

LUÍS FILIPE AVIZ BRITO

NOTÁRIO EM GUIMARÃES

O NOTARIADO
NA
ELABORAÇÃO DO DIREITO
PRIVADO



EDITORA PAX



/ Biblioteca Nacional
de Buenos

J.
F. de S.

O NOTARIADO
NA
ELABORAÇÃO DO DIREITO
PRIVADO

LUÍS FILIPE AVIZ DE BRITO
NOTÁRIO EM GUIMARÃES

O NOTARIADO
NA
ELABORAÇÃO DO DIREITO
PRIVADO



EDITORA PAX
BRAGA • 1966



Barcelos
2000

1904

PLANO — ÍNDICE

I PARTE

A PRÁTICA NOTARIAL — CRIADORA DE REGRAS DE DIREITO

Capítulo I

O NOTARIADO E A HISTÓRIA JURÍDICA

	Pág.
1. Importância do Notariado na história do Direito designadamente no conhecimento da origem e evolução dos institutos do direito privado	1
2. Evolução dos institutos de direito privado documentada através do Notariado	3

Capítulo II

OBRIGAÇÕES

A) Requisitos extrínsecos dos contratos obrigacionais em geral	4
B) Origem e razão de ser da intervenção dos actuais abonadores da identidade e o impreciso significado da intervenção dos antigos «confirmantes»	7
C) Entendimento e simbo'ismo da «Robora» como a suprimir as assinaturas das obrigações em geral. Suas expressões materiais nos contratos não tpicamente obrigacionais de vendas e doações	11

Capítulo III

DIREITOS REAIS

A) O usufruto. Relêvo do Notariado na biologia deste direito	19
B) A hipoteca. Papel desempenhado pelos notários no robustecimento da garantia hipotecária	26

Capítulo IV
DIREITOS DE FAMÍLIA

A) Valor das fórmulas no estudo do regime dotal	Pág. 36
--	------------

Capítulo V
SUCESSÕES

A) Da substituição na prática notarial do testamento de tipo romano por novas formas de doações	43
B) Fontes Notariais da fixação da quota disponível	47

Capítulo VI
SOCIEDADES

I) Valor normativo de algumas convenções de pactos sociais	50
1. Disposições embrionárias do Código Comercial Ferreira Borges proporcionando a redacção notarial das primeiras sociedades comerciais	52
2. Aparecimento nos livros de notas das primeiras sociedades de responsabilidade limitada, que existiram no direito comercial português	54
3. Cláusulas estatucionais com preceitos inovadores reclamados pela pressão económica	59

A) AS SOCIEDADES POR QUOTAS

a) As cláusulas de conservação	60
b) A cláusula de liquidação pelo último balanço aprovado	62

B) NAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

a) Criação de numerosos fundos especiais na alteração dos estatutos das sociedades anónimas	67
b) O abuso de direito nas deliberações das assembleias gerais	74

II) Novas figuras do direito comercial criadas em contratos inominados notariais	76
---	----

II PARTE

REGULAMENTAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

QUANTO À SUA SUBSTÂNCIA

(Legalidade Interna dos Instrumentos)

Capítulo I

SANÇÃO LEGALIZADORA DOS ACTOS NOTARIAIS

	Pág.
1. A legalização notarial em ordem aos demais sistemas de legalização ...	83

Capítulo II

SENTIDO DA LEGITIMAÇÃO NOTARIAL

1. A figura da «legitimação» nas Magistraturas Extra-Judiciais, designadamente no Notariado	88
a) Conceitos da legitimidade e legitimação nos actos de direito substantivo	88
b) A legitimação como garantia do bom exercício dos direitos que o documento autêntico incorpora	94
2. Teoria da legitimação notarial em ordem à eficácia do negócio jurídico	98

Capítulo III

A CONFIGURAÇÃO DOS ACTOS

A) Condições, pressupostos e matérias da especialidade que a determinam	106
B) Natureza, finalidade e importância do processo configurativo	110

Capítulo IV

EFEITOS PRÓPRIOS DA FORMA INTERNA

A) Valor legalizador e simplesmente formal e valor certificante e probatório do instrumento público	118
B) Princípios e efeitos da titulação notarial, na normalidade jurídica: a certeza, a evidência, a eficácia e a prova extra-judicial	123
C) Efeitos puramente civis da formulação instrumental	127

Capítulo V

DUPLO SENTIDO DA FORMA INSTRUMENTAL

	Pág.
A) A autenticidade interna e externa do instrumento	132
B) A graduação probatória das diversas «presunções» que na forma notarial se ostentam	136
a) Presunção da validade do «negócio» contido no instrumento, independentemente do valor oficial deste	136
b) Valor jurídico das diversas declarações da forma interna (prova material) no direito probatório português	137
c) Distinção entre as « declarações das partes » referentes ao «negócio» e as do documentador nos seus « juízos qualificativos », fora da esfera dos factos e « só referentes à aplicação das leis ou legitimidade dos intervenientes »	142
d) Valor jurídico e efeito de prova das apreciações do notário puramente intelectivas ou resultantes dum imperativo orgânico ou esquematização profissional	146
e) Sentido relevante da « fixação das relações jurídicas » na forma interna notarial sempre aceite com plena credibilidade geral ...	148

III PARTE

CONTEÚDO ESPECÍFICO DA FUNÇÃO NOTARIAL

Capítulo I

CONTEÚDO DA ACTIVIDADE

A FUNÇÃO NOTARIAL EM SI MESMA COMO PONTO DE PARTIDA DO SISTEMA CIENTÍFICO DO DIREITO NOTARIAL	157
A) Doutrina da « fé pública notarial »	161
B) Doutrina do « instrumento público » a identificar o Notariado	165
a) Teoria geral do instrumento público	165
b) Insuficiência da teoria baseada na simples intervenção do notário no instrumento para se achar o conteúdo da função	168
C) Doutrina da « relação jurídico-notarial »	169
D) Teoria da « representação ou exteriorização dos direitos na normalidade » ...	172

	Pág.
a) Conceito e âmbito desta teoria	172
b) Pontos débeis da teoria Monasteriana	176
E) Concepção da actividade notarial como dadora da indispensável «Forma Jurídica» dos factos e actos a que se aplique	179
a) Doutrina de GONZALEZ PALOMINO	179
b) Doutrina de AZURZA	180
c) Falta de independência de toda a teoria da «forma», mesmo da «forma jurídica» como doutrina basilar do direito notarial	181

Capítulo II

O NEGÓCIO JURÍDICO ALVO CONSTANTE DA DINÂMICA NOTARIAL

1. Dos factos e actos jurídicos em geral	
A) Os «factos» de âmbito notarial	184
B) A separação dos «actos jurídicos» notarialmente interferentes	189
2. Moderno conceito da figura do «negócio jurídico»	
A) Características que distinguem o «negócio jurídico» dos demais actos jurídicos em sentido rigoroso	191
B) Doutrina nacional e estrangeira sobre a moderna «concepção perceptiva do negócio jurídico»	194
C) Negócio jurídico como objectivo constante e permanente da função notarial e sua consagração na legislação portuguesa como «auto da auto-regulamentação da autonomia privada protegida pela tutela notarial»	198

Capítulo III

A AUTENTICAÇÃO NOTARIAL E SEU SIGNIFICADO CARACTERIZANTE NA ORDEM JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

1. Tutela administrativa da conjugação do interesse público com os interesses privados como realidade permanente e noção unitária do «acto notarial»	206
2. Sentido da administração pública dos direitos privados na tutela extrajudicial que é o Notariado	210
3. Substrato normativo da estruturação jurídica do instrumento público notarial	216

