

PARTE I – DOS ACTOS NOTARIAIS EM GERAL

Pedro Rodrigues

Resumo: O autor realiza uma alongada descrição sobre a função notarial (natureza, competências e rendibilidade social) e sobre a qualidade de oficial público que o Notário ostenta. Descreve e caracteriza, em seguida, os efeitos do documento notarial. Enumera e assinala, por fim, as diversas espécies de sistemas de registo predial em vigor em diferentes países europeus.

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

Introdução

CAPÍTULO I DA FUNÇÃO NOTARIAL

1. Plano

O direito notarial tem como objecto o estudo, a investigação e a construção lógico-jurídica das regras e conceitos sobre o notário, a função notarial e o instrumento público (*direito notarial puro*), o estudo das normas de direito substantivo respeitantes aos requisitos dos contratos e demais declarações de vontade dos particulares e das técnicas de aplicação dessas normas pelo notário (*direito notarial aplicado*).

Propomo-nos tratar aqui, nesta primeira parte, alguns temas de direito notarial puro, que se referem aos actos notariais em geral, como sejam, a função notarial, o notário e o seu campo de acção e a disciplina do acto ou instrumento notarial em geral, tal como são vistos no Código do Notariado¹, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 207/95, de 14/8, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.º 40/96 de 7/5, n.º 250/96 de 24/12, n.º 257/96 de 31/12, n.º 380/98 de 27/11, n.º 375-A/99 de 20/09, n.º 410/99 de 15/10 e 64-A/2000 de 22/04.^{2,3}

¹ São do Código do Notariado as disposições legais, indicadas sem a menção do diploma a que pertencem

² O texto actual do Código é, na sua maior parte, o do Decreto-Lei n.º 205/95. As alterações que lhe foram introduzidas são diminutas e versam fundamentalmente as seguintes matérias:

No quarto capítulo desta primeira parte abordarei os registos em geral.

Estão em causa: o registo civil (Código do Registo Civil aprovado pelo D.L. n.º 131/95 de 06 de Junho), o registo predial (Código do Registo Predial apro-

No que respeita ao Decreto-Lei n.º 40/96, a readmissão da conferência de fotocópias, a eliminação do requerimento escrito como formalidade prévia da feitura de averbamentos de suprimimento e rectificação de omissões e inexactidões do instrumento notarial, a remessa do registo diário à Conservatória dos Registos Centrais em suporte informático, a reintrodução na lei notarial de sujeição a escritura dos distrates de hipoteca, dos arrendamentos para comércio, indústria ou profissão liberal e dos arrendamentos sujeitos a registo, o trespasse e a locação de estabelecimento comercial ou industrial;

No que se refere ao Decreto-Lei n.º 250/96, a erradicação dos reconhecimentos por semelhança, ou antes, a redução do âmbito das situações que comportem menções especiais nos reconhecimentos, a abolição dos sinais e respectivos livros e índices, a forma da procuração (a qual passa a limitar-se ao instrumento público, ao documento escrito e assinado pelo representado com reconhecimento presencial da letra e assinatura e ao documento autenticado);

No que toca ao Decreto-Lei n.º 257/96, a redução a um quinto dos emolumentos de transformação ou de modificação de um estabelecimento individual de responsabilidade limitada em sociedade unipessoal por quotas, ou de sociedade por quotas em sociedade unipessoal por quotas, neste caso, durante os doze meses seguintes à data da concentração das quotas.

No respeitante ao Dec-Lei n.º 380/98, a utilização dos livros de notas de folhas soltas, a extinção da exigência de apresentação de documento emitido por agente diplomático ou consular comprovativo da ordem legal da sucessão ou da capacidade testamentária nas escrituras de habilitação de estrangeiros, e a introdução, no seu lugar, da exigência de apresentação de documento idóneo para o efeito quando o notário não conheça aquela lei, a regulamentação do reconhecimento de assinatura a rogo, a simplificação do protesto de títulos de crédito, a celebração de actos das instituições de crédito e das empresas, dentro das horas regulamentares de serviço e fora do cartório;

Pelo Dec-Lei n.º 375-A/99 no sentido de não haver recurso para o Supremo Tribunal de Justiça do acórdão da Relação proferido em recurso da sentença da 1.ª instância, que decide sobre a recusa do notário em praticar o acto que lhe seja solicitado.

No tocante ao Dec-Lei n.º 410/99 (prevê entre outras medidas) a possibilidade de o notário preencher a requisição de registo de certos actos lavrados no cartório e o seu envio ou apresentação na conservatória competente e dispensa, em certas situações, da leitura pelo notário dos instrumentos notariais;

³ Ficam assim de fora do Código do Notariado outras matérias compreendidas no direito notarial, tais como a orgânica dos serviços de notariado, a qual se encontra regulamentada, conjuntamente com a dos registos, no Decreto-Lei n.º 519-F2/79, de 29/12 (*Lei Orgânica dos Serviços dos Registos e do Notariado*) e no chamado *Regulamento dos Serviços dos Registos e do Notariado*, aprovado pelo Decreto regulamentar n.º 55/80, de 8/10. Assim acontece desde a década de quarenta, época em que se operou aquilo a que se convencionou chamar “funcionarização ou nacionalização do notariado”, designadamente através dos Decretos-Leis n.ºs 35 390, de 22/11/1945 e n.º 37 666, de 19/12/1949.

O Dec. Lei 232/82, de 17 de Junho, a respeito das normas de funcionamento dos serviços do notariado, impôs aos notários que se fizessem representar pelos Ajudantes em certos actos externos. Inicialmente em Lisboa e Porto e posteriormente noutras localidades onde o movimento se justificasse

O Dec. Lei 255/93 de 15 de Julho permitiu a venda, mútuo e hipoteca de imóveis destinados a habitação mediante documento particular, de acordo com um formulário publicado em portaria.

vado pelo D.L. n.º 224/84 de 06 de Julho), o registo comercial (Código do Registo Comercial aprovado pelo D.L. n.º 403/86 de 03 de Dezembro e Regulamento do Registo Comercial aprovado pela Portaria n.º 883/81 de 13 de Outubro), o registo de bens móveis (Código do Registo de Bens Móveis, aprovado pelo D.L. n.º 277/95 de 25 de Outubro)⁴.

Trata-se de registos públicos correspondentes à necessidade de dar publicidade em sentido técnico (publicidade registral) às situações jurídicas, uma vez que esta não se limita a tornar público, isto é, a dar a notícia dos factos registados, mas ainda lhes acrescenta a produção de efeitos legalmente previstos.

Com efeito, o registo é condição de eficácia dos actos a ele sujeitos, relativamente a terceiros, e, nalguns casos, condiciona mesmo a eficácia entre as próprias partes. O conservador, na sua função qualificadora, gradua os direitos.

Reservamos para uma segunda parte o estudo dos vários actos notariais em especial, a análise dos seus requisitos formais e substanciais que tenham a

Os notários a requerimento dos interessados podem requerer os documentos necessários com vista ao processo de constituição de sociedades, por força do Dec.Lei 267/93, de 31 de Julho.

Pelo Dec. Lei 28/2000 de 13 de Março podem as Juntas de Freguesia, os CTT-Correios de Portugal,S.A., as Câmaras de Comércio e Indústria reconhecidas nos termos do Dec.Lei 244/92, de 29 de Outubro, os advogados e os solicitadores certificar a conformidade de fotocópias com os documentos originais que lhes sejam apresentados para esse fim.

O Dec.Lei 35/2000, de 14 de Março criou os cartórios de competência especializada.

O Dec-Lei 36/2000 de 14 de Março “marcou o início do processo de simplificação” (?), melhor dito desnotarialização”, mediante a dispensa de escritura pública para um conjunto de actos, entre os quais se inclui a dissolução de sociedades, a constituição de sociedades unipessoais por quotas e a constituição do estabelecimento individual de responsabilidade limitada.”Mas não em qualquer caso.

