



Universidades Lusíada

Lopes, Joaquim Barata

O duplo controlo da legalidade

<http://hdl.handle.net/11067/5305>

<https://doi.org/10.34628/3cy3-h275>

Metadados

Data de Publicação	2004
Resumo	O autor, a propósito da questão do controlo da legalidade realizado pelo notário e pelo conservador, traça um quadro comparatístico com demais ordens jurídicas europeias, concluindo pela necessidade de delimitar de outro modo as competências entre notário e conservador....
Palavras Chave	Notários
Tipo	article
Revisão de Pares	yes
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 02 (2004)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-20T10:05:55Z com informação proveniente do Repositório

O DUPLO CONTROLO DA LEGALIDADE

Joaquim Barata Lopes

Resumo: O Autor, a propósito da questão do controlo da legalidade realizado pelo Notário e pelo Conservador, traça um quadro comparatístico com demais ordens jurídicas europeias, concluindo pela necessidade de delimitar de outro modo as competências entre Notário e Conservador.

Palavras-chave: Registos e Notariado; Registo Predial; Conservador; Notário; Qualificação; Princípio da Legalidade; 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.

Não 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.

Começemos, 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:

- 1.º 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.
- 2.º 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.
- 3.º 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.
- 4.º Reforço do direito de livre escolha por parte do utilizador do serviço.
- 5.º 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 19.º (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. 20.º (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 1583.º 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. 2127.º 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. 2134.º 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 registrador 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 sobreporem 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. 372.º, 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 pode 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. 408.º, 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. 300.º, n.º 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 acesão, 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.

Lisboa e Universidade Lusíada, 5 de Dezembro de 2003