Capítulo IV

A REGULAMENTAÇÃO INTEGRAL DO NEGÓCIO JURÍDICO NA SUBSTANCIA E NA FORMA

LUGAR DO NOTARIADO PERANTE A REALIZAÇÃO PRÁTICA DO DIREITO E SUAS DIFERENTES TUTELAS

1. Limites, esfera e essência da Função	220
A) Campo distinto e suficientemente assinalado da actividade notarial	220
B) Sua esfera exclusiva quanto à representação dos direitos subjectivos	221
C) O «negócio jurídico» é dentre os actos a que o notariado se aplica a categoria que mais frequentemente lhe serve de substância medular. Pode considerar-se como o alvo constante da Instituição	221
2. Os instrumentos dos «negócios jurídicos» implicam o exercício de uma Tutela Reguladora dos direitos e relações jurídicas que fixam	226
A) Títulos «sui generis» da existência e sanção de certos direitos.	226
B) Protocolos de uma jurisdição preventiva e cautelar	228
C) Padrão duma juridicidade normativista quanto à legalidade material ou requisitos não formais dos documentos	233
3. Conteúdo da actividade ou dinâmica notarial como predominantemente dirigida à regulamentação dos negócios formais	236
4. Entre o direito determinador, o repressivo e o processual existirão certos direitos mistos como o direito regulador?	240
5. Existirá uma Jurisdição Reguladora Extra-Contenciosa e Extra-Judicial?	250

TENTATIVA DUMA NOVA INTERPRETAÇÃO DO CONTEÚDO ESPECÍFICO DA FUNÇÃO NOTARIAL

É A «REGULAMENTAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO NA SUBSTANCIA E NA FORMA»	253
---	-----

LEGITIMAÇÃO E CONFIGURAÇÃO dos poderes jurídicos ou declarações de vontade privada com que se constitui para que tenha eficácia (esfera da legalidade interna)	253
AUTENTICAÇÃO do «acto formal» que o representa para que seja crível, tenha evidência, força de prova e execução, bem como a maior parte das vezes, validade e existência (esfera da verdade dos factos)	254

Introdução

Se os **usos**, que são as práticas populares indocumentadas, se convertem em direito **consuetudinário**, desde que sancionados pela «**opinio juris**», preciso é reconhecer-se que a **cláusula notarial** então muito mais precisa, por redigida e exarada por juristas profissionais, com peculiar fundamento terá de caminhar na vanguarda dos **usos e costumes**, para elaboração de novas figuras da hermenêutica e quase a constituir uma fonte de Direito.

Embora no geral a **cláusula notarial** apenas consagre uma inteligente colaboração entre a fórmula e a lei, casos há, todavia, em que um seu criterioso e brilhante desenvolvimento provoca — como bem salienta **Marnierre** ⁽¹⁾ — uma verdadeira «ab-rogação» da lei não imperativa, e, portanto, a criação de novas normas de disciplina social.

Se não chega a constituir uma **fonte de Direito**, no seu rigoroso sentido político de exteriorização do direito objectivo pode, contudo, a **cláusula notarial** ser considerada como uma **fonte de normas individuais**, se atendermos ao muito de valor autárquico que implicitamente se encerra na convenção que a transporta e nela se independiza das normas abstractas de que provenha assim como das declarações de vontade que a fizeram nascer.

Já hoje começa a reconhecer-se que no **contrato** muito mais que uma justaposição de vontades existe, na sua essência, certo **fim** objectivo a impor os seus limites e exigências aos próprios contratantes.

Aproximam-se, portanto, os dias em que as normas dos modernos

(1) «LA PRATIQUE NOTARIALE ET LA FORMATION DU DROIT POSITIF FRANCAIS» — **Rapport** présenté au 3^e. Congrès International du Notariat Latin. — Paris. Abril e Maio de 1954.

negócios jurídicos quase se tomarão como **fontes de obrigações** desde que se admita que se estabeleceram não tanto como pura «**submissão lógica**» do caso particular perante a norma ou conceito geral, mas no processamento de verdadeiras normas concretas, para **individualização** do Direito, nas condutas unilaterais ou recíprocas.

Para alguns dos autores alemães da moderna escola normativista não restam até dúvidas que o moderno **negócio jurídico** tem um novo alcance técnico político qual o de ser portador de um certo «**suposto jurídico**» que é por si já fonte de Direito, chegando a dizer Schreier que nenhuma diferença pode existir entre o estabelecimento de uma norma pelo legislador, pelo juiz, pela autoridade administrativa, pelas entidades corporativas (grémios ou sindicatos) ou pelos particulares dos actos e contratos notariais ⁽¹⁾.

Sem nos propormos ir tão longe, apenas vimos salientar alguns exemplos, bem frisantes, de como as cláusulas espontâneas dos actos notariais introduzem na ordem social esse filtro jurídico de bons costumes que por sua vez gera um direito novo.

Pretendemos, sim, fazer reconhecer que sob a tutela dos notários, devido à sua competência profissional e aos seus bons cuidados de redacção, se criam verdadeiras figuras contratuais ou mesmo novos regimes,

⁽¹⁾ Citados in «DERECHO CIVIL» — tratado de Frederico de Castro y Bravo — 1.º vol. — pág. 335 — «Las Fuentes del Derecho Civil — Sentido Jurídico de las Fuentes».

como nas convenções antenupciais, com resultados que, dada a sua eficiência e brilho, a lei escrita se apressa a recolher.

Porventura não têm as convenções antenupciais sido tantas vezes fontes de regimes mistos que se autonomizam dos regimes tipos; e não têm sido sob o signo notarial que esses regimes ascendem aos domínios duma prática generalizada e até à conquista da consagração legislativa sob condição e a termo?

E não será ao engenho das cláusulas inovadoras introduzidas pelos notários, que se fica devendo a validade, prestes a ser consagrada no novo Código Civil Português, de se poder convencionar que o regime adoptado ficará sem efeito e a partilha dos bens do casal se fará segundo o regime da comunhão geral de bens, quando haja descendentes à dissolução do casamento, por morte?

Concretamente em Espanha, — assim o afirma uma das suas melhores autoridades, — são numerosos os casos das interpretações e acatamentos que as práticas notariais vêm dando aos usos e costumes, de modo que, bem aceites pela jurisprudência, depressa chegam a obter a consagração da lei.

Em matéria hipotecária caberia citar-se como contribuíram para a criação da norma legal que veio permitir a venda extrajudicial dos bens dados em garantia, e, em matéria comercial como influíram por interpretações um tanto liberais do Código mercantil, para que a sociedade limitada viesse a ser incorporada plenamente na vida jurídica ⁽¹⁾.

(1) CASTAN TOBEÑAS — «En torno a la Funcion Notarial — Modos por los que contribuye a la creacion del Derecho» — in «Anales de La Academia Matritense del Notariado» Tomo II — pág. 366 e 388.

E por outro lado, lê-se num notário de Liège, — e o próprio título da obra é elucidativo, — que o Notariado, na sua missão de criar o acordo entre as partes, tem tido ocasião de preencher, na Bélgica, lacunas irremediáveis da lei positiva, principalmente na regulamentação do usufruto entre diversos comproprietários e nas obras de prédios urbanos sujeitos a usufruto ⁽¹⁾.