Por sua vez o Dec-Lei n.º 64-A/2000, consagrou a dispensa de escritura pública relativamente aos arrendamentos sujeitos a registo, aos arrendamentos para o comércio, indústria ou profissão liberal, trespasse, cessão de exploração e cessão da posição contratual.

O Dec-Lei 237/2001, de 30 de Agosto orientado pelo mesmo objectivo de redução de actos sujeitos a escritura pública alterou o Código das Sociedades Comerciais por forma a abranger o penhor de participações sociais, a transmissão de parte social, nas sociedades em nome colectivo, desde que não detenham bens imóveis e a unificação de quotas e a partilha ou divisão de quotas entre contitulares. Permite ainda este diploma que a constituição de sociedades de advogados conste de escrito particular excepto quando haja entrada de bens imóveis. Os reconhecimentos com menções especiais e a tradução de documentos podem agora ser efectuados pelas câmaras de comércio e indústria, bem como por advogados e solicitadores.

Finalmente o Dec-Lei 273/2001 atribui competências ao notário para sanar a nulidade do acto por falta de assinatura do mesmo, dispensa-se a obrigatoriedade de resolução do Conselho Técnico da Direcção Geral dos Registos e Notariado em situações análogas e possibilita-se a revalidação de actos nulos, nos casos em que a nulidade não é sanável, em sede notarial.

⁴ Não se põe em questão outros registos (registo da propriedade literária, científica, artística, industrial, de marcas e patentes, de pessoas colectivas e equiparadas), dos quais não se ocupa o conjunto das normas aplicáveis à publicidade registral e onde não está presente a função qualificadora do conservador de registos, que é quem aprecia a viabilidade do pedido de registo, em face das disposições legais aplicáveis, dos documentos apresentados e dos registos anteriores. O Código do Registo de Bens Móveis não foi ainda posto em vigor.

ver com a actividade notarial e as suas consequências no âmbito fiscal e dos registos.

2. Natureza

São várias as posições acerca da natureza da função notarial. Vão desde a orientação tradicional que vê o notário como *funcionário público* encarregue de autenticar determinados actos e contratos, até outra mais avançada que o apresenta como *profissional do Direito*, cuja missão consiste em redigir e dar forma legal a esses mesmos actos e contratos, passando por várias posições intermédias, introduzindo novos elementos ou comungando de alguns aspectos de uma ou de outra daquelas posições.

Com efeito, a reflexão doutrinal sobre a existência e fundamento da função notarial começa e desenvolve-se em duas direcções: por um lado, aborda directamente o problema de saber o que realmente faz o notário, em que consiste e para que serve a sua função, tomada como facto independente; por outro lado, trata de situar essa função face às funções e aos poderes clássicos do Estado, mais precisamente, face ao poder judicial e ao poder executivo⁵.

Com base no primeiro critério, que considera o exercício da função notarial como facto independente, perfilam-se a clássica *teoria da fé pública* e a *teoria instrumentista*, no tocante ao segundo critério, as teorias que identificam a função notarial com a actividade administrativa ou aproximam-na da actividade judicial e, finalmente, as teorias que concebem a função notarial como uma função *sui generis*, distinta da administrativa e da judicial.

Consideram a função notarial como actividade judicial, as *teorias da jurisdição voluntária*, a *teoria da jurisdição* e a *teoria da relação jurídica notarial*; classificam-na com um *tertium genus* a *teoria do poder legitimador*, a que considera o notariado como "*órgão social*" ao serviço da segurança jurídica e a que o aponta como órgão que exerce uma *função de tutela cautelar*.

As teorias referidas sobre a função notarial são, em regra, redutoras da actividade notarial, cingindo-se, cada uma delas, apenas a determinados aspectos da função, não abrangendo qualquer uma, a diversidade dos fins e características daquela.

Não cabe aqui analisá-las em pormenor⁶. Importa apenas fazer uma breve referência à teoria da fé pública, dada a sua importância histórica, e tomar posi-

⁵ A questão da natureza da função notarial não toca o poder e a função legislativa, por razões óbvias.

⁶ Não podemos, no entanto, deixar de indicar, muito sinteticamente, as notas caracterizadoras de cada uma delas.

– A *teoria instrumentista* procura a justificação da função notarial e a sua própria essência, não propriamente naquilo que o notário faz, mas antes, no produto do seu trabalho, no

ção sobre a natureza da função notarial, expondo as suas notas caracterizadoras face à lei portuguesa.

A teoria da função notarial como função autenticadora (*teoria da fé pública*) é a mais antiga e, tradicionalmente, a mais seguida teoria sobre a função notarial. Tem tido um papel preponderante nas definições legais de notariado, especialmente em França, Espanha, Itália e Portugal⁷.

resultado da sua actividade – o *instrumento público* – induzida pelo facto deste documento constituir o momento mais aparente da actividade notarial.

– A *teoria administrativista* qualifica a função notarial como parte da actividade da Administração ou poder executivo do Estado, como um serviço público incluído na actividade típica do Estado, com a missão de colaborar na realização pacífica do Direito, e, correlativamente, considera os actos notariais com actos administrativos.

– A *teoria da jurisdição voluntária* defende a identificação entre a função notarial e a jurisdição voluntária, baseando-se na origem judicial do documento notarial e na atracção, para o direito notarial do prestígio, da eficácia, do método e do rigor da técnica do direito processual.

– A *teoria da jurisdição* considerando inadequada à actividade do notário a designação de "jurisdição voluntária", porque ela não contém as características próprias da *jurisdictio*, de declarar e impor o Direito, propõe o termo *jurisadição* ou *jusadição* para qualificar a actividade notarial, com o significado de adição do direito ao facto que o provoca, e compreendendo, não só a tarefa formalizadora dos negócios dos particulares, como também os actos de natureza não contenciosa, tradicionalmente compreendidos na actuação judicial.

– A *teoria da relação jurídica notarial* afirma a existência de uma relação jurídica notarial, análoga à do processo, pela qual o notário, através do instrumento público, fixa e qualifica os factos, proclama a sua validade e eficácia, emitindo um juízo de valor que excede a missão puramente autenticadora e que constitui um acto jurisdicional.

– A *teoria da função legitimadora*, partindo da insuficiência da divisão clássica de poderes (legislativo, executivo, judicial), considera que o Estado tem, para além daqueles, um poder certificante, através do qual assegura a firmeza, legalidade, autenticidade e publicidade dos actos jurídicos e dos direitos deles derivados, e que o notariado constitui o órgão mais importante dessa função.

– A *teoria da função cautelar* considera a função notarial como sendo de assistência preventiva e cautelar ou de profilaxia jurídica, no exercício da qual, o notário actua no campo dos factos humanos e, especialmente, no das declarações negociais, antes que elas ocorram, sugerindo e aconselhando soluções de modo a evitar perigos e consequências indesejadas que delas decorram.

⁷ A lei de 25 Ventoso refere que os notários "são funcionários públicos instituídos para receber todos os actos e contratos a que as partes devam ou queiram dar o carácter de autenticidade próprio dos actos da autoridade pública, para lhes conferir data certa, conservá-los e deles extrair cópias e certidões"

Em Espanha, o regulamento notarial, aprovado por Decreto de 2 de Junho de 1944, estabelece que "Os notários são simultaneamente profissionais do Direito e funcionários públicos, correspondendo a este duplo carácter a organização do notariado. Como profissionais do Direito têm a missão de assessorar quem reclame o seu ministério e aconselhar os meios jurídicos mais adequados para atingir os fins lícitos que as partes se proponham alcançar. Como funcionários exercem a fé pública notarial"

Por seu lado, a lei italiana n.º 89, de 16 de Fevereiro de 1913, define os notários como "oficiais públicos instituídos para receber actos entre vivos ou de última vontade, atribuir-lhes fé pública, conservá-los e extrair cópias, certificados ou extractos."

No que a Portugal respeita, a lei consagrou, ao longo dos tempos, a função notarial como função autenticadora. O legislador limitou a competência dos notários públicos fundamentalmente aos actos notariais que carecessem de certeza e de autenticidade. Só a partir do Código do Notariado de 1960, é que o legislador passou a estabelecer que a função notarial tem essencialmente por fim, dar forma legal e conferir autenticidade aos actos jurídicos extrajudiciais⁸.

A fé pública, que explica perfeitamente a função notarial quando se trate de certificação de factos, revela-se insuficiente quando se trate da prática de negócios jurídicos titulados por escritura pública, cujo valor e efeitos é incapaz de fundamentar. A função notarial visa a segurança; a segurança formal ou instrumental do documento notarial e a segurança substancial, que requer um negócio válido num documento redigido de maneira clara, sem contradições, ambiguidades ou lacunas, apto para satisfazer as necessidades práticas que as partes perseguem. A existência de um negócio válido requer, por isso, um controlo da legalidade por parte do notário.

A fé pública não constitui, só por si, o elemento definidor da função notarial. Há fé pública sem notariado ou fora do notariado.

Apontada a insuficiência das teorias indicadas, cabe explicitar a verdadeira natureza da função notarial. A função do notário compreende uma vertente profissional, um *officium civile* ou profissão jurídica de natureza privada e uma vertente funcional ou *officium publicum*, função certificadora, autenticadora ou certificante. A função privada refere-se ao conteúdo do documento e traduz-se, por um lado, na recolha e interpretação da vontade das partes, no auxílio à formação dessa vontade e, por outro lado, na adaptação desta ao ordenamento jurídico, na escolha e conselho dos meios adequados à realização dos fins pretendidos pelos interessados (*função assessora*), na redacção e conformação do próprio instrumento notarial à lei (*função configuradora*) e na explicação às partes do conteúdo e efeitos do acto. A função pública reporta-se ao documento como continente, na sua expressão externa de autenticidade dos factos ou das declarações de vontade do acto ou da relação jurídica.

Assim constituem a função notarial:

1.º – A *dação de fé pública* aos actos jurídicos extra judiciais, isto é, a imposição da verdade dos factos, negociais ou não negociais, vistos, ouvidos ou apreendidos através de qualquer sentido pelo notário (*ex suis propriis sensibus*);

2.º – A *formulação de juízos de legalidade*, de conformidade do acto notarial à lei adjectiva e substantiva. A lei condiciona a dação de fé pública ao actuar con-

⁸ Enquanto o Código do Notariado de 1935 (Decreto-Lei n.º 26 118, de 24/11/1935) atribuía aos notários a competência para intervir em todos os actos extrajudiciais a que os interessados devessem ou quisessem dar certeza e autenticidade (art.º 100.º), o Código de 1960 estabeleceu, como fim essencial da função notarial, o dar forma legal e conferir autenticidade aos actos jurídicos extrajudiciais (art.º 1.º) e o actual Código dispõe, de modo semelhante, que "a função notarial destina-se a dar forma legal e conferir fé pública aos actos jurídicos extrajudiciais" (art 1.º, n.º 1.).

forme as normas em vigor. O cumprimento deste mandato impõe ao notário o dever de ajuizar do facto documentado, de acordo com o direito vigente, para resolver se a sua conduta se ajusta ou não ao mesmo. Esta tarefa realiza-se através de um poder qualificador e que deriva daquele preceito. No uso desse poder, o notário pode formular duas espécies de juízos, conforme a natureza negocial ou não negocial do facto: um *juízo de licitude* destinado a verificar se, de um modo geral, o acto é proibido por lei ou é contrário à ordem pública ou aos bons costumes; ou um *juízo de legalidade* tendo em vista averiguar, a partir do exame dos pressupostos e elementos de facto, a sua idoneidade para produzir os efeitos jurídicos queridos pelas partes, de acordo com a ordem jurídica estabelecida.

Quando o facto é negocial, o notário formula uma série de qualificações ou juízos de valor sobre a capacidade dos outorgantes, sobre o *nomen juris* do acto, sobre a qualidade e suficiência dos poderes de representação, sobre a legalidade do acto.

O juízo de legalidade é um pressuposto do exercício da função notarial, pois dele depende que o notário recuse ou autorize o instrumento; mas é também função notarial, como refere aquele preceito. É o juízo de legalidade que permite dotar o negócio documentado da presunção *juris tantum* de validade do acto, salvo quando o notário a destrua expressamente, no todo ou em parte, mediante as oportunas advertências feitas no texto do instrumento outorgado.

Quando o conteúdo do documento não é negocial, o art. 1.º exige, do mesmo modo, que o notário actue conforme a lei. O juízo que o notário há-de formar não é, neste caso, em princípio, um juízo de legalidade, mas de licitude da actuação notarial.

3.º – A *assessoria* das partes na determinação do conteúdo do instrumento, mediante o conselho, pedagogia e auxílio na formação da vontade das partes, na recepção desta e na sua interpretação.

Nenhum dos apontados aspectos pode faltar na função notarial, porque a natureza desta assim o impõe. A função certificadora ou autenticadora do notário e a sua função assessora e conformadora, integram incindivelmente o conteúdo complexo da função notarial, dada a unidade que formam para produzir a realidade documental, constituída pela agregação dessas duas facetas, funcional e jurídica, numa realidade nova, com vida própria, distinta dos elementos que a integram.

3. A função notarial na lei portuguesa

Dispõe o art.º 1.º do Código do Notariado:

1 – *A função notarial destina-se a dar forma legal e conferir fé pública aos actos jurídicos extrajudiciais.*

2 – *Para efeitos do disposto no número anterior, pode o notário prestar assessoria às partes na expressão da sua vontade negocial.*

Vê-se que, para o legislador português, o núcleo essencial da função notarial é constituído pela dação da fé pública aos actos jurídicos extrajudiciais e pela actividade de conformação dos mesmos actos à lei substantiva e adjectiva. A prestação da assessoria às partes pode, eventualmente, ser objecto da função notarial.

Com efeito, a lei consagra expressamente a possibilidade de o notário prestar assessoria jurídica às partes, com vista à conformação da vontade negocial na realização dos actos da sua competência. Mas essa possibilidade apenas foi consagrada expressamente na lei, com o actual Código do Notariado⁹, na medida necessária à indagação, interpretação e adequação da vontade das partes ao ordenamento jurídico. A prestação da assessoria está, portanto, legalmente subordinada, directa e obrigatoriamente, à prática dos actos da competência do notário, numa lógica de causalidade entre o acto a praticar e os poderes de assessoria atribuídos ao notário – como expressamente se refere no preâmbulo do decreto-lei que aprova o Código – com vista a garantir a esfera tradicional de intervenção de outros profissionais que igualmente prestam apoio jurídico aos particulares.

A possibilidade de o notário prestar assessoria distingue-se do dever que ao mesmo cabe de dar informações. A lei portuguesa exige – sempre exigiu – do notário que dê *informações* àqueles que as pedem, quando querem outorgar tal ou tal acto. Esta obrigação, aliás, não é específica do notário; impõe-se, do mesmo modo, aos conservadores dos registos, por exemplo. A missão do notário não é limitada à autenticação dos acordos das partes, mas estende-se ao esclarecimento das mesmas sobre o conteúdo e efeitos das convenções por elas assinadas. É obrigação própria do notário, não só fazer a leitura do acto aos signatários, mas também explicar-lhes o conteúdo da convenção por eles outorgada (art. 40.º, n.º 1, al. d) do CN). Não se pode separar uma coisa da outra: a autenticação do acto e a informação das partes. A perfeita informação dos signatários sobre o conteúdo do acto deve ser considerada como condição de autenti-

⁹ No âmbito da lei anterior (Código do Notariado de 1967, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 619, de 31/3), na falta de disposição legal que, explicitamente, consagrasse a assessoria como elemento integrador da função notarial, considerava-se existirem várias normas nas quais se encontrava implícito o dever de conselho a prestar pelo notário aos particulares. Era o caso do art. 58.º, respeitante à redacção dos actos notariais (cfr. Art. 42.º do Código actual); do art. 59.º n.ºs 2 e 3, segundo o qual o notário devia reproduzir a minuta apresentada pelos interessados, adoptando, em caso de imperfeição desta, a redacção que, em seu juízo, melhor exprimisse a vontade das partes (cfr. art. 42.º, n.ºs 2 e 3 do actual Código); do art. 62.º, n.º 1, al. i), respeitante à menção documental de o instrumento notarial haver sido lido e explicado o seu conteúdo aos outorgantes (cfr. art. 46.º, n.º 1, al. 1) do Código actual); do art. 66.º, n.º 2, referente ao modo como efectuar a leitura e explicação do conteúdo do documento (cfr. art. 50.º, n.º 2 do Código actual); do art. 191.º, n.º 2, contemplando a obrigatoriedade de consignação no instrumento da menção da anulabilidade e ineficácia do acto (cfr. Art.º 174.º, n.º 2 do actual Código).

cação. Não se pode considerar autêntico (lat. *authenticu* < *auctor*) um acto de que as partes desconhecem o conteúdo e efeitos.

O *conselho* é algo diferente, designa a conduta daquele que sugere qualquer coisa a alguém, que determina a escolha doutrem, que leva outrem a adoptar tal ou tal atitude¹⁰. Segundo os dicionários, o conselho resume-se à opinião emitida por alguém para exortar outrem a fazer ou não fazer qualquer coisa, para dirigir ou inspirar a sua conduta.

4. O notário, agente da função notarial

Paralelamente à qualificação da função notarial, simultaneamente como função pública e como função privada, considera-se o notário como *oficial público e profissional do direito, encarregado de receber, interpretar e dar forma legal à vontade das partes, redigindo os instrumentos adequados a esse fim e conferindo-lhes autenticidade, de conservar os originais e expedir fotocópias do seu conteúdo. Na sua função está compreendida a autenticação de factos*. Desta definição, proclamada pelo I Congresso Internacional do Notariado Latino (Buenos Aires, 1948), resulta que o notário é um oficial público e, ao mesmo tempo, um profissional livre do Direito.

De facto, o conceito de notário, como simples oficial público, não se adequaria com o princípio da sua livre escolha pelos interessados, nem com o princípio da sua remuneração pelas partes, e deixaria por justificar a função de

¹⁰ Não é fácil distinguir entre o *dever de informar* e o *dever de dar conselhos*, ambos componentes da actividade notarial, pois que, na prática, eles se entrecruzam frequentemente. O que torna difícil a distinção é que o conselho comporta necessariamente esclarecimentos, advertências e informações que o notário deve prestar ao cliente, aquando da outorga do acto notarial.

A doutrina alemã faz a distinção entre conselho e informação, por recurso ao *mandato* conferido pelo cliente ao notário, para elaboração do documento notarial. Segundo essa doutrina, o dever de informação é uma consequência necessária do mandato que o cliente dá ao notário para elaborar determinado acto ou negócio jurídico. Neste caso, o cliente tomou já a sua decisão e não pretende do notário mais que a consignação da sua vontade em instrumento notarial. Por dever de ofício, o notário tem que dar a esse cliente, quer ele queira quer não, as informações pertinentes e fazer as advertências necessárias, para que compreenda as consequências do acto que outorga. Pelo contrário, de acordo com a mesma doutrina, o conselho não está compreendido no mandato, pressuposto da solicitação do notário para a outorga do acto, mas num mandato especial, e reduz-se ao serviço que o notário presta ao seu cliente previamente à tomada de decisões por parte deste ou independentemente dessas decisões.

O dever de informação é oficial ou público, já que incumbe ao notário dá-lo, não só no interesse dos outorgantes, como também no interesse de terceiros. Por isso, o dever de informação não está no poder de disposição do notário, nem dos outorgantes. O notário deve certificar-se *ex officio* que os outorgantes compreendem o sentido e o conteúdo do negócio a outorgar, deve informá-los dos requisitos necessários para a validade do mesmo negócio, deve adverti-los das consequências e efeitos jurídicos que dele resultam.

assessoria jurídica prestada sob sua exclusiva responsabilidade, princípios estes em vigor nas várias legislações do notariado latino, incluindo Portugal.

Por outro lado, o conceito de notário como profissional livre puro, não explicaria a forma de fixação dos respectivos honorários (que não é livre), a existência do princípio do *numerus clausus* de notários, o dever de obediência, de prestação de juramento aquando da tomada de posse, etc., princípios estes também em vigor nos diversos ordenamentos jurídicos latinos. O notário não é um funcionário público, funcionário do Estado, antes exerce a função pública de autenticação dos actos e contratos que formaliza. Também não é um profissional livre no sentido absoluto da expressão, dada a vertente publicizante da sua função. É um profissional livre do direito que exerce uma função pública¹¹.

5. Efeitos

5.1. *Legalidade*

A lei atribui ao documento notarial um especial grau de eficácia que contrasta com a que atribui ao documento particular e que se manifesta duplamente através da legalidade daquele e da sua conformidade com a vontade dos interessados.

A lei considera que o documento notarial é obra de um técnico de Direito, que contribui de uma maneira imediata e decisiva, mediante a assessoria ou conselho jurídico, para que a vontade das partes, vertida no documento, satisfaça as condições de idoneidade necessárias para a produção dos efeitos previstos na lei e pretendidos pelos particulares.

A lei tem em conta que o notário exerce, a par da função estritamente documental, uma função jurídica que corresponde, além de outras tarefas, à adaptação, adequação ou conformação da vontade dos particulares ao ordenamento.

Do preenchimento dessa tarefa de pôr a vontade das partes de acordo com a lei, e que constitui a vertente jurídica da função notarial, resulta a presunção de legalidade ou conformidade do conteúdo do documento notarial à lei.

¹¹ A afirmação deste duplo carácter da figura do notário (latino), é uma constante da doutrina, das conclusões dos vários congressos da União Internacional do Notariado Latino (UINL) e, ainda recentemente, do seu XVII Congresso (*Florença*, Outubro, 1984), e resulta da legislação dos vários países, como a *Ordonnance* francesa de 25 de Novembro de 1945, o decreto espanhol de 2 de Junho de 1944 (Regulamento Notarial), a lei notarial italiana n.º 89 de 16 de Fevereiro de 1913. Se algumas legislações não consagram *expressis verbis* esse carácter, ele resulta dos respectivos sistemas legais.

5.2. Autenticidade

I. A lei atribui ao documento notarial um especial grau de eficácia probatória plena, devida à autenticidade da sua origem e conteúdo e manifestada na impossibilidade de pôr em dúvida os actos praticados pelo notário ou por ele constatados.

Além de presumivelmente legal, o documento notarial é um documento autêntico, ou seja, verdadeiro, dotado de veracidade plena, dotado de fé pública, salvo se judicialmente for provada a sua falsidade¹².

II. O documento notarial goza de *autenticidade corporal*, isto é, prova-se a si mesmo como coisa, de *autenticidade externa, subjectiva* ou de *autoria*, tanto no que respeita ao notário, como no que concerne às partes, de *autenticidade interna*, também chamada *autenticidade de fundo*, *autenticidade de conteúdo* ou *autenticidade ideológica*, referida ao pensamento que no documento se expressa e traduzida na adequação entre o *actum* e o *dictum*, ou antes, na sobreposição que o ordenamento jurídico faz do *dictum* ao *actum*.

III. A autenticidade não abrange por igual todas as partes do documento notarial.

¹² O documento notarial é um documento dotado de fé pública. Convém, por isso, adiantar alguns notas respeitantes a essa figura da fé pública notarial.

Em sentido jurídico, a fé pública impõe a existência de uma verdade oficial, cuja crença se impõe não por um processo espontâneo, mas por virtude de um imperativo jurídico que obriga a que se tenha por certos, determinados factos ou acontecimentos. A fé pública traduz-se na convicção do Estado na certeza de um facto ou de uma relação jurídica que se impõe aos particulares, como resultado da abstracção das crenças individuais. Essa convicção tem a sua génese num acto de fé colectiva, por sua vez resultado de generalização da crença individual dos cidadãos.

A fé pública, como a fé em geral, tem na base uma crença ou convicção, pressupõe o crédito ou confiança depositada em quem a concede.

A mesma exigência de certeza e de notoriedade que devem ter os actos jurídicos relacionados com a actividade legislativa, administrativa ou judicial se impõe quando se trata de actos relativos a interesses privados. O Estado tem o dever de proteger os direitos dos particulares, mas é indiscutível que só pode proteger aqueles cuja existência não ofereça dúvidas. Tal constitui o fundamento da conveniência de revestir os actos dos particulares de todos aqueles requisitos que sejam necessários para se acreditar em qualquer momento que um dado facto jurídico se produziu. E, sendo a notoriedade das convenções dos particulares menor que a dos actos das entidades de direito público, mais premente se torna o estabelecimento das maiores cautelas, no que respeita à fé notarial.

A fé notarial, como fé pública, não é mais do que o testemunho rodeado do máximo de garantias de exactidão na sua formulação e interpretação, para que se aproxime tanto da verdade que, humanamente, se confunda com ela, de tal modo que a fé do notário, ou melhor, do documento por ele elaborado, seja a verdade e, como tal, o legislador possa impô-la a todos.

A fé notarial não é uma ficção do direito, sem fundamento, mas uma realidade amparada em razões psicológicas e lógicas que a identificam no maior grau possível à verdade.

É plena e, consequentemente, pleno é o efeito probatório do documento notarial, no que respeita aos actos do próprio notário, àquilo que o notário afirma (a sua presença, a comparência dos intervenientes, a apresentação de documentos, as advertências legais, a leitura do documento e a sua outorga, etc), e no que concerne aos factos que o notário constata através dos próprios sentidos *suis propriis sensibus* (presença dos outorgantes, formulações das declarações de vontade, prestação de consentimento, aposição da assinatura e meios de a suprir, presença dos intervenientes, apresentação e entrega de coisas, dinheiros, valores, etc.).

Este núcleo constituído pelas narrações feitas pelo notário daquilo de que se apercebe através dos próprios sentidos, pelas suas próprias actuações e diligências, constitui a parte mais importante do conteúdo do documento notarial. Nesta matéria, a verdade contida no documento é *imposta* pelo ordenamento *erga omnes*, até que, porventura, seja declarada judicialmente a sua inexistência por falsidade da declaração ou narração que contém.

Para além deste núcleo fundamental, contendo como que uma verdade imposta, o documento notarial compreende uma outra, constituída fundamentalmente pelo conteúdo das declarações das partes e restantes intervenientes no documento e pelos juízos do notário sobre a identidade e capacidade jurídica dos outorgantes e sobre a capacidade e idoneidade dos intervenientes acidentais, sobre ausência de vícios do consentimento, sobre a legalidade do acto, sobre a qualidades e poderes dos representantes no instrumento, sobre a notoriedade de factos, cuja verdade é apenas *suposta* ou presumida *juris tantum* e, como tal, susceptível de ser afastada por prova do contrário, sem necessidade de arguição e prova da falsidade do documento.

5.3. Força executiva

A lei portuguesa reconhece força executiva ao acto notarial para qualquer espécie de obrigações. Quer os documentos exarados por notário (*documentos autênticos*) quer os documentos lavrados pelos particulares e autenticados por notário (*documentos autenticados*) que importem a constituição ou o reconhecimento de qualquer obrigação podem servir de base à execução (art. 46.º, al. b) do CPC).

Este valor particular, semelhante ao da sentença, é efectivamente atribuído, não só aos documentos feitos pelo notário, mas também aos documentos particulares por ele autenticados, dados os elementos de autenticidade de que uns e outros são portadores.

Este princípio é válido para todas as obrigações, mesmo as de prestações futuras, em certas condições. O princípio cobre, com efeito, as obrigações de dar (dinheiro ou coisas), assim como as obrigações de fazer e de não fazer (em resumo: obrigações de *dare, facere et pati*).

6. A rentabilidade social da função notarial

Qualquer instituição só tem sentido se a mesma é rentável económica e socialmente.

Só será justificada a sua estrutura organizativa, na medida em que o serviço notarial seja rentável ou seja, produza benefícios superiores aos custos que gera.

O Notário intervém uma vez por exigência imperativa da lei, outras vezes por decisão voluntária das partes na celebração de negócios jurídicos marcados por um intervencionismo crescente do interesse público em cumprimento de normas legais imperativas, especialmente, nas sociedades modernas marcadas por um intervencionismo crescente:

- normas de protecção dos consumidores
- urbanismo
- fiscalidade
- acção social
- controlo de Câmbios

O serviço notarial não pode, não deve conceber-se como mais um factor produtivo, nem menos um, como uma função auxiliar ou intermediária a integrar a estrutura do sistema financeiro.

Ao invés é um serviço que, tanto pela finalidade legal como pelo seu desenvolvimento prático apresenta uma arquitectura e uma finalidade de utilidade social, com vista à redistribuição dos benefícios económicos que gera o sistema, convertendo-se assim num factor de coerência e equilíbrio social e um instrumento essencial nas relações jurídico-privadas de muitos dos valores constitucionais, como a igualdade, a segurança jurídica, a protecção dos consumidores.

Importante e necessário à eficiência dos mercados, ou seja, ao aumento da produtividade pela eliminação de custos de contexto, factores que inibem o investidor de se instalar. Inclui custos de tempo, administrativos, fiscais, para fiscais, de gestão, rigidez de escala produtiva, entre outros.

A principal fonte de insegurança jurídica encontra-se particularmente no âmbito do direito patrimonial.

As manifestações de vontade abrem inevitavelmente vias de insegurança jurídica pelas dificuldades em qualificá-las.

Em especial porque a tradução da vontade ou das ideias em linguagem sempre encerra um grau de imprecisão e esta acentua-se quando se trata de verter conceitos jurídicos.

Daí ser extremamente útil o recurso a instituições organizadoras dessas manifestações de vontade.

Porque o documento notarial está dotado de uma especial força probatória, dotado da fé pública notarial, da presunção da verdade das declarações realizadas perante o notário e da realidade de o direito se ter produzido por força das declarações dos outorgantes (ainda que essa fé pública não ampare obviamente a sinceridade ou a veracidade intrínseca do manifestado pelos outorgantes).

Não basta que o documento seja assinado na presença do notário e logo legalizado por ele, precisamente pela imperfeição da vontade empírica contratual.

A importância do notário está no direito material sobre a propriedade do seu conteúdo e sobre o controlo da legalidade.

Se o documento é aceite pelos Tribunais como autêntico, salvo prova da sua falsidade, é por força do direito que, ao lado do controlo de legalidade, sempre existe através do significado jurídico dos termos em que está redigida a escritura, precisa e inteligível, uma redacção juridicamente correcta, ajustada ao ordenamento jurídico e com o dever de informar os outorgantes do alcance jurídico de todo o documento.

Como assinalou Rodrigues-Piñero

“a forma como se organiza a fé pública extrajudicial – mediante uma instituição jurídica pública, o exercício de uma função pública, em regime privado de profissão liberal submetida a rigorosos controlos, cumpre o objectivo de assegurar a possível coincidência da certeza real ou física e a certeza jurídica que o notário documenta” (a fé pública como valor constitucional pag.19)

(FRAGA, a economia de mercado e a função notarial como garantia da segurança jurídica, pag. 19) “a eficácia mesmo do nosso sistema registral descança sem duvida em grande parte na qualidade dos “inputs” que recebe.

A imperfeição da vontade empírica pré contratual dotada da fé pública, sem assegurar às partes e a terceiros um efectivo controlo substancial do seu conteúdo, constitui uma verdadeira armadilha estendida à boa fé das partes e constitui um perigo para o resto da colectividade, na medida em que a força executiva e preventiva associada à fé pública do documento que formaliza um negócio materialmente viciado (por ser nulo ou anulável por vícios da vontade, por defeitos de correcta formulação do negócio que impedem a sua recta interpretação, ou entram em conflito com normas imperativas ou proibitivas) poderia produzir efeitos indesejáveis.

Por um lado, cria-se uma aparência de eficácia negocial que imediatamente produz efeitos tanto na esfera judicial como na extrajudicial, os quais serão postos em causa mediante a correspondente acção judicial.

Por outro lado, surgem terceiros adquirentes de boa fé de direitos fundados nessa aparência e aos quais o ordenamento jurídico não poderá deixá-los desamparados.

A ilegalidade conformada mediante um negócio ineficaz acabaria por triunfar. O negócio poderia produzir efeitos com prejuízo de terceiros. Os negócios formalmente válidos mas afectados por defeitos substanciais dariam lugar a um notável aumento da conflitualidade (Rodrigues Adrados, *Escritos jurídicos* II Pag. 190).

Na actualidade o controlo da legalidade com vista à plenitude dos efeitos do documento adquire uma importância muito maior que a de tempos passados, em que os negócios formalizados eram mais simples.

Compare-se as escrituras de há 50 anos, o conteúdo e efeitos com as actuais, porque a actuação do notário consistia a principal e quase exclusivamente no controlo do negócio às normas de direito civil ou comercial, aos códigos civis e ao comercial.

Actualmente a actividade do notário garante a segurança jurídica e o controlo da legalidade das transacções, por força do aumento da conflitualidade e da relação ética na vida económica moderna.

Veja-se a aparição cada vez mais de normas protectoras dos consumidores.

A complexidade que apresenta a aplicação do direito positivo aos contratos caso concreto a celebrar (a aplicação de direito internacional junto das relações económicas transfronteiriças, ou a quantidade de produção legislativa a que experimentam os direitos especiais; a necessidade de criação de formas negociais novas para responder a inovadoras necessidades económicas; acudir cada vez mais à necessidade de garantir um equilíbrio dos outorgantes na posição negocial (a grande diferença entre operadores económicos e pequenos consumidores) tendência do abuso da posição dominante (Mesquita DEc Cacho, sobre a unificação da fé pública documental, pag. 10).

A vontade empírica dos outorgantes é recebida pelo notário para dentro do máximo respeito da mesma depurar, indagar, conhecer, aclarar o que é que as partes pretendem conseguir, inclusive, ajuda-las a corrigi-las quando haja uma diferença entre a finalidade concreta dos outorgantes e os efeitos que efectivamente gerará o negócio jurídico.

O notário realiza inicialmente uma tradução jurídica inversa quando procura aclarar o conteúdo real das afirmações das partes, despojando-as da roupagem jurídica e possíveis deformações derivadas de concepções jurídicas erróneas que as obscurecem e deformam.

Uma vez feita essa tradução inversa deve proceder-se à tradução jurídica propriamente dita da vontade dos outorgantes, já depurada, aclarada para ser plasmada no negócio jurídico concreto a formalizar.

Por outro lado essa assessoria e orientação da vontade dos outorgantes é condição para a maior eficácia do controlo da legalidade pelo notário, na medida em que o conhecimento correcto e profundo das partes permitirá apreciar a existência de possíveis ilegalidades negociais, admitidas consciente ou inconscientemente.

Devo acrescentar que situar o negócio autorizado dentro dos limites legais não só significa uma actuação notarial limitadora das pretensões antijurídicas mas também uma actuação para criar ou desenhar o negócio e os seus efeitos dentro dos limites legais.

Donde essa actuação de busca de soluções possíveis supõe um reforço considerável da eficácia do controlo da legalidade por quanto elimina o interesse na realização de actos ilegais oferecendo outras alternativas mais úteis.

A falta de eficiência da produção de serviços tem duas consequências sobre o sistema económico:

- repercussão sobre o custo de outras actividades económicas (custos de contexto de economia) especialmente sobre a produção de bens e consequentemente sobre a competitividade nestes sectores;
- e na medida em que os serviços estão destinados ao consumo final, o seu encarecimento repercute-se sobre o bem estar e a riqueza geral da sociedade.

Em que consiste a qualidade do serviço notarial?

Consiste num efectivo controlo da legalidade e eficácia do negócio formalizado pelo notário para o que exige uma adequada informação aos outorgantes sobre os distintos aspectos, riscos e efeitos do negócio formalizado, informação a dar no preciso momento em que é outorgado o acto notarial, bem como anteriormente ou durante a sua preparação.

A efectividade desses conteúdos do serviço notarial exige dois elementos fundamentais:

- a independência do notário
- a atenção pessoal e atenta a cada caso concreto

7. A intervenção notarial no documento, não se limita à autenticidade das assinaturas postas no documento e posteriormente na autenticidade das cópias do mesmo, função certificadora.

A intervenção notarial deve realçar o controlo da legalidade e a eficácia do negócio, assim como conformar a vontade das partes com a plasmada no texto do documento. Nesse controlo substantivo que não é a simples autenticidade formal do documento, radica a maior parte da virtualidade e utilidade jurídica da actuação notarial.

O controlo do conteúdo do documento que realiza o notário necessita da análise da verdadeira e exacta vontade dos outorgantes no negócio.

Eles têm uma simples vontade empírica que os aproxima da que efectivamente pretendem obter com esse negócio. Carece de dados e conhecimentos concretos sobre todos e cada um dos efeitos directos e indirectos que resultam

das cláusulas e muitas vezes desconhecem o verdadeiro significado do negócio jurídico em si mesmo.

O trabalho do Notário começa, pois, pela análise da vontade das partes com o fim de comprovar que há uma efectiva coincidência entre elas, acordo de vontades, e que ambas querem ver plasmado no documento a elaborar pelo notário.

Deste modo se comprovará, em grande medida, a inexistência de vícios da vontade, por erro ou dolo, ou a falta de um verdadeiro acordo de vontades que motivaria a inexistência de um negócio jurídico, sem o que o notário poderia ajustar o negócio à legalidade, já que ao contrariar uma norma de carácter imperativo, ao avaliar a verdadeira finalidade do negócio, controla a sua legalidade.

Mais, se um único outorgante com alguma finalidade, mesma que ilícita, busca esse objectivo ilegal por ignorar que existe outras possibilidades que é também capaz de satisfazer os seus fins, optará por satisfazer os seus fins por uma medida menor mas suficiente uma vez esclarecido pelo notário e corrige-se a sua opção de acordo com o princípio da legalidade.

O notário indaga sobre a verdadeira e concreta vontade empírica dos outorgantes e ajuda-os a procurar as causas lícitas que permitem realizar essa finalidade ou ao menos alcançá-la na maior medida possível.

A contribuição notarial ao cumprimento das leis resulta mais eficiente que as simples proibições já que não se limita a sancionar as condutas ilegais mas em encontrar as causas e os comportamentos, os fins e formas que as próprias leis prevêem.

E na contratação em massa, dada a situação de risco em muitas cláusulas contratuais predispostas para uma das partes é imprescindível comprovar que a outra as aceita e que portanto a vontade de ambos sobre as mesmas é coincidente. É importante informar com especial atenção o outorgante sobre o conteúdo e alcance das ditas cláusulas. As letras pequenas em todos esses contratos em que uma das partes interessa que se passe rápida e superficialmente por cima delas.

O controlo material do documento é um requisito imprescindível para que a intervenção notarial promova diversos valores constitucionais: a segurança jurídica e a igualdade.

O controlo notarial do conteúdo do contrato é de capital importância para terceiros.

Porque se não existisse o documento seguiria gozando da especial força legitimadora que tem no tráfego jurídico (com a presunção *iuris tantum* da verdade e exactidão que o notário afirma, presunção da legalidade do seu conteúdo, aparência de eficácia que tem para terceiros e a sua especial eficácia erga omnes após o seu registo) sem que fosse assegurado previamente a legalidade do seu conteúdo.

Apareceriam terceiros que confiariam no conteúdo do documento – adquirindo direitos derivados dele, abstendo-se de condutas incompatíveis com o

que nele está estabelecido, etc., logo estariam defraudados em todos os casos em que os efeitos do documento fossem inválidos por sentença judicial.

Não é em vão que os sistemas anglo saxónicos, onde não existe a figura do notário que controla o conteúdo do negócio formalizado, em que intervém no contrato o public notary, carece absolutamente dessa força legitimadora e o negócio está submetido em toda a sua extensão à valoração e revisão judicial.

Finalmente, o controlo do conteúdo do documento pelo notário apresenta uma especial utilidade para os próprios outorgantes, pelo facto de que o aconselhamento, a assessoria, se dá com uma qualidade homogénea e com especial atenção ao outorgante mais necessitado de protecção,

com redução dos custos pela desnecessidade de recurso a outro aconselhamento.

Resta-me esclarecer que o aconselhamento se circunscreve à realização do negócio, não tem carácter autónomo e está incluído no custo do acto.

O aconselhamento não deve ser taxado anteriormente como o não é o controlo da legalidade, ambos parte do controlo do conteúdo do documento.

8. A realidade social em que se presta o serviço notarial apresenta uma série de características a tomar em consideração para se poder apreciar o sentido económico da instituição notarial

Infelizmente essas particularidades da função notarial são pouco conhecidas até ignoradas.

Os efeitos da função notarial, no mercado de bens e serviços, são vários e relacionados entre si:

- a) Por um lado assegura a eficácia e a legalidade dos actos e contratos; por outro garante a correcção negocial do documento formalizado, através do controlo da coincidência da vontade real e comum dos outorgantes a plasmar no documento, informando-os dos efeitos, tanto jurídicos, como materiais ou económicos, da transacção documentada.

Daí decorrem várias consequências:

- evita-se o oportunismo de um dos outorgantes e uma vez aplicado o controlo da legalidade e eficácia do negócio, é proporcionado a ambos os outorgantes a segurança jurídica a um maior nível de utilidade do negócio.

Assim todo ele gera manifestações externas positivas como o aumento da eficiência desse mercado reduzindo os custos de contexto da economia.

Assim se cumpre uma importante função de equilíbrio mediante a repartição equitativa dos benefícios que o negócio gera, a prevenção da apreciação abusiva desses benefícios por uma das partes, por exemplo o operador habitual que se encontra em condições de actuar de forma oportunista.

b) Deve exigir-se a homogeneidade do produto notarial: é necessário que qualquer cidadão que procure o notário saiba que lhe é oferecido um serviço de determinada qualidade, que conheça o grau de fiabilidade do aconselhamento que se vai dar e por conseguinte a confiança que pode depositar na informação sobre o acto a formalizar.

Resulta claro, pela análise do mercado dos serviços notariais, a crítica ao modelo micro económico clássico que a economia neo institucional formulou, ao observar que as condições de concorrência livres, são irreais, e aqui o que se nos interessa, os bens (no nosso caso, os serviços oferecidos por cada notário) terão características diferentes que conduziria a que operadores procurassem a máxima qualidade nesses serviços porque obteriam a maior utilidade. Numa sociedade de mercado onde a informação é um bem escasso e caro em termos de custo da sua aquisição em tempo ou em dinheiro, as decisões tomam-se com uma informação incompleta, pois adquirir a informação absolutamente completa seria anti-económico, dado o seu excessivo custo.

As decisões económicas, são tomadas inevitavelmente com um certo grau de incerteza que será tanto maior quanto o decisor se encontrar mais debilmente informado (*QUIRK, microeconomia*, pag. 487 e *BAUMOL e BLINDER, Economics principles and policy* pag. 376).

Quem toma decisões nem sempre adopta decisões óptimas, porquanto são adoptadas sem curar da investigação de outras alternativas que podem ser melhores ou muito melhores.

E o mercado, com informação escassa e cara (como são praticamente todos os mercados incluindo os mercados de bens e produtos – especialmente os imobiliários e os financeiros – onde se produz a intervenção notarial) podem existir, e normalmente existem, decisões óptimas com informação imperfeita (*ARRUÑADA, Teoria contratual da empresa*) “os operadores económicos fazem escolhas sob a incerteza com base nas probabilidades subjectivas que assinalam os sucessos “*QUIRK, microeconomia*”.

A eficiência desses mercados desenvolver-se-á se for possível reduzir a necessidade de informação ou a dificuldade em a obter, mediante mecanismos de intermediação.

Um mercado desregulado de serviços notariais, devido às falhas estruturais (as assimetrias informativas e a possível heterogeneidade da qualidade dos serviços e suas manifestações externas) não se encontra em condições de conduzir a um equilíbrio eficiente da oferta e procura desses serviços nas suas vertentes de quantidade, preço e muito especialmente qualidade.

E o resultado final dessa sucessão de reduções de qualidade e preço conduz a que sejam colocados no mercado produtos de menor qualidade, terminando por expulsar do mesmo os provedores de produtos ou serviços de maior qualidade.

As condições que levam ao processo de perda de qualidade, numa dinâmica de mercado de limões, (baixa qualidade e baixos preços) são:

- em 1º lugar a impossibilidade de conhecer a qualidade dos produtos ou serviços adquiridos – por motivos técnicos, pelo excessivo custo da informação sobre os mesmos, ou pela inexistência de experiências acumuladas de quem procura os serviços e
- em 2º lugar, a impossibilidade de sancionar individualmente o responsável da perda de qualidade mediante a emigração dos clientes, uma vez que estes procuram os produtos ocasionalmente e isoladamente, à sanção do mercado não recai sobre o produtor responsável mas sim sobre o conjunto do mercado. (OTT e Schajer, manual de análise económica do direito civil, pag. 314).

A reacção dos operadores económicos é assegurarem a manutenção de uma determinada reputação perante o mercado subindo os preços: a generalização das marcas na nossa sociedade ou os franchisados são instrumentos para obviar ao mercado dos limões, baixa qualidade, baixos preços. Aos franchisados é imposto um sistema de preços fixos que elimina as tentações da redução da qualidade.

c) Outro efeito da actuação notarial na esfera negocial é conformar os documentos formalizados à legislação imperativa em vigor, bem como a garantia da sua regularidade substancial e portanto da sua eficácia.

Tal conduta reduz a conflitualidade, quer pela redução do número de negócios ilegais ou viciados, quer pela eliminação da incerteza em torno de eventuais pleitos sobre os negócios e assim se desincentiva o recurso dos outorgantes a esses litígios em vez de cumprirem voluntariamente o que previamente acordaram.

Por outro lado incrementa a eficácia das normas imperativas e em vez de se reparar as transgressões produzidas é preferível que os cidadãos sejam espontaneamente compelidos a ajustar as suas condutas a essas previsões legais. A finalidade das formas imperativas não é a imposição de sanções mas sim que os cidadãos ajustem as suas condutas ao nelas previsto.

O Notário deve atender a essa finalidade no respeito pelo princípio da legalidade como do aconselhamento, da assessoria às partes com a finalidade de obter o equilíbrio de ambas as partes no contrato. A prestação do notário desenvolve-se no meio de importantes tensões que fazem que o funcionamento do mercado se adapte ao modelo de concorrência livre: por um lado a tensão entre o interesse público do cumprimento da lei e o interesse dos particulares; e a tensão entre as posições e os interesses contratuais das partes desequilibradas em grande maioria dos casos por força da capacidade de negociação que potencia a possibilidade de oportunismo de uma delas. A actuação notarial aqui funciona como um dique.

No meio destas tensões contraditórias, que tendem a arrastar o notário à posição dos interesses particulares do outorgante mais forte é reconhecido e configurada a função notarial através de um modelo híbrido de funcionário e profissional liberal, sujeito a uma particular obrigação do respeito pelas normas

jurídicas e cumprimento dos seus deveres perante os outorgantes, terceiros e interesses públicos.

Em consequência e atento essas obrigações estará em condições de realizar a assessoria, o aconselhamento, com activa imparcialidade para equilibrar efectivamente a posição dos outorgantes, inicialmente desequilibrada nas suas atitudes negociadoras e em vista a formalização de um negócio ajustado através de articulados mais adequados dentro da legalidade.

A função notarial não é um simples factor produtivo em que esteja em causa a eficácia dos demais factores de produção, pelo seguinte:

Ponto 1 – os serviços prestados pelo notário, não constituem um aconselhamento técnico a um operador económico, mas antes geram importantes manifestações externas positivas que favorecem o ordenamento jurídico em geral, promovendo os valores constitucionais como a segurança jurídica e a igualdade, favorecendo a eficácia dos mercados, eliminando os custos de contexto da economia.

Ponto 2 – devido ao especial mecanismo da concertação no mercado de serviços notariais, numa relação que não é bipolar como é a maioria dos produtos (oferta e procura) este tem três vértices com posições divergentes e equilíbrios instáveis.

Existe o ofertante do produto, o notário imerso no mercado de serviços notariais, onde há ofertantes que competem com ele em qualidade, e há a procura, as partes no contrato a formalizar.

Há ocasiões em que os operantes são particulares e a posição de procura do serviço notarial é análoga:

Ambos querem a maior qualidade possível para maximizar a segurança jurídica e somente um destes dois está interessado em obter um preço mais reduzido.

Noutras vezes, a mais frequente, um dos contratantes é um operador habitual (um promotor imobiliário, uma entidade financeira) e um consumidor que excepcionalmente realiza o negócio da sua vida.

Nestes casos o contratante profissional está em condições de concluir uma negociação mais vantajosa na medida em que pode dar ao outro a aparência de maior utilidade do negócio ocultando os aspectos que para ele podem resultar gravosos ou gerador de riscos. Para ele pouco importa a qualidade do controlo da legalidade ou do aconselhamento jurídico, basta preocupar-se apenas com os traços gerais do negócio sem aprofundar pormenores.

O outro contratante estará interessado, pelo contrário, num serviço de qualidade máxima, já que para ele essa maior utilidade redundará numa maior rentabilidade do negócio ao reduzir apreciavelmente os riscos jurídicos.

Os incentivos do mercado são pois de redução da qualidade devido ao controlo da grande maioria da oferta por poucos operadores interessados na sua degradação de forma imediata a curto prazo, correndo o risco de acelerar os processos de deterioração da qualidade dos serviços notariais, objectivada pela

perda de independência perante o contratante habitual e, em consequência com a redução do apoio e informação ao cliente menos informado e redução do tempo e atenção dedicadas pelo notário a esse cliente débil.

Impõe-se uma pressão colectiva, corporativa na manutenção da qualidade e prestígio da instituição notarial, com sanção de comportamentos individuais que baseados no interesse próprio provoquem danos globais no serviço notarial.

Ponto 3 – Se bem que a desregulação dá lugar a notáveis aumentos de produtividade e eficácia no sistema económica em geral, isso não significa que a supressão de todas as medidas reguladoras seja mais aceitável ou que seja conveniente à indiscriminada desregulação de qualquer actividade económica.

As intervenções do Estado em relação aos serviços notariais encontram sentido e justificação no facto de se tratar de uma regulação cujo efeito não se limita à produção de determinado tipo de serviços, antes tem um alcance superior que afecta o funcionamento, eficiência e transparência de outros mercados.

A finalidade do serviço notarial é precisamente a intervenção, a regulação da contratação, de outros bens e serviços.

E se a intervenção nesses mercados é conveniente, justifica-se na medida em que o puro mecanismo do mercado conduz inevitavelmente a decisões sub óptimas, existem falhas nesses mercados (excesso de normativos sobre a informação e defesa dos consumidores).

A regulação dos mercados através do controlo notarial apresenta a vantagem da sua eficiência, já que não introduz dificuldades, obstáculos à forma como esses bens ou serviços se produzem ou oferecem. Simplesmente apresentam maior transparência dos contratos.

Neste sentido existem numerosas exemplos históricos sobre o valor que a segurança jurídica e a garantia dos direitos de propriedade tem nos processos de crescimento e desenvolvimento económico.

9. Os sistemas de registo na Europa não são homogéneos

Há diversidade na organização no funcionamento e nos efeitos da publicidade dos registos.

– Na maioria dos casos, a organização de uns e outros é independente.

Em 1.º lugar – Na Espanha e em Portugal são comuns ao ponto de serem confiados às mesmas pessoas as responsabilidades dos registos predial e comercial.

Em 2.º lugar – À excepção de Portugal e Espanha, em quase todos os Estados membros da UE, as pessoas encarregues dos registos públicos são funcionários da administração que não fazem parte de qualquer organização profissional.

O cadastro e os registos são maioritariamente financiados a partir dos impostos ou taxas fixadas pelo Estado e a pagar pelos utilizadores.

Em consequência do Congresso Internacional em Madrid a 8 e 9 de Junho de 2000 a situação dos registos era o seguinte:

1. Alemanha – o registo está a cargo de funcionários da administração judiciária, a cargo de um Juiz.
2. Bélgica – os responsáveis do registo predial são funcionários do Ministério das Finanças que exercem uma dupla função: responsável pelos registos e em missão do Estado cobram certos impostos.
3. Dinamarca – a inscrição no registo é da competência de um Juiz na sua jurisdição.
4. França – os cargos de conservador, responsáveis do registo predial, são confiados a funcionários da administração do Estado, da categoria A do Ministério das Finanças.
5. Grécia – existe um sistema misto com 400 Conservadores, sendo que 15 são funcionários públicos e 385 profissionais liberais associados na “União de responsáveis do registo predial não assalariados da Grécia”.
6. Holanda – o registo está a cargo de funcionários do Estado.
7. Irlanda – há dois tipos de registos: de actos e de títulos, ambos a cargo de funcionários, não existe qualquer organização, associação ou colégio profissional.
8. Luxemburgo – os responsáveis do registo são funcionários da Administração do registo e das propriedades.

A publicidade dos registos faz parte de um sistema de informação conhecido por Centro de Informática do Estado, em virtude da sua ligação à administração do cadastro e da Topografia.

9. Inglaterra e País de Gales – o responsável do registo são funcionários públicos, empregados do Governo.

Áustria – os responsáveis pelo registo são juízes.

Itália – são funcionários.

É importante tendo em vista o espaço jurídico europeu, dispor de registos públicos que funcionem em perfeita harmonia e que possam, graças à intercomunicação que permitem as novas tecnologias fornecer aos cidadãos todas as informações necessárias sobre contratos com segurança, e a um custo razoável, em termos de tempo e dinheiro.

Para o efeito 3 objectivos:

a) Informação em tempo real – o conteúdo dos registos deve ter fácil acesso com vista à elaboração de contratos dos cidadãos e das empresas.

Os Juízes, a administração e os notários devem poder obter do conservador todas as informações necessárias relativas à actividade que ele desenvolve, sem obstáculos de tempo, nem de custos.

Isso hoje pode ser possível graças às novas tecnologias.

b) A apresentação, requisição ou depósito dos documentos aos registos públicos deve poder ser realizada por via informática.

c) A inscrição dos títulos e a sua restituição aos interessados deve ser rápida a fim de ser verificada a boa qualidade do documento a inscrever.

Da 5.^a Conferência ou Fórum anual dos registos europeus do registo do comércio que teve lugar em Tromsø a 11 e 12 de Junho de 2002, resultaram as seguintes recomendações:

- suprimir as exigências formais e de documentos;
- encorajar a criação de modelos standartizados;
- reduzir ao mínimo a qualificação dada pelo registo, de forma a que a inscrição seja automática.

A constituição de sociedades e o seu sucesso económico depende menos do tempo e custos investidos na sua constituição do que da existência dum projecto profissional.

As estatísticas demonstram que a maior parte das sociedades que são constituídas, um grande número são dissolvidas ou ficam inactivas pouco tempo após a constituição.

Para os economistas o tempo e os custos são importantes.

Para os juristas, o tempo e o custo devem ser os estritamente necessários para agir com toda a segurança.