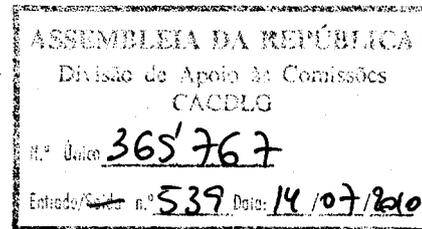




ORDEM DOS NOTÁRIOS
PORTUGAL

Exm^o Senhor Presidente
da 1^a Comissão Assuntos Constitucionais,
Direitos, Liberdades e Garantias.



Exm^{os} Senhores Deputados.

Como alega o Governo, na sequência de uma queixa apresentada pela Comissão Europeia contra o Governo Português, por alegada violação de directivas comunitárias (motivada pela limitação do exercício da profissão de notário a indivíduos de nacionalidade portuguesa) o Governo pretende alterar o Estatuto do Notariado e da Ordem dos Notários no sentido de harmonizar a nossa legislação com os normativos comunitários, tendo aprovado uma proposta de lei que deu entrada na Assembleia da República no passado dia 03 de Maio – (Lei nº 21/XI/1^a).

A Ordem dos Notários foi ouvida pelo Governo.

No entanto, esta Comissão, e os Senhores Deputados não tiveram acesso aos elementos resultantes dessa audição, uma vez que o Governo os não facultou à Comissão, como estaria obrigado, conforme é referido no final da nota técnica elaborada em 09 de Junho passado e anexa à proposta de Lei em discussão.

Aproveitamos por isso para aqui reproduzir, em parte, o que dissemos em sede de audição por parte do Governo, explicitando melhor alguns pontos, já que nos últimos dias surgiram algumas dúvidas resultantes, de um documento entregue à Comissão e aos Senhores Deputados, pela Associação Sindical dos Conservadores de Registos, documento que contém diversas inverdades.

I - DA TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA COMUNITÁRIA

a) DA DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO

É opinião da Ordem dos Notários que não existe qualquer necessidade de transposição do referido normativo europeu, porquanto a própria Directiva no seu considerando n.º 41 excepciona a sua aplicação a Notários. Efectivamente, o anterior artigo 45 do TCE, actualmente artigo 51.º, prevê a não aplicação das normas europeias relativamente à livre circulação, nas actividades “que, no Estado-Membro, estejam ligadas, mesmo ocasionalmente, ao exercício de autoridade pública”.

Esta foi, aliás a posição sempre defendida pelo Estado Português no Processo C/52/2008, Comissão/ Portugal, quando, na contestação apresentada no **dia 22 de Abril de 2008**, conclui que “assim sendo, face do que resulta do acervo comunitário e das normas internas portuguesas, a profissão de notário é excluída do âmbito da aplicação da Directiva 2005/36/CE – tal como acontecia antes, em relação à Directiva 89/48/CEE -, pelo que o Estado Português não violou os deveres que lhe incumbem por força da Directiva 2005/36/CE pelo facto da sua não transposição no que respeita ao acesso à profissão de notário”.

Esta é também a posição defendida por outros estados membros, que não fizeram igualmente a transposição de tal Directiva no que respeita ao acesso à profissão de notário, como por exemplo Alemanha, França, Áustria.

Quanto a nós, não existe dúvida que o notário exerce autoridade pública delegada pelo Estado, nomeadamente quando decide processos, impondo o direito às partes e a terceiros, podendo-se dar como mero exemplo, os processos de justificação de direitos ou os **processos de inventário**, cujo diploma legal entrará em vigor no próximo dia 18 de Julho de 2010, e que se encontra neste momento nesta mesma comissão.

Ora no artº 3º da Lei de Inventários, que se aplica, nomeadamente, às partilhas em que não haja acordo de todos os interessados, prevê-se expressamente que o notário tem competência, entre outras, para decidir questões prejudiciais, dos incidentes e das reclamações que ocorram no decurso do inventário; a suspensão e o arquivamento do processo e a própria decisão de partilha.

Vem agora o Governo propor o acréscimo de um artigo ao referido diploma, que prevê a possibilidade de o notário decidir, em alguns casos, que o processo deva tramitar no tribunal, aproveitando-se, nesse caso todas as diligências ocorridas em sede de Cartório Notarial.

Resulta do exposto, claramente, que o Notário exerce autoridade pública – decide em função de interesses opostos e, por conseguinte, decide e impõe as suas decisões contra terceiros.

De qualquer modo, se assim não se entender e não pretendendo a Ordem dos Notários, de forma alguma, que o nosso País não transponha as Directivas a que é obrigado, é vontade desta entidade colaborar activamente numa reforma legislativa que acima de tudo salvguarde o interesse público.

Porém, não é por mero acaso, que em Espanha os notários são, apesar da gestão privada, equiparados a funcionários públicos de forma a não serem abrangidos pelas directivas “in casu” e também não será coincidência, que países como Áustria, Alemanha e França, defendam a não aplicação aos seus notários dos normativos europeus referidos.

Mas, caso efectivamente se entenda que a referida Directiva se aplica à função notarial o que por mera hipótese se coloca, concorda a Ordem dos Notários com uma reforma legislativa que, seguindo o modelo adoptado pela Espanha, introduza as alterações legais necessárias prevendo, expressamente a possibilidade de cidadãos da União Europeia poderem exercer a função de notário em Portugal, desde que os mesmos se

submetam aos critérios de inscrição na entidade profissional portuguesa e respectivo concurso público para obtenção de licença e numa base de reciprocidade.

Porém, considerando a natureza pública da função e salvaguardando opções legislativas futuras, considera a Ordem dos Notários que é fulcral prever neste diploma a possibilidade de impedir os não nacionais de praticarem actos que impliquem o exercício de autoridade pública, previsão essa que deverá ser expressa e taxativa, e no futuro, reiterada nos diplomas que atribuam funções dessa natureza aos notários.

b) DA PRÁTICA DE ACTOS EM REGIME DE NÃO PERMANÊNCIA

Não pode ainda, de forma alguma, a Ordem dos Notários concordar com o regime legal que o Governo agora apresenta à Assembleia da República para a prática de actos em regime não permanência.

Senão vejamos, a título de exemplo:

Um “notary” inglês, que cumpra os pressupostos previstos nesta proposta de lei, vem a Portugal e titula um contrato de compra e venda entre dois cidadãos russos; imagine-se que ao fazê-lo não verifica se para aquele loteamento existe certidão comprovativa da conclusão das respectivas infra-estruturas, ou se o imóvel tem licença de utilização, se os impostos estão liquidados, enfim, se não verifica nenhuma norma, fiscal, urbanística ou ambiental, nem sequer comunica a nenhuma Entidade a realização do acto, nem que seja por simples desconhecimento da lei portuguesa.

Nos termos do artigo 408.º do Código Civil o direito real de propriedade foi transmitido, e o negócio produz todos os seus efeitos legais!

As questões que se colocam são:

Como vai o Estado Português fiscalizar o pagamento de impostos?

No caso de verificação de incumprimento fiscal, como vai o Estado Português assegurar a sua liquidação? Com que meios coercivos? Vai demandar o Notário Inglês? Ou demandar o cidadão russo?

No actual sistema jurídico, conseguirá o Estado Português sustentar este tipo de acções judiciais e simultaneamente, fiscalizar todos os negócios realizados? Mas como, se não forem comunicados?

No que concerne ao cumprimento das normas urbanísticas o problema mantém-se, pois a transmissão de imóveis por licenciar não é permitida no nosso País. E como vai o Estado fiscalizar estes negócios jurídicos se não forem declarados?

Como vai o Estado português assegurar a defesa dos interesses dos cidadãos e das empresas que se virem prejudicados com estes negócios?

Quem defenderá os interesses dos cidadãos e das empresas que se virem enredados neste tipo de negócios?

Esquecemo-nos das imagens não muito longínquas de cidadãos residentes em Portugal que compraram casas em Urbanizações ilegais, não conseguindo depois obter bens tão essenciais como água canalizada, electricidade ou saneamento básico, por falta de conclusão de infra-estruturas ou por falta de licenciamento?

Actualmente, o Estado tem a possibilidade de fiscalizar os Cartórios Notariais, os quais, conforme decorre da nossa legislação, possuem gestão privada mas estão em absoluta dependência do Ministério da Justiça.

Mas como promover inspecções, relativamente, a notários estrangeiros que pratiquem actos isolados?

Onde ficarão os documentos arquivados?

E, por exemplo, nos processos de Justificação Notarial para Efeitos de Registo de Propriedade - como conciliar a sua natureza e tramitação processual com um regime de acto não permanente?

Atendendo aos enormes prejuízos que podem advir para o interesse público da introdução deste regime legal para a prática de actos em regime de “não permanência”, a Ordem dos Notários, de forma inequívoca, manifesta a sua total e absoluta discordância em relação a esta solução legislativa.

Acresce que, não percebemos, como pode a Directiva Serviços – 2006/123/CE, claramente, reconhecer a especificidade da actividade notarial, tendo-a consequentemente, excluído do seu âmbito de aplicação e pretender-se agora na transposição de uma Directiva de Reconhecimento de Qualificações Profissionais - 2005/36/CE impor-se uma solução normativa que viola os mesmos princípios jurídicos que regeram a indicada exclusão?

Neste ponto não podemos deixar de realçar que nos diversos países da União Europeia a função de notário não é idêntica, existindo países em que a função de notário pode ser acumulada com outras profissões e também, que nos países com regimes jurídicos de inspiração anglo-saxónica a função em nada se assemelha aos países com regimes jurídicos de inspiração latina, pelo que o reconhecimento automático para a prática de actos isolados causará uma instabilidade jurídica inaceitável.

II- NOVAS COMPETÊNCIAS

A Lei que resultar da presente discussão nesta Comissão Parlamentar, deveria prever medidas que visem reequilibrar a profissão de notário, que nos últimos 5 anos perdeu 95% das suas funções exercidas em regime de exclusividade e, neste momento, atravessa uma crise que coloca em causa o equilíbrio financeiro da maioria dos cartórios.

Considera, assim, a Ordem dos Notários que a alteração do Estatuto do Notariado e da Ordem dos Notários, garantindo os princípios basilares da legalidade, da autonomia e da imparcialidade, deve ser aproveitada para, reestruturar funcionalmente uma rede de prestação de serviços pública, mas com gestão privada, que serve todo o território nacional e possibilita aos portugueses serviços jurídicos de reconhecida legalidade, mas com preços socialmente comportáveis e sem quaisquer custos para o Estado.

a) **MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO, ARBITRAGEM, CASAMENTOS E DIVÓRCIOS**

Este é o momento para, finalmente, se conferir ao notário aquelas competências cujo exercício já se provou adequado à profissão, de acordo com as melhores práticas, em países da União Europeia com um Notariado idêntico ao nosso, como sejam a França ou a Itália - referimo-nos à **mediação, conciliação e arbitragem, aos casamentos e aos divórcios.**

Naturalmente, estas novas competências irão permitir que os portugueses beneficiem de uma rede de prestação de serviços mais completa, capaz de oferecer serviços de balcão único em regime de maior proximidade, sem qualquer prejuízo para o Estado que manterá a sua própria rede de serviços, promovendo-se desta forma a concorrência saudável que beneficiará acima de tudo os cidadãos e empresas.

Atente-se por exemplo, que permitir o exercício da arbitragem, mediação e conciliação nos Cartórios Portugueses, possibilitará, após a necessária formação dos recursos humanos e adaptação dos espaços, **sem quaisquer custos para o erário público** e num curto período de tempo, proporcionar aos cidadãos e empresas de todo o território nacional e ilhas, serviços essenciais cuja utilização diminuirá drasticamente as pendências judiciais.