Mas em especial o que nunca se poderá esquecer é o que para todo o Portugal, lançou de França, **Francisco Geny**, a mais reputada autoridade na matéria de fontes de Direito, ao ensinar que, pela publicação dos «**usos convencionais**» reflectidos nas «**cláusulas notariais**», se criam regras de Direito, de prática generalizada, e que a elaboração notarial torna fixas aclimatadas e homogéneas ⁽²⁾.

Foi influenciado pelo grande interesse que lá fora hoje se devota à análise dos melhores meios para se chegar a bons resultados nesse irreversível fenómeno que é a **individualização ou realização do Direito**, e só aproveitando a sua esteira, que nos dedicámos a recolher alguns exem-

(1) «LA PRATIQUE NOTARIAL. — Créatice de Regles de Droit» — Rapport présenté au 3.^e Congrès International du Notariat Latin, por MOREAU DE MELEN, — Paris. Abril e Maio de 1954.

(2) TRANSFORMAÇÕES DOS USOS CONVENCIONAIS EM REGRAS DE DIREITO DE CARÁCTER OBJECTIVO — Método de Interpretação e Fontes em Direito Privado — Tradução espanhola de R. Saleilles, pág. 424 a 428.

plos susceptíveis de nos mostrarem a relevância em que os usos ainda palpitantes de dinamismo, são moldados e configurados na forma interna dos instrumentos públicos, como extravasamento das pulsações sociais, e assim, nessa forma-técnica de acatamento fixo, logo se impõem com carácter normativo, marchando à frente da lei e até da jurisprudência quanto à elaboração do Direito Privado.

Semelhante papel do Notariado na história do Direito parece-nos digno de ser realçado desde que se entenda que a **forma** dos actos notariais como **forma jurídica** precisa de ser forma valorizante, com carácter muito mais amplo que as formas funcionalistas praticadas nos outros ramos do Direito, uma vez que na forma notarial, ao contrário do que acontece noutras formas públicas, a intervenção do Notário imprime um valor de legalidade e eficácia ao acto ou contrato que o instrumento contém.

Se no plano do documento o Notariado é puro direito formal, no plano do negócio já manifestamente interfere com as instituições de direito substantivo que defronta, estuda e aplica.

Qualquer matéria do direito substantivo, ao ser submetida à intervenção notarial, ainda que não chegue propriamente a desligar-se do seu tronco, nem altere a sua essência, passa contudo por um crisol de averiguações ao ser manipulada pelo Notário, em ordem à autorização do acto, de tal sorte, que de direito substantivo genérico, chega a converter-se em direito notarial substantivo, aspecto a que grandes autoridades já chamaram **Direito Notarial Aplicado** ⁽¹⁾.

(1) NUÑEZ LAGOS — EL DERECHO NOTARIAL, COMO RAMO PARTICULAR DEL DERECHO» — Memória apresentada ao 3.º Congresso Internacional do Notariado Latino — Paris 1954.

Parece-nos, por isso, apropriado apresentarmos em primeiro lugar um estudo sobre a **Prática Notarial — Criadora de Regras de Direito**, designativo que bem se enquadra no título genérico da obra, toda ela a visar o papel do Notariado na manipulação dos direitos subjectivos, ideia que domina os temas tratados.

Mas é na parte final que se insere o mais importante dos três estudos, numa interpretação pessoal, resultante de muitos anos de leituras, sobre esse tema apaixonante qual é o Conteúdo Específico da Função Notarial.

Ac ocupar-nos de tão ingrato como nebuloso assunto, em ordem ao papel do Notariado na elaboração do Direito Privado, não pretendemos propor qualquer classificação determinada para o Órgão Notarial em face dos outros órgãos do Estado.

Sem querermos concluir, por nós, se o Notariado é uma Instituição, uma Jurisdição ou um simples Serviço, move-nos tão-sòmente o modesto intuito de por algum modo contribuírmos para o incitamento a que outrem, após nós, venha a erguer mais sòlidamente a pretendida doutrina, e, porventura bem diferente desta, dentro da qual o legislador possa colocar o Notariado no lugar bem definido que lhe pertence no quadro da Ciência Jurídica e das modernas orgânicas estaduais.

Simplesmente queríamos que se admitisse que no direito notarial, à semelhança do que sucede no judicial, se patenteiam aspectos que ultrapassam o sentido dum puro direito formal, pois que a par dos aspectos de direito adjectivo, que lhe ficaram das suas origens, se colhem outras

lídimas perspectivas de direito substantivo, a imprimirem ao Notariado feições de certo direito misto.

Como designá-lo?

Será como tantos o dizem um **Direito Legitimador** ou então como melhor entendemos um **Direito Regulador**?

Para algo se adiantar o que se impõe é descer à substancialidade da Função.

Foi o que ousámos fazer.

Qual a natureza, qual o conteúdo específico da actividade notarial? Só a regulamentação integral do «**negócio jurídico**» o poderá indicar.

Entendemos ser esse sentido regulador o mais patente e característico dos seus atributos, na significativa expressividade de que o documentador do **acto notarial** não pode fazer tábua rasa das competentes implicações jurídicas e de que lhe pertence além da redacção dos instrumentos um juízo de **validade** dos respectivos conteúdos.

Traduz com nitidez o alcance jurídico da explicação do conteúdo e efeitos que o serventuário está obrigado a fazer da parte substancial dos documentos e poderá, porventura, num futuro próximo vir a integrar toda a finalidade do Serviço.

Quiçá possa vir a substituir com a mesma propriedade os bons conceitos que já presentemente figuram assinalados nos arts. 1.º e 57.º do actual Código do Notariado tanto a definirem todo o sentido de **forma** como os ditames da concisa **redacção** assim como a imporem aos seus

servidores que empreguem as terminologias e linguagens jurídicas que melhor traduzam a vontade das partes, sem nada se inserir que seja supérfluo por contido em disposição legal imperativa ou em regra supletiva que as partes não pretendam afastar.

Tal como, nas regras destinadas à redacção das sentenças, se diz que o Juiz interpretará e aplicará a lei aos factos, poder-se-ia talvez dizer, quanto à redacção dos instrumentos, que o notário regulamentará integralmente os negócios jurídicos, tanto na legitimação e legalização dos sujeitos e matérias dos seus conteúdos, como na observância das solenidades externas.

Sempre considerámos que os **instrumentos** precisam de conter, não só a garantia dos **factos** ou prova do acto celebrado, mas ainda a perfeição do direito, ou pelo menos a que seja suficiente para a legalidade do seu tráfico e para os efeitos que as partes pretendem.

O certo é que, mesmo pondo de lado as formas contenciosas, o direito notarial não é todo o direito de forma. E, também, por outro lado transborda irrecusavelmente dos quadros do direito de forma, visto que os princípios da forma não são os únicos que regem a actividade

do notário, que como bem diz **L. Bertaux**, tabelião em Mons, (Bélgica), nunca se limita a dar às convenções a forma autêntica, porque as inspira, as configura e adapta às leis, tornando-se o verdadeiro autor intelectual dos actos que autoriza.

A outra parte, intermédia, pareceu-nos útil incluí-la só a título preparatório desta última, já que lhe é inteiramente tributária.

Devêramos tê-la designado, de preferência, mais genêricamente, «**A Legalidade Interna dos Instrumentos**», pois aí foi único objectivo debruçar-nos sobre os aspectos materiais das relações jurídicas que de algum modo fossem susceptíveis de implicações com a prática do **acto formal**.

De qualquer modo o que desejamos foi simplesmente marcar certa tendência.

Outrem, após nós, que prossiga até se achar o devido enquadramento da actividade notarial.

Todos os temas das três partes do presente trabalho conceberam-se e escreveram-se, antes do Verão de 1956, essencialmente, com destino a certa assembleia mundial da classe, que nesse ano se realizou no Brasil.

Tiveram como local da sua pobre inspiração a bela Foz do Minho, quando fomos notário em **Caminha**, e aí pudemos então utilizar os frutos dum intenso intercâmbio com alguns notários de além fronteira, de cuja convivência, afora uma fraternal amizade, foi que verdadeiramente recolhemos tanto os bons estímulos para leituras de direito notarial comparado como todo o fervor deste culto profissional.

Sucedeu que, por motivo de outros mais influentes imperativos com as exigências de novo cargo, esses estudos ficaram entretanto totalmente adormecidos.

Mas agora, já dez anos passados ..., atento o débil contributo que possam fornecer ao aludido objectivo, vieram a ser revistos e retocados para aqui serem despretenciosamente publicados.

In Domo Justitiae Vimaranensi,

PRIMAVERA de 1966

LUÍS FILIPE AVIZ DE BRITO

I PARTE

A PRÁTICA NOTARIAL
CRIADORA DE REGRAS DE DIREITO



CAPÍTULO I

O NOTARIADO E A HISTÓRIA JURÍDICA

1 — *Importância do Notariado na história do Direito, designadamente no conhecimento da origem e evolução dos Institutos do Direito Privado.*

O Notariado exerce-se sempre como tutela dos interesses privados, no sentido de que os protege, quando os evidencia, titula ou documenta.

A função notarial consiste num determinado processo de defesa do direito subjectivo.

O seu âmbito alcança todos os actos ou factos jurídicos de carácter particular praticados extra-contenciosamente.

Sabe-se que as situações jurídicas podem ser gerais ou particulares, isto é, ou impessoais, abrangendo um número indeterminado de indivíduos e derivando directamente da lei, ou pessoais, abrangendo uma ou mais pessoas, grupo ou grupos determinados de indivíduos, e não derivando directamente da lei, mas da prática dum acto à sombra da regra do direito.

O Notariado não interfere quanto às primeiras, quer representem poderes próprios do direito público, como o exercício do direito de voto, quer representem complexos de poderes, mesmo de direito privado, resultantes directamente da lei, como, por exemplo, os direitos de fruição, transformação e semelhantes.

Só se desenvolve no campo da normalidade jurídica e só como segurança e garantia das situações estritamente particulares.

O poder de um senhorio arrendar uma casa por uma quantia determinada, constitui para o mundo de Direito um poder especial determinado e concreto, praticado de harmonia com a

regra de direito objectivo, por intermédio de uma operação que se chama *contrato*.

O fim em vista é também particularista, pertencente a um indivíduo, e não um fim de ordem social, pertencente a uma comunidade organizada ou ao Estado.

Ora a divisão do direito em público e privado, assenta também, segundo o critério tradicional, na qualidade dos interesses que se protegem.

Direito público — fixando-se estas noções só para os estranhos à família judicial — é o conjunto de normas que visam directa e predominantemente a defesa e satisfação dos interesses gerais da comunidade; e *direito privado*, o conjunto de normas que visam defender meros interesses dos indivíduos, como particulares, ou das entidades sociais ou corporações, quando consideradas também como particulares, sendo nesta qualidade sujeitos de direitos privados como os indivíduos.

Com efeito o próprio Estado, o Município, a Junta de Província, os Institutos de utilidade pública, podem também figurar como particulares, em pé de igualdade com os indivíduos, quanto a meros interesses particulares, tal como sucede quando o Estado compra ou arrenda uma casa a um proprietário para instalar um serviço público, pondo-se portanto sob o alcance do Código Civil e Comercial, e sob aplicação de normas do direito privado.

Direito privado, definia-o nas suas tão preciosas e brilhantes lições o talentoso e saudoso Professor *Rocha Saraiva*, é «o conjunto de normas que regulam as relações entre os particulares, e entre o Estado e os particulares, quando o Estado figura como pessoa particular».

Dentro do *Direito Privado*, dois ramos distintos cabe considerar também: — *O direito civil* e o *direito comercial*.

O direito comercial regula a situação jurídica dos comerciantes e todas as relações que tenham por objecto os actos do comércio.

O direito civil, como direito geral adentro do direito privado, regula todas as outras relações pessoais e patrimoniais dos indivíduos.

Como a *função notarial* é por si uma tutela dos interesses privados e o seu âmbito simplesmente alcança todos os actos ou factos jurídicos de carácter particular, extra-contenciosamente decorrentes, propomo-nos fazer algumas considerações sobre as achegas prestadas pelo Notariado ao *Direito Privado*. Começando pelo seu velho tronco, que é o Direito Civil, vamos percorrer sucessivamente as grandes divisões do direito civil, conforme a chamada sistematização germânica, a mais seguida pelos tratadistas e que por disposição orgânica vem sendo adoptada nas Faculdades de Direito: — *Direitos de obrigação*. — *Direitos reais (de gozo e de garantia)*. — *Direitos de família*. — *Direitos sucessórios*.

Na parte final analisaremos, mais detalhadamente, algumas das preciosas contribuições fornecidas pelo Notariado para a elaboração do *Direito Mercantil*.

2 — *Evolução dos institutos de direito privado através do Notariado.*

É nos títulos notariais que a plêiade privilegiada dos historiadores do nosso direito, mormente direito privado, assenta a maior parte das suas interpretações.

Gama Barros e *Paulo Merêa*, para citar só os dois maiores nomes da história das instituições jurídicas portuguesas fundamentam-se, a maior parte das vezes, senão sempre, nos textos que tabeliães de há muitos séculos transmitiram à posteridade.

Vê-se que sem esses textos notariais muito difíceis senão impossíveis, teriam sido muitas das deduzidas interpretações do direito pátrio, por terem de ser obtidas sòmente à face das datas das Inquirições, das Ordenações, dos diplomas régios, ou dos escasos processos judiciais de bem segura configurativa e tão precária conservação.

Não nos seria difícil exemplificar o grande valor da contribuição notarial para a história de todo o direito pátrio nos seus variados ramos com destaque quanto à solenidade de muitos actos públicos.

O plano de conjunto deste nosso trabalho, porém, apenas nos permite salientar e só a traços largos, a achega que devem ao notariado, em cada um dos quatro grandes institutos do direito privado, algumas das categorias das relações jurídicas que eles abrangem.

Tentaremos mesmo assim apresentar, em cada um dos quatro grandes ramos do direito privado, os merecimentos que assistem ao Notariado quanto ao significado, origem e evolução histórica de certas figuras ou consagradas práticas jurídicas.

CAPÍTULO II

OBRIGAÇÕES

A) *Requisitos extrínsecos dos contratos.*

Segundo a sistematização germânica que nos guia neste esquema da investigação histórica do contributo do Notariado para o conhecimento das actuais instituições jurídicas portuguesas, figura em primeiro lugar o grande grupo dos *direitos de obrigações*.

Embora os actos ilícitos e alguns negócios jurídicos unilaterais venham a constituir, em certos casos, fontes de obrigações, em regra, a convenção produtiva de obrigações é o negócio jurídico bilateral.

São os contratos a fonte normal e mais importante das obrigações.

O Notariado tem particular lugar de merecimento como fonte de conhecimentos no direito de forma e direito material quanto a esses quatro grandes ramos do direito civil, especialmente dos *Contratos*.

Nunca tal contribuição pode parecer exagerada.

Com a preciosa autoridade o sábio Prof. *Paulo Merêa* consagra o grande valor do Notariado na História do Direito, escrevendo:

«Além das fontes do direito propriamente ditas, são importantíssimos para o conhecimento do direito desta época (o direito foraleiro e consuetudinário da primeira dinastia) os documentos dos actos jurídicos, numerosos sobretudo a partir do século XI. Podem classificar-se em diplomas e cartas, entendendo por diplomas certos actos particularmente solenes emanados do soberano. As cartas podiam ser de conteúdo muito diverso: — havia por exemplo, cartas de doação, de venda, de manumissão de servos, de dote, etc.

A carta pressupunha, pelo menos, dois outorgantes, dos quais um, aquele em cujo nome era escrito o documento, devia escrever a subscriptio, ou pelo menos (e era essa a regra) fazer o seu sinal, completá-lo com a sua mão ou tocar o pergaminho (firmatio, reboratio). Além do outorgante «roboravam» em regra o documento, os confirmantes, as testemunhas, e a pessoa que o escrevera.

A grande maioria dos diplomas que nos restam deste período dizem respeito à Igreja, já porque era ela sobretudo que nas suas relações jurídicas lançavam mão de documentos, já porque estavam em condições especiais para os poder conservar e transmitir aos vindouros.

Uma parte desses diplomas chegou-nos no original; muitos porém provêm das colecções eclesiásticas chamadas «cartulários», livros onde se reuniam cópias dos actos que interessavam à colectividade» ⁽¹⁾.

Ensinou, por sua vez, na regência da cadeira da História do Direito Português, quando a leccionou com o mesmo superior brilhantismo com que rege as Cadeiras de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, o distinto estadista Prof. *Marcello Caetano*:

«*Documentos de actos jurídicos.* — Os documentos são escritos lavrados para atestar a prática de um acto jurídico.

Não são fontes de Direito, mas, sobretudo neste período, constituem importantíssima fonte da história, revelando-nos como decorria a vida jurídica, quais os costumes praticados e as normas aplicadas, como funcionavam as instituições, além de provarem factos passados, as datas em que ocorreram e as pessoas que neles intervieram.

Segundo o critério adoptado pela Academia Portuguesa da História, os documentos medievais portugueses, geralmente chamados *Cartaes* (*Chartae*), classificam-se em régios, quando dimanados de quem exercesse o poder supremo (conde, rei, regente...)

⁽¹⁾ «Resumo das lições da História do Direito Português no ano lectivo 1924-1925. pág. 55.

ou *particulares* se lavrados para prova de actos em que interviessem outras entidades, fossem estas embora senhores ou autoridades públicas, e sejam ou não redigidos por notário, incluindo as simples *notícias* ou *actas*.

Neste período nem sempre os particulares reduziam a escrito os actos praticados, dado que a grande maioria do povo era analfabeta e a escritura cara. De modo que em geral recorria-se à prova testemunhal quando se queria demonstrar que se praticara certo acto.

Mesmo assim são numerosos os documentos particulares que chegaram aos nossos dias — contratos, testamentos, etc.

A razão de se terem salvo tantos desses documentos, alguns *originais* e muitíssimos sob a forma de *xpógrafo* ou de cópias reunidas em colecções denominadas *cartulários*, está na necessidade que tinham os proprietários de conservar os títulos justificativos do seu domínio. Os cartulários, cartários ou cartórios (de *charte*) são sobretudo das grandes corporações monásticas ou das mitras, que possuíam avultados patrimónios, constituídos às vezes por centenas de prédios, fosse em plena propriedade, fosse em senhorio directo (prédios foreiros).

Os documentos particulares são geralmente redigidos por um notário, quase sempre clérigo (*notarius*, aquele que nota: *F... presbiter, notuit*). A declaração exarada no documento devia ser feita pelos outorgantes na presença de *testemunhas*, cujos nomes ficavam mencionados com a abreviatura *ts*. Esta intervenção das testemunhas garantia a publicidade do acto, que podia revestir maior ou menor solenidade, havendo exemplos até de se passar perante todo o concelho, ou na presença das autoridades municipais (alcaide e alvazis).

Com as testemunhas é preciso não confundir os confirmantes, mencionados também em muitos documentos particulares sobretudo quando se trata de actos destinados a dispor de bens (doações, vendas...) e que, segundo a explicação mais verosímil, são parentes do outorgante que dão a aprovação a um acto que atinge o património da família. Quando parentes não intervinham como confirmantes podia tal intervenção ser substituída pela declaração do outorgante de que agia com o consentimento deles: *cum consensu...et cum consilium... ou consilio et consensu filli mei...*

O outorgante ou os outorgantes apunham no final o seu *signum*, geralmente uma cruz (donde vem a expressão: «assinar de cruz»), para validar ou corroborar a declaração exarada no documento: é a *roboratio* ⁽¹⁾.

B) *Origem e razão de ser da intervenção dos actuais abonadores da identidade e o impreciso significado da intervenção dos antigos «confirmantes».*

Um dos mais importantes temas dos requisitos instrumentais dos contratos é sem dúvida a intervenção das testemunhas e dos abonadores.

Deixando as «*testemunhas*» propriamente ditas para ulterior apreciação, noutro lugar deste trabalho, atentemos, agora somente nos abonadores, e perscrutemos se algum «simile» lhe poderemos achar, sem de forma alguma se poderem considerar seus percursores os antigos «confirmantes» dos séculos IX a XIII da nossa diplomática.

Não tendo parecença com tais agentes consentidores talvez a tenham com os *confirmantes* das recentes escrituras de *Justificação* para efeitos de registo predial.

Atente-se no que se legislou no art.º 64.º, n.º 1, alínea c) e n.º 5 do actual Código do Notariado.

A verificação da identidade dos outorgantes pode ser feita por uma das seguintes formas:

- a) ... (conhecimento pessoal do notário) ...
- b) ... (exibição do Bilhete de Identidade) ...
- c) ... (declaração de dois abonadores que o notário conheça e considere dignos de crédito).

5 — Os abonadores podem ser as testemunhas instrumentárias.

Na vigente legislação notarial espanhola esta função identificadora é desempenhada pelas chamadas «*testemunhas de conhe-*

(1) LIÇÕES DE HISTÓRIA DO DIREITO PORTUGUÊS, pelo Prof. Marcello Caetano ao curso do 1.º ano da Faculdade de Direito de Lisboa em 1961-1962, Pág. 104 e 105.

cimento», que têm de ser conhecidas do notário e tal como acontece entre nós, poderão intervir igualmente, como testemunhas instrumentárias, se satisfizerem a todos os requisitos que para estas se exigem. (art.º 184 e 185 do Regulamento Notarial vigorando desde 1 de Janeiro de 1945).

Mas alguma contribuição histórica terá fornecido a prática notarial de antanho para o encaminhamento deste particular processo de técnica instrumental do documento autêntico?

Os poucos historiadores da história do direito português que se têm ocupado, a traços rápidos, dos estranhos intervenientes, sem finalidade claramente expressa nos textos, que surgem desde a baixa idade média, em muitos documentos jurídicos, parecem atribuir-lhes a missão de parentes-autorizantes e a maioria das vezes, realçam *Gama Barros* e *Braga da Cruz* para como parentes prestarem aprovação e consentimento ao acto realizado.

Dizem-se verificar-se essa intervenção mais frequentemente nas alienações e como forma por que se manifestava a aprovação familiar, que o costume da época teria elevado a regra de direito, inspirada nos altos desígnios da defesa da coesão do agregado geral da família.

Não restam dúvidas que só através de centenas de documentos notariais que devotada e pacientemente examinou nos cartulários dos arquivos de Portugal e Espanha, portanto graças a testemunhos de prática notarial, o Prof. *Braga da Cruz*, pode afirmar :

O que sempre pairou foi torturante incerteza ou verdadeira paisagem de mistério quanto à verdadeira e exacta função desses

«As alienações com intervenção dos parentes tornam-se cada vez mais numerosas: — as doações, as vendas, as trocas, as incomunicações, tudo o que envolve diminuição do património imobiliário, require a aprovação familiar.

E não são apenas os filhos do alienante que devem ser consultados, mas todos os parentes que possam ter algum direito hereditário sobre os bens: os pais, os irmãos, os sobrinhos, os tios e por vezes ainda parentes mais afastados, aparecem com frequência a colaborar na alienação. (1)

(1) *O Direito de Troncalidade*. Vol. I., pág. 196

estranhos intervenientes da idade média, a que os escritores chamaram *confirmantes*.

O próprio Prof. *Braga da Cruz*, denodado paladino da tese da existência, nessa época, *duma aprovação familiar nas alienações* e com opinião assente de que esses confirmantes desempenhavam a missão de parentes consentidores, não deixa de honestamente, levantar a dúvida.

«Uma forma de aprovação muito generalizada, e que a maioria dos autores não toma na devida consideração, era a da intervenção dos parentes não já como outorgantes mas como simples confirmantes da escritura. Como se sabe os documentos dessa época, além dum número variável de testemunhas, cuja função era a de dar publicidade ao acto, mencionavam também quase sempre os nomes de várias pessoas, que recebiam a designação de confirmantes, acrescentando-se por vezes a indicação de terem estado presentes (*qui uiderunt*, *qui presentes fuerunt*). É fora de dúvida que a função dos confirmantes era alguma coisa mais do que testemunhar a escritura, pois de contrário não faria sentido a distinção, que quase todos os documentos acentuam entre eles e as testemunhas. Mas qual fosse rigorosamente o significado jurídico da sua intervenção é problema que não se encontra ainda completamente esclarecido. Seja porém como for, o que não pode seriamente contestar-se é que a confirmação duma escritura envolvia sempre uma aprovação por parte do confirmante». ⁽¹⁾

A mesma incerteza manifesta *Gama Barros*, dizendo que os primeiros, isto é, aqueles que figuram precedidos da palavra «*testis*» talvez tivessem por fim o testemunhar a existência e a publicação do acto, finalidade que ainda actualmente parece manter-se com a solenidade de intervenção de testemunhas, e os segundos, aqueles cujos nomes eram seguidos das expressões: *quos uidi*» ou «*qui uiderunt e presentes fuerunt*» significassem simples consentimento ou confirmação; todavia aparecem em mais duma escritura os confirmantes a figurarem também como testemunhas. Assim, numa doação de 1143 entre particulares, (*Docs. para Hist. Port.*, n.º 188) o respectivo texto depois de referir quatro testemunhas qualificando cada uma com o vocábulo «*testis*» conclui:

«*Petro Gatemiriz Presbiter quos uidit et confirmo testis*». ⁽²⁾

⁽¹⁾ *Ob. cit.*, 201 e 202.

⁽²⁾ *Hist. Adm. Pub.*, vol. VI, pág. 186.

Sem que tenham os confirmantes como seus precursores acaso algo lhe deverão os actuais engenhosos abonadores de identidade, (art.º 14 alínea c) do Cód. Not.) já que só mantêm, como a daqueles, uma intervenção cheia de artificialidade?!

Pelo menos nos meios citadinos, pela dispersão e egoísmo que caracterizam as galopadas excitantes da vida moderna — sem que apareça quem aceda a ajudar o seu amigo ou vizinho, seja no mínimo acto de feição particular ou oficial, e sobremaneira sem que alguém consinta em empatar uns escassos minutos ao serviços do semelhante — é, inteiramente impraticável este processo de pretender encontrar pessoas que sejam ao mesmo tempo conhecidas do notário e dos outorgantes. Muito acertadamente se diz numa recente publicação notarial que isso será mais difícil do que encontrar uma agulha num palheiro ...

Neste ponto da técnica notarial nada se progrediu e o legislador conscientemente nem sequer admitiu o recurso do reconhecimento de um outorgante pelo outro conhecido do notário que existe na actual legislação espanhola.

Foram desprezadas as sugestões de outros meios indirectos para a comprovação de identidade e mantidos unicamente os procedimentos já existentes.

Por isso comenta com argúcia o douto notário da capital portuguesa, Dr. Rui Rosa: *«Outra questão de transcendente importância a que o Código (de 1960) deu uma solução que considero incompleta, foi relativa aos processos de identificação dos outorgantes.*

Partindo do princípio de que só dá fé de conhecer quem realmente conhece, só é possível uma destas duas soluções: ou admitir a «Fé do Conhecimento», (no velho sentido clássico) e restringir a sua aplicação só ao conhecimento pessoal do notário ou eliminá-la pura e simplesmente. Como é normal entre estas duas soluções extremas surgiu uma terceira solução: o conceito deveria manter-se porque corresponde a uma das exigências básicas da função, mas importa ampliá-lo permitindo-se que o notário se possa servir de outros meios para a identificação dos interessados.

Foi deste modo que, ao lado do conhecimento pessoal do notário, se admitiu a identificação pelo bilhete de identidade e por testemunhas idóneas conhecidas do notário. É uma solução eclé-

tica, na medida em que admitindo-se o valor do conceito da fé do conhecimento se permitiu a identificação não já pelas simples declarações dos interessados, mas por outras pessoas que o notário considera dignas de crédito. Mas não se compreende porque a «Fé do Conhecimento» deva constituir uma das principais razões da função notarial, nem dando ao conceito o sentido rigoroso e perfeito da teoria clássica, nem admitindo a definição imperfeita da solução eclética. Na verdade não se compreende bem a razão pela qual no terreno objectivo o Notário se contenta com a aparência do acto e o mesmo se não possa realizar quanto à identidade das pessoas.» (1)

Essa continuidade de sentido instrumental quanto a intervenientes estranhos ao acto, sem nele serem titulares de direitos ou interesses deveremos pelo menos achá-la na novidade do expediente notarial introduzido pela primeira vez num Código do Notariado, neste recente diploma de 1960. Trata-se das *Justificações Notariais* para fins de registo predial. Consigna-se nos artigos 99.º e 100.º. Consta da primeira destas disposições a seguinte intervenção de três confirmantes: *«A justificação notarial, para os fins previstos no artigo 198.º do Código do Registo Predial, consiste na declaração, feita em escritura pública pelo sujeito de direito constante da matriz e CONFIRMADA por mais três declarantes, em que o primeiro se afirme, com exclusão de outrem, titular do direito que se arroga, especificando a causa da aquisição e as circunstâncias que o impossibilitam de a comprovar pelos meios normais».*

Embora em diferente sentido, instrumentalmente falando, renova-se agora através do notariado a figura de confirmantes.

C — A «Robora» nas vendas e doações.

Outro alto merecimento têm os documentos notariais da época da reconquista.

(1) «*Revista Internacional del Notariado* — a mais alta publicação da classe notarial em todo o mundo — órgão da União Internacional do Notariado Latino — Ano 14.º, números 55 e 56-2.º e 3.º trimestre de 1962. Dr. Rui Rosa — Notário de Lisboa — «Três problemas do Código do Notariado Português de 1960».

É também no aspecto instrumental. Respeita à comunicação que faz aos nossos dias duma outra formalidade externa que nessa época revestia a celebração dos instrumentos autênticos, ao que parece, com carácter de obrigatoriedade pelo menos nas vendas e doações.

É chamada «robora», substantivo acentuado na penúltima sílaba como diz o erudito Prof. *Leite Vasconcelos*, sendo inadmissível a forma rébora (que é a empregada por *Gama Barros*) pois a sílaba tónica não podia mudar de «ró» para «ré».

Qual o seu sentido e alcance jurídico nesses tempos da reconquista e sua equivalência nos actuais?

Diz *Gama Barros* que no período neogótico, além da declaração de ter recebido o preço, aparece em cartas de venda a declaração bem expressa de que o comprador entregou mais alguma coisa ao vendedor para confirmação do instrumento do contrato.

Realça, porém, que a mesma prática surge noutros contratos sem preço, sobretudo nas doações.

Cita uma carta de venda de 1176 — (Docs. ined. do Mosteiro do Souto, n.º 81) contendo no texto: — «*pro precio que de uos accepimus VI morabitinos et sua reuora V solidos*» e outra de 1198 (n.º 7 do mesmo Mosteiro) contendo: — «*pro pretio cuod a te accepimus X. morabitinos et pro IIII solidos*».

Depois conclui a matéria nestes termos:

«Nas doações, esse recebimento pelo doador, explica-se quanto a nós, como segurança de firmeza do acto, que, envolvendo assim a entrega também de um certo valor feita pela donatário, tomava a forma de contrato oneroso, equiparado à venda e tão irrevogável como ela. Mas nos contratos de venda a entrega da rébora não podia ter esse intuito porque enquanto durou o direito visigótico o recebimento do preço já o dissemos, bastava só por si para se julgar efectuada a «traditio» e depois sob o influxo da jurisprudência romana, o pagamento do preço e a «posse» completavam os direitos adquiridos pelo comprador.

É possível que a entrega de qualquer coisa afora o preço representasse um símbolo de mútuo acordo das partes; mas o facto de ser excepcional em tais contractos (vendas) está indicando que ela não significava neles uma formalidade reputada geralmente, já não diremos essencial, mas nem, ao menos, proveitosa para a validade e firmeza do acto.

O que temos por mais certo, em relação às vendas é que a rébora correspondesse à gratificação ou presente, aquilo enfim, a que depois se chamou «luvas». ⁽¹⁾

Leite de Vasconcelos, no «Glosário» que acompanha os seus «Textos Arcaicos» dá-lhe o significado de «confirmação».

Como não podia deixar de ser, o eminente Prof. Paulo Merêa, glória dos estudos histórico-jurídicos,parecendo-nos, sem desdouro para os restantes, o maior dos escritores vivos deste ramo de direito, também intervém com o seu juízo neste pleito da interpretação do sentido que teria tido a formalidade «roboratio».

Segundo o seu mais recente depoimento sobre a matéria, manifestado embora acidentalmente e até só em notas, no estudo «*Traditio Cartae*», refundido em 1953, a expressão «roboratio» não está necessariamente ligada a este ou àquele acto material (sinal, cruz, oposição de mãos...) sendo na verdade um equivalente de «firmatio» de «confirmatio» embora a «roboratio» do eminente ou

(1) *Hist. Adm. Pub.*, 2.^a ed. vol. VI., pág. 230 a 245, com os seguintes exemplos em nota a pág. 243.

Em duas cartas de venda ao prior de Villarinho, ambas do mês de Fevereiro de 1202, recebem os vendedores «pro-roboratio» além do preço, um alqueire de milho, em uma, e na outra um soldo (Torre do Tombo, Coll. esp. caixa 81). Pela venda, entre particulares, de prédio no couto de Villarinho, no lugar chamado «Burgos», em Novembro de 1212, a rébora foi meio morabitino (ibid.).

Uma carta de venda de 1276 declara que o vendedor cobrou o preço (vinte e cinco morabitinos, um alqueire de milho e outro de trigo), «et pro-roboratio IIII solidos et de precio nec de roboratio apud uos nichil remansit in debitum pro dare» (docs. ined. do Mosteiro de Souto, já cit., pág. 84, n.º 85). Venda de prédio, entre particulares, por dez morabitinos «et suam roboratio» — carta de 11 de Abril de 1276 (Torre do Tombo. Coll. esp., caixa 85). Venda de prédio por «domna Eluira» e outras pessoas ao prior e convento de Villarinho, em 23 de Maio de 1279, «pro precio quod de uobis recepiamus X morabitinos et suam roboratio» (Ibid., caixa 86). Venda de metade de uma casa situada em Guimarães, ao mosteiro de Villarinho em 3 de Novembro de 1281, por Maria Martini, viúva, que recebe o preço da venda (treze maravedis e seis soldos) «et suam roboratio» (Ibid.).

Numa procuração, lavrada na cidade do Porto em 14 de Abril de 1338, os procuradores são autorizados a vender um casal «por quanto preço e revora eles per bem teuerem» (dep. ined. do Mosteiro de Souto, pág. 119, n.º 114). Os procuradores venderam a casa por 450 libras de dinheiros portugueses, e de revora receberam três libras, «do qual preço e revora a nos nada nom ficou por dar» (ibid.). Phrase semelhante a essa se lê nas cartas de venda, entre particulares, de 28 de Abril de 1348, 2 de Dezembro de 1368, 18 de Novembro de 1369 e 20 de Julho de 1443 (ibid., p. n.º 53, p. 144 e 145, números 132 e 133, e pag. 78, n.º 77).

outorgante da carta, por uso e costume, muitas vezes se traduzisse num sinal que fazia (sigunam facer).

Expõe o portentoso Mestre que a fórmula «*vobis roboramus*» é frequentíssima nos documentos da Reconquista, ao contrário da fórmula «*vobis tradimus*» que é de extrema raridade, e «*roboro tibi*», quer dizer «*roboro-te*» «*confirmo-te*»: o acto a que a frase se refere é sempre a «*roboratio*» e o dativo está apenas a exprimir que o destinatário é a pessoa em benefício de quem um tal acto se realiza.

Mostra que na carta nunca falta a expressão: — «*in hanc carta manus nostras roboramus*» ou outra equivalente, acrescentando-se com frequência na espécie de instrumento translativo e outros que essa «*robora*» foi feita na presença de testemunhas (coram testibus roboramus) ⁽¹⁾.

E o que tendo sido o seu mais brilhante aluno, viria a ser o melhor mensageiro das suas lições ao suceder-lhe um dia na sua prestigiosa cátedra de Direito Português, na Universidade de Coimbra, o notabilíssimo Prof. Doutor *Guilherme Braga da Cruz*, assim se pronuncia sobre esta apaixonante formalidade extrínseca:

«*Outra forma de aprovação familiar também bastante usada era a de intervenção dos parentes no roboratio da alienação. Segundo este sistema, os parentes nem intervinham como outorgantes nem como confirmantes. concediam a aprovação por meio da sua presença pessoal, e, no final do acto quando era chegado o momento de o alienante apor o seu signum, que a maioria das vezes era apenas uma cruz, eles apunham também cada um o seu. Os parentes eram, assim, uma espécie de outorgantes tácitos, cujos nomes não ficavam exarados no documento, mas cuja presença pessoal e aprovação ficavam patentes aos vindouros no sinal de roboratio que acrescentavam ao do alienante.*

São, de facto, bastante frequentes as alienações outorgadas exclusivamente por um indivíduo, sem colaboração nem confirmação de parentes, mas onde aparecem vários sinais de validação a atestar a presença de mais pessoas ao acto. Um tal excesso de signa em relação ao número de outorgantes da escritura, quando se trata de documentos que só conhecemos através dos cartulários ou de apógrafos, pode ser devido a um engano do copista; mas, quando estamos em face de documentos originais, somos forçados a concluir que representa,

⁽¹⁾ Estudo «*A traditio cartae*» in «*Estudos de Direito Hispanico Medieval*», Tomo II. Coimbra, 1953., pág. 119, 120, 121.

realmente, a aprovação de outras pessoas que estiveram presentes no acto e cujos nomes o documento não menciona. Ora que pessoas poderiam ser essas? Meros confirmantes ou testemunhas? — Não é muito provável, porque esses documentos fazem-se acompanhar, tal como os outros, duma lista maior ou menor de confirmações e de aprovações testemunhais e não haveria motivo para isolar de tal lista uma ou duas testemunhas e mandá-las roborar a escritura ao lado dos outorgantes. A hipótese plausível é a de se tratar de parentes do alienante, que aprovaram o acto com a sua presença e exteriorizavam essa aprovação pela aposição do seu signum. ⁽¹⁾.

Mais adiante falando-nos num documento encontrado na colecção P. M. H. (n.º 619 de 24 de Setembro de 1083) diz que nesse documento dois irmãos não intervêm nele, nem como outorgantes nem como confirmantes; e, no entanto, no lugar destinado a «roboratio» da escritura vamos encontrar justamente três sinais de validação. (Trata-se de uma carta autógrafa duma só doadora). Com toda a probabilidade o primeiro pertence à outorgante e as outras aos dois irmãos indicados.

E transcrevendo em nota algumas passagens de doações do século X, sobretudo do século XI, extraídas do «*Liber-Fidei*» do Arquivo e Biblioteca de Braga, aponta uma certa doação de 6 de Abril de 1072 (doc. 201, fls. 67 v.) cujo texto termina deste modo «*Comitissa domna Iluana manu moa rob*».

Se tudo assim é, tomando por base tão brilhantes investigações, quanto a nós, parece-nos que a «*roboratio*» poderá ter sido uma simples forma de assinatura, validação, sim, mas no sentido de assinatura dos intervenientes dos actos jurídicos dessa remota época em que só os grandes vultos da igreja e letrados sabiam ler e escrever, e portanto a prática usual da validação ou confirmação no sentido de que a assinatura se exercia através da aposição dum sinal por parte de cada um dos interessados ou por qualquer motivo interveniente nos actos.

(¹) «*Direito de Troncalidade*», Tomo I. Braga, 1941, pág. 211. Idem, pág. 202, in nota 320 — citando diversos exemplos do sinal da «*roboratio*», em preciosos documentos extraídos da colecção P. M. H. (doc.º n.º 14, do ano 106); (doc. 707 de 1088) este contendo: — «*manus nostra rouoramus*, — (doc. n.º 871 de 108 em que uma doação dum tal chefe de família Suaris Menendi é solenemente confirmada por um filho seu deste modo «*Ego Menendus Suariz filius ipsius Suari Menendiz*» (ro + boron et confirmo).

A *roboratio* seria nesse caso a mera assinatura através dum sinal pessoal, particulista, afora o sinal público do notário.

A completar vejamos a opinião do Prof. *Cabral Moncada*, antes de vir a ser o actual filósofo do direito, seu distinto historiador, com excelentes prelecções catedráticas, invulgares produções nas mais conceituadas revistas de direito.

Este insigne professor, no seu trabalho «*A «traditio» e a transferência da propriedade imobiliária no direito português*» considera a *roboratio* no sentido de confirmação: «A *roboratio* (de *revorar* e *roborar* — firmar de novo e confirmar por instrumento público, — segundo o autor do *Elucidário*) significaria nos documentos, no sentir de certos diplomatas, o mesmo que a assinatura, (*Muñoz e Rivero*, «*Nociones de diplomática*», pag. 68; e *Giry*, (*Manual de Diplomatique*», pag. 595). Todavia deve notar-se que é facto averiguado não serem os nossos antigos documentos assinados, o que se explica por ser raro nesse tempo o conhecimento da escrita. Segundo *Ribeiro*, mesmo dos nossos soberanos não se encontram assinaturas antes de D. Dinís (*Dissertações*, vol. III, part. II dis. IX). Na maior parte dos casos as assinaturas eram supridas por pequenas riscas perpendiculares cortando horizontal e formando uma ou mais cruces, conforme o número de pessoas que outorgavam no documento. Estas riscas, porém, eram traçadas pelo próprio notário ou escrivão, limitando-se as partes a confirmar ou roborar o documento pela colocação da mão ou das mãos sobre essas cruces. Os termos «*manu mea roboror*»; «*manibus meis roboror et confirmo*»; «*in hanc cartam manus nostras ad roborandum ponimus*» e outros atestam, segundo nós, porventura um gesto de juramento solene com o qual se identificaria até originariamente a *roboratio*. É de resto o que ressalta particularmente dos numerosos casos em que se distingue nos documentos a *roboratio* da aposição ou feitura das riscas e cruces a que nos referimos; («*propriis manibus roboramus et hoc signum fecimus*»). Segundo julgamos mesmo, a *roboratio* propriamente dita e a assinatura de cruz seriam originariamente o preliminar da entrega do título e confundir-se-iam quase com ela, constituindo tudo isso afinal a confirmação ou roboração. Vide *Ribeiro*, *ibidem* e *Figanière*, «*Memórias das Rainhas de Portugal*», pag. XXXV da Introdução».

«Esta ideia da *roboratio* por meio de juramento solene e substituindo a assinatura no momento que antecede a entrega da carta é também conhecida do direito franco, onde se lhe chama nos documentos «*firmatio*». Aí também, devia o outorgante — «*dia Urkunde, bevor sie begeben wurde, zu unterschreiben, oder durch Auflegen der Hand zu bastatigen*». — Vide Schroder, ob cit, pág. 20 e Drunner, Grundzuge der deut. Reg. G. Pag. 46. A colocação das mãos sobre o título equivalendo à *roboratio* chamava-se também no direito franco: — *cartam tangere*» ⁽¹⁾.

Resumindo o campo de tão doudas considerações vê-se por força da autoridade destes últimos citados professores universitários que alguma evolução se produziu no sentido formalístico da perturbante praxe medieva.

Parece-nos que através da prática notarial a primitiva formalidade da entrega das mais variadas coisas do comprador ao vendedor, além do preço, para segurança e irrevogabilidade do acto nas *compras e vendas* ou então como compensação e reconhecimento do donatário ao doador nas *doações* se converteu num simples sinal confirmativo a valer como assinatura ou a completá-la..

Ao aparatoso simbolismo da transmissão de espécies e objectos, essencial para se verificar o mútuo acordo e a tradição da coisa, de que nos fala Gama Barros, sucedeu o documento espiritualmente roborado de que nos fala Paulo Merêa, ