilizados em regime de profissão liberal, em particular no domínio dos serviços de engenharia, arquitectura e contabilidade. Neste contexto, foram identificados um conjunto de princípios a observar na reforma do quadro regulatório das profissões liberais e entre os quais se incluem a eliminação das restrições quanto ao modelo de negócio a adoptar por estes profissionais e quanto ao modo de colaboração entre profissionais locais e profissionais estrangeiros, a supressão das condições de acesso baseadas na nacionalidade ou na residência, bem como a diminuição das restrições à participação de estrangeiros em empresas detidas por profissionais liberais¹¹.

3. A situação em Portugal

8. Em Portugal, a aplicação da política de concorrência às profissões liberais permaneceu, até há alguns anos atrás, centrada no sancionamento de comportamentos adoptados por ordens profissionais tidos como restritivos da concorrência à face da legislação nacional¹².

¹¹ As conclusões do *Third OECD Workshop on Professional Services* podem ser encontradas em www.oecd.org/topic/0.3373.en_2649_37463_1_1_1_1_37463.00.html.

¹² Assim, destacam-se, até 2007:

(i) A decisão do extinto Conselho da Concorrência de condenação da Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas, proferida em 16.11.2000 e confirmada pelo acórdão da Relação de Lisboa, de 05.02.2001 (V. Relatório de Actividades do Conselho da Concorrência, ano 2000)

Como resulta, porém, das observações que antecedem, as restrições à concorrência nos mercados de serviços em causa resultam não só de actuações voluntárias dos respectivas ordens/associações profissionais mas também de opções regulatórias do próprio Estado, fundadas em considerações de interesse público.

A Autoridade da Concorrência tem vindo assim, desde há alguns anos atrás, no quadro das atribuições que se lhe encontram legalmente cometidas, e em sintonia com as orientações da Comissão Europeia, a proceder ao exame do quadro regulatório das profissões liberais que, entre nós, se caracteriza por um número particularmente significativo de restrições ao acesso e exercício da respectiva actividade, tendo em vista avaliar da sua necessidade ou proporcionalidade relativamente ao interesse público que visam proteger.

Na sequência dos trabalhos desenvolvidos a este propósito, o quadro legal do sector farmacêutico foi já, em 2006, objecto de uma Recomendação desta Autoridade ao Governo, e

(ii) A decisão da Autoridade da Concorrência, de 19.05.2005, que condenou a Ordem dos Médicos Veterinários ao pagamento de uma coima no valor de 75.935,00€ acompanhada da cessação imediata das normas do Código Deontológico referentes à fixação de tabelas de honorários mínimos e consequente revogação das normas e tabelas, além da publicitação desta decisão junto dos respectivos associados, decisão esta parcialmente confirmada (redução da coima aplicada) por sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 12.01.2006 e pelo acórdão da Relação de Lisboa de 05.07.2007 (*vide* Relatório de Actividades da Autoridade da Concorrência, ano 2005)

(ii) A decisão da Autoridade da Concorrência, de 30.06.2005, relativa à Ordem dos Médicos Dentistas, na qual esta Ordem foi condenada ao pagamento de uma coima no valor de 160.181,00€ à cessação imediata da tabela de honorários, mínimos e máximos por esta adoptada e à revogação das normas deontológicas inerentes a esta questão, decisão esta confirmada, com redução da coima aplicada, por sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 09.12.2005 e pelo acórdão da Relação de Lisboa de 29.06.2007 (v. idem)

(iii) A decisão da Autoridade da Concorrência, de 26.05.2006, que condenou a Ordem dos Médicos numa coima de 250.000,00 euros pela adopção de uma tabela de preços mínimos e máximos para os serviços prestados pelos médicos que exerçam a actividade como profissionais liberais, decisão esta parcialmente confirmada (redução da coima) por sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 18 de Janeiro de 2007, da qual se encontra pendente recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa (V. Comunicado n.º 14/2006 da Autoridade da Concorrência, disponível em www.autoridadedaconcorrencia.pt/).

no mesmo ano foi submetida a consulta pública uma versão preliminar da Recomendação que agora se publica.

O conteúdo desta Recomendação, agora na sua versão definitiva, é pois o resultado final de um extenso processo de avaliação do quadro regulatório da actividade notarial levado a cabo pela Autoridade da Concorrência, que lhe permitiu concluir carecer este de reformulação.

Com efeito, como adiante se verá em detalhe, a defesa do interesse público subjacente às restrições à concorrência contidas no actual quadro legal ou deixou, em alguns casos, de fazer sentido, face à desvalorização do papel dos notários no controlo da legalidade dos actos jurídicos, ou se revela, em outros casos, desproporcionado relativamente aos objectivos que se pretendem atingir.

Em consequência, afigura-se indispensável repensar o quadro regulatório da actividade notarial, tendo em vista eliminar as restrições nele contidas que reduzem, de forma injustificada, não só a concorrência entre notários mas também, reflexamente, a concorrência entre estes e os outros profissionais que, por via de iniciativas legislativas de desformalização e simplificação de actos jurídicos, se encontram hoje em posição de disputar com os notários uma parcela cada vez mais significativa dos serviços por estes tradicionalmente prestados.

PARTE II – O NOTARIADO EM PORTUGAL

A – A função notarial

9. De acordo com a definição legal contida no n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei nº 26/2004, de 4 de Fevereiro, que aprova o Estatuto do Notariado “... o notário é o jurista a cujos documentos escritos, elaborados no exercício da sua função, é conferida fé pública”.

Atento o disposto no n.º 2 do artigo 4.º do Estatuto do Notariado¹³, compete, designadamente, ao notário: lavrar testamentos e outros documentos públicos; autenticar e certificar documentos; comprovar comportamentos juridicamente relevantes; intervir nos actos jurídicos extrajudiciais a que os interessados pretendam dar garantia especiais de certeza e autenticidade; arquivar e conservar os documentos que lhe forem entregues; e praticar os demais actos previstos nas leis, designadamente, no Código do Notariado.

A intervenção notarial tem carácter obrigatório, designadamente, sempre que a lei exige a celebração do acto por escritura pública. Tem-se vindo, porém, a registar nos últimos anos uma tendência progressiva de eliminação deste tipo de intervenção por via da substituição da obrigatoriedade de escritura pública de determinados actos por documento particular e, também, pela permissão da prática, por outros profissionais, de alguns actos que anteriormente eram um exclusivo dos notários¹⁴.

¹³ Tais funções correspondem àquelas que já se encontravam descritas no artigo 4.º do Código do Notariado (Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de Agosto)

¹⁴ Sobre a origem e evolução desta tendência nos últimos anos *vide infra* § 18 a 24.

B – Enquadramento legal da função notarial

1. Dos antecedentes até à privatização

10. Em Portugal, a primeira Lei Orgânica do Notariado surgiu em 1899. Esta lei veio reorganizar os serviços do notariado, tendo sido introduzidas algumas medidas reformadoras para os então classificados “*magistrados de jurisdição voluntária*”, de nomeação vitalícia e inamovíveis. Entre elas, destacam-se: a necessidade da licenciatura em Direito para que se pudesse ser nomeado notário, sendo esta nomeação provisória e apenas se convertendo em definitiva volvidos três anos, com base em provas de competência¹⁵; a exigência de concurso documental para o lugar de notário; a fiscalização da actividade notarial pelo Conselho Superior do Notariado¹⁶, havendo possibilidade de recurso das suas decisões para o Ministro da Justiça.

11. Em 1945, foi criada a Direcção Geral dos Registos e Notariado, no âmbito do Ministério da Justiça, tendo-se procedido à funcionalização dos serviços notariais, através da introdução de um sistema de notariado administrativo. O notário passou então a ter o estatuto de funcionário público de nomeação definitiva, hierarquicamente subordinado ao Ministro da Justiça, através do Director-Geral dos Registos e Notariado. Ficaram, desde então, os notários adstritos à fixação e criação governamental de lugares de notário, sendo os lugares vagos

¹⁵ Em 1900, houve uma nova reorganização dos serviços do notariado e exigiu-se, além do tempo de prática, um concurso de provas públicas e a sua subordinação ao poder judicial. Vide, entre outros, acerca de dados históricos sobre os notários, Fernando Neto Ferreira e Zulmira Neto Lino da Silva, *Manual de Direito Notarial, Teoria e Prática*, 3^a edição, Coimbra, 2005, p.7 a 18.

¹⁶ Extinto, definitivamente, em 1926, data a partir da qual os notários foram submetidos à acção disciplinar do Conselho Superior Judiciário.

providos por concurso documental, a uma tabela de emolumentos notariais e à acção disciplinar do Ministro da Justiça.

Durante o Estado Novo, os notários portugueses tornaram-se assim funcionários públicos, passando a exercer as suas funções de “*profissionais de direito incumbidos da função pública de receber, interpretar e dar forma legal à vontade das partes, redigindo os instrumentos apropriados a esse fim e conferindo-lhes autenticidade e de conservar os originais e expedir as cópias autênticas do seu conteúdo*”¹⁷, por delegação do Estado e na sua subordinação hierárquica.

2. A privatização do notariado

(i) *O estatuto profissional do notário privado*

12. Em 2004, a decisão governamental de proceder à privatização do notariado traduziu-se na entrada em vigor de um novo enquadramento jurídico para a actividade notarial, materializado essencialmente no Decreto-Lei n.º 26/2004, de 4 de Fevereiro, que aprovou o Estatuto do Notariado e no Decreto-Lei nº 27/2004, de 4 de Fevereiro, que criou a Ordem dos Notários e aprovou o respectivo Estatuto¹⁸.

Os fundamentos de tal decisão são enunciados no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 26/2004, de 4 de Fevereiro, que aprovou o Estatuto do Notariado, cujos passos mais relevantes a este propósito passamos a transcrever:

¹⁷ Esta definição foi proclamada pelo *I Congresso Internacional de Notariado Latino* (Buenos Aires, 1948) da qual resulta que o notário é, simultaneamente, um oficial público e um profissional de Direito.

¹⁸ Complementam ainda o quadro legal da privatização do notariado os seguintes diplomas:

- Portaria nº 385/2004, de 16 de Abril, que aprovou a Tabela de Honorários e Encargos Notariais;
- Portaria nº 398/2004, de 21 de Abril, que criou o Regulamento de Atribuição do Título de Notário.

“O Governo concretiza com esta medida uma progressiva transferência de competências que, pela sua natureza, são comprovadamente exercidas com maior eficiência por profissionais liberais, que ao mesmo tempo prestam um serviço de melhor qualidade e com menores encargos para o erário público”... “Com esta reforma, a actividade notarial não só ganha ainda maior relevância pelo apelo constante ao delegatário da fé pública, consultor imparcial e independente das partes, exercendo uma função preventiva de litígios, mas também vê abrirem-se perante si novos horizontes, num espaço económico baseado na concorrência”.

13. A privatização do notariado implicou, naturalmente, uma alteração do estatuto profissional do notário. O notário privado perde o seu estatuto de funcionário público e passa, nos termos do n.º 2 do artigo 1.º do referido diploma, a exercer as suas funções numa dupla qualidade:

- De oficial público, enquanto confere autenticidade aos documentos e assegura o seu arquivamento;
- e
- De profissional liberal, que actua de forma independente, imparcial e por escolha livre dos interessados.

Esta dupla natureza manifesta-se ao longo do articulado do diploma, correspondendo, pois, as soluções aí encontradas à expressão do entendimento do legislador sobre o balanço mais adequado para a conciliação da natureza pública e privada da função notarial.