Não podemos deixar de referir que os Notários são profissionais respeitados e conhecidos na sua comunidade, com um regime estatutário similar aos dos juizes, pelo que a sua associação à mediação, arbitragem e mediação poderá incentivar o recurso a estes meios alternativos de resolução de litígios.

b) PRINCÍPIO DA SUFICIÊNCIA

Por outro lado, na sequência de diversos diplomas legais que aprovaram medidas de simplificação, desmaterialização e desformalização de actos e processos na área do registo predial e de actos notariais conexos, eliminando-se actos e práticas registais e notariais, impõe-se agora concluir a simplificação, seguindo os princípios da subsidiariedade e da suficiência, **já aplicados nos Balcões Únicos das Conservatórias**, completando deste modo o ciclo:

- a) de criação de balcões únicos,
- b) b) eliminação de formalidades e disponibilização de serviços online no sector dos registos, adoptando para o registo predial e actos notariais conexos várias medidas de simplificação, de eliminação de actos e formalidades, criando condições para os actos jurídicos extrajudiciais se tornarem ainda mais rápidos e mais baratos.

Veja-se a proposta de Lei aprovada na generalidade pela AR em 24.01.2003 em que esta solução já vinha prevista (cfr. Anexo A).

Tendo o Estado abdicado de efectuar o duplo controlo através de entidades diferentes, sendo certo que nos procedimentos desenvolvidos pelos Balcões Únicos das Conservatórias – Casa Pronta, Balcão das Heranças e Balcões Divórcio com Partilha – o mesmo conservador titula o acto, verificando a sua legalidade e, de seguida, regista o direito, fazendo o novo controlo da legalidade, é agora necessário, dispensar todos os actos celebrados por escritura pública de um segundo controlo da legalidade por entidade diversa, que não existe para os restantes actos de titulação de negócios jurídicos operados por conservadores.

Assim, o controlo preventivo da legalidade dos actos objecto de registo deverá ser assegurado, consoante a vontade das partes:

- a) por conservador, no acto de registo, quando se trate de contratos titulados por documento particular autenticado;
- b) por conservador, no momento da titulação e do registo, nos actos titulados por contrato celebrado nos Balcões Únicos das Conservatórias - Casa Pronta, Balcão das Heranças e Balcões Divórcio com Partilha.
- c) por notário, no acto de celebração de escritura pública e da inscrição no registo, sendo nesse caso dispensado o controlo da legalidade efectuado por Conservador.

Consideramos que chegou a altura de utilizar a rede de serviços públicos, onde oficiais públicos (notários), que tomam posse perante o Ministro da Justiça e pelo mesmo são exonerados e tutelados ao longo de toda a vida do exercício de funções, para prestar um serviço público, ainda mais seguro, mais rápido e mais barato.

Seguidamente, dar-se-á uma sucinta explicação sobre esta questão concreta que tanta celeuma levantou nos últimos dias, tendo, inclusivamente gerado um documento apresentado pelo Sindicatos dos Conservadores, que contém diversas inverdades.

DOCUMENTO ENTREGUE PELA ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS CONSERVADORES DOS

REGISTOS

NOTA PRÉVIA

O NOTÁRIO É UM OFICIAL PÚBLICO

O Notário é um oficial público, com fé-pública delegada, que toma posse perante o Ministro da Justiça, exerce os seus poderes em nome do Estado, e está adstrito ao princípio da exclusividade - tem um regime de incompatibilidade e impedimentos

mais apertado do os próprios conservadores que, devidamente autorizados, podem exercer outras actividades, - um regime legal apenas equiparável ao dos magistrados.

O Notário organiza o seu serviço num cartório notarial, local de serviço público que, por lei abre todos os dias úteis às 9 horas e tem, obrigatoriamente, de estar aberto ao público por sete horas. O Notário arquiva os seus documentos num arquivo público, que pode ser consultado a toda a hora e do qual podem ser extraídas certidões e cópias, por qualquer interessado. O Notário utiliza selo branco como símbolo da fé-pública que lhe foi delegada pelo Estado. O notário tem obrigações de fiscalização e cobrança de impostos. A todo o tempo o seu cartório pode ser inspeccionado pelo Estado, e o arquivo é público e passados alguns anos é entregue ao Estado.

Nenhuma destas qualidades e regras se aplica a outros profissionais.

Aliás, toda a actuação do Ministério da Justiça vem no sentido de reconhecer ao Notário a sua qualidade de oficial público.

Veja-se, a título de exemplo, a declaração conjunta do Ministério da Justiça e da Ordem dos Notários de 18/12/2009, onde se afirma expressamente que é intenção da tutela **"melhorar as condições em que os Notários exercem a sua actividade de oficial público"**.

Também, na apresentação efectuada pelo Ministério da Justiça, na sede da Ordem dos Notários, da ferramenta electrónica da *Apresentação Complementar*, no dia 20 de Abril de 2010, foi expressamente afirmado pelo Sr. Secretário de Estado da Justiça e da Modernização Judiciária, que é intenção da tutela **"reconhecer a especial função do Notário como oficial público e controlador da legalidade, colocando ao serviço do Estado a rede de Cartórios Notariais"**, como mais valia ao serviço dos cidadãos e das empresas.

No comunicado de apresentação da ferramenta electrónica da *Apresentação Complementar*, bem como no guia disponível no site do Ministério da Justiça (folha 10)

é referido: "cumprir um dos compromissos que o Ministério da Justiça assumiu com a Ordem dos Notários Portugueses, com vista a melhorar as condições em que os notários exercem a sua actividade de oficial público".

Conforme se constata, é posição oficial do Ministério da Justiça, através do Sr. Secretário de Estado da Justiça e da Modernização Judiciária, reconhecer e incrementar a qualidade de oficial público do notário.

Fica assim esvaziada a base de toda a argumentação vertida pela Associação de Conservadores.

ORA VEJAMOS:

1-

1ª página, 2º parágrafo:

“Os documentos ou títulos que ingressam no registo são qualificados pelo conservador em obediência ao princípio da legalidade, e do trato sucessivo...” –

É em grande medida falso!

Hoje em dia, só em alguns casos o registo é efectivamente elaborado pelo conservador. Na maioria das vezes é o oficial de registo (muitas vezes sem habilitações jurídicas, já para não faltar sem formação específica idêntica à do conservador e do notário) com competência própria ou delegada pelo conservador que procede ao registo. Mais - no caso do procedimento especial de transmissão ou oneração de imóveis, chamado “Casa Pronta” o oficial de registo tem competência para titular e registar.

Artº 75º-A Código do Registo Comercial

Nº 2 – O oficial de registo tem competência própria para registar:

Por exemplo a aquisição e hipoteca quando haja intervenção de instituições bancárias, o que representa mais de 90% das aquisições e, mais de 70% do total de registos; e

Nº 3 – tem a competência que lhe seja delegada pelo Conservador.

Artº 55º - A Código do Registo Comercial

Nº 2 - O oficial de registo tem competência própria para registar, por exemplo:

- a) a designação ou cessação de funções dos órgãos sociais;
- b) a mudança da sede;
- c) as alterações aos estatutos, e;
- d) outros actos de registo para os quais o conservador lhes tenha delegado competência;

D.L. nº 263-A/2007, de 23 de Julho – “CASA PRONTA”

Artº 8º, nº 5 – a realização dos actos previstos no número 1, é da competência do conservador, sem prejuízo da possibilidade de delegação em oficial de registo.

ASSIM:

Ao atribuir competências próprias ou delegadas a funcionários das conservatórias;

**Funcionários sem a preparação técnica dos notários e dos conservadores,
não sujeitos às mesmas exigências de formação e de concurso**

**O ESTADO ABDICOU DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO REGISTO, PONDO EM CAUSA
O PRINCÍPIO DO TRATO SUCESSIVO.**

O que exemplificaremos mais adiante

2-

1ª Página, 3º parágrafo:

Não se pretende um sistema de registo por depósito; pretende-se que a escritura notarial ingresse no registo sem passar pelo crivo da conservatória, crivo que, hoje em dia não é sequer necessariamente assegurado pelo conservador, mas sim por oficial de registo sem habilitações sequer aproximadas das do notário.

Ou seja, actualmente um acto titulado por notário (jurista altamente especializado que teve que passar por apertadas provas públicas, em que em média só são aprovados 8% dos licenciados em direito que se apresentam) é “controlado” por oficiais de registo!

O Notário, oficial público, licenciado em direito, com formação específica, com provas públicas prestadas, com posse tomada perante o Ministro da Justiça, sujeito à tutela disciplinar do Ministro da Justiça e da Ordem dos Notários, que responde civilmente com todo o seu património, controla a legalidade do acto que titula (identifica o objecto, as partes, a sua legitimidade, e a viabilidade do acto jurídico que pretendem reduzir a escrito e, depois titula, tendo em conta, nomeadamente, o trato sucessivo, ou seja), **verifica se o direito que acaba de titular está em condições de ingressar no registo, pelo que deve poder fazê-lo autonomamente, desde que o bem ou direito objecto da escritura pública esteja previamente registado a favor de quem o transmite ou onera.**

COM ISTO PRETENDEMOS DIZER QUE DEVE VIGORAR O PRINCÍPIO DA SUFICIÊNCIA:

- Para todos os **direitos partilhados, transmitidos ou onerados por escritura pública**
- Que estejam **definitivamente inscritos no registo predial a favor do autor da herança ou de quem os aliena ou onera** (artigo 54.º, n.º 2, do Código do Notariado)

E será, aqui, bom de lembrar que em Portugal apenas vigora o registo constitutivo para a HIPOTECA, em todos os demais casos o efeitos produzem-se por mero efeito da escritura pública.

3- 2ª página

A argumentação apresentada pela Associação Sindical dos Conservadores dos Registos baseia-se toda num pressuposto errado inultrapassável. É que, como acima vimos, na grande maioria dos registos, já não é o conservador que intervém, mas sim, o oficial de registos.

Principalmente nos créditos hipotecários, onde o registo é constitutivo, o Estado já abdicou do princípio da legalidade, ao conferir aos oficiais de registo a competência própria para o fazer.

Não existe, pois, a chamada qualificação jurídica dos actos que se apresentam no registo, muito menos é o registrador um jurista qualificado e independente;

Ao invés, o Notário é de facto um jurista qualificado e totalmente independente, que, com o seu património pessoal, garante os actos que subscreve.

Quanto à questão do registo por depósito de documentos elaborados por não oficiais públicos, concordamos claramente com o Sindicato do Conservadores.

Aliás, a proposta apresentada pelo CDS-PP vai no sentido de alterar a actual situação do registo comercial, acabando com a total ausência de controlo da legalidade dos actos sujeitos a registo comercial.

O que se pretende é reintroduzir o principio do trato sucessivo no Registo Comercial, considerando-se que tal é possível, também, através do controlo da legalidade operada pelo Notário, tanto no controlo da legitimidade, como na observância do trato sucessivo.

4- 3ª Página, ponto 4.

Também a Ordem dos Notários pretende a existência de um sistema de registo de protecção forte;

E não é pelo facto de o Notário proceder a um primeiro controlo da legalidade no âmbito da titulação, e num segundo momento aquando do registo, obedecendo ao Principio do Trato Sucessivo, que o Registo se torna fraco.

O Registo torna-se fraco apenas quando é feito por quem não possui as necessárias habilitações nem o necessário grau de isenção técnica.

O registo torna-se completo, íntegro e exacto (DE PROTECÇÃO MÁXIMA) se existir um controlo técnico de um jurista especializado, o Registador, que pode ser o Conservador, ou, em alternativa, o Notário.

Tal intervenção do Conservador quando também titula o acto, ou do Notário, poder-se-á considerar um duplo controlo efectuado pela mesma entidade, ou, em alternativa, apenas um grau de controlo.

O que se pretende, e se aproveita para esclarecer e, talvez corrigir, porque erradamente se tem falado da abolição do duplo controlo, - o que se pretende, é a implementação do principio da suficiência – quem quer ver registado o seu direito, com todas as garantias, ou se dirige à Conservatória, ou se dirige ao Cartório Notarial – em ambas as repartições, encontrará um jurista qualificado, independente, que

assegura a total legalidade e exactidão dos direitos inscritos no Registo. Ou seja, um sistema que a ONU designa de “details guarantee”.

No fundo, o que é proposto, é a abolição de dois controlos de legalidade efectuado por entidades diversas.

5- Pontos 5 e 6 e 7 do parecer do Sindicato dos Conservadores

Para além dos Conservadores, só os Notários são oficiais públicos, que respondem disciplinarmente perante o Estado, respondendo, igualmente, perante a Ordem dos Notários, e garantem os actos com o seu património.

Citando Professor Doutor José González no seu parecer “ Qualificação de actos registáveis com intervenção notarial (Duplo Controlo da legalidade)” , publicado in BRN 1/ 2004, poder-se -á dizer que estaríamos perante um reforço da segurança jurídica: – “ *a responsabilidade (do notário) até triplica: responsabilidade perante o Estado, responsabilidade perante a Ordem dos Notários, responsabilidade perante o cliente*” (cfr. Anexo B).

Conclui o Professor o seu artigo, afirmando: “*A certeza razoável que o público em geral pode depositar no registo funda-se, pois, no controlo da legalidade a que se submeteu o facto registável – seja o controlo realizado, grosso modo, pelo Notário ou pelo Tribunal, seja no controlo efectuado pelo Conservador. Mas, um e suficiente.*”

Repete-se: o que se pretende é que quando estejamos perante uma escritura pública, **deve ser abolido o controlo da legalidade do conservador, porque esse controlo já foi efectuado pelo Notário.**

6- Ponto 8.

Esta proposta não é nova - já em Janeiro de 2003 a AR aprovou, na generalidade, o Projecto de Lei nº 177/IX apresentado pelo Partido Socialista, que previa exactamente o que aqui se propõe – o controlo ou é efectuado pelo Conservador, ou pelo Notário (cfr. Anexo A).

O particular ou a empresa escolhem qual o serviço público que preferem. Ou o da Conservatória, ou o do Cartório Notarial.

Esta matéria já foi por diversas vezes discutida.

Já em 05 de Dezembro de 2003, o Bastonário da Ordem dos Notários, Dr. Joaquim Barata Lopes, em colóquio promovido pela Associação Sindical dos Conservadores de Registos e pela Universidade Lusíada, referia que: “...o notário pode e deve assumir a qualidade de magistrado do contrato, devendo a escritura pública ser equiparada à sentença judicial, para efeitos de registo dos factos nela titulados” (cfr. ANEXO C).

Ao contrário do afirmado pela Associação Sindical dos Conservadores, a nova geração de Notários, teve que estudar aprofundadamente direito registral para as provas públicas que prestou – e, deve-se aqui sublinhar, que só 8% dos juristas que se apresentaram nas provas, foram aprovados - 121 em 1500 candidatos!

7- Ponto 9.

Vêm os Senhores Conservadores, novamente, falar no registo alegadamente efectuado através dos agentes da instituição pública, isentos, tecnicamente qualificados e juridicamente habilitados.

Ora, como vimos, o registo é hoje efectuado por oficiais de registo, que muitas vezes não são tecnicamente qualificados e muito menos juridicamente habilitados.

Por outro lado, tenta-se qualificar os Notários como meros agentes privados e igualá-los a solicitadores e advogados, o que sabidamente não é correcto, conforme acima demonstrado.

Repete-se: o Notário é um oficial público, com fé-pública delegada, toma posse perante o Ministro da Justiça, exerce os seus poderes em nome do Estado, e está adstrito ao princípio da exclusividade - tem um regime mais apertado do os próprios conservadores que, devidamente autorizados, podem exercer outras actividades, um regime legal apenas equiparável ao dos magistrados.

Não deixa de ser irónico, que esta mesma Comissão está a analisar um diploma que faz transitar processos judiciais do Tribunal, para a esfera do Cartório Notarial, dando poderes aos Notários para decidir em matérias que antes cabiam na esfera judicial e que, ao mesmo tempo, se pretenda desvalorizar completamente a forte vertente pública da profissão, equiparando-a à de um solicitador ou advogado, profissionais estatutariamente parciais e, cuja independência e imparcialidade, não se encontra garantida, uma vez que não estão adstritos ao princípio da exclusividade.

8- Ponto 11.

A proposta de Lei do CDS, prevê o registo por averbamento do acto titulado por escritura pública. Talvez o termo não será o mais adequado e dever-se ia ter falado apenas no ingresso no registo, sem controlo por parte da Conservatória. O termo "averbamento" apenas foi utilizado porque permite que o Notário utilize a plataforma informática que o Registo hoje em dia representa, transcrevendo o direito que acabou de titular nesse mesmo registo, pagando uma verba pela sua utilização, cuja gestão continua a ser efectuada pela Conservatória.

Mas, uma vez que o termo técnico jurídico não é consentâneo, aproveitamos para apresentar uma proposta de alteração de redacção.

9- Ponto 12.

Mais uma vez se pretende dar a entender que o Notário é uma mera entidade privada – Não é verdade. Repete-se NÃO É VERDADE.

Aliás, como já dissemos: não pode num momento o Notário ser considerado um oficial público com poderes quase judiciais; e no momento seguinte ser considerado um mero particular.

O Notário é perfeitamente equiparável a um Conservador – são ambas entidades públicas; uma é de gestão privada, a outra de gestão pública. A prova de que assim é, é a transferência de poderes do Tribunal para os Conservadores e para os Notários, no âmbito dos Inventários.

SEM PRESCINDIR

10 - Caso se entenda que o facto de o Notário fazer o controlo da legalidade antes de inscrever o direito no Registo, põe em causa, ou reduz substancialmente a segurança jurídica do tráfego jurídico, então, deve tal constatação ter as suas consequências.

ORA VEJAMOS

11- O nosso sistema jurídico é declarativo, segundo o qual, é através de um contrato que o direito real nasce.

12- Ora se é entendido que a Escritura faz prova plena do que se diz mas não faz prova da veracidade do que se diz; então, também não o pode fazer o documento único do Balcão Casa Pronta.

13- Por outro lado, se ao Notário não são reconhecidos poderes para fazer o controlo da legalidade quanto à inscrição predial, muito menos se poderá reconhecer tais poderes a Oficiais dos Registo.

14- Se não pode ser concentrado numa só Entidade o Duplo Controlo da Legalidade para verificar a substância e a formalidade de um titulo, então, também ao Conservador terá que está vedada essa possibilidade, devendo um Conservador titular o acto e o outro Conservador proceder à verificação da legalidade formal do título -o segundo controlo da legalidade.

15- Têm, então, os Senhores Deputados a oportunidade de restaurar a Segurança Jurídica em Portugal:

- Uma entidade titula e, um conservador regista; não pode um conservador titular e registar e, muito menos, pode um oficial de registos registar ou, ainda pior, titular actos.

c) INSCRIÇÃO NA CPAS

No âmbito deste processo de reestruturação da função de notário e atendendo às similares especificidades da carreira contributiva desta profissão com as de advogado e solicitador, a Ordem dos Notários estabeleceu já conversações com as direcções da Ordem dos Advogados, da Câmara dos Solicitadores, e da Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores (CPAS) no sentido de consagrar a possibilidade de os notários virem a aderir à CPAS e, assim, seria de todo pertinente, neste momento, alterar a lei de forma a autorizar tal solução.

TERMOS EM QUE, SE PROPÕE AS SEGUINTE ALTERAÇÕES ÀS PROPOSTAS DE LEI DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA DO GOVERNO E À PROPOSTA DE LEI DO CDS/PP, SEM PREJUÍZO DAS DEMAIS DECORRENTES DO ACIMA EXPOSTO:

Artigo 4º

[...]

1- [...]

2- [...]

s) o exercício de funções em processos de casamento e de divórcio, nos termos previstos para os conservadores.

Não concordamos com a redacção proposta para o número um do **artigo 8º** que deveria manter-se, dado que, em obediência ao princípio da gestão privada do cartório, deve o notário ter a liberdade de escolha do trabalhador que queira autorizar a praticar determinado tipo de actos legalmente possíveis, **sob sua inteira responsabilidade.**

Não concordamos que seja o Governo, através de uma Portaria, a fixar as habilitações ou o vínculo profissional dos colaboradores do Cartório!

Ou somos profissionais liberais para o que interessa, e oficiais públicos para o que não interessa?

Quando afirmamos que queremos ver a nossa vertente pública reforçada, respondemos que somos profissionais liberais;

Quando queremos organizar a nossa profissão de forma liberal, o Governo invoca a nossa qualidade de oficial público, totalmente dependente do Ministro da Justiça, para nos impor regras de exercício da profissão!

Por outro lado, alertamos para o facto de a redacção proposta para o nº 1 do artigo 8.º do Estatuto do Notariado, caso seja aprovada sem mais, implicar a total paralisação do funcionamento dos cartórios notariais.

Efectivamente, caso a redacção proposta de lei entre em vigor tal como está, apenas os notários poderão praticar actos dentro dos respectivos cartórios, até que seja publicada a referida portaria. Mesmo os actos mais simples como um reconhecimento de assinatura, a emissão de uma certidão ou uma simples pública forma.

Tal situação tornaria impossível:

1 - **prestar um atendimento de qualidade**, com rapidez e eficácia, aos cidadãos e às empresas;

2 - **manter o funcionamento e a rentabilidade**, já perigosamente afectados, dos cartórios, uma vez que o notário não pode, simultaneamente presidir à leitura dos actos, apresentar registos e ainda praticar todos os actos que até agora delega nos seus trabalhadores, assumindo a responsabilidade civil, devidamente segurada, pela prática dos mesmos;

3 - **manter os postos de trabalho** actualmente existentes e já em perigo devido à dramática redução de rendimento dos cartórios.

Atenta a importância que a matéria tem na sobrevivência dos cartórios e no exercício da sua actividade, consideramos que:

a) a redacção do n.º 1, do artigo 8.º, do Estatuto do Notariado, deve ser alterada de modo a que dela constem as referidas condições mínimas de autorização do notários para a prática de actos pelos seus trabalhadores, evitando assim a sujeição dos notários a diferentes concepções das diferentes futuras equipas governativas;

b) caso assim não se entenda, a referida proposta de lei apenas deve ser aprovada com uma norma de aplicação transitória nos termos da qual a actual redacção do n.º 1, do artigo 8.º do Estatuto do Notariado, se mantenha em vigor até à entrada em vigor da portaria prevista na nova redacção daquele artigo.

PROPÕE-SE A SEGUINTE REDACÇÃO:

Artigo 8. Prática de actos por trabalhadores.

1 - O notário pode, sob sua responsabilidade, autorizar um ou vários trabalhadores com formação adequada a praticar determinados actos ou certas categorias de actos.

No seguimento dos motivos acima expostos quanto à introdução do princípio da suficiência, propomos a seguinte redacção para o artigo 11º:

Artigo 11.º - Princípio da legalidade

[...]

4- É dispensado o controlo da legalidade pela conservatória de actos titulados por notário, referentes a direitos partilhados, transmitidos ou onerados por escritura pública que estejam definitivamente inscritos no registo predial ou comercial a favor do autor da herança ou de quem os aliena ou onera.

5- Os factos submetidos ao controlo do notário nos termos do número anterior ingressam directamente no respectivo registo por inscrição, mediante o pagamento de 20% do valor do emolumento respectivo.

No seguimento dos motivos acima expostos quanto à Caixa de Previdência, propomos a seguinte redacção para o artigo 24º:

Artº 24- Segurança Social (Protecção Social)

Os notários integram-se no regime de segurança social dos trabalhadores independentes ou em, alternativa, em caixa de previdência privada existente ou a constituir.

SALVAGUARDA DA AUTORIDADE PÚBLICA

Para salvaguarda do manifesto interesse público da profissão de notário, impõe-se o aditamento de uma norma que vede aos não nacionais a pratica de actos que impliquem o exercício de autoridade pública, propondo-se a seguinte redacção:

Artº 1º A

[...]

3- Apenas os notários nacionais podem praticar actos que impliquem o exercício de autoridade pública definidos por diploma legal.

Por último:

O Governo propõe a alteração do artigo 25.º do Estatuto do Notariado (página 15 daquela proposta de lei), alterando deste modo os requisitos de acesso à função notarial.

Caso seja aprovada a proposta, este artigo passa a ter 6 alíneas (mais duas do que na actual redacção)

No entanto, certamente por lapso, daquela proposta não consta a alteração do artigo 26.º do mesmo Estatuto.

Ora, caso não seja corrigida a dita proposta de lei, poderão requerer à Ordem dos notários a inscrição no estágio notarial todos os cidadãos portugueses ou de Estados

membros da União Europeia, que tenham mais de 18 anos, não sendo por exemplo necessário, possuir licenciatura em direito.

Assim sendo, em caso de aprovação da mencionada proposta de lei, é necessário proceder ainda à alteração do artigo 26.º do Estatuto do Notariado, adequando-o à nova redacção do artigo 25.º, nos seguintes termos:

Artigo 26.º

Início de estágio

Quem possuir os requisitos previstos nas alíneas a) a d) do artigo anterior pode requerer à Ordem dos Notários a inscrição no estágio notarial.

Face à nova competência que esperamos vir a obter na mediação e arbitragem, propomos, igualmente, a possibilidade de a Ordem dos Notários constituir um Centro de Mediação e Arbitragem.

Nessa medida, propomos a seguinte alteração à redacção proposta pelo Governo para o artigo 3º do Estatuto da Ordem dos Notários:

Artº3º

Atribuições

1-[...]

- s) Constituir um centro de mediação e arbitragem.
- t) alínea r) da proposta do Governo.

Lisboa, 14 de Julho de 2010.

O Bastonário

(Alex Himmel)

PROJECTO DE LEI N.º 177/IX

LEI DE BASES DA REFORMA DO SERVIÇO PÚBLICO DE REGISTO E NOTARIADO

Exposição de motivos

1 — O serviço público de registo e notariado desempenha um papel fundamental na prevenção de litígios e no reforço da certeza e segurança do tráfego jurídico.

Contudo, décadas de imobilismo produziram uma crescente depreciação do valor acrescentado assegurado pelo serviço, que foi sendo percebido pela sociedade mais como um entrave burocrático do que como um importante garante da segurança e certeza do tráfego jurídico.

Com efeito, o serviço não acompanhou a modernização da sociedade, contrastando os seus procedimentos antiquados com a dinâmica e inovação que marcam em particular a vida económica.

É assim incompreensível, por exemplo, que quando já se generalizou a possibilidade de proceder, por ordem telefónica e em segundos, à transacção de milhões de euros de acções de uma sociedade cotada na bolsa, continue a ser necessário um complexo e moroso procedimento notarial e registral para transmitir uma quota de uma pequena sociedade.

A recuperação e garantia do valor acrescentado da actividade notarial e registral exige a sua modernização e adequação às exigências da sociedade e da competitividade da economia. Só assim será possível garantir com eficiência a segurança do tráfego jurídico.

2 — Nas duas últimas legislaturas iniciou-se este processo de reforma.

Estabeleceu-se uma parceria estratégica entre o Governo e os parceiros sociais, que permitiu a execução de um importante programa de desformalização dos actos jurídicos, eliminando mais de três milhões de actos notariais/ano, sem que tenha sido diminuída a segurança do tráfego jurídico.

Por outro lado, concretizou-se uma reforma estrutural do quadro remuneratório do serviço, eliminando a sua natureza tributária, e adequando-o ao seu custo efectivo independentemente do seu valor económico.

Foi lançado e desenvolvido o processo de informatização integrada dos registos e notariado, que será implementado ao longo do ano de 2003. O processo de informatização não permite só — e seria muito — alterar os processos de trabalho, permite, sobretudo, a revisão dos procedimentos anquilosados, só assim se maximizando os potenciais ganhos de produtividade.

Estes três passos estruturantes permitiram uma melhor adequação entre a oferta e a procura, uma maior justiça na remuneração do serviço e a criação de condições para o reforço da produtividade.

3 — Contudo, para além de consolidar esta estratégia incremental, impõe-se reformar o próprio princípio estruturante do sistema de registos e notariado, que assenta num duplo controlo preventivo da legalidade imposto por força da lei: primeiro, por acto notarial e, depois, por acto de registo.

O presente projecto de lei introduz uma ruptura sistémica, consagrando um novo princípio estruturante do sistema: um único controlo preventivo da legalidade.

Unifica-se, assim, na actividade registral as funções de controlo preventivo da legalidade, de identificação de pessoas e bens, e de publicitação das respectivas situações jurídicas.

Salvaguarda-se, porém, a liberdade das partes, querendo recorrerem a controlo preventivo por acto notarial. Mas então fica dispensado o controlo no acto de registo.

O sistema estrutura-se, assim, em torno de três princípios fundamentais, da legalidade, da subsidiariedade e da suficiência, nos termos dos quais o controlo preventivo da legalidade por força da lei opera-se no acto de registo, podendo, por vontade das partes, operar por acto notarial.

Ou seja, obrigatório é o controlo no acto de registo, facultativo o controlo por acto notarial.

Deste princípio estruturante decorrem duas consequências fundamentais para a organização do sistema de registos e notariado:

- O controlo obrigatório, imposto por força da lei, é incumbência do Estado;
- O controlo facultativo, que resulta da vontade das partes, será assegurado por prestação de serviços em regime de profissão liberal.

Assim, a componente pública do sistema do registo e notariado estrutura-se no Registo Público de Pessoas e Bens e assenta nas carreiras de Conservador e Oficial de Registo, passando a actividade notarial a ser exercida em regime de profissão liberal, sujeita a fiscalização e regulação pelo Estado.

Assegura-se, naturalmente, a integração nas carreiras de Conservador e Oficial de Registo, com salvaguarda dos direitos adquiridos e das expectativas legítimas, dos actuais Notários e Oficiais de Notariado que optem pela manutenção do vínculo à função pública.

Quanto ao exercício da actividade notarial em regime de profissão liberal, é expressamente proibida a adopção de regimes ou práticas restritivas da concorrência, nomeadamente:

- A adopção de *numerus clausus* no acesso à profissão;
- A delimitação territorial da actividade;
- O tabelamento de honorários.

O sistema de registos e notariado terá assim duas componentes, uma pública, outra privada. A pública assegura os serviços que são obrigatórios por força da lei. A privada presta os serviços que as partes solicitam por sua livre vontade.

4 — Esta ruptura sistémica supera o paradigma, hoje anacrónico, em que se discutia a mera privatização do notariado.

Com a privatização do notariado o sistema permanece inalterado, só se eliminando o vínculo laboral do notariado ao Estado. Quanto ao mais, os actos dos particulares continuam sujeitos a duplo controlo, forçados por lei a contratar serviços privados, encarecidos pela tributação em IVA.

Ou seja, o sistema ficaria na mesma e o serviço mais caro. A mudança esgotar-se-ia nas vantagens corporativas decorrentes da privatização das receitas públicas e da eliminação do tecto salarial que limita o vencimento de alguns dos notários.

O que se propõe é uma reforma ao serviço dos cidadãos e do desenvolvimento. Não uma reforma inspirada e ao serviço de mesquinhas aspirações corporativas.

5 — Esta reforma implica profundas alterações do direito substantivo, em particular quanto à forma dos actos. Implica, designadamente, substituir a exigência de celebração de escritura pública pela obrigatoriedade do acto do registo como requisito de validade do acto jurídico, com a consequente alteração da natureza meramente declarativa do registo.

Exige, por outro lado, uma ampla revisão dos procedimentos registrais, valorizando o controlo preventivo da legalidade que então se opera.

Recomenda a prudência que esta transição se processe de modo gradual. É a todos os títulos recomendável que a reforma se inicie pelos actos relativos às empresas e que só numa última fase atinja os actos relativos a direitos reais, em especial os que tenham por objecto prédios rústicos.

A forma adoptada – a da lei de bases – parece deste ponto de vista particularmente adequada. Aqui se fixam as bases de uma reforma que deve ser gradualmente desenvolvida pelo Governo por via da adaptação do direito substantivo e procedimental.

6 — A segunda ruptura introduzida por esta reforma prende-se com a própria concepção do sistema de registos com uma única base de dados central relativa a pessoas, bens e respectivas situações jurídicas.

O Registo Público de Pessoas e Bens é concebido como uma base de dados única e geral que unifique os diversos registos públicos, quer os que se encontram integrados no Ministério da Justiça, quer os que se encontram dispersos por outros serviços da Administração, como sejam os que permitirão uma informação predial única ou o documento único automóvel.

Trata-se, no fundo, de assegurar que a lei permita explorar todas as virtualidades que a informatização do sistema comporta.

Trata-se, por exemplo, de na área predial garantir o tratamento por meio de sistema de informação geográfica de toda a informação dispersa no registo predial, repartições de finanças, serviços cadastrais, ou de urbanismo quanto aos ónus decorrentes de instrumentos de ordenamento do território.

O Registo Público de Pessoas e Bens terá acesso activo descentralizado aos diversos Conservadores e Oficiais de Registo através da rede de comunicações do Ministério da Justiça e acesso passivo global através das redes nacional e internacional de comunicações.

Sem prejuízo da sua estrutura desmaterializada, o Registo Público de Pessoas e Bens terá uma rede nacional de centros de atendimento ao público que assegure uma adequada cobertura do território nacional.

A unificação de toda a informação relativa a pessoas e bens numa única base de dados tem como consequência necessária a obrigação dos serviços públicos recolherem oficiosamente no Registo Público de Pessoas e Bens a informação de que careçam e esteja sujeita a registo, não tendo de solicitar aos cidadãos informação e comprovativos de informação de que a Administração já dispõe.

Por outro lado, a configuração do Registo Público de Pessoas e Bens como uma base de dados central, põe definitivamente em causa a organização assente na circunscrição territorial de competências, permitindo a prática de qualquer acto em qualquer ponto terminal da rede.

Do mesmo modo, esta configuração permite a publicitação electrónica da informação registada, directamente acessível aos interessados, substituindo as publicações ou a emissão de certidões em suporte de papel.

7 — A forma de lei de bases é a adequada a uma reforma que atinge o princípio estruturante do sistema de registos e notariado, implicando uma ruptura com um quadro jurídico, económico e social com tradição secular.

A aprovação do projecto de lei fixa e consolida o quadro de desenvolvimento desta reforma que deve ser desenvolvida por decreto-lei, de modo gradual e progressivo.

Desenvolvimento, insiste-se, que deve incidir de modo muito particular na revisão dos procedimentos, já pelo que resulta necessariamente da unificação do controlo preventivo no acto do registo, já pela simplificação que a informatização permite e exige.

Estamos perante uma reforma global, que visa adequar o sistema de registos e notariado a uma sociedade moderna e dinâmica que exige eficiência na garantia da certeza e segurança do tráfego jurídico.

É uma reforma que compreende que o ambiente institucional é um forte condicionante da competitividade. E que assume que a reforma institucional não se pode limitar a acrescentar mais ao mesmo, antes exige fazer melhor e diferente.

Este é o único caminho que permite racionalizar recursos, evitar o aumento da despesa, servindo melhor a cidadania e o desenvolvimento.

Capítulo I

Princípios e objectivos

Base I

Âmbito

A presente lei estabelece as bases da reforma do serviço público de registo e do notariado e define o seu enquadramento geral no sistema de justiça.

Base II

Objecto

1 — O sistema de registo e do notariado tem por objecto o controlo preventivo da legalidade de actos jurídicos, a identificação de pessoas e bens e a publicitação da respectiva situação jurídica.

2 — O controlo preventivo de legalidade confirma a ocorrência do acto entre as partes e perante todos e quaisquer terceiros, assegurando a legitimidade das partes, a licitude do objecto e a legalidade do acto.

Base III

Finalidades

A actividade registral e notarial tem por finalidade o reforço da segurança e da certeza do tráfego jurídico e a prevenção de litígios, mediante a atribuição de fé pública aos actos jurídicos cuja legalidade controla, à identificação de pessoas e bens a que procede e às situações jurídicas que publicita.

Base IV

Princípio da legalidade

A lei determina quais os factos e actos jurídicos objecto de registo obrigatório ou facultativo.

Base V

Princípio da utilidade

O elenco de actos sujeitos a registo obrigatório é objecto de reavaliação periódica em razão da sua efectiva utilidade para a realização dos fins prosseguidos.

Base VI

Princípio da subsidiariedade

1 — O controlo preventivo da legalidade dos actos objecto de registo é assegurado no acto de registo.

2 — O controlo preventivo da legalidade por vontade das partes é assegurado por acto notarial.

Base VII

Princípio da suficiência

É dispensado o controlo da legalidade no acto de registo dos actos previamente submetidos por vontade das partes a controlo notarial.

Base VIII

Princípio da acessibilidade e simplicidade

A actividade registral e notarial é especialmente orientada para oferecer acessibilidade, simplicidade e comunicabilidade da informação relativa às pessoas e aos bens.

Base IX

Princípio da desmaterialização

Os meios de expressão e registo dos actos e factos jurídicos são progressivamente objecto de desmaterialização, estando garantida a segurança do acesso aos dados pessoais e a actualização permanente da informação digital.

Capítulo II

Organização do Sistema de Registo e Notariado

Base X

Deveres do Estado

1 — Constitui incumbência do Estado, na execução da política geral de administração da Justiça:

a) Recolher, reunir, tratar sistematicamente e organizar coerentemente, manter, actualizar e disponibilizar os elementos de informação que são objecto dos registos públicos;

b) Assegurar o controlo preventivo da legalidade dos actos jurídicos extrajudiciais objecto de registo, no respeito pelos princípios da legalidade, da subsidiariedade e da suficiência;

c) Promover a agregação de todas as bases de informação do conjunto dos actuais registos públicos em uma base de dados única e geral;

d) Proceder à integração nesta base de dados de todo o espólio de informação anteriormente documentado em papel ou qualquer outra forma;

e) Garantir a unificação nesta base de dados dos demais registos que identifiquem, descrevam e qualifiquem juridicamente bens móveis e imóveis, existentes em serviços públicos, centrais, regionais ou locais;

f) Assegurar a colaboração e cooperação permanente entre os serviços da administração central, regional e local, com vista à compatibilização dos elementos de informação relativos a pessoas e bens e à sua consistente actualização;

g) Proceder à regulação geral da actividade notarial em regime de profissão liberal, à autorização e consequente fiscalização da prestação de serviços notariais.

2 — O Estado assegura o cumprimento dos seus deveres através do Registo Público de Pessoas e Bens.

3 — O Estado pode assegurar a função que lhe é confiada pela alínea g) do n.º 1 através da criação de uma associação pública profissional.

Base XI

Convergência e controlo único

A organização do Registo Público de Pessoas e Bens é norteada pela gradual convergência e integração numa função de controlo único preventivo da legalidade e registo.

Base XII

Exercício da actividade notarial

1 — Incumbe aos notários o controlo preventivo da legalidade, com a correspondente atribuição de fé pública, dos actos jurídicos extrajudiciais que não são objecto de registo, ou que lhes são submetidos por vontade das partes.

2 — Os notários exercem a sua actividade em regime de profissão liberal.

**Qualificação de actos registáveis com intervenção notarial
(Duplo controlo da legalidade)**

José González

Texto apresentado no Colóquio sobre “Duplo controlo da Legalidade?”, realizado na Universidade Lusíada, em Lisboa, em 5 de Dezembro de 2003

Anexo BRN 1/2004

Qualificação de actos registáveis com intervenção notarial (Duplo controlo da legalidade)

I) O registo predial está dotado de fé pública, (art. 7º, Cód.Reg.Predial) ¹. Habitualmente sustenta-se que essa fé pública está alicerçada na imposição, ao Conservador, do dever de observância de uma legalidade estrita, na fase da qualificação do pedido de registo, por força do disposto no art. 68º do Cód.Reg.Predial. Como tal qualificação tanto abrange aspectos da legalidade puramente registal, como aspectos da legalidade substantiva, ela seria base suficiente para que se poder afirmar a *fiabilidade* do conteúdo do assento registal.

De facto, os elementos a que o Conservador tem acesso e os aspectos relativos ao facto registável que deve averiguar na qualificação do pedido de registo, permitem afirmar que o Conservador, quando decide registar, fá-lo por estar razoavelmente seguro de que o pode fazer, (caso contrário, recusaria ou inscreveria provisoriamente por dúvidas). E, por consequência, observados que sejam os requisitos de legalidade decorrentes do que se estabelece na citada disposição legal, pode o público em geral estar também razoavelmente seguro de que o registo é *exacto* e está *completo*.

Aliás, a bem dizer, o grau de confiança que o público pode depositar na veracidade do registo, é até maior do que aquele que o Conservador pode depositar na veracidade do facto que regista, dado que o público pode inclusivamente obter protecção contra vícios do próprio acto de registo decorrentes de uma deficiente actuação imputável ao Conservador (art. 16º/b)/c)/d)/e), Cód.Reg.Predial).

II) Ademais, na nossa lei actual, (que, diga-se, desejavelmente, deveria ser modificada neste aspecto), a *qualificação* a que procede o Conservador destinada a controlar a legalidade do registo tal como este lhe é pedido, acaba por ser, na maior parte dos casos, segunda qualificação, ou, melhor dito, segundo controle de legalidade, pois o Conservador procede a uma averiguação obedecendo, parcialmente, a parâmetros de natureza análoga àqueles a que obedece igual controlo *anterior* da legalidade realizado pelo Notário.

Na nossa tradição jurídica, (neste caso, muito similar à espanhola), o Notário intervém para *dar forma* aos actos jurídicos extrajudiciais (art. 1º, Código do Notariado), e o Conservador, do Registo Predial ou do Registo Comercial, (que é em relação a quem agora importa observar a questão), *publicita* esses ou outros actos tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário, (art. 1º do Código do Registo Predial e art. 1º do Código do Registo Comercial).

À primeira vista, a possibilidade de colisão no exercício das suas funções será impossível.

¹ Há quem entenda que a fé pública registal não é a presunção inicial mas, ao invés, é a situação final resultante da verificação dos requisitos de protecção de terceiro de boa fé exigidos pelo art. 291º do Cód.Civil ou pelo art. 17º/nº2 do Cód.Reg.Predial. Aqui prefere-se utilizar o conceito de *fé pública* com o sentido que ele normalmente tem no léxico jurídico nacional.

III) Sucede que, nesse exercício, o Notário deve procurar conformar a vontade das partes com as disposições legais aplicáveis (art. 4º/nº1, Código do Notariado) o que implica, naturalmente, que o Notário não deve admitir a prática de actos ilegais, ilícitos ou, em geral, antijurídicos.

Daí que designadamente, o Notário deva recusar a prática de actos que, tal como são pretendidos pelos particulares, sejam nulos (art. 173º/nº1/a), Código do Notariado). Parece sem dúvida ajustado, se se tiver em consideração que é o Notário que está em contacto com as partes, devendo até, nessa medida, assessorá-las, procurando não só esclarecê-las, como impedir, prevenir, que estas pratiquem actos juridicamente inadmissíveis. Razão pela qual, ao contrário do que em geral sucede com o Conservador, diga-se desde já, não podendo recusar a prática de actos meramente anuláveis, deve, no entanto, aconselhar as partes à sua não realização e, no caso de estas permanecerem na intenção de o praticar, deve consignar, no título que venha a lavrar, essa qualidade do acto, bem como do fundamento que lhe permite afirmá-la, disso dando conhecimento aos outorgantes (art. 174º, Cód. Notariado).

IV) Ao invés, o Conservador não está em contacto directo com as partes, pois aprecia sobre a viabilidade do pedido de registo apenas em função da prova documental carreada para o processo registal pelo requerente ou então aquela de que a própria Conservatória já detém, (art. 68º do Código do Registo Predial).

No exercício do poder de apreciação sobre a viabilidade do pedido de registo (*qualificação*) o Conservador deve averiguar sobre, não apenas os requisitos de acesso ao registo de natureza exclusivamente registal, como deve apreciar também sobre a própria validade, formal e substancial, dos actos cujo registo é requerido (cfr., novamente, a disposição legal citada por último). Em conformidade, o Conservador deve recusar o registo, entre outros fundamentos, quando o acto cuja inscrição foi requerida seja indubitavelmente nulo (art. 69º/nº1/) do Código do Registo Predial).

V) Deste breve confronto entre os poderes de actuação do Notário e do Conservador, resulta que, no âmbito da apreciação sobre a *validade substantiva* do acto jurídico particular, existe uma manifesta sobreposição de poderes funcionais.

Ambos podem (devem) conhecer sobre a validade substantiva dos actos jurídicos que os particulares lhes submetem, pois ambos podem (devem) recusar, no âmbito da sua actuação, a prática de actos relativos àquilo que os intervenientes pretendem quando o acto que o Notário deve titular ou o acto que o Conservador deve inscrever seja nulo. Ora, como é o evidente, para se chegar à conclusão de que tal acto é nulo, pressupõe-se que os seus requisitos de validade tenham previamente sido objecto de alguma sindicância.

VI) Não se vê qualquer obstáculo a que um dos controlos de legalidade seja eliminado. E, manter-se a clara separação de funções entre Notário e Conservador, (que corresponde, de resto, a uma enraizada tradição histórica, confirmada pelo direito comparado), só faz sentido que se elimine o segundo controlo, uma vez que repete, ainda que para distinta finalidade, o anterior. O que também significa, por outra via, que o controlo da legalidade a cargo do Conservador se deve manter sempre que não exista controlo anterior efectuado de qualquer outra entidade disso encarregue por dever de officio.

VII) E, apesar de algumas opiniões em sentido contrário, não se descortina qualquer incompatibilidade entre, por um lado, a eliminação parcial do dever de controlo relativo à legalidade substantiva imposto ao Conservador e, por outro, o estabelecimento de um registo constitutivo.

Veja-se, designadamente, o caso das hipotecas.

As hipotecas legais não são tituladas através de um acto notarial – portanto, caberão sempre no poder atribuído ao Conservador para controlo da legalidade, pois não há controlo prévio a cargo de qualquer outra entidade.

As hipotecas judiciais derivam de sentença condenatória – portanto, nunca cabem no poder do Conservador para apreciação da legalidade. (A não ser que se defenda que o Conservador pode apreciar sobre o mérito de uma decisão judicial!).

As hipotecas voluntárias são constituídas por escritura pública – portanto, o controlo da legalidade substantiva já foi realizado pelo Notário, não havendo razão para que, no fundo, o Conservador tenha o poder de fiscalizar os actos praticados pelo Notário.

O registo constitutivo não exige maiores cuidados na apreciação da respectiva viabilidade do que o não constitutivo. O registo da hipoteca é constitutivo porque, não sendo esse registo, não haveria meio, por precário que fosse, que permitisse publicitá-la. Mas, não é por isso que o Conservador há-de redobrar a vigilância quando aprecia o pedido de registo de uma hipoteca. O cuidado, imposto pelo princípio da legalidade, tem a mesma intensidade para qualquer acto de registo, qualquer que seja o efeito substantivo correspondente.

VIII) A intervenção do Notário destina-se, e crê-se que se deve enfatizar este aspecto, a *prevenir conflitos* através da formalização, (logo, esta não é um fim em si mesmo, mas um instrumento destinado à referida prevenção).

É o Notário que está em contacto com as partes; por isso, a apreciação da legalidade posteriormente efectuada pelo Conservador só se pode basear, como se disse, em documentos (art. 68º, Cód.Reg.Predial e art. 47º, Cód.Reg.Comercial). A amplitude que a lei lhe dá está, assim, na prática, muito condicionada, e, portanto, acaba por ter um alcance bem menor do que parece ter em abstracto.

Por outro lado, se o Notário errou, (ao menos, aos olhos do Conservador), o conflito, que se pretendia prevenido, já surgiu, (ao menos, potencialmente). Ora, se a apreciação posterior do Conservador resolvesse alguma coisa, ainda existiria justificação para a sua manutenção – se, por exemplo, servisse para sanar vícios ou irregularidades do acto notarial, ou se, no mínimo, servisse para as declarar, evitando o recurso a tribunal. A verdade é que a duplicação da apreciação só serve, se existirem esses vícios ou irregularidades, para impedir ou condicionar o acesso ao registo, nada remediando.

E crê-se que, nos dias de hoje, a intervenção do Conservador não se pode justificar apenas na publicitação. Ao invés, a intervenção do Conservador deve também justificar-se na necessidade social de *prevenção* de conflitos, sob pena de os argumentos que recentemente se utilizaram para, na prática, eliminar a necessidade de intervenção do Notário nos actos jurídicos extrajudiciais, se estenderem ao Conservador. Ora, se o Conservador fizer um segundo exame àquilo que já foi objecto de exame pelo Notário, (ainda que com distinta finalidade), irá ficar sempre a impressão de que um dos dois está a mais.

IX) Se, na verdade, é possível que a forma como o controlo da legalidade é efectuado sofra variação de Notário para Notário, também é verdade que o mesmo pode suceder de Conservador para Conservador, *para o mesmo facto*. Basta pensar nos casos em que o registo do facto é da competência de duas ou mais Conservatórias, (por exemplo, prédio situado na área de competência territorial de diversas Conservatórias ou fusão de sociedades localizadas na área de competência de distintas Conservatórias).

De qualquer modo, o argumento da variabilidade da apreciação de Notário para Notário só serve para justificar a não privatização do Notariado, (porque assim se potencia o fenómeno), ou, no mínimo, para justificar a redução do número de Notários ou do número de Conservadores, (porque assim se diminui o alcance do problema)!

X) Se as presunções do art. 7º do Cód.Reg.Predial estiverem assentes na apreciação da legalidade realizada pelo Conservador, então haverá, pelo menos, dois casos em que tais presunções se não podem formar:

a) Quando o acto registado esteja contido numa decisão judicial, porque aí o Conservador não pode avaliar da decisão de mérito ou dos pressupostos processuais;

b) Quando o registo não corresponda à realidade por causa da verificação de um facto registável posterior ao último registo lavrado, mas que não tenha sido registado, (o caso clássico da dupla venda) – aí o Conservador não pode assegurar a *fidedignidade* do registo com fundamento na apreciação da legalidade que realizou, justamente porque o facto em causa não chegou sequer ao seu conhecimento.

Por isto se crê dever-se partir do seguinte princípio: a existência de entidades autónomas destinadas a dar publicidade a certos factos, funda-se apenas na necessidade de *centralizar* essa mesma publicidade.

Seria perfeitamente pensável que cada entidade autora/arquivadora de actos que possam respeitar a terceiro, os publicitasse por si. Sucede é que isso seria praticamente ineficaz.

De todo o modo, isto prova que a atribuição, à entidade que centraliza a publicitação, do poder de apreciação da legalidade dos factos a ela submetidos, é um *plus* que não está contido nos pressupostos que fundam a necessidade da sua instituição.

Isto prova, também, que a fé pública de tais actos não está logicamente dependente da intervenção da entidade publicitária centralizadora – a Conservatória, entre nós. Ou seja, por exemplo, as presunções de existência e de validade dos factos relativos a direitos reais não podem ter no registo a sua base racional, porque este não é um elemento contemporâneo à sua ocorrência – no máximo, o registo reforça essas presunções. (Aliás, veja-se como no sistema alemão o registo originando essencialmente a mesma espécie de presunções que gera entre nós - § 891, Cód.Civil Alemão - a entidade registadora, no entanto, se limita, praticamente, à verificação dos requisitos de natureza registal na apreciação da viabilidade do registo²). Para fundar a fé pública registal basta *uma* apreciação da legalidade, seja a efectuada pelo Notário ou pelo Tribunal, quando estes tenham tido intervenção na formação do facto registável, seja pelo próprio Conservador, quando aquela intervenção inexistia.

² Acontece é que, como o que se regista é, em geral, o *negócio abstracto de disposição*, e os vício e irregularidades que concebivelmente o podem atingir, na prática, são em quantidade reduzidíssima, o registo predial alemão se torna assim extremamente fiável e seguro.

XI) Crê-se, por isso, que na articulação entre o art. 371º do Cód.Civil e o art. 7º do Cód.Reg.Predial se deve proceder do seguinte modo: a primeira disposição enuncia as presunções que se associam, no mínimo, a qualquer documento autêntico; a segunda disposição enuncia, em acréscimo, as presunções associadas ao documento autêntico que contenha um facto *registrado*.

XII) Em sistemas de documentação e publicitação relativa a Direitos Reais similares ao nosso, só, (ao que se conhece), no espanhol, (e, portanto, nos da órbita de influência espanhola – ou seja, os da América Latina), se admite o duplo controlo da legalidade. Mas, mesmo aí, já a discussão é muito intensa e, pelo que se vê, mais dia, menos dia, ir-se-á proceder à redução do poder de controlo da legalidade actualmente atribuído ao Registrador.

E, não há, de facto, razão para presumir que os Conservadores são mais competentes que os Notários, nem para lhes atribuir “direito de veto” sobre os actos praticados por estes.

XIII) Sinteticamente, a questão do duplo controlo da legalidade deve colocar-se, julga-se, nos seguintes termos:

- É óbvio, que duas apreciações da legalidade constituem solução mais *segura* do que apenas uma; (embora, nesta perspectiva, três, também fossem melhor que duas...);

- Porém, o importante é saber se *uma* apreciação é suficiente garantia de segurança. Não se vê razão para que não seja, tanto mais quanto, com a privatização do Notário, a sua responsabilidade até triplica: responsabilidade perante o Estado, responsabilidade perante a Ordem dos Notários e responsabilidade perante o cliente.

XIV) A eliminação do duplo controlo da legalidade não implica, por outro lado, uma acentuada diminuição dos poderes de qualificação do Conservador.

Somente se retiram aqueles poderes que signifiquem duplicação da apreciação que o Notário já realizou. Ou seja, *a contrario*, só se retiram poderes como os de apreciação da *validade substancial e formal* do facto submetido a registo ou de *(re)qualificação* desse facto.

Sublinha-se apenas, a este respeito, um ponto que, eventualmente, se poderá afigurar polémico: a determinação das consequências registais decorrentes da verificação de nulidades do facto registável, qualquer que seja a sua causa.

Apenas faz sentido atribuir ao Conservador o poder de apreciar os fundamentos correspondentes a tais nulidades se estas forem causa de nulidade do registo, (o que actualmente, perante o disposto no art. 16º, Cód.Reg.Predial e art. 22º/nº1, Cód.Reg.Comercial, não sucede). Caso contrário, voltando a um argumento anterior, já não servirá para nada a apreciação do Conservador – o vício já não é eliminável, nem a partir dessa apreciação se pode obter a declaração de nulidade do facto registável com os consequentes efeitos, (arts. 289º e 290º, Cód.Civil).

Aliás, se o Conservador não pode, em geral, declarar a nulidade dos actos de registo por si próprio praticados, (art. 17º/nº1, Cód.Reg.Predial e art. 22º/nº3, Cód.Reg.Comercial), e, portanto, não pode impedir a publicitação resultante dos mesmos, (até que seja proferida sentença que declare tal nulidade), não se vê razão para que possa impedir a publicitação de actos nulos alheios.

O que se impõe é que o Conservador, se a nulidade do acto notarial for *indubitável*, avise terceiros, pelo registo, da verificação da mesma – seja anotando isso à inscrição do facto, seja, talvez mais rigorosamente, lavrando inscrição provisória por natureza submetida a um prazo de caducidade bastante superior ao normal, findo o qual, se não for inscrita acção de declaração de nulidade do facto registado, aquela seria officiosamente convertida em definitiva.

O que significa, de todo o modo, em conclusão, que o Conservador não perde, em rigor, o poder de apreciação sobre a validade do facto registável – não pode é, com base na invalidade, recusar o registo ou registar provisoriamente por dúvidas.

XV) A *certeza razoável* que o público em geral pode depositar no registo funda-se, pois, no controlo da legalidade a que se submeteu o facto registável – seja o controlo realizado, *grosso modo*, pelo Notário ou pelo Tribunal, seja no controlo efectuado pelo Conservador.

Mas, *um* é suficiente.

O duplo controlo da legalidade

Joaquim Barata Lopes

Texto apresentado no Colóquio sobre “Duplo controlo da Legalidade?”, realizado na Universidade Lusíada, em Lisboa, em 5 de Dezembro de 2003

Anexo BRN 1/2004

O DUPLO CONTROLO DA LEGALIDADE

Quero expressar, desde já, as minhas felicitações aos organizadores do evento, à Universidade Lusíada e à Associação Sindical dos Conservadores dos Registos, e o meu grato reconhecimento por me terem dado a honra de participar neste acontecimento.

O tema proposto é extremamente interessante mas, ao mesmo tempo, de uma grande delicadeza. Desde o primeiro momento que tive consciência de que assim era e de como a minha exposição é susceptível de ser interpretada num sentido que não lhe quero dar.

Aceitei, ainda, assim estar aqui porque entendo que mesmo as questões potencialmente mais adversas só podem ser resolvidas a contento quando analisadas e discutidas de forma séria e serenamente pelos interessados. Cabe, em primeira linha, a conservadores e notários abordar a questão do **duplo controlo da legalidade** e procurar soluções que, dando satisfação às necessidades da sociedade, continuem a consagrar a importância e a excelência do papel do notário e do conservador no garante da legalidade, da segurança jurídica, da prevenção de conflitos.

Ignorar esta problemática é continuar a incorrer num dos erros de que, a meu ver, vem padecendo a actuação de conservadores e notários e que consiste numa certa apatia que vêm revelando, na incapacidade para reflectir sobre o que se passa à sua volta; na incapacidade para ver que a sociedade está a mudar a uma velocidade nunca vista; na incapacidade para acompanhar essa mudança.

No precisamos de raciocínios muito rebuscados ou de exemplos limite para demonstrar que o tema proposto é perene de actualidade, de pertinência, de oportunidade. É discutido e debatido em Espanha, França, Itália, Alemanha, Holanda (só para falar de alguns dos estados mais representativos dos ordenamentos jurídicos da família romano-germânica), em moldes diferentes, como não poderia deixar de ser e como adiante veremos.

Em Portugal também muito se vem falando no duplo controlo da legalidade que é levado a cabo pelos notários e por conservadores. Embora nem sempre por vozes autorizadas e poucas vezes de forma séria e rigorosa.

O duplo controlo da legalidade tem sido utilizado como arma de arremesso contra os notários por parte dos que, acima de tudo, gostariam de assistir ao fim da profissão de notário e que, por isso, vêm defendendo que a intervenção do notário na titulação dos negócios jurídicos é dispensável.

As mais recentes gerações de conservadores e notários foram formadas no convencimento e convicção de que a intervenção do notário e depois a do conservador constituíam as duas faces de uma mesma moeda. Não se substituíam entre si, antes se complementavam. E era com a intervenção destes dois oficiais públicos, intérpretes e aplicadores da lei que se obtinham maiores garantias de segurança e certeza jurídicas, se conseguia otimizar o controlo extrajudicial da legalidade, por forma a prevenir conflitos e evitar o recurso aos tribunais.

Nenhum de nós questionou, na altura, a importância da função destes profissionais do direito nos exactos termos em que ela nos foi apresentada. Apareceu-nos como natural a intervenção do notário e a do conservador: O primeiro dando forma legal à vontade das partes, conformando-a à lei; e o segundo, publicitando os factos sujeitos a registo que o primeiro titula. Nem questionámos, portanto, a necessidade de, para o completo exercício das suas funções, ambos terem que avaliar a validade substancial do negócio causal.

Mas o direito como regulação da vida em sociedade não é estático. Está em constante evolução, como sabemos, e as regras jurídicas que em cada momento regem as relações da vida em sociedade são aquelas que a própria sociedade impõe por sentir necessidade delas, através dos seus órgãos próprios, como ensinam os sociólogos, como Max Weber.

É por isso que ciclicamente se reclama ora um estado mais interventivo e regulador, ora um estado mais liberal, deixando maior regulação à iniciativa privada e às regras da economia de mercado.

No nosso tema e nesta perspectiva, a questão que se coloca é a de saber se, no momento actual, a sociedade privilegia a segurança e a certeza do comércio jurídico, ao ponto de defender os dois controlos de legalidade exercidos por notários e conservadores, nos moldes em que existem actualmente, em detrimento da celeridade e simplificação de procedimentos ou se, pelo contrário, tende a privilegiar estas mesmo com eventual prejuízo daquela.

Não vale a pena, a meu ver, tentar ignorar os sinais claros de que também a sociedade portuguesa, à semelhança de toda a Europa, pretende maior celeridade e simplificação de procedimentos, embora sem perda de garantias de segurança jurídica.

Nesta questão como em todos os assuntos relevantes, vale a pena tentar perceber o que se passa à nossa volta e sobretudo na União Europeia de que fazemos parte, para podermos analisar a reflexão que aí vem sendo feita e retirarmos as nossas próprias ilações.

Nesta parte, vou seguir com a fidelidade possível as exposições que os notários dos respectivos países apresentaram no VII congresso do notariado Espanhol, que decorreu em Saragoça em Novembro de 2001.

Comecemos, então, naturalmente, pela própria ESPAÑA, aqui de uma forma mais exaustiva, tantas são as afinidades com o sistema português:

O sistema espanhol, segundo os próprios notários espanhóis, é mais complexo que o dos outros países com ordenamentos jurídicos semelhantes, e, no entanto, é menos eficaz.

As disfunções do sistema espanhol resultam de uma singularidade desconhecida nos sistemas dos outros países e que é o duplo controlo da legalidade, notarial e registral, nos negócios jurídicos sujeitos a registo, o que possibilita que o que o notário tenha dado por bom, não o seja para o conservador.

Esta situação cria perplexidade nos cidadãos e nas empresas que assistem à forma como atrasa a inscrição no registo do seu título de propriedade ou como se demora a constituição de uma sociedade, por causa de uma discussão técnica entre o notário e o conservador que lhe é estranha.

O sistema espanhol supõe uma desnecessária duplicação de intervenções na realização dos negócios com a consequente perda de tempo (a constituição de uma sociedade que em Itália e na Holanda se faz em dois ou três dias, pois a inscrição no registo é quase automática, em Espanha facilmente se prolonga por dois meses). À demora acrescem, ainda, o aumento dos custos e, o que é pior, o aumento da conflitualidade, provocando o contrário daquilo para que foi criado: insegurança.

Estes problemas, desconhecidos na Europa, causam assombro aos cidadãos e operadores jurídicos, pois na Europa comunitária continental estão perfeitamente delimitadas as funções dos notários e dos conservadores. O controlo da legalidade é realizado pelo notário e todas as legislações reconhecem esta como função notarial indispensável.

Qual é então a missão do registo? A publicidade. Os conservadores verificam as formalidades extrínsecas do documento. Em nenhum caso qualificam a questão de fundo ou

exercem um controlo sobre a validade do negócio. Mesmo na Alemanha, onde o registo é constitutivo e os direitos reais nascem com ele, a intervenção do conservador é limitada porque só se exerce sobre o acordo real translativo e não sobre a sua causa que é o contrato que as partes celebram, pelo que a função registral, que é exercida por um juiz, fica simplificada e limitada.

Isto resulta numa maior agilidade do tráfego jurídico sem prejudicar a segurança. Não nos esqueçamos de que este é um bem a proteger, mas não a qualquer custo. Disto cuidou recentemente o legislador italiano ao suprimir a homologação judicial das escrituras de constituição de sociedade alegando que se há um controlo da legalidade notarial não é necessário repeti-lo, seguindo as determinações da primeira directiva comunitária em matéria de sociedades que somente admite um.

Em face do que vai dito, o congresso notarial de Saragoça concluiu que a actual situação espanhola não deve continuar e propôs que para se conseguir uma maior homogeneidade com a Europa e dotar o sistema espanhol de maior, celeridade, economia e eficácia, devem ser efectuados determinados acertos que, mantendo o essencial da sua tradição e os pilares em que assenta o seu sistema de justiça preventiva, notariado e registos, evitem as disfunções actuais. Propuseram, para tanto, as seguintes medidas correctivas:

- Constatação de que o controlo da legalidade se realiza pelo notário no momento da formalização do documento;

- Necessidade de nesse momento o notário dispor de todos os dados relevantes para a dita formalização, pelo que, para tanto, deve ser assegurado o acesso directo e em tempo real ao conteúdo dos registos públicos;

- Delimitação do âmbito de actuação de notários e conservadores evitando discrepâncias e duplicações, reconhecendo aos primeiros o controlo da legalidade e aos segundos a qualificação dos requisitos do documento necessários para que seja registado.

No seguimento desta linha de pensamento, os nossos vizinhos espanhóis propunham-se, então, fazer a reforma do seu sistema, assente nas seguintes coordenadas:

1º Manutenção do actual sistema de justiça preventiva, fazendo especial finca-pé na importância que nela desempenha o sistema notarial latino-germânico, dotado das suas funções de assessoria, redacção, controlo da legalidade, imparcialidade, independência e atribuição de fé pública.

2º Delimitação do âmbito do controlo notarial da legalidade e da qualificação registral do documento, evitando duplicações em atenção aos princípios de segurança jurídica, celeridade e custos.

3º Reconhecimento de que o controlo da legalidade se produz no momento da formalização pública do contrato, único em que, material e logicamente, pode realizar-se.

4º Reforço do direito de livre escolha por parte do utilizador do serviço.

5º Acesso em tempo real ao conteúdo do registos públicos a fim de obter a informação necessária para obter a segurança plena no momento da outorga.

Vale a pena citar aqui alguns políticos espanhóis a propósito da reforma da Justiça no seu país, até para podermos avaliar a seriedade com que são encarados os registos e o notariado e a importância que é dispensada ao papel que desempenham:

A Directora-Geral do Tesouro e Política Financeira, Glória Hernandez afirmou que *o notariado, que desempenha um papel fundamental de assessor e controlador da legalidade, deve buscar soluções em comum acordo com os conservadores do registo predial e do registo comercial para evitar os duplos controlos. Tal melhoraria a sua eficácia.*

Por sua vez, a Directora-Geral dos Registos e do Notariado, Ana Lopez-Monís, entende que *a reforma do sistema de segurança jurídica preventiva é essencial na reforma da justiça empreendida pelo Governo.*

E o Ministro da Justiça de Espanha, Angel Acebes, considera que *o Notariado deve continuar a sua adaptação ao que a sociedade lhe pede, conservando os princípios em que sustenta o seu prestígio, como a sua preparação técnica, o aconselhamento imparcial e o controlo da legalidade.*

E acrescenta que *a futura Lei de Segurança Jurídica Preventiva deverá assentar em dois pilares básicos: por um lado, o reconhecimento explícito do fundamento e das qualidades essenciais das duas funções sobre as quais descansa, a notarial e a registral; por outro, deve abordar a definição clara e precisa dos contornos dentro dos quais se desenrolam ambas as funções, para que, sem por em causa a segurança jurídica, esta se obtenha de forma mais ágil e eficiente.*

SISTEMA ALEMÃO

O Registo comercial e o registo predial alemães fazem parte do sistema de justiça preventiva, no qual participam activamente órgãos do Estado ou ligados ao Estado – como é o notariado – e por meio do qual se previnem litígios jurídicos.

As inscrições tabulares produzem efeitos especiais e gozam de fé pública. Existe uma presunção legal sobre a veracidade do registo.

Para numerosos actos jurídicos, o registo é, para além disso, constitutivo.

Juntamente com a verificação da identidade, o notário assume a garantia de autenticidade nestes actos jurídicos, que só se inscrevem nos registos se estiverem titulados por um documento notarial. Este é o caso normal de registos constitutivos.

Só porque o notário assume toda a responsabilidade do conteúdo dos documentos que elabora, o Estado pode garantir a veracidade das inscrições dos registos, sustentados, no fundo, na qualidade dos documentos notariais. É aqui que se evidencia a grande confiança do Estado no trabalho de garantia e competência dos notários, na preparação de inscrições destinadas a registos de tão grande importância no tráfico jurídico.

A participação do notário, em suma, dota a inscrição de veracidade material e presta uma importante contribuição ao trabalho rápido e eficaz do registo e à redução de trabalho nos tribunais.

Mas o registrador alemão não qualifica a substância do negócio, que está sob a responsabilidade do notário.

Este é o sistema que seguiram a Áustria e a Holanda.

SISTEMA HOLANDÊS

Apresenta um especial interesse pela singularidade do seu Código Civil. Segundo o artigo 84 (3.4.2.2) do Código Civil a transmissão dos bens requer a entrega em virtude de um título válido celebrado por quem tem a faculdade de dispor do bem.”

O direito holandês é causal, na medida em que exige a existência de uma causa *traditionis* fundada num título válido. Em todos os casos, se exige a *traditio* que, tratando-se de imóveis, consiste na outorga da escritura seguida do registo.

A qualificação registral decorrente do artigo 19º (3.1.2.3) incide somente sobre a identificação do bem, a identidade do alienante ou sobre a existência de um título incompatível. O Registador pode recusar o registo – art. 20º (3.2.1.4) – se os documentos (não

os direitos nele contidos) não estão em conformidade com a lei ou se não se deu cumprimento a algum requisito legal do registo. Trata-se pois de uma qualificação que verifica se estão ou não observados os requisitos necessários ao ingresso tabular. Não se qualifica a validade substancial nem a capacidade que já foi qualificada pelo notário.

Apesar da qualificação registral incidir apenas sobre a verificação dos requisitos, nos termos referidos e o controlo da validade substancial só se dar com a outorga da escritura, o Código Holandês não deixa de proteger o terceiro hipotecário de boa fé mesmo nos casos de invalidade do título precedente [artigo 88(3.4.2.3b)]. Isto significa que o legislador holandês considera irrelevantes as causas de possível nulidade das escrituras anteriores. Dito de outra maneira: protege o terceiro sem necessidade de dupla qualificação, derivando directamente da escritura a aquisição a *non domino*.

Dentro destas considerações cabe incluir, também, o **direito austríaco**.

O SISTEMA FRANCÊS caracteriza-se por centrar toda a força geradora de constituição, modificação ou extinção da propriedade e outros direitos reais com base na vontade das partes sem requisitos posteriores. O artigo 1583º do Código Civil Francês estabelece o princípio "*vendre est aliener*".

A inscrição no registo não é constitutiva em nenhum caso. É ilustrativo que inclusivamente a hipoteca seja constituída com a escritura mas nunca com o registo (art. 2127º do Código Civil Francês). O registo da hipoteca é apenas um requisito de oponibilidade a terceiros, mas sem qualquer efeito sobre a sua validade (art. 2134º do Código Civil).

Fiel ao princípio de que os direitos nascem e se extinguem fora do registo, o conservador nunca qualifica a validade dos actos e contratos aquando do registo (portanto em momento posterior ao da constituição do direito), o que só introduziria distorções. A qualificação do conservador limita-se à verificação da forma, da identificação do alienante e do prédio e à confirmação de que a escritura contém os requisitos e menções que devem ser publicitados.

SISTEMA ITALIANO

Já o sistema, que vigorou em Itália durante 120 anos, de homologação de sociedades referente à verificação dos requisitos de legalidade formal e substancial, previa um primeiro controlo por parte do Notário e um segundo controlo dos mesmos requisitos por parte do Tribunal.

O sistema introduzido pela lei 1340 de 2000, que o notariado italiano vinha solicitando desde há quinze anos prevê agora que fica abolido o juízo de homologação durante a fase de constituição e o controlo da legalidade compete exclusivamente ao notário. Durante a fase da modificação no âmbito das assembleias gerais, o controlo de legalidade do acordo documentado nas actas também compete exclusivamente ao notário.

A sanção prevista para o notário que não cumpra os requisitos legais, consiste numa multa que poderá ir até 15.000 Euros e na suspensão das suas funções de 6 meses a um ano.

Esta modificação do sistema italiano responde a duas necessidades: em primeiro lugar à necessidade moderna de acelerar os trâmites da constituição e modificação das sociedades de capitais, por razões de competitividade e economia, eliminando em particular o absurdo do duplo controlo da legalidade efectuado por dois oficiais públicos exactamente com os mesmos conteúdos e baseando-se nos mesmos pressupostos; e, em segundo, à necessidade de aliviar o trabalho da magistratura, congestionada com funções que podem ser desempenhadas de forma igualmente válida por outros sujeitos institucionais.

Dado que as normas sobre o controlo das sociedades de capitais afectam a área da ordem pública económica, só podia eliminar-se o controlo do juiz se se mantivesse um controlo efectuado pelo sector público. E não foi difícil concluir que no sistema já existia a intervenção activa de outro controlo público, que é o do notário, defensor da legalidade em todos os actos que pratica, imparcial no seu juízo, dotado de um acervo de competência, seriedade e fiabilidade igualmente adequado.

Em Itália entendeu-se que as necessidades de conformação à lei dos instrumentos jurídicos e de certeza e protecção dos interessados (sócios, terceiros e o mercado), já estão satisfeitas com o controlo do notário plasmado na escritura pública. Daí o perfil jurisdicional, digamos assim, do notário como magistrado dos contratos.

Numa breve reflexão, justificada, neste momento, sobre a conformidade deste sistema com as directivas comunitárias, conclui-se que a reforma italiana está na linha do que prescreve a Europa sobre a matéria. Uma determinação antiga é a da primeira directiva comunitária em matéria de sociedades, de 1968, que afirma o princípio segundo o qual não deve haver qualquer outro controlo se já existe o controlo notarial.

Finalmente está a afirmação categórica do peculiar perfil jurisdicional do notário como magistrado do contrato afirmado claramente na sentença Unibank do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia de 1999, que equipara o valor do documento público ao da sentença, não só nem sobretudo pelos seus efeitos, mas pelas garantias do processo de formação do mesmo em virtude do contributo intelectual e valioso de quem desempenha uma função pública.

Tão pouco se pode descurar o aspecto da competitividade do sistema italiano no âmbito europeu. Enquanto antes podia levar até dois meses o tempo de que uma sociedade precisava para começar a funcionar em pleno, agora são suficientes dois dias.

Em Itália, as escrituras das sociedades depois de outorgadas têm que ser registadas no registo comercial, que não pode verificar mais que a legalidade formal dos documentos. Se o registo comercial tivesse competência para rever a decisão do notário nada teria mudado, já que teria o conservador assumido as funções do tribunal como segundo controlador da validade e legalidade substancial, em clara oposição ao princípio comunitário segundo o qual não pode haver um duplo controlo quando já haja o controlo notarial.

A função do registrator em Itália é e continuará a ser não já um controlo da legalidade, mas o controlo sobre a existência dos elementos exteriores que deve apresentar um documento para comprovar a existência do negócio jurídico, à margem de qualquer consideração acerca da sua validade intrínseca.

Entendem os italianos que a coerência do seu sistema é corroborada na constatação de que a existência de uma escritura pública, ainda que eventualmente possa ter sido outorgada em desconformidade com alguma norma legal, sempre produz os seus efeitos jurídicos e a sua existência é um valor por si. De qualquer forma, nunca um órgão administrativo pode resolver, de forma definitiva, conflitos entre situações jurídicas subjectivas, alegando a existência de ilegalidades, porque não possui os meios necessários para garantir o princípio do contraditório entre os interessados.

Em rigor, o juízo de validade depende apenas de dois sujeitos públicos: o notário a nível fisiológico e o juiz a nível patológico. *Tertium non datur.*

Ora, em Portugal num passado bem recente e de má memória para os notários (e, atrevo-me mesmo a dizer, para os registos e notariado em geral, quer na perspectiva dos seus agentes, quer na perspectiva dos cidadão comum que recorre aos seus serviços) e mais uma vez ao arrepio de toda a Europa e contrariando todos os exemplos que acabei de citar, o duplo

controlo da legalidade serviu para se reclamar a extinção dos notários e a inutilidade da sua importante função.

Na exposição de motivos do ante-projecto de lei de bases da reforma do serviço público de registo e notariado apresentado pelo Partido Socialista, no princípio do ano, na Assembleia da República, podia ler-se: *impõe-se reformar o próprio princípio estruturante do sistema de registos e notariado, que assenta num duplo controlo preventivo da legalidade imposto por força da lei: primeiro por acto notarial e depois por acto de registo.*

O presente projecto de lei introduz uma ruptura sistémica, consagrando um novo princípio estruturante do sistema: um único controlo preventivo da legalidade.

Unifica-se assim na actividade registral as funções de controlo preventivo da legalidade, de identificação de pessoas e bens e de publicitação das respectivas situações jurídicas.

Salvaguarda-se, porém, a liberdade das partes, querendo, recorrerem ao controlo preventivo por acto notarial. Mas então fica dispensado o controlo no acto de registo.

Portanto, um dos principais argumentos em que o Partido Socialista alicerçava o sistema *sui generis* que propôs (que supunha também a abolição do princípio da territorialidade no registo predial) era o da necessidade de acabar com o duplo controlo da legalidade exercido por notários e conservadores. Foi, por esta via, trazida à discussão pública este problema que já vinha sendo discutido – e solucionado – em muitos outros países.

Pode dizer-se que o P.S. fez um diagnóstico não muito distante do desses países. A terapia que propôs é que foi em sentido completamente oposto ao seguido por toda a Europa onde a questão foi equacionada, como vimos.

Da incursão que tentámos fazer sobre os sistemas de diversos países europeus e soluções já legalmente consagradas ou apenas preconizadas, creio ter resultado claro a preocupação comum de delimitar o âmbito do controlo da legalidade a efectuar pelo notário, primeiro, e pelo conservador, depois, por forma a não se sobrepor e a evitar uma desnecessária duplicação de controlos.

Mas em todos os sistemas estudados se afirmou a importância da função do notário e da função do conservador, no importante papel que ambos desempenham na justiça preventiva, na prevenção dos conflitos. Em todos se concluiu o que parece óbvio.

Não se pode ignorar que é hoje praticamente consensual a necessidade de evitar o duplo controlo da validade substancial do negócio jurídico causal. Se assim é, num sistema jurídico como o português – e à semelhança dos seus congéneres europeus – só o segundo controlo pode ser mitigado e limitado à verificação da validade formal do negócio; da observância dos princípios registrais; dos requisitos necessários à realização da inscrição tabular.

Em todos os sistemas de direito civil de raiz napoleónica, como o nosso, o contrato faz lei entre as partes e não carece de nenhuma outra formalidade subsequente para ficar perfeito e se impor aos contratantes – *le contrat fait la lois entre les parties*.

Mas abordando a questão ainda numa outra perspectiva, não há nenhuma razão objectiva para que a interpretação do jurista oficial público, intérprete e aplicador da Lei, que é o conservador, se sobreponha e afaste a interpretação da lei feita pelo notário, igualmente oficial público, intérprete e aplicador da Lei, que está exactamente no mesmo nível do Conservador.

Como se referiu há pouco a propósito do sistema italiano, nenhuma autoridade administrativa dispõe de competência para decidir, em definitivo, de alegadas ilegalidades nas relações jurídicas subjectivas entre particulares.

Também por isso, a actividade qualificadora do Conservador em relação aos factos titulados por documento autêntico (*cuja força probatória só pode ser ilidida com base na falsidade* – art. 372º, 1 do C.C.), no sistema de controlo único preventivo da legalidade substancial que a sociedade parece reclamar, deve cingir-se à verificação da validade formal do título e da observância das regras e princípios tabulares.

O controlo último da legalidade competirá e será sempre assegurado pelos tribunais, como, de resto, já acontece. Ou seja, já no actual sistema de duplo controlo da legalidade a decisão final não compete ao Conservador, porquanto a eventual recusa deste em efectuar o registo como lhe é requerido pode ser sempre afastada por decisão judicial.

Já agora não cabe ao Conservador a última palavra sobre a invalidade ou perfeição de determinado negócio jurídico sujeito a registo.

Com efeito, se hoje for celebrada uma escritura de compra e venda nula, mesmo que o respectivo registo seja recusado, com a titulação do negócio jurídico, quem vendeu recebeu o preço e quem comprou pagou, nunca podendo a regularidade ser restabelecida sem a intervenção do tribunal. É a este e não ao conservador que cabe decidir sobre se o negócio estava ferido de nulidade e, em caso afirmativo, repor a legalidade.

É por isso que num sistema jurídico como o nosso, em que *a constituição ou transferência de direitos reais se dá por mero efeito do contrato* – art. 408º, 1 do Código Civil, o notário pode e deve assumir a qualidade de magistrado do contrato, devendo a escritura pública ser equiparada à sentença judicial, para efeitos de registo dos factos nela titulados.

Vale a pena aqui referir, sucintamente, a doutrina firmada e reiterada em dois pareceres do Conselho Técnico da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado:

No parecer proferido no processo RP 131/97, publicado no BRN 6/98, afirma-se a certa altura que a validade da transacção quanto ao seu objecto e à qualidade das pessoas que nela intervieram (art. 300º, nº 3 do CPC) examinada e declarada por sentença transitada em julgado, foge ao poder de qualificação do conservador.

Assim, não é lícito ao conservador levantar obstáculos ao registo da modificação da propriedade horizontal objecto de transacção judicial homologada por sentença transitada em julgado, derivados da falta de autorização do título constitutivo ou da assembleia de condóminos para a modificação objectiva e/ou da insuficiência da prova dos requisitos legais a que devem obedecer as novas fracções autónomas.

E no processo 58/98, cujo parecer do C.T. foi publicado no BRN 11/98, afirmou-se que *não importa distinguir se in casu é recognitiva da aquisição por acessão, ou se é translativa do direito de propriedade. O que importa é ter presente que a transacção foi homologada por sentença judicial transitada em julgado. Ora a validade da transacção quanto ao seu objecto e à qualidade das pessoas que nela intervieram examinada e declarada por sentença transitada em julgado foge ao poder de qualificação do conservador.*

E concluiu-se que *a validade da transacção – quanto ao seu objecto e à qualidade das pessoas que nela intervieram – examinada e declarada por sentença transitada em julgado, foge ao poder de qualificação do conservador, pelo que este não deve recusar o registo de aquisição com o fundamento de que o acto viola regras imperativas sobre loteamentos urbanos.*

Os exemplos citados servem para ilustrar dois importantes aspectos:

- Por um lado, o de que os conservadores lavram o registo definitivo dos factos titulados por sentença judicial, mesmo que, no seu juízo, tenham sido violadas regras legais imperativas.

- Por outro, os exemplos escolhidos dizem ambos respeito a acordos obtidos por transacção lavrada por termo no processo e homologada por sentença judicial, sendo certo que, no sistema vigente, os mesmos acordos, se titulados por transacção extra-judicial (escritura pública), seriam seguramente recusados (embora a hipótese de serem violadas regras imperativas dos regimes legais da propriedade horizontal ou dos loteamentos urbanos em acto lavrado por notário seja muito pouco provável).

Há apenas que assimilar que o documento autêntico notarial é equiparado à sentença judicial, além de que, em caso de eventual invalidade do negócio titulado, sempre caberá recurso para os tribunais.

Diferentemente, se o título é particular, lavrado, portanto, por alguém desprovido de fé pública, a qualificação jurídica do conservador deve abranger, quer a validade formal, quer a validade substancial do negócio jurídico.

Continua ser aqui indispensável o controlo da legalidade por parte de um jurista oficial público, dotado de fé pública, que é o Conservador.

Assim se obteria a eliminação do duplo controlo da legalidade da forma mais natural e consentânea com os princípios basilares do nosso direito civil, como o princípio da consensualidade, na linha da tradição jurídica do nosso país.

Nem nos parece que, se vier a ter que seguir-se uma solução semelhante à que vimos de referir, daqui resulte uma diminuição da importância da função qualificadora do conservador, se esta deixar de incidir sobre a validade substancial do documento autêntico lavrado pelo notário.

O registo vale por si mesmo, enquanto meio de publicitação dos factos a ele sujeitos, enquanto condição de oponibilidade *erga omnes*; enquanto pressuposto para a transmissão ou oneração dos direitos; enquanto presunção da titularidade dos direitos.