Tais soluções encontram-se descritas, em síntese, no quadro seguinte:

Quadro
Estatuto profissional do notário

| <i>Como oficial público:</i> | <i>Como profissional liberal:</i> |
|--|---|
| - Encontra-se na dependência do Ministério da Justiça no que diz respeito à fiscalização e | - Está obrigado a inscrever-se na Ordem dos Notários para o exercício da actividade, encontrando-se sujeito à |

| | |
|---|---|
| <p>disciplina da actividade notarial enquanto revestida de fé pública (artigo 3.º do Estatuto do Notariado)</p> | <p>acção disciplinar daquela, em especial, quanto a questões deontológicas.</p> |
| <p>- Está sujeito aos seguintes princípios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Legalidade (artigo 11.º do Estatuto do Notariado); • Exclusividade – exerce as suas funções em regime de exclusividade, sendo as suas funções incompatíveis com quaisquer outras funções remuneradas, públicas ou privadas (artigo 15.º do Estatuto do Notariado). | <p>- Está sujeito aos seguintes princípios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Autonomia: exerce as suas funções com independência quer em relação aos Estado quer a interesses particulares (artigo 12.º do Estatuto do Notariado); • -Imparcialidade - está impedido de praticar actos notariais em que tenha interesse pessoal ou em que intervenha directamente, ou como procurador, um seu familiar (artigo 13.º do Estatuto do Notariado); • Livre Escolha – intervém a solicitação das partes, que o escolhem livremente (artigo 16.º do Estatuto do Notariado). |
| <p>- O exercício da sua actividade está dependente da atribuição de licença e submetida ao princípio do <i>numerus clausus</i>, sendo este fixado com base num mapa de onde constam o número de cartórios e respectiva localização (artigo 6º do Estatuto);</p> | <p>- Assume o exclusivo da responsabilidade no exercício da profissão a qual não pode, nem subsidiariamente, ser assumida pelo Estado;</p> |
| <p>- Tem a sua competência territorialmente limitada à área do município onde está instalado o respectivo cartório (artigo 7.º do Estatuto);</p> | <p>- Assume os custos da actividade, designadamente os respeitantes às instalações e à remuneração dos colaboradores, e arrecada as respectivas receitas</p> |
| <p>- Está sujeito a um regime de preços fixos para um conjunto significativo de actos notariais (artigo 17.º do Estatuto do Notariado e artigos 10.º a 13.º da Portaria n.º 385/2004, de 16 de Abril, alterada pela Portaria n.º 1416-A/2006, de 19 de Dezembro;</p> | <p>Define os preços (livres) dos actos notariais para os quais não é legalmente fixado um preço fixo (artigo 17 do Estatuto do Notariado e artigo 14.º da Portaria n.º 385/2004, de 16 de Abril, alterada pela Portaria n.º 1416-A/2006, de 19 de Dezembro.</p> |
| <p>- Detém a prerrogativa de uso do selo branco, símbolo da fé pública delegada (artigo 21.º do Estatuto);</p> | |
| <p>- Está sujeito ao cumprimento de obrigações específicas, designadamente:</p> | |

| | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • Arrecada a receita do imposto do selo a favor do Estado; • Controlar a liquidação do IMT; • Colaborar com o Estado e as autarquias no ordenamento do território exigindo os alvarás de licença de construção ou de habitação e loteamentos; • Comunicar mensalmente aos Serviços de Finanças, para efeitos de controlo fiscal, um resumo de todos os actos celebrados. | |
|---|--|

(ii) A transição para o notariado privado

14. O Decreto-Lei n.º 26/2004 previu uma transição gradual do regime de notariado público para o regime privado, através da criação de um período transitório de dois anos, contados a partir da sua entrada em vigor.

No quadro do referido período transitório, foi previsto que a passagem para o novo sistema privado fosse realizada com a abertura de concursos para a aquisição de título de notário e, subsequentemente, para a atribuição de licenças de instalação de cartórios notariais, realizando-se, na sequência da atribuição das licenças, o processo de transformação dos anteriores cartórios públicos em cartórios privados, mediante a transmissão dos meios postos ao seu serviço e a transferência do respectivo acervo documental.

Aos notários públicos foi concedida a faculdade de optarem pelo ingresso em serviço da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado ou pela passagem ao regime privado, mediante a admissão ao primeiro concurso de atribuição de licenças de instalação de cartórios notariais, sendo atribuído ao notário que concorresse para lugar de que fosse titular à data da abertura de abertura do concurso preferência absoluta na atribuição de licença.

No contexto atrás descrito, o processo de privatização do notariado iniciou-se em 2004 com a abertura do primeiro concurso para atribuição de licenças de instalação de cartório notarial, o

qual, em cumprimento do disposto no Estatuto do Notariado, foi restrito aos notários públicos, conservadores dos registos, adjuntos e aos adjuntos e auditores dos registos e do notariado. De um total de 525 licenças postas a concurso¹⁹, foram atribuídas um total de 327 licenças, tendo esta fase inicial ficado concluída com a tomada de posse, em 2006, de 243 notários, dos quais 196 eram anteriormente notários públicos²⁰ e os restantes conservadores e auditores dos registos.

Posteriormente, e na sequência da abertura em Outubro de 2004 do primeiro concurso para atribuição de título de notário, a que se seguiu a abertura, em 2006, de concurso restrito para instalação de cartório notarial aos licenciados aprovados naquele primeiro concurso, elevou-se o número de notários privados em exercício de funções, o qual, em Julho de 2007, ascendia já 350²¹.

Encontra-se ainda por atribuir um total de 168 licenças para instalação de cartórios notariais, (entre licenças para instalação para a transformação de cartórios públicos já existentes à data da entrada em vigor do novo regime do notariado e licenças para novos cartórios), sendo de 36 o número de cartórios públicos ainda existentes e de 14 o número de notários públicos em exercício de funções, já que os restantes 22 não têm titular.

Relativamente às 168 licenças de instalação por atribuir, estas não se encontram ainda a concurso, já que se aguarda que os candidatos entretanto aprovados no concurso para atribuição de título de notário aberto em 2006 realizem a fase de estágio. Saliente-se, ainda, que dado o número de candidatos aprovados neste último concurso (82) ser muito inferior ao número de licenças por atribuir, ficarão ainda por preencher um número significativo de vagas

¹⁹ Os dezoito lugares em falta relativamente ao total de 543 cartórios previstos no mapa notarial correspondem a cartórios privativos e a cartórios de competência especializada, os quais, sendo regidos por diploma próprio, nos termos do artigo 127.º do Estatuto do Notariado, não se encontram ainda em processo de privatização.

²⁰ Fonte Ministério da Justiça (Instituto dos Registos e do Notariado - IRN).

²¹ Fonte Ministério da Justiça (IRN).

com a realização daquele que será o terceiro concurso para atribuição de licenças de instalação de cartórios notariais²².

O processo de privatização do notariado regista assim um atraso significativo relativamente ao prazo de dois anos inicialmente previsto, pois que, três anos volvidos sobre a aprovação do Estatuto do Notariado, não se encontra ainda totalmente concluído o processo de transformação dos cartórios notariais públicos em cartórios notários privados e o número de notários privados em exercício de funções é de dois terços do total de notários previsto no mapa notarial.

15. Deve ainda mencionar-se que, no quadro do regime de transição do notariado público para o notariado privado, foi concedido aos notários públicos que tenham optado pela passagem ao regime privado o direito de reingresso na Direcção-Geral dos Registos e do Notariado, direito a exercer no prazo máximo de cinco anos contados da data de início de funções em regime privado²³. Tendo em conta que, nos termos do referido Estatuto, a opção pelo regime privado dos notários públicos se concretizou através da admissão ao primeiro concurso para atribuição de licenças acima mencionado e que as tomadas de posse respeitantes a este concurso terão ficado concluídas em 2006, salvo casos pontuais de prorrogação de prazo²⁴, verifica-se que até 2011 se mantém, pois, em aberto a possibilidade de os actuais notários privados com origem no sector público regressarem a este sector.

(iii) A regulação pelo Estado e a auto-regulação

16. Como se explica no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 27/2004, de 4 de Fevereiro, que cria a Ordem dos Notários e aprova o respectivo Estatuto, “*Na sua condição de oficial, detentor de*

²²Fonte Ministério da Justiça (IRN).

²³É o que resulta da aplicação conjugada do disposto nos n.ºs 4 e 5 do artigo 107.º do Estatuto do Notariado.

²⁴Fonte Ministério da Justiça (IRN).

fé pública, o notário depende do Ministro da Justiça, detendo este poder disciplinar e regulamentar sobre aquele. Torna-se agora necessário instituir uma ordem profissional que, atenta a nova faceta liberal do notário, regule em parceria com o Ministério da Justiça o exercício da actividade notarial, em termos de assegurar o respeito dos princípios deontológicos que devem nortear os profissionais que a ela se dedicam e de garantir a prossecução dos interesses públicos que lhes estão subjacentes, sem prejuízo dos poderes de intervenção que, atendendo à natureza da profissão, por lei estão assegurados ao Ministro da Justiça.”

A previsão da criação desta associação pública, independente dos órgãos do Estado, que colabora com o Estado no acesso²⁵, regulação e fiscalização da actividade notarial exteriorizou a vontade do Estado de dotar esta profissão de uma associação pública da classe – a Ordem dos Notários – e foi acompanhada da intenção de rever o regime jurídico, no prazo de cinco anos, como dispõe o artigo 129.º do Estatuto do Notariado, com o propósito de, mediante avaliação dos resultados apurados, promover a redução do papel regulador do Estado, transferindo gradualmente para a Ordem dos Notários as respectivas competências.

Paralelamente, foi prevista no mesmo diploma a criação de um Fundo de Compensação, com o escopo de assegurar a auto-sustentabilidade e de manter a equidade entre os notários. Como ressalta dos artigos 54.º e seguintes do Estatuto da Ordem dos Notários, aquele destina-se a apoiar os cartórios deficitários, garantindo o exercício da actividade notarial nos municípios com reduzida população ou actividade económica, pela contribuição dos notários fixados em zonas mais ricas e lucrativas, a favor dos notários situados nas zonas mais pobres.

17. Já no campo da sujeição dos notários ao poder disciplinar do Estado, sublinha-se a criação do Conselho do Notariado, previsto nos artigos 52.º e seguintes do Estatuto do Notariado. Trata-se de um órgão que funciona no âmbito do Ministério da Justiça, composto pelo

²⁵ Como atrás se expôs, o exercício da actividade para quem tenha obtido o título de notário depende de inscrição na Ordem dos Notários (artigo 7.º do Estatuto da Ordem dos Notários).

Bastonário da Ordem dos Notários, pelo Director-Geral dos Registos e do Notariado, por um elemento designado pelo Ministério da Justiça, por um notário indicado pela respectiva Ordem e por um jurista de reconhecido mérito cooptado pelos anteriores. Este órgão, além de ser o responsável pela realização dos concursos para a atribuição do título de notário e de licença de instalação de cartório notarial, tem ainda a seu cargo o exercício da acção disciplinar sobre os notários nos termos do Estatuto do Notariado.

C – Desformalização e simplificação: impacto na actividade notarial

18. O desenvolvimento de programas de simplificação legislativa e administrativa tem vindo, desde há alguns anos atrás, a ser assumido como um dos vectores fundamentais das políticas públicas dirigidas à competitividade das economias.

Com efeito, organizações internacionais como o Banco Mundial²⁶ e a OCDE²⁷ têm vindo a sublinhar a importância da adopção de iniciativas que reduzam os encargos para as empresas decorrentes da sua relação com o Estado, tendo por base a avaliação de que tais encargos administrativos, quando desproporcionados relativamente às finalidades que visam prosseguir, oneram injustificadamente a actividade empresarial, já que obrigam as empresas a desviar recursos humanos, técnicos e financeiros da sua actividade principal para os afectar ao cumprimento de formalidades dispensáveis numa óptica de relação custo-benefício.

No contexto atrás descrito, verifica-se também em Portugal, desde 2005, uma forte aposta governamental em iniciativas de simplificação legislativa e administrativa, tendo estas sido

²⁶ As actividades desenvolvidas pelo Banco Mundial neste domínio podem ser consultadas em www.doingbusiness.org/.

²⁷ Os vários estudos da OCDE a este propósito estão disponíveis em www.oecd.org/ (*topic – Economy - Economics and Growth*).

assumidas como um dos vectores prioritários das políticas públicas para a modernização administrativa.

Deste modo, têm vindo a ser adoptadas pela generalidade dos Ministérios, no âmbito de programas anuais de simplificação administrativa e legislativa um conjunto de medidas simplificadoras que visam, seja na vertente relação Estado-cidadão, seja na vertente relação Estado-empresas, promover um ambiente regulatório indutor de ganhos de eficiência quer para as empresas quer para a Administração Pública.

19. No que respeita ao Ministério da Justiça, o processo de desmaterialização, eliminação e simplificação de actos e processos foi encetado em 2005 com a aprovação do Decreto-Lei n.º 111/2005, de 8 de Julho, que criou o regime simplificado de constituição de empresas, e conheceu novos desenvolvimentos em 2006 com a publicação do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março.

Tais alterações legislativas, embora sem alterar o quadro regulatório da actividade notarial, vieram introduzir modificações significativas às condições materiais de exercício da função notarial. Com efeito, e consoante os casos, por força de tais alterações, actos que anteriormente exigiam intervenção notarial foram suprimidos ou essa intervenção foi tornada facultativa ou ainda passível de ser desempenhada por outras entidades, designadamente outros profissionais liberais.

Acresce que este processo de desformalização e simplificação de actos e processos se estendeu já em 2007 a outros domínios importantes da actividade notarial, como sejam os actos jurídicos relacionados com a herança, o casamento (convenções antenupciais) e a transacção de imóveis.

Isto é, está em curso alteração substancial das condições de exercício da actividade notarial, seja pela diversificação da oferta de serviços prestados até aqui pelos notários em regime de

exclusividade, seja também pela potencial regressão da procura dos serviços prestados por estes profissionais ditada pela eliminação da exigência de celebração de escritura pública num número crescente de actos jurídicos.

Deste modo, pelas suas inegáveis repercussões na prestação de serviços notariais e, consequentemente, na avaliação que na terceira parte desta Recomendação se fará da situação deste sector do ponto de vista concorrencial, analisa-se, de seguida, o conteúdo das medidas de desformalização e simplificação dos actos notariais que têm vindo a ser levadas a cabo pelo Ministério da Justiça.

1. A criação em 2005 do regime especial de constituição de empresas (“Empresa na Hora”)

20. O Decreto-Lei n.º 111/2005, de 8 de Julho, veio dar o primeiro passo no sentido da simplificação e desformalização dos actos societários, ao criar um regime especial de criação de empresas que veio permitir a constituição de sociedades anónimas e por quotas através da deslocação a um único balcão – Conservatória do Registo Comercial ou respectiva extensão em Centros de Formalidades de Empresas. Para o efeito, entre outras formalidades anteriormente exigidas, foi eliminada a exigência de escritura pública, passando o controlo da legalidade do pacto social a ser garantido pela disponibilização aos interessados de modelos de pacto social pré aprovados pela Direcção-Geral dos Registos e do Notariado.

Inicialmente apenas disponível em seis postos de atendimento, este serviço veio ao longo dos anos subsequentes a ser progressivamente disponibilizado em todo o território nacional, sendo já superior a 33.000 o número de empresas constituídas ao abrigo deste novo regime em finais de Agosto de 2007²⁸.

²⁸ Fonte Ministério da Justiça.

2. A adopção em 2006 de um extenso conjunto de medidas de desformalização e simplificação de actos notariais

21. Em 2006, o Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, veio aprofundar a tendência iniciada em 2005, com a aprovação de um vasto conjunto de medidas de simplificação e desformalização na área dos registo e do notariado.

De entre as referidas medidas importa destacar em especial as que se reflectem directamente na actividade notarial, a saber:

i) A eliminação do duplo controlo de legalidade

22. Um dos pontos-chave do Decreto-Lei n.º 76-A/2006 foi a eliminação do duplo controlo da legalidade efectuado pelo notário e pelo conservador do registo comercial relativamente a um conjunto muito significativo de actos jurídicos.

Com efeito, de acordo com o novo modelo adoptado, a obrigatoriedade de intervenção notarial corporizada na exigência de escritura pública foi eliminada, passando o único controlo obrigatório a ser feito na conservatória do registo comercial.

Assim, no que respeita às sociedades comerciais, a escritura pública tornou-se facultativa para todos os actos com estas relacionados, com excepção dos casos que envolvam a transmissão de bens para a qual é legalmente exigida forma solene.

Foram, pois, e designadamente, dispensados de formalização através de escritura pública, através da introdução das correspondentes alterações no Código das Sociedades Comerciais, os seguintes actos societários:

- A constituição da sociedade;

- Alterações ao contrato de sociedade, tais como a alteração da sede ou objecto social e aumento de capital social;
- A divisão e cessão de participações sociais;
- A fusão ou cisão de sociedades;
- A dissolução da sociedade.

Por outro lado, a eliminação do duplo controlo de legalidade foi também estendida pelo diploma em causa a actos jurídicos fora do âmbito das sociedades comerciais, sendo consequentemente também, e designadamente, dispensados de escritura pública:

- Os actos de constituição de agrupamentos complementares de empresas;
- Os actos de constituição de estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada e respectivas alterações;
- Os actos de constituição de cooperativas, designadamente as cooperativas de 1.º grau referidas no Código Cooperativo, e respectivas alterações, bem como a fusão e cisão de cooperativas;
- Os actos de constituição de associações e de fundações, bem como os respectivos estatutos e suas alterações.

Em consequência, e tendo com referência o número de escrituras respeitantes aos actos jurídicos em causa realizados anualmente, cerca de 65.000 escrituras/ano ter-se-ão, por via deste diploma, tornado facultativas²⁹.

²⁹ Fonte Ministério da Justiça – “Dois anos com resultados para as empresas” – apresentação pública realizada em Fevereiro de 2007. Também em 2006, através do Decreto-Lei n.º 125/2006, de 29 de Junho, foi criado um regime especial de constituição *online* de sociedades, o qual veio permitir a constituição de sociedades comerciais e civis sob forma comercial do tipo por quotas e anónima através de sítio na Internet, excepto em algumas situações.

ii) A extensão a outras entidades das competências dos notários em matéria de reconhecimentos de assinaturas, de autenticação e tradução de documentos e de extracção e certificação de fotocópias

23. Esta medida surge no seguimento de anteriores iniciativas legislativas, constantes do Decreto-Lei n.º 28/2000 de 13 de Março, e do Decreto-Lei n.º 237/2001, de 30 de Agosto.

Com efeito, aquele primeiro diploma havia já retirado aos cartórios notariais o exclusivo da certificação da conformidade de fotocópias com os documentos originais, passando esta competência a ser também atribuída às juntas de freguesia, aos CTT-Correios de Portugal, S.A, às câmaras de comércio e indústria, aos advogados e aos solicitadores.

Um ano depois, o Decreto-Lei n.º 237/2001, de 30 de Agosto, viria, por seu turno, a conferir competência às câmaras de comércio e indústria, aos advogados e aos solicitadores, competência para efectuarem reconhecimentos, com menções especiais, por semelhança, bem como para certificarem, ou fazerem e certificarem, traduções de documentos.

O artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006 veio, porém, em matéria de reconhecimentos, não só estender as competências das entidades acima referidas aos reconhecimentos presenciais como adicionar os conservadores e os oficiais de registo ao leque de entidades com competências neste domínio.

Por outro lado, o novo diploma veio atribuir competências para a autenticação de documentos particulares a todas as entidades a quem confere competência para efectuar reconhecimentos. Ainda, em linha com as alterações introduzidas no que respeita aos reconhecimentos e à autenticação de documentos, alargou a competência para certificar, ou fazer e certificar, traduções de documentos aos conservadores e oficiais de registo³⁰.

³⁰ Até Janeiro de 2007 terão sido já realizados em Conservatórias 12.162 autenticações e reconhecimentos presenciais (fonte Ministério da Justiça, cit. nota 32)

Finalmente, e mais recentemente, o Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de Janeiro, através de uma alteração ao referido artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, veio de novo alargar o âmbito de competências das entidades acima referidas, já que estas passaram também a poder certificar a conformidade das fotocópias com os documentos originais e tirar fotocópias dos documentos que lhe sejam entregues para certificação.

3. O aprofundamento em 2007 das medidas de desformalização e simplificação dos actos notariais

24. Por último, importa ainda mencionar que o Programa de Simplificação Administrativa e Legislativa para o ano em curso (Simplex 2007) integrou, no que respeita ao Ministério da Justiça, um conjunto de iniciativas que dão continuidade ao processo de desformalização e simplificação em curso, várias das quais de significativo impacto na actividade notarial.

Tais iniciativas foram já concretizadas por via legislativa, através do Decreto-Lei n.º 263-A/2007, de 23 de Julho e do Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de Setembro.

Assim, aquele primeiro diploma veio criar o procedimento especial de transmissão, oneração e registo imediato de prédio urbano em atendimento presencial único, o qual permite realizar todas as formalidades inerentes ao processo de transmissão de prédio urbano, incluindo a celebração do respectivo contrato, nas conservatórias de registo predial, dispensando-se, consequentemente, a intervenção notarial.³¹

³¹ Este diploma prevê a existência de um período experimental, durante o qual este serviço é disponibilizado num número limitado de Conservatórias. A duração desse período tem como data limite 31 de Dezembro de 2007, de acordo com a Portaria 794-A/2007, de 23 de Julho que regulamenta o diploma em causa, sendo de sete o número total de conservatórias inicialmente previsto na mesma Portaria para a disponibilização deste serviço a título experimental.

Por seu turno, o Decreto-Lei n.º 324/2007 veio também contemplar duas medidas de inegável impacto na actividade notarial. São elas:

- A criação nas conservatórias do registo civil de um único balcão de atendimento para os actos e formalidades relacionados com a sucessão hereditária, junto dos quais se passa a poder realizar todos os actos e operações com esta relacionados e, entre estes, designadamente, a habilitação de herdeiros e a partilha dos bens imóveis, móveis ou participações sociais sujeita a registo, tornando-se assim facultativa a escritura pública para os actos em causa.
- A simplificação das formalidades para a escolha de regimes de bens do casamento, permitindo-se doravante que também a escolha de regimes de bens atípicos através da celebração de convenção antenupcial possa ser efectuada nas conservatórias do registo civil, tornando-se assim também, neste caso, facultativo o recurso a escritura pública.

PARTE III – AVALIAÇÃO CONCORRENCEIAL DO REGIME JURÍDICO DO NOTARIADO

25. A reforma do notariado português ocorrida em 2004 consubstanciou um projecto que, como se demonstrou, deslocou a actividade notarial de um quadro público de funcionamento para um quadro privado, sem por isso deixar de lhe associar um extenso quadro regulatório, seja em termos de acesso seja em termos de exercício da profissão de notário.

Assim, neste ponto, apresentam-se algumas das principais categorias de normas atinentes ao acesso e ao exercício da profissão liberal de notário e procede-se à sua análise crítica numa perspectiva concorrencial. A opção feita reconduz-se aos tipos de regras limitativas da concorrência das profissões liberais analisadas, até hoje, pela Comissão Europeia: a) barreiras à entrada e direitos reservados; b) publicidade; c) preços; d) regras relativas à estrutura das empresas e às práticas multidisciplinares.

A análise efectuada e as alterações recomendadas, relativamente a cada uma das medidas legais restritivas do acesso e exercício da profissão liberal de notário, a qual integra uma missão de interesse público, serão equacionadas através da mediação do princípio da proporcionalidade na sua tríplice vertente:

- a) As medidas restritivas da concorrência devem ser adequadas à prossecução das funções de oficial público do notário (critério da adequação);

- b) As medidas restritivas da concorrência devem ser necessárias para garantir o cabal exercício da profissão de notário, de modo a permitir descortinar se os efeitos restritivos da concorrência são inerentes aos objectivos traçados, inexistindo alternativas menos lesivas da concorrência (critério da necessidade);
- c) As medidas adoptadas poderão ter efeitos restritivos na concorrência desde que não ultrapassem o que é indispensável para garantir o bom exercício da profissão de notário (critério da proporcionalidade, *stricto sensu*).

A – As condições para a aquisição do título de notário

1. Natureza restritiva da concorrência

26. O acesso à função notarial está dependente, de acordo com o estipulado no Estatuto do Notariado, do cumprimento dos seguintes requisitos:

- Não estar inibido do exercício de funções públicas ou interdito do exercício de funções notariais (artigo 25.º/a do Estatuto);
- Ter licenciatura em Direito reconhecida por legislação nacional (artigo 25.º/a do Estatuto);
- Ter concluído o estágio notarial, de 18 meses, com aproveitamento e sob a orientação de um notário (artigos 25.º/c e 26.º a 30.º do Estatuto);
- Ter sido aprovado no concurso realizado pelo Conselho do Notariado para obtenção do título de notário (artigos 25.º/d e 31.º a 33.º do Estatuto);
- Encontrar-se inscrito na Ordem dos Notários (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º27/2004, de 4 de Fevereiro).

2. *Ratio e análise da justificação da restrição*

27. Atendendo às características da profissão de notário, como receptor e intérprete da vontade das partes, redactor dos actos e contratos que deva lavrar e portador de fé pública dos factos e declarações que ocorram na sua presença, é naturalmente exigível que, para o exercício da função notarial, se exija a conclusão de estudos universitários de Direito.

Ademais, o exercício da actividade notarial exige formação profissional e profundo conhecimento do direito e da vida económico-social, razão pela qual se afigura necessária e até indispensável a frequência de um estágio e a realização de provas públicas para a obtenção do título de notário.

Finalmente, quanto à inscrição obrigatória na Ordem dos Notários, o legislador justifica-a com a necessidade de assegurar o respeito por princípios deontológicos desta nova classe profissional, liberal e independente³².

Nas profissões liberais, a deontologia profissional está, em regra, vertida em códigos de ética e de conduta, os quais servem de instrumentos de garantia dos deveres dos profissionais e de censura das respectivas infracções.

Atendendo à assimetria de informação patente nas relações entre os profissionais liberais e os seus clientes, os quais não estão em condições de apreciar a necessidade e a qualidade dos serviços recebidos, as profissões liberais foram, tradicionalmente, caracterizadas por fortes exigências deontológicas, as quais dizem respeito não apenas às suas relações com os clientes mas também às relações entre colegas da mesma profissão e com a colectividade em geral.

³² Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 27/2004, de 4 de Fevereiro.

Assim, é justificado e não desproporcional que os notários fiquem sujeitos, através da inscrição obrigatória na Ordem dos Notários, à autodisciplina profissional enquanto instrumento para garantir o bom nome e a reputação dos seus membros, e à inerente punição por aquela Ordem das infracções a regras éticas e de conduta.

B – O princípio do *numerus clausus*

1. Natureza restritiva da concorrência

28. O princípio do *numerus clausus* está contemplado no artigo 6.º do Estatuto do Notariado, no qual se determina que o número de notários e a área de localização dos respectivos cartórios é a constante do mapa anexo ao referido diploma

O mapa notarial em causa fixa o número de notários existente em cada município e prevê um total nacional de 543 notários, dos quais 101 se fixarão no distrito de Lisboa e 64 no distrito do Porto.

O n.º 3 do referido artigo 6.º prevê a possibilidade daquele mapa ser revisto de cinco em cinco anos. Não obstante, a todo o tempo, ouvida que seja a Ordem dos Notários, pode ser aumentado ou reduzido o número de notários, em caso de “*alteração substancial da necessidade dos utentes*”.

A distribuição actual de notários por município constante do mapa notarial, resultou de um estudo prévio onde foram equacionados critérios relativos “à população residente, o emprego,

empresas sedeadas, o número total de actos, o número de escrituras, o valor dos actos transaccionados, o número de prédios transmitidos, etc.³³.

Acresce que, por exigência do artigo 7.º do Estatuto, os notários têm a sua competência delimitada em função do território, apenas podendo praticar actos dentro da área do município onde têm o respectivo cartório notarial, embora possam praticar actos que lhes sejam solicitados respeitantes a pessoas ou bens situados fora da área do município.

2. Ratio da restrição

29. O princípio do *numerus clausus* e o da delimitação territorial foram considerados princípios fundamentais da reforma do notariado.

Os fundamentos avançados pelo legislador decorrem explicitamente do preâmbulo do Estatuto do Notariado: “*Foram razões de certeza e segurança jurídicas que a função notarial prossegue que levou a optar-se por tal solução. Com efeito, no novo sistema, a par dos restantes países membros do notariado latino, o notário exercerá a sua função no quadro de uma profissão liberal, mas são-lhe atribuídas prerrogativas que o farão participar da autoridade pública, devendo, por isso, o Estado controlar o exercício da actividade notarial, a fim de garantir a realização dos valores servidos pela fé pública, que ficariam necessariamente afectados caso se consagrasse um sistema de livre acesso à função. Por outro lado, só por esta via se assegura a implantação em todo o território nacional de serviços notariais, ao determinar o número de notários existentes e respectiva localização e delimitação territorial da competência, assegurando em contrapartida uma remuneração mínima aos notários que, pela sua localização, não produzam rendimentos suficientes para*

³³ Cfr. PEDRO NUNES RODRIGUES, Direito Notarial e Direito Registal – O novo regime jurídico do notariado privado, Almedina, p. 397. E continua: “*Numa primeira análise o estudo fixou-se na área do Distrito, a fim de se obter informação necessária para poderem ser captados os actos transfronteiriços. Transpondo o estudo para o município, com algum rigor conseguiu-se apurar o número de notários necessários por concelho, em satisfação dos interesses dos cidadãos e das empresas.*”

suportarem os encargos do cartório, comparticipações essas realizadas através do fundo de compensação inserido no âmbito da Ordem dos Notários.”

Partiu-se assim do pressuposto que o livre acesso a esta profissão não garantiria os valores da certeza e segurança jurídicas inerentes à fé pública, e comprometeria também o estabelecimento de serviços notariais em todo o território nacional, negando-se por essa via o direito de acesso universal a um serviço de reconhecido interesse público.

3. Análise da justificação da restrição

30. As limitações quantitativas à entrada na profissão de notário afectam negativamente a concorrência. Com efeito, a regra do *numerus clausus* reduz potencialmente a oferta de serviços notariais e constitui, como tal, um incentivo aos notários para manterem os padrões actuais de qualidade, preços altos e menos inovação. Devem, então, ser apreciadas e ponderadas as justificações para estas restrições à concorrência.

No que respeita ao argumento que associa a restrição em causa à necessidade de defesa dos valores servidos pela fé pública, deve começar por assinalar-se que este tem por base o postulado de que, em caso de concorrência, o notário seria levado a declinar o cumprimento das respectivas obrigações legais e profissionais em prol da realização de mais actos notariais e de um aumento da sua remuneração.

Tal argumento é, no entanto, prejudicado pelo facto de tanto no Estatuto do Notariado como no Estatuto da Ordem dos Notários estarem consagradas regras disciplinares que acautelam tais valores de forma adequada.

Entre essas regras, e no que respeita ao Estatuto do Notariado, destaca-se o conjunto de princípios da actividade notarial consagrados nos artigos 11.º a 15.º; os deveres enumerados

no artigo 23.º; a sujeição à fiscalização do Ministro da Justiça (artigos 57.º e 58.º) e a sujeição ao poder disciplinar do Ministro da Justiça e da Ordem dos Notários (artigos 60.º e seguintes).

Quanto ao Estatuto da Ordem dos Notários, nele estão igualmente consagradas regras referentes à deontologia profissional dos seus membros (artigos 35.º e seguintes) e sobre disciplina (artigos 41.º e seguintes).

31. Observe-se, por outro lado, que face ao processo em curso de desformalização e simplificação dos actos do comércio jurídico, perde justificação a apologia da garantia de uma hetero-regulação forte em nome da função pública exercida pelos notários, uma vez que se desenvolve actualmente uma lógica de diminuição de actos reservados a estes profissionais, como efeito de abandono do princípio do duplo controlo da legalidade, e se abre a possibilidade de outros profissionais liberais (advogados e solicitadores) praticarem, em concorrência com os notários, actos da mesma natureza e sem estarem sujeitos ao mesmos limites ao acesso e exercício das respectivas profissões.

Também não despicienda é a constatação de que a garantia dada pelo *numerus clausus*, ao não acrescentar mais formação, nem maior responsabilização profissional ou ética ao notário é, somente, uma garantia de alocação dos recursos e não uma garantia da sua qualidade. Como se expôs, esta garantia passa pela adopção de condições qualitativas de acesso e pela fiscalização efectiva do exercício da actividade notarial pelas entidades públicas competentes e pela respectiva ordem profissional.

Face ao previamente explanado, afigura-se pois que o argumento que associa o *numerus clausus* à necessidade de preservar os valores da certeza e segurança jurídicas não satisfaz, por si, os critérios de necessidade e proporcionalidade por que se deve pautar a avaliação das restrições à concorrência fundadas em razões de interesse público.

32. Já no que respeita ao argumento que associa o *numerus clausus* à necessidade de assegurar o estabelecimento de serviços notariais em todo o território nacional, entende esta Autoridade que tal objectivo é susceptível de ser assegurado através da adopção de instrumentos de menor impacto para a concorrência no sector de actividade em causa.

A este propósito, deve começar por assinalar-se que o *numerus clausus* é uma restrição claramente desproporcionada e injustificada quando aplicada aos municípios com mais densidade populacional e maior rendimento de pessoas singulares e colectivas. Com efeito, face à multiplicidade de cartórios existentes na mesma circunscrição territorial, como é o caso dos grandes centros urbanos, a criação de condições de concorrência entre os notários irá induzir ao equilíbrio no mercado, uma vez que o poder de cada cartório notarial será limitado pelo mecanismo da oferta e procura, tendo estes profissionais de adoptar as suas decisões de uma forma autónoma em relação a todos os outros, enfrentando a evolução tecnológica e as preferências dos consumidores, acerca da qualidade, celeridade, modernização e atendimento na prestação dos serviços notariais. Serão, assim, obrigados a reduzir custos e procurar satisfazer os consumidores com a melhor qualidade e especialização dos serviços que prestam.

Por outro lado, mesmo no que respeita a municípios menos desenvolvidos, a manutenção da regra do *numerus clausus* afigura-se claramente desproporcional relativamente aos objectivos que pretende atingir.

De facto, não pode deixar de ser salientado que, quer por força da progressiva redução da intervenção obrigatória dos notários quer, embora em menor medida, por via da inovação tecnológica,³⁴ a necessidade de corrigir falhas de oferta de serviços notariais em municípios economicamente mais débeis e de menor população tenderá a diminuir de forma significativa.

³⁴ De facto, no futuro poderá ser cada vez menos necessária a deslocação a um cartório notarial para usufruir dos serviços que áí são prestados. A crescente “informatização” a que se tem assistido na área do direito tem implicado a desburocratização do próprio sistema através da progressiva substituição do suporte papel pelo suporte digital. De todo o modo, admite-se que nas zonas mais deprimidas a possibilidade de os actos notariais serem praticados de forma desmaterializada poderá não ser decisiva na avaliação das necessidades dos utentes,

Por outro lado, para atender a uma tal necessidade existem alternativas pró-competitivas e que se consubstanciam na adopção das medidas, adiante preconizadas nesta Recomendação, de eliminação da proibição dos notários exercerem a sua actividade fora da respectiva circunscrição territorial³⁵ e de deterem mais de um cartório notarial³⁶. Com efeito, afigura-se constituírem tais medidas um instrumento adequado a colmatar eventuais falhas de mercado, já que daí decorrerão economias de escala para a actividade notarial susceptíveis de eliminar o carácter potencialmente deficitário dos actos notariais praticados em municípios menos desenvolvidos e, consequentemente, o risco de ausência de oferta de serviços notariais nestes municípios³⁷.

Finalmente, saliente-se que, caso a análise da evolução da oferta de serviços notariais face às reais necessidades dos utentes vier a revelar que, não obstante a adopção das medidas preconizadas nesta Recomendação, persiste a necessidade de colmatar eventuais falhas de mercado em municípios economicamente mais débeis, poderá, nesses casos, recorrer-se ao lançamento de concurso para a prestação de serviços notariais em regime de serviço público, assumindo o Estado³⁸ o pagamento das indemnizações compensatórias que sejam devidas por tal prestação³⁹.

tendo em conta que os níveis de info-inclusão nestas zonas tendem a ser menores que nas áreas geográficas economicamente mais favorecidas.

³⁵ Vide infra § 35.

³⁶ Vide infra § 54.

³⁷ Saliente-se, aliás, que o sistema de *numerus clausus* actualmente instituído não permite resolver o problema de escassez de oferta nos municípios economicamente mais débeis. Com efeito, como se pode verificar pela localização territorial das licenças por atribuir (cfr. anexo à presente Recomendação), estas situam-se sobretudo no interior de Portugal Continental e nas Regiões Autónomas, existindo o risco que tal situação se perpetue pelo facto de tais localizações não se revelarem de per se, atentas as actuais restrições ao exercício da actividade notarial, economicamente atractivas para o desempenho desta actividade.

³⁸ Com efeito, o mecanismo de financiamento das indemnizações compensatórias não deverá assentar nas contribuições financeiras de outros profissionais do notariado, como acontece actualmente por via do legalmente designado Fundo de Compensação. Sobre o efeito restritivo deste Fundo, vide as considerações tecidas *infra* § 50.

³⁹ Deve a este propósito, de todo o modo salientar-se, que tal tipo de indemnizações deverão ser fixadas em termos compatíveis com o direito comunitário da concorrência e, preferencialmente, de modo a excluir a sua qualificação como auxílios de Estado na acepção do n.º 1 do artigo 87.º do Tratado CE. Deve a este propósito ter-se em especial consideração a jurisprudência Altmark (Acórdão TJC Altmark Trans GmbH e

Em conclusão, considera assim esta Autoridade que o princípio do *numerus clausus* deve ser eliminado, pois constitui uma forte barreira à entrada de novos profissionais, sendo também uma situação de condicionamento à entrada ímpar noutras profissões liberais⁴⁰, designadamente noutras profissões jurídicas, como os advogados e solicitadores.

C – O licenciamento dos cartórios notariais e o princípio da delimitação territorial

1. Natureza restritiva da concorrência

33. Como se mencionou anteriormente, para o exercício da actividade notarial não basta a obtenção do título de notário, previsto no artigo 33.º do Estatuto do Notariado. Impõe-se, adicionalmente, que, através de concurso aberto para o efeito, o notário obtenha a licença de instalação de cartório notarial, de acordo com o artigo 34.º do referido Estatuto. Atribuída a licença, o notário fica obrigado a exercer a actividade na área correspondente ao município em que se insere, pelo período mínimo de dois anos, tal como decorre do n.º 3 do artigo 35.º do Estatuto.

Regierungspraeidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, de 24 de Julho de 2003, processo C-280/00, e acordão TJC, de 27 de Novembro de 2003, *Enirisorse SpA, Ministero delle Finanze*, processos apensos C-34/01 a C-38/01, da qual resulta que as compensações de serviço público não constituem auxílios de Estado, caso estejam preenchidas as seguintes condições: i) As obrigações de serviço público devem estar claramente definidas; ii) Os critérios que servem de base de cálculo à compensação devem estar previamente definidos de forma objectiva e transparente, a fim de evitar que a empresa beneficiária obtenha uma vantagem económica susceptível de a favorecer relativamente aos demais concorrentes; iii) A compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável; iv) Quando a empresa beneficiária da compensação não tenha sido seleccionada no âmbito de um concurso público que tenha permitido seleccionar o candidato capaz de fornecer esses serviços ao menor custo para a colectividade, o nível de compensação deverá ter por base os custos em que uma empresa média, bem gerida, teria suportado para cumprir as obrigações de serviço público, tendo em conta as respectivas receitas e a obtenção de um lucro razoável na execução dessas obrigações.

⁴⁰ Salvo na profissão de farmacêutico, embora a actividade das farmácias ter sido já alvo de uma Recomendação desta Autoridade, com vista à promoção da concorrência no sector.

Por outro lado, por força do disposto no artigo 7.º do mesmo Estatuto, o notário fica impedido de praticar actos notariais fora do município onde está instalado o respectivo cartório, sendo admitidas, porém, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito, as prestações de serviços de carácter passivo, isto é, os casos em que é o utente que se desloca a um município, que não é o seu, para obter serviços de um notário instalado nesse município.

Estas regras, para além de concretizarem uma repartição geográfica do mercado de prestação de serviços de notariado, limitam a competência territorial do notário, que fica pois obrigado a exercer a sua actividade apenas numa área geográfica limitada.

2. *Ratio da restrição*

34. A obrigatoriedade de licenciamento dos cartórios notariais e a delimitação da competência territorial dos notários surgem associadas à consagração legal de um princípio do *numerus clausus* de base territorial.

Em consequência, a justificação de tais restrições assenta no facto do notário exercer prerrogativas de autoridade pública pertencendo, por isso, ao Estado o controlo do exercício da profissão, visando garantir a realização dos valores servidos pela fé pública, o que apenas pode ser alcançado através de um sistema de restrição de acesso à função notarial.

3. Análise da justificação da restrição

35. As regras relativas ao licenciamento de cartórios notariais, consubstanciadas numa imposição legal de localização daqueles estabelecimentos, são uma forma injustificada de

condicionar o acesso à profissão em causa, designadamente, por limitarem a oferta de serviços notariais.

Embora se reconheça a necessidade da manutenção de alguma regulação na actividade notarial, esta deve ser limitada ao mínimo indispensável para o seu correcto exercício e deverá permitir a consolidação do tecido empresarial emergente e não prejudicar a desejável e necessária obtenção de economias de escala, criando melhores condições de competição e permitindo uma regulação mais eficaz. O licenciamento do cartório notarial não interfere na garantia da viabilidade económica (critério da continuidade) do cartório notarial se o cálculo tiver sido feito correctamente com base no mercado previsível.

Acresce que, como já se referiu, o licenciamento dos cartórios notariais decorre, á luz do quadro legal em vigor, da necessidade de proceder à distribuição geográfica dos notários em função da regra de *numerus clausus* de base territorial legalmente instituída, pelo que, a ser eliminada esta regra, tal como já proposto nesta Recomendação, deixa de fazer sentido a manutenção de obrigatoriedade de tal licenciamento.

Quanto à regra de competência territorial que impede hoje os notários de praticarem actos notariais fora do município onde se encontra sediado o respectivo cartório, esta deve ser igualmente eliminada. Com efeito, e por um lado, no quadro do regime em vigor para a actividade notarial, tal norma resulta também do modelo de *numerus clausus* de base territorial ali instituído, pelo que, com a supressão de tal modelo, deixará naturalmente de se justificar a manutenção de uma tal regra.

Por outro lado, ainda que a existência de uma regra de competência territorial fosse concebível fora do contexto do princípio do *numerus clausus* actualmente em vigor, a verdade é que ela limitaria sem qualquer justificação a concorrência entre notários, para além de os colocar em desvantagem relativamente a outros profissionais legalmente habilitados a praticar

actos integrados no âmbito da sua competência, já que nenhuma outra profissão jurídica conhece restrições territoriais ao exercício da sua actividade.

D – As restrições à publicidade

1. Natureza restritiva da concorrência

36. O n.º 2 do artigo 16.º do Estatuto do Notariado proíbe o notário de “...publicitar a sua actividade, recorrendo a qualquer forma de comunicação com o objectivo de promover a solicitação de clientela”, encontrando-se também a não solicitação ou angariação de clientes, por si ou por interposta pessoa, expressamente consagrada entre os deveres do notário, á luz do disposto na alínea l) do n.º1 do artigo 23.º do mesmo Estatuto⁴¹.

Nos termos do n.º 3 do artigo 16.º do Estatuto do Notariado não é, contudo, considerada como forma de publicidade a afixação de placas, o uso de cartões e papel de carta e a divulgação electrónica com referência ao nome, currículo, título académico, endereço e horário do cartório.

2. Ratio da restrição

37. A publicidade constitui um factor de desenvolvimento do processo de concorrência por via das vantagens que proporciona aos consumidores na maioria dos sectores da economia, já que permite a estes adoptar decisões de aquisição mais bem informadas em matéria de preços e

⁴¹ Também o artigo 39.º do Estatuto da Ordem dos Notários, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 27/2004, de 4 de Fevereiro, em sede de deontologia profissional, veda ao notário o recurso à publicidade para promover a solicitação de clientela.

outras características dos produtos ou serviços em causa. De facto, a publicidade é um instrumento por excelência da concorrência, já que, por via da melhoria da qualidade da informação que ela proporciona aos consumidores, se incentiva os fornecedores de bens e os prestadores de serviços à eficiência e à inovação tendo em vista a satisfação das necessidades dos seus clientes.

Para as restrições à publicidade contempladas nos quadros regulatórios de várias profissões liberais são normalmente invocadas razões que se prendem com a assimetria de informação existente entre o prestador de serviço e o respectivo cliente. De facto, sustenta-se que dada a elevada tecnicidade dos serviços em causa, o consumidor terá dificuldade em avaliar as informações acerca dos serviços que são objecto de publicidade, podendo assim ser facilmente alvo de práticas de publicidade enganosa.

No contexto acabado de descrever, parecem pois inserir-se as restrições à publicidade previstas entre nós para actividade notarial.

3. Análise da justificação da restrição

38. Afigura-se inegável que a ausência de verdadeira publicidade informativa dificulta a procura de um bom serviço, em termos de preço e qualidade. Entre outros, tal restrição pode potenciar práticas colusivas em matéria de preços ou, pelo menos, a possibilidade de alguns membros da profissão cobrarem os seus serviços a preços elevados, sem que tal seja percepcionado pelos clientes, além de desincentivar a diferenciação de serviços entre notários pela qualidade dos mesmos.

Na verdade, como salienta o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, no seu Acórdão de 28 de Março de 2001, “...a publicidade é um elemento importante da situação concorrencial num determinado mercado, porque permite apreender melhor os

méritos de cada um dos operadores, a qualidade das suas prestações e os seus custos.” E, referindo-se em concreto à publicidade comparativa, acrescenta que a “...proibição pura e simples daquela publicidade limita as possibilidades dos membros da profissão mais eficazes desenvolverem os seus serviços...”, o que tem como efeito, “ ...designadamente, uma cristalização da clientela de cada membro da profissão reconhecido no interior do mercado nacional”⁴².

Por outro lado, observe-se que o argumento favorável à restrição da publicidade em certas profissões liberais baseado no risco agravado de publicidade enganosa se encontra hoje atenuado. Em Portugal existem, à semelhança dos demais países da União Europeia, regras gerais que proíbem a publicidade falsa e enganosa e que atente contra os direitos do consumidor⁴³.

Finalmente, saliente-se que, no quadro da recente alteração legislativa ao Estatuto da Ordem dos Advogados, passou a ser permitido a estes profissionais fazer uso da publicidade, pelo que dificilmente se entende a sua interdição aos notários, tanto mais que, como já se observou, aqueles profissionais disputam hoje aos notários a prestação de um número crescente de serviços jurídicos.

De facto, o Estatuto da Ordem dos Advogados aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, comprehende um regime de publicidade concernente ao exercício da profissão, consubstanciando uma das mais significativas modificações introduzidas ao quadro legal anterior. Segundo o n.º 1 do artigo 89.º “*O advogado pode divulgar a sua actividade profissional de forma objectiva, verdadeira e digna, no rigoroso respeito dos deveres*

⁴² Acórdão *Instituto dos mandatários reconhecidos junto do Instituto Europeu de Patentes c/ Comissão*, Proc. T-144/99.

⁴³ O Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º330/90, de 23 de Outubro, prevê no respectivo artigo 11.º, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 275/98, de 9 de Setembro, a proibição de publicidade enganosa. Também a Directiva 97/55/CE do Parlamento e do Conselho, de 6 de Outubro versa sobre a aproximação de disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em sede de publicidade enganosa.

deontológicos, do segredo profissional e das normas legais sobre publicidade e concorrência.”⁴⁴

Face às observações que antecedem, entende pois a Autoridade da Concorrência que a interdição da publicidade aos notários, nos termos em que se encontra actualmente prescrita, não é objectivamente necessária para garantir a dignidade e deontologia da profissão de notário e, como tal, não deverá persistir.

Admite-se, todavia, que a especificidade da profissão de notário exija que a regulação da publicidade neste sector de actividade se não faça por mera remissão para a lei geral. Para o efeito, poderia ser previsto um regime específico para a publicidade que contribuísse para uma imagem de dignidade, honorabilidade e independência do notário e salvaguardasse o princípio da livre escolha do notário por parte do cliente. O modelo pelo qual o legislador optou para permitir, em termos mais abrangentes, a publicidade na advocacia poderia servir de orientador na introdução de regras permissivas da publicidade no exercício da profissão de notário capazes de acautelar os valores anteriormente citados.

⁴⁴ Esta nova regra vem na linha daquilo que já vinha sendo a prática em alguns países da União Europeia como o Reino Unido e a Espanha. O legislador, na disposição supra mencionada, deu exemplos de informação objectiva, nomeadamente, a identificação pessoal, académica e curricular do advogado ou da sociedade de advogados; a morada do escritório ou a referência à especialização, quando previamente reconhecida pela Ordem dos Advogados. Como actos ilícitos de publicidade prevê-se, designadamente, no n.º 3 do artigo 89.º, a menção à área preferencial de actividade e a utilização de cartões onde se possa colocar informação objectiva ou a promoção ou a intervenção em conferências ou colóquios, bem como a publicação de brochuras ou de escritos sobre temas jurídicos podendo assinar com a indicação da sua condição de advogado. Como actos ilícitos, consagra-se no n.º 4 do referido artigo, a colocação de conteúdos persuasivos, de auto-engrandecimento e de comparação da actividade qualitativa do escritório e, ainda, o uso de publicidade directa não solicitada.

E – As restrições à livre fixação de preços pelos notários

1. Natureza restritiva da concorrência

39. O artigo 17.º do Estatuto do Notariado, anteriormente mencionado, dispõe acerca da retribuição do notário privado pela prática de actos notariais, remetendo para uma tabela aprovada por portaria do Ministério da Justiça.

Essa tabela de honorários e encargos notariais foi, posteriormente, aprovada pela Portaria n.º 385/2004 de 16 de Abril. Como o legislador explica, no preâmbulo do diploma, “*houve a preocupação de obedecer a princípios fundamentais do notariado latino*” garantindo a universalidade no acesso por parte dos utentes através de uma tabela oficial de custos obrigatórios, como consequência do carácter público da sua função, que garanta a solvabilidade do sistema e que os novos preços obtidos permaneçam proporcionalmente relacionados com o seu custo económico.

Os honorários, de acordo com o artigo 3.º da referida portaria, “*constituem a retribuição dos actos praticados e são calculados com base no custo efectivo do serviço prestado*”. O mesmo diploma prevê dois tipos de honorários: os fixos (que são os indicados na tabela) e os livres (que constituem os restantes).

40. Na sua versão original, a portaria em causa submeteu a um regime de preços fixos um número muito expressivo de actos notariais, tendo assim o regime de preços livres um peso incipiente no universo global dos actos praticados por notários.

Muito recentemente, e não obstante o regime de preços fixos se manter ainda para a maioria dos actos notariais, o regime de preços livres foi, no entanto, alargado aos actos de

reconhecimento de assinaturas, de autenticação de documentos particulares e de certificação da tradução de documentos, pela Portaria n.º 1416-A/2006, de 19 de Dezembro.⁴⁵

2. *Ratio da restrição*

42. O mercado consubstancia um mecanismo através do qual, mediante o confronto entre a oferta e a procura, se definem os preços e as quantidades de bens ou serviços. Os preços funcionam, assim, como o pêndulo do mecanismo de mercado. Desta forma, a adopção de preços fixos, máximos e/ou mínimos comporta significativo prejuízo para a concorrência, diminuindo os benefícios que os mercados competitivos oferecem aos utentes. Até os meros preços recomendados ou de referência podem ter efeito anticoncorrencial, na medida em que facilitam a coligação entre os prestadores de serviços ou fornecedores de bens.

Todavia, a adopção do princípio da uniformidade do custo dos actos notariais com princípio regra na definição do respectivo regime de preços foi justificada pelo legislador na Portaria n.º 385/2004 de 16 de Abril, nos termos que a seguir se transcrevem: “*Este princípio da*

⁴⁵ Cfr. artigo 20.º da referida Portaria. Tal evolução legislativa é vista pela Autoridade da Concorrência como muito positiva, já que reflecte a posição por esta assumida no projecto de Recomendação que submeteu a consulta pública quanto à necessidade de rever o regime de preços então em vigor para os actos em causa, dado este regime não assegurar condições de concorrência pelos preços equitativas entre notários e demais entidades privadas legalmente autorizadas a praticar tal categoria de actos.

Com efeito cabe aqui recordar que, no que respeita aos preços praticados por entidades privadas – *maxime* advogados, solicitadores e câmaras do comércio –, a regra que foi adoptada, sem excepção, até à entrada em vigor da Portaria 1146-A/2006, foi a de que pela prática dos actos em causa não poderia ser cobrado montante superior ao valor (fixo) previsto na tabela em vigor para os cartórios notariais (foi este o princípio adoptado pelo n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 28/2000, de 13 de Março, tendo sido retomado pelo n.º 3 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 237/2001, de 30 de Agosto e pelo n.º 5 do artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março).

Ora do cotejo do regime de preços fixos estabelecido para a categoria de actos em causa, quando praticados por notários, com os regimes de preços adoptado relativamente às restantes entidades privadas resultava, pois, que notário ficava em desvantagem concorrencial relativamente àquelas entidades, já que estas eram livres de praticar preços inferiores ao preço fixo imposto ao notário.

A referida portaria pôs assim termo a tal situação ficando, doravante, os actos de reconhecimento de assinaturas, de autenticação de documentos particulares e de certificação da tradução de documentos sujeito a um regime de preços livres, quer quando praticados por notários privados (por aplicação directa da referida portaria), quer também quando praticados por outras entidades privadas, por força da norma remissiva para a tabela em vigor para os cartórios notariais, contida no n.º 5 do artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março.

uniformidade do custo do acto notarial não põe em causa a desejável concorrência entre os notários, a qual já está assegurada pela consagração dos princípios da livre escolha do notário e da territorialidade, previstos no artigo 7.º do Estatuto do Notariado e no n.º 3 do artigo 4.º do Código do Notariado e ainda pela existência de actos de custo livre, na sequência dos últimos relatórios da Comissão Europeia sobre a concorrência nos serviços das profissões liberais. (...) A definição de preços fixos e máximos protege os consumidores face a honorários excessivos.”.

3. Análise da justificação da restrição

43. A favor dos preços fixos têm sido invocados vários argumentos, entre os quais se destacam os seguintes:

- A regulação dos preços garantiria o acesso universal aos serviços profissionais, evitando a sua inflação, sem relação com os custos, e a consequente privação de recurso aqueles serviços pelos mais desfavorecidos economicamente.
- O controlo dos preços seria a única forma de salvaguardar a qualidade dos serviços profissionais, uma vez que a concorrência pelos preços levaria os profissionais a reduzirem a qualidade de forma a oferecerem preços baixos;
- O controlo dos preços seria também uma garantia da imparcialidade e independência destes profissionais relativamente aos respectivos clientes, pois que prosseguindo os notários uma função pública, tal missão ficaria comprometida se eles fossem obrigados a negociar honorários com os utentes.

Não pode aqui deixar de ser salientado que a regulação dos preços tem efeitos económicos negativos muito expressivos, encontrando-se, por isso mesmo, na primeira linha de restrições a ser objecto de acção por parte da Comissão Europeia. Com efeito, tem sido pacificamente entendido e amplamente demonstrado que o controlo de preços acaba por limitar

desproporcionalmente a concorrência e ser fonte de ineficiências em prejuízo dos utentes dos serviços prestados pelos profissionais. Assim:

- A regulação dos preços elimina ou diminui significativamente a possibilidade de os profissionais concorrerem ao nível dos preços e reduz os incentivos ao desenvolvimento da actividade com atenção aos custos, podendo daí decorrer a manutenção de preços acima de níveis concorrenenciais bem como ineficiências produtivas resultantes da ausência de uma pressão concorrencial;
- Além disso, sem embargo de ser teoricamente defensável a prática de concorrência apenas ao nível da qualidade do serviço prestado, a verdade é que, como já atrás se mencionou, a assimetria de informação na relação prestador-cliente que caracteriza as profissões liberais, dificulta a avaliação da qualidade dos serviços prestados por este tipo de profissionais. Deste modo, dificilmente o controlo dos preços gera uma efectiva concorrência ao nível da qualidade dos serviços. Por outro, em nada fica garantido o estímulo à oferta de serviços de elevada qualidade;
- Acresce, ainda, que a regulação dos preços não impede a existência de profissionais menos zelosos nem aumenta a sua responsabilidade, não prevenindo assim a prestação de serviços inadequados ou de má qualidade. De facto, a garantia de níveis satisfatórios de competência, desempenho, comportamento ético e responsabilidade individual não advém da existência de regulação dos preços dos serviços, tenha esta origem no Estado ou em associações profissionais, já que outros instrumentos regulatórios permitem acautelar tais receios.

44. Finalmente, sublinhe-se que, relativamente àqueles actos jurídicos para os quais a intervenção notarial deixou de ser obrigatória, a manutenção do regime de preços fixos para esses actos, apenas quando praticados por notários, reflecte-se negativamente na concorrência entre os notários e as outras entidades privadas legalmente habilitadas à sua prática.

Com efeito, e, por um lado, o alargamento a outras entidades de competências tradicionalmente atribuídas aos notários veio introduzir um elemento de especial perversidade no preço fixo imposto ao notariado privado relativamente à prática da categoria de actos em causa, já que não estando aquelas entidades sujeitas à prática de preços fixos, encontram-se em condições de oferecer preços inferiores aos praticados pelos notários.

É certo que, como já se teve oportunidade de referir, tal situação foi recentemente corrigida pela Portaria n.º 1416-A/2006, de 19 de Dezembro, relativamente aos actos de reconhecimento de assinaturas, de autenticação de documentos particulares e de certificação da tradução de documentos, já que, por força do disposto nesta Portaria, a prática de tais actos por qualquer entidade privada legalmente habilitada para o efeito se encontra, desde então, sujeitos um regime de preços livres⁴⁶.

De todo o modo, não pode deixar aqui de ser mencionado que a alteração legislativa, já ocorrida em 2007⁴⁷, que alargou a outras entidades a competência para a certificação da conformidade das fotocópias com os documentos originais e à extracção das fotocópias dos documentos entregues para certificação, manteve estes actos em regime de preço fixo quando praticados por notários privados, o que coloca estes em desvantagem concorrencial relativamente às demais entidades privadas já que estas não se encontram sujeitas a um tal regime.

Por outro lado, observe-se que a desformalização de um conjunto muito significativo de actos jurídicos da área do direito comercial, traduzida na dispensa de escritura pública enquanto requisito de validade formal dos actos em causa não se reflectiu no regime de preços desses actos quando, por vontade das partes, sejam formalizados através de escritura pública. De facto, se neste domínio não está em rigor em causa o alargamento a outras entidades das

⁴⁶ Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de Janeiro, cit. *supra* § 23

⁴⁷ Vide supra n.º 22, último parágrafo.

competências tradicionalmente atribuídas aos notários, já que só a estes continua a ser permitido lavrar escrituras públicas, não é menos certo que a opção do consumidor pela maior segurança jurídica advinente da intervenção notarial fica objectivamente prejudicada pelo facto de o notário estar sujeito a um preço fixo, o mesmo não acontecendo com os outros profissionais – *maxime* advogados e solicitadores – cujos serviços pela redacção de um documento particular não está sujeita a qualquer tabelamento.

45. Face ao exposto, entende a Autoridade da Concorrência que o actual regime de preços dos serviços prestados por notários privados carece de ser reformulado no sentido de promover a liberalização de um instrumento fundamental da promoção da concorrência nos mercados, afigurando-se, no entanto, ser de traçar um regime diferenciado para o processo de liberalização de preços neste sector consoante estejam em causa serviços notariais cuja prestação está sujeita à concorrência efectiva de outras entidades ou serviços em que subsista a obrigatoriedade de intervenção notarial.

46. Assim, relativamente à primeira categoria de serviços em causa, considera a Autoridade da Concorrência que as intervenções legislativas que têm vindo a alterar as funções tradicionalmente incumbidas aos notários, por via da redução da sua intervenção obrigatória, devem constituir-se como instrumentos de promoção da concorrência neste sector de actividade e evitar, assim, a adopção de soluções que, de forma desnecessária ou desproporcional, relativamente aos objectivos que visam prosseguir, restrinjam a concorrência entre os prestadores dos serviços em causa.

Deste modo, e no que respeita à certificação de fotocópias, públicas formas, e extracção de fotocópias, entende a Autoridade que tais actos, em sintonia com o que já se verificou relativamente aos actos de reconhecimento de assinaturas, de autenticação de documentos particulares e de certificação da tradução de documentos, devem também ficar sujeitos a um regime de preços livres.

Quanto aos actos jurídicos para os quais foi dispensada a realização de escritura pública, entende também esta Autoridade não existirem actualmente razões para que a opção do consumidor pela intervenção notarial fique sujeita a um regime de preços fixos. Com efeito, estando os notários sujeitos à concorrência de outras profissões jurídicas neste domínio, não faz sentido que seja o Estado, mas sim o mercado, a atribuir o valor devido pela intervenção notarial neste tipo de actos jurídicos, dando-se assim continuidade, também por esta via, a um processo de liberalização de preços em sectores da actividade notarial que se encontram já actualmente sujeitos a uma forte pressão concorrencial.

A execução desta medida deverá, porém, ser necessariamente acompanhada das alterações ao actual quadro regulatório da actividade notarial em matéria de publicidade acima preconizadas, bem como da adopção de regras em matéria de afixação de preços que promovam a transparência na divulgação das condições da oferta de serviços prestados por notários, de forma a que a liberalização de preços proposta se traduza num elemento efectivo de promoção da concorrência entre estes profissionais.

47. Relativamente aos serviços notariais que se mantenham no âmbito da competência exclusiva dos notários, entende a Autoridade da Concorrência de que a liberalização de preços deve ser acompanhada por outras medidas pró-concorrenciais, em especial a anteriormente preconizada eliminação do princípio do *numerus clausus* de forma a criar condições de concorrência entre notários que eliminem o risco da prática de preços excessivamente elevados.

No contexto atrás descrito, a Autoridade da Concorrência considera adequado e não desproporcional relativamente ao objectivo a atingir que, durante um período transitório correspondente ao tempo necessário à implantação efectiva das medidas pró-concorrenciais preconizadas nesta Recomendação, seja adoptado um sistema de preços máximos relativamente aos actos de intervenção notarial obrigatória, o que permitirá acautelar os interesses do consumidores relativamente a uma eventual alta de preços, sem eliminar a

concorrência pelo preço, já que esta será sempre possível abaixo dos valores máximos legalmente fixados⁴⁸.

Com efeito, embora seja também uma forma de regulação de preços, admite-se que, numa área profissional de concorrência incipiente, seja justificável a adopção de preços máximos, desde que vigorem por um período temporário e sejam sujeitos a revisão.

F – O Fundo de Compensação

1. Natureza restritiva da concorrência

48. Como já foi atrás mencionado, o Estatuto da Ordem dos Notários prevê nos artigos 54.º e seguintes a existência de um Fundo de Compensação, com a natureza de património autónomo, cuja finalidade é a manutenção da equidade dos rendimentos dos notários.

Este Fundo de Compensação é constituído com base nas comparticipações obrigatórias de todos os notários. Tais comparticipações incluem uma comparticipação ordinária legalmente fixada em 1% do montante mensal dos honorários cobrados e uma comparticipação extraordinária, que tem igualmente por base uma percentagem sobre os honorários cobrados, fixada anualmente em assembleia geral da Ordem dos Notários, sob proposta da sua direcção.

Através do Fundo de Compensação é paga mensalmente aos notários de cartórios deficitários a legalmente designada “prestaçao de reequilíbrio”, a qual é calculada em função do montante dos honorários, apurados trimestralmente, cobrados pelo notário titular do cartório deficitário,

⁴⁸ A transitoriedade da solução prende-se com o facto de os preços máximos conterem também elementos de restrição à concorrência que não são despicados, como a Autoridade da Concorrência já teve oportunidade de sublinhar no seu Comunicado nº9/2005 de 6 de Setembro.

sendo legalmente qualificados como cartórios deficitários aqueles que no decurso de um trimestre, não atinjam em honorários cobrados o valor fixado anualmente pela Ordem dos Notários.

Este Fundo constitui assim, também, um elemento de distorção da concorrência entre os prestadores de serviços notariais, já que, através deste, se limita o risco inerente ao exercício de qualquer actividade económica e, consequentemente, o estímulo ao investimento e à inovação que caracteriza os mercados competitivos.

2. Ratio da restrição

49. O preâmbulo do Estatuto do Notariado prevê a garantia de uma “*remuneração mínima aos notários que, pela sua localização, não produzam rendimentos suficientes para suportarem os encargos do cartório, comparticipações essas realizadas através do fundo de compensação inserido no âmbito da Ordem dos Notários.*”

Subjacente à criação do Fundo de Compensação está, pois, a preocupação de assegurar que em zonas geográficas de menor densidade populacional e/ou de poder de compra reduzido, seja assegurada ao notário uma retribuição que o compense de exercer a sua actividade em áreas potencialmente geradoras de menores volume de negócios, de forma a evitar que tais zonas se vejам privadas da prestação de serviços notariais.

3. Análise da justificação da restrição

50. O modelo adoptado para a atribuição das “prestações de desequilíbrio” não tem em devida consideração que a situação de défice em que incorre o cartório destinatário daquelas prestações não se deve necessariamente a causas exógenas como as atrás enunciadas. De

facto, causas endógenas como a falta de optimização dos recursos existentes, a gestão ineficiente, a inexistência de investimentos em informatização, modernização e inovação dos serviços podem estar na origem do défice e estas não foram contempladas pelo legislador em sede de avaliação dos cartórios deficitários, já que esta surge confinada à detecção de irregularidades contabilísticas.

A constituição do “*Fundo de Compensação*” corresponde pois á atribuição de um “*salário mínimo*”, o que não é compaginável com o exercício de uma profissão liberal em regime de mercado, onde o profissional assume o risco da sua profissão e se sujeita à concorrência dos outros profissionais legalmente habilitados.

Acresce que, como já se observou, a propósito do princípio do *numerus clausus*, para corrigir um eventual défice de oferta em áreas geográficas menos desenvolvidos economicamente e de menor população, existem alternativas menos restritivas da concorrência que a criação de um Fundo de Compensação⁴⁹, tanto mais que o respectivo regime, nos moldes actuais, se revela incapaz de estabelecer adequadamente a distinção entre os notários cujo actividade deficitária está associada à sua localização e aqueles cujo défice decorre fundamentalmente de uma gestão ineficiente do respectivo cartório.

Diga-se ainda que o risco económico inerente à passagem do notário público para um cartório privado também se encontra mitigado pelo facto de, como já foi atrás mencionado, ao notário público que transitou para o regime privado ser legalmente conferida a faculdade de reingressar nos serviços do Instituto dos Registos e Notariado no prazo de cinco anos contados do início de funções como notário privado.⁵⁰

⁴⁹ Vide supra § 32.

⁵⁰ Vide supra § 15

G – As restrições à colaboração entre notários e à criação de estabelecimentos secundários

1. Natureza restritiva da concorrência

51. Uma outra ordem de limitações ao exercício da profissão notarial decorre de interpretação sistemática das normas do Estatuto do Notariado, pois desta decorre quer a interdição de associação entre notários, sob a forma de sociedades ou outros modos de colaboração, quer a inibição da participação do notário em sociedades multidisciplinares, quer ainda a inibição de estes profissionais abrirem filiais, sucursais, agências ou outros suportes de dispersão territorial da prestação de serviços.

As inferências anteriores resultam do previsto no artigo 10.º do Estatuto, que postula que “*O notário exerce as suas funções em nome próprio e sob a sua responsabilidade (...)*”, conjugado com o disposto no artigo 7.º, que disciplina a competência territorial do notário e que o impede de prestar serviços fora da circunscrição territorial que lhe está atribuída, e com as normas relativas ao licenciamento (artigos 34.º e seguintes), pois do que ali se preceitua decorre que o licenciamento da actividade assenta num licenciamento de instalação de cartório notarial, podendo o notário ser apenas titular de uma licença.

O potencial impacto negativo na concorrência da interdição da associação entre notários ou da sua participação em sociedades multidisciplinares decorre de estes, por esta via, se verem inibidos de desenvolver modelos de gestão mais eficientes em consequência da impossibilidade de partilha de recursos e distribuição de custos entre profissionais.

Do mesmo modo, a proibição de criação de estabelecimentos secundários inviabiliza economias de escala e, consequentemente, a melhoria da eficiência alocativa.

2. *Ratio da restrição*

52. A interdição legal à colaboração interprofissional e intraprofissional dos notários tem subjacente o entendimento de que esta seria indispensável à concretização dos princípios da legalidade, autonomia, imparcialidade, exclusividade e livre escolha por que se rege a actividade notarial. Com efeito, partiu-se do pressuposto que só o exercício em nome próprio da profissão de notário permitiria um efectivo controlo do respeito por estes profissionais de princípios tidos como indissociáveis da condição de notário na sua dupla qualidade de oficial público e de profissional liberal.

3. Análise da justificação da restrição

53. Em aplicação do critério da proporcionalidade, afigura-se justificada a obrigatoriedade de respeito pelos notários dos princípios da legalidade, autonomia, imparcialidade, exclusividade e livre escolha, ínsitos nos artigos 10.º e seguintes do Estatuto do Notariado. Estão em causa princípios de verdadeiro conteúdo deontológico, associados à natureza da função notarial, que importa assim preservar.

Também quanto à interdição de uma colaboração estrutural com titulares de outras profissões podem ser descortinadas justificações objectivas assentes na necessidade de garantir o correcto exercício da profissão de notário, designadamente, a independência, imparcialidade, autonomia e responsabilidade a que estão vinculados.

O mesmo já não se verifica, porém, quanto à proibição de colaboração integrada entre notários que decorre do núcleo de regras que impõe a gestão individual dos cartórios notariais. De facto, estando em causa a colaboração entre profissionais sujeitos aos mesmos princípios e regras, não existe risco de conflito de interesses ou de lesão de exigências deontológicas que possam justificar a necessidade de interdição de uma actuação conjunta.

Entende pois a Autoridade da Concorrência que a proibição de associação entre notários deve ser eliminada tendo em conta os benefícios que podem ser extraídos de uma tal colaboração, traduzidos na diminuição dos custos através da especialização, optimização dos recursos e da maximização da eficiência, com repercussões positivas para os utentes.

É isso, aliás, o que já acontece nas outras profissões liberais, sem qualquer prejuízo para o correcto exercício das respectivas actividades, sendo certo que algumas dessas profissões concorrem hoje com os notários na prestação de serviços que a estes se encontravam tradicionalmente confiados em regime de exclusivo.

54. Por decorrência, também não se afigura aceitável que os notários estejam impedidos de gerir mais de um cartório notarial. Perspectivados como organizações empresariais que têm de ser exploradas de uma forma economicamente viável pelo profissional liberal que é o notário, deveria admitir-se a possibilidade de os cartórios notariais possuírem extensões fora da sua área geográfica de origem, sob a forma de estabelecimentos secundários pertencentes à mesma estrutura empresarial. Estes últimos ficariam vinculados à administração centralizada do estabelecimento principal ou matriz e sujeitos exactamente às mesmas regras de funcionamento e prestação de serviços daquele.

Na verdade, com a possibilidade dos cartórios notariais poderem ter extensões, eliminavam-se restrições desnecessárias e desproporcionais à liberdade de circulação dos notários, ficando ao critério destes a possibilidade de optar por aquela extensão ser permanente ou pontual conforme as necessidades do mercado. Assim, e por um lado, criar-se-ia espaço para a existência de profissionais que se disponibilizassem a oferecer, de forma intermitente (com horário e dias pré-definidos), os seus serviços em zonas próximas daquela onde têm instalado o seu cartório notarial matriz. Por outro lado, e como já foi mencionado a propósito da avaliação do impacto do princípio do *numerus clausus* de base territorial em vigor para a

actividade notarial⁵¹, a admissibilidade de extensões permitiria reduzir, e senão mesmo eliminar, o problema de ausência de oferta de serviços prestados por notários em municípios que não geram, *a priori*, rendimentos suficientes para fazer face aos encargos do cartório.

Em suma, as normas cerceadoras da possibilidade dos notários colaborarem entre si e de deterem mais do que uma licença de instalação de cartório são desnecessárias e potencialmente impeditivas da reorganização estrutural que se impõe ao notariado privado, face à diminuição da sua intervenção obrigatória e da abertura à concorrência a outros profissionais liberais da prática de um número significativo de actos⁵².

H – Avaliação concorrencial de outras normas legais com impacto na actividade notarial

55. Ao longo desta Parte III da presente Recomendação, tem-se vindo a analisar o impacto do ponto de vista concorrencial do quadro regulatório aplicável ao notariado privado. A par do regime jurídico do notariado privado vigoram, porém, outras normas legais que, não respeitando directamente à actividade notarial, se repercutem nas condições do seu exercício.

Incluem-se nesta categoria de normas as que impõem restrições à livre fixação de preços por outras entidades privadas legalmente habilitadas a prestar serviços incluídos no âmbito da competência dos notários. O efeito restritivo de tais normas já foi, porém, por nós analisado a propósito da análise do regime de preços aplicável aos notários, já que, como teve oportunidade de se verificar, a restrição à concorrência induzida pelo sistema de preços fixos aplicável à generalidade dos serviços prestados por notários privados é ampliada pela vigência

⁵¹ Vide supra §32.

⁵² Atente-se, contudo, que as formas de colaboração entre notários privados não poderão fazer-se em prejuízo das regras de concorrência, nomeadamente do disposto no artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

de tais normas. Consequentemente, aqui se remete para as observações oportunamente produzidas a tal propósito⁵³.

56. Existem, no entanto, outras normas susceptíveis de se repercutir no exercício da actividade notarial privada. Referimo-nos em especial ao regime de preços fixos que vigora para entidades públicas legalmente habilitadas a prestar serviços incluídos no âmbito da competência dos notários. Tais entidades são actualmente os cartórios que permanecem ainda no sistema público, em virtude de não estar ainda concluído o processo de privatização do notariado⁵⁴, mas também os conservadores e oficiais de registo, aos quais, como já foi mencionado, tem vindo a ser atribuída competência para a prática de actos que eram anteriormente da competência exclusiva dos notários.

No projecto de Recomendação que submeteu a consulta pública, a Autoridade da Concorrência, sem pôr em causa a existência de um sistema de preços fixos visto estarem em causa serviços públicos, teve a oportunidade de salientar que o facto de tal sistema coexistir com um regime de preços fixos mais elevados para a mesma categoria de actos quando praticado por notários privados colocava estes últimos em desvantagem concorrencial, pois que, por imperativo legal, se viam assim compelidos a praticar preços superiores aos praticados pelos notários públicos e pelas conservatórias.

Tal observação, produzida a propósito dos actos de reconhecimento de assinaturas, de autenticação de documentos particulares e de certificação da tradução de documentos, encontra-se, porém, já ultrapassada no que respeita aos actos em causa. Com efeito, o facto de, como já oportunamente se salientou⁵⁵, tais actos terem passado, recentemente, a um regime de preços livres relativamente a todos os prestadores privados legalmente habilitados à sua prática, veio eliminar o risco de distorção da concorrência, já que, por esta via, todos os

⁵³ Vide supra § 44.

⁵⁴ Vide supra §14

⁵⁵ Vide supra n.º 44

fornecedores destes serviços do sector privado, incluindo os notários, são livres de praticar preços iguais ou até inferiores aos fixados para as entidades públicas.

O mesmo problema subsiste, porém, relativamente aos actos para os quais tem vinda a ser dispensada a escritura pública por via da atribuição às conservatórias de competências para a respectiva formalização, já que se manteve o regime de preços fixos para a realização desses mesmos actos, por escritura pública, em cartórios notariais privados. No contexto atrás descrito, a liberalização de preços já anteriormente preconizada nesta Recomendação relativamente aos actos para cuja formalização tenha sido dispensada a escritura pública encontra aqui mais um argumento favorável à sua concretização, já que através de tal liberalização os notários privados ficarão habilitados não só a concorrer pelo preço com outras entidades privadas mas também com os serviços públicos atrás referidos.

Finalmente, observe-se ainda a este propósito que a fixação de preços dos actos praticados nas conservatórias e nos cartórios públicos deve obedecer a um princípio de orientação para os custos. Com efeito, a opção por uma lógica de subsidação de preços nesta área de actividade conduzirá a um aumento artificial da procura junto dos serviços públicos, na medida em que tal procura não será assim imputável a uma gestão eficiente mas ao preço subsidiado por estes praticado, o que não só distorce a concorrência entre a globalidade dos prestadores da categoria de serviços em causa como é susceptível de se reflectir negativamente na boa gestão dos recursos públicos, em termos de eficiência alocativa.

Isto é, a subsidação de preços neste domínio não só colocará em desvantagem concorrencial os prestadores privados como desviará recursos públicos para uma área de actividade que se entendeu passível de ser eficientemente exercida por actores privados, em regime de profissão liberal.

PARTE IV – CONCLUSÕES: SÍNTESE DAS MEDIDAS RECOMENDADAS E CALENDARIZAÇÃO PROPOSTA PARA A SUA EXECUÇÃO

A – Síntese das medidas recomendadas

57. O exercício pela Autoridade da Concorrência do poder que lhe está cometido de formular Recomendações ao Governo constitui, inegavelmente, um instrumento fundamental para a promoção de políticas públicas pró competitivas e tem vindo, por isso, a ser por esta assumido como uma das áreas por excelência da sua actuação.

Assinale-se, por outro lado, que a promoção da concorrência foi também assumida pelo Programa do actual Governo como um dos vectores fundamentais das políticas públicas dirigidas ás empresas. Assim, no seu Capítulo I, “*Promover a eficiência do investimento e das empresas*”, secção III, ponto 4, afirma-se: “*Para a competitividade das empresas é importante fomentar o desenvolvimento de uma cultura de concorrência assente em “regras do jogo” claras, transparentes e iguais para todos. Importa, para tanto, assegurar uma aplicação estrita da legislação da concorrência.* E, mais à frente, sublinha-se: “*O reconhecimento da superioridade do mercado como forma de organização da economia subentende, porém, a existência de mecanismos que zelam pelo seu adequado funcionamento concorrencial, prevenindo monopólios e posições dominantes, gerando eficiência no interesse da economia nacional e garantindo, também, os direitos dos consumidores. Os interesses dos consumidores, aliás, devem merecer uma atenção crescente nas prioridades das entidades reguladoras.*”

58. No quadro das atribuições que assim se lhe encontram legalmente cometidas e tendo presente as mais recentes orientações da Comissão Europeia em matéria de promoção da concorrência nas profissões liberais, foram identificadas pela Autoridade da Concorrência um

conjunto de disposições legais que, de forma desnecessária ou desproporcional aos objectivos por elas prosseguidos, restringem o acesso e o exercício da actividade notarial, e que inibem assim, de forma injustificada, quer a concorrência entre notários quer a concorrência entre estes e outros profissionais legalmente habilitados a prestar serviços de idêntica natureza.

Neste contexto, considera a Autoridade da Concorrência que importa rever o quadro regulador da actividade notarial, recomendando-se para o efeito a adopção de um conjunto de medidas preconizadas no capítulo antecedente, e que, em síntese, agora se discriminam:

1. Eliminação do princípio do *numerus clausus*:

O princípio do numerus clausus, enquanto barreira de carácter quantitativo à entrada no mercado, é um factor inibidor da diversificação da oferta de serviços notariais, impedindo assim que, por via do alargamento dos seus potenciais prestadores, possam ser proporcionados aos consumidores serviços de maior valor.

O facto de, nos últimos anos, em consequência das iniciativas de desformalização e simplificação de actos notariais, se ter verificado um aumento da oferta de certas categorias de actos notariais por via da atribuição a outros profissionais de competência para a prática dos actos em causa, não justifica mas antes reforça a necessidade da eliminação do princípio do numerus clausus na actividade notarial, pois que a sua manutenção não é consistente com a inexistência de restrições quantitativas à entrada para os demais prestadores deste tipo de serviços.

Alternativas propostas:

O interesse público em assegurar uma cobertura geográfica adequada dos serviços de notariado, em especial, quanto aos municípios menos desenvolvidos economicamente e com menor população, pode ser assegurado através de medidas menos restritivas da concorrência, designadamente:

(i) A eliminação da regra da competência territorial;

- (ii) A consagração da liberdade de abertura de extensões de cartórios notariais;
- (iii) Excepcionalmente, no caso da execução das medidas atrás indicadas se revelar insuficiente para assegurar, atentas as reais necessidades dos utentes, uma cobertura geográfica adequada dos serviços de notariado, o recurso à realização de concurso público para a prestação dos serviços em causa em regime de serviço público nas áreas geográficas afectadas, com atribuição de indemnização compensatória financiada pelo Estado.

2. Eliminação da competência territorial:

A eliminação da regra da competência territorial permitirá atenuar, já nesta fase, os efeitos de repartição geográfica do mercado associados ao modelo de numerus clausus legalmente instituído. O notário deverá, pois, poder praticar actos notariais fora da área do município em que está instalado o respectivo cartório.

3. Eliminação do licenciamento dos cartórios notariais:

A eliminação do numerus clausus conduz à inutilidade de concessão de licenças para instalação de cartório notarial. A entrada no mercado deverá ser feita, pois, sem o escrutínio de concurso público para atribuição das vagas existentes, ficando apenas condicionada aos requisitos necessários à aquisição de título de notário que se encontram definidos na legislação em vigor.

4. Eliminação da interdição da colaboração entre notários e da possibilidade do mesmo profissional gerir mais do que um cartório notarial:

A actual interdição de colaboração entre notários, bem como da possibilidade do mesmo profissional gerir mais que um cartório notarial, prejudica a obtenção pelos notários de

economias de escala e, consequentemente, a potencial transferência ao consumidor dos benefícios a estas inerentes, sendo certo que o objectivo subjacente a esta interdição pode ser alcançado por outros instrumentos de controlo do cumprimento de regras deontológicas e deveres profissionais já consagrados na lei.

Acresce que se trata de uma proibição que não existe noutras profissões jurídicas, pelo que, no contexto actual de progressiva diminuição de intervenção obrigatória dos notários e de abertura à concorrência dos serviços por estes prestados a outros profissionais liberais, a sua supressão permitirá assegurar condições equitativas de exercício de actividade para todos os potenciais prestadores deste tipo de serviços

5. Alteração das regras respeitantes à publicidade:

Deve ser eliminada a interdição do notário publicitar a sua actividade tendo em vista a angariação de clientes. Com efeito, a publicidade é hoje um instrumento fundamental para a concorrência, já que permite dotar o consumidor de mais informação sobre a natureza, preço e qualidade dos serviços pretendidos.

De todo o modo, admite-se que a publicidade da actividade notarial, dada a sua especificidade, seja objecto de um regime especial, á semelhança do que acontece com os advogados, que não ponha em causa a imagem de dignidade, honorabilidade e independência dos profissionais do notariado e salvaguarde o princípio da livre escolha do notário pelos interessados.

6. Liberalização dos preços dos serviços prestados por notários privados

A liberdade de fixação de preços é nos mercados competitivos um factor essencial para o seu funcionamento eficiente. Com efeito, a concorrência pelos preços induz à melhoria da eficiência produtiva e beneficia os consumidores que, por via daquela, poderão beneficiar de

preços menos elevados. Nesse sentido, o processo de liberalização da prestação dos serviços notariais deve ter como objectivo final a remoção das actuais limitações ao montante dos honorários a cobrar pelos profissionais do notariado.

A adopção de um regime de livre fixação de preços pressupõe, todavia, que estejam reunidas as condições necessárias, maxime a da liberdade da oferta, para que um tal regime não conduza a um aumento de preços induzido pelo número restrito de operadores presentes no mercado.

Neste contexto, a Autoridade da Concorrência recomenda:

- *A generalização do regime de preços livres aos actos praticados por notários privados que enfrentem já a concorrência significativa de outros profissionais, em consequência seja do alargamento do leque de entidades legalmente habilitadas à prática de tais actos seja também da progressiva redução do número de actos jurídicos sujeitos a escritura pública;*
- *A adopção, durante um período transitório, de um regime de preços máximos para os serviços que se mantenham no âmbito da competência exclusiva dos notários e cuja relevância social justifique a necessidade de garantia de acesso universal, enquanto se mantiverem as restrições quantitativas de acesso à profissão, traduzidas na imposição de uma regra de numerus clausus.*

7. Eliminação do Fundo de Compensação:

A existência de um Fundo de Compensação é incompatível com a liberalização pretendida para o sector do notariado. Como profissional liberal o notário deve assumir o risco económico inerente ao exercício da actividade notarial.

8. Adopção de um princípio de orientação para os custos na fixação do preços dos actos dos conservadores e oficiais de registo que integrem o âmbito material das competência dos notários.

A adopção de um princípio desta natureza permitirá estabelecer condições equitativas para todos os prestadores públicos e privados relativamente à prestação dos serviços em causa, premiando os mais eficientes, independentemente da sua natureza pública ou privada, e prevenirá também uma ineficiente alocação de recursos públicos associada à necessidade de investir recursos humanos e financeiros numa actividade cuja procura seja artificialmente gerada por recurso a uma política de subsidação de preços.

B – Execução das medidas propostas

59. O modelo final que a Autoridade da Concorrência propõe na presente Recomendação afasta-se de um modelo regulado e assenta no exercício da profissão de notário num mercado liberalizado.

Todavia, a Autoridade da Concorrência entende que deve haver fases intermédias de aproximação ao mercado, que permitam a criação de condições de oferta deste tipo de serviços compatíveis com o seu funcionamento em termos concorrenciais e, simultaneamente, propiciem uma adequada articulação da calendarização das medidas propostas com o regime de transição do notariado público para o notariado privado instituído em 2004.

Ou seja, as medidas propostas deverão ser desenvolvidas de forma faseada, recomendando-se para o efeito a seguinte calendarização:

1ª Fase

A primeira fase deverá corresponder a um período transitório de quatro anos, no início do qual deverão ser adoptadas as seguintes medidas:

- a) Eliminação da delimitação territorial da competência do notário, passando este a poder exercer a respectiva actividade, por regra e não somente a título excepcional, em mais do que uma circunscrição territorial;
- b) Eliminação da proibição de publicitação da actividade notarial para além da mera divulgação informativa actualmente consentida;
- c) Generalização do regime de preços livres aos actos que, na sequência das iniciativas de desformalização e simplificação de actos notariais em curso, registem já ou venham a registar, no período em causa, uma substancial diversificação da oferta.
Substituição do regime de preços fixos por um regime de preços máximos relativamente aos actos cuja prática permaneça no âmbito da competência exclusiva dos notários e cuja função social possa justificar a necessidade de garantir acesso universal à sua prestação.
- d) Eliminação da proibição de associação entre notários bem como da criação de mais de um cartório por profissional;
- e) Criação de uma Comissão de Acompanhamento, de carácter permanente, com funções dirigidas à monitorização da transição do modelo vigente para o modelo liberalizado preconizado na presente Recomendação.

O período de quatro anos proposto para a duração desta fase é tido como razoável para proporcionar aos notários privados o tempo de adaptação necessário às novas condições de mercado resultantes do processo de liberalização e é compatível com a data limite legalmente

fixada para o exercício pelos notários privados que tenham transitado do regime público do direito que lhe é legalmente conferido de reingresso em serviço do Instituto dos Registos e do Notariado⁵⁶.

2^a Fase

Esta segunda fase, também de carácter transitório, terá como objectivo intensificar o processo de desregulação da actividade notarial através da eliminação do princípio do *numerus clausus* e restrições conexas, tendo em vista criar, neste período, as condições necessárias ao pleno funcionamento do princípio da livre formação da oferta que caracteriza os mercados concorrenciais, aquando da conclusão do processo de liberalização deste sector.

Nesta fase, com duração de um ano, deverão passar a vigorar as seguintes medidas:

- a) Eliminação total do princípio do *numerus clausus*;
- b) Eliminação da obrigatoriedade de licenciamento da instalação de cartório notarial.

3.^a Fase

Nesta última fase, deverá concluir-se o processo de abertura à concorrência do sector notarial, adoptando-se para o efeito as seguintes medidas:

- a) Eliminação total da tabela de honorários e encargos notariais;
- b) Eliminação do Fundo de Compensação.

⁵⁶ Com efeito, pelos motivos oportunamente referidos (cfr. supra § 15), esta data limite deverá situar-se em 2011 para a grande maioria dos notários públicos que transitaram para o regime privado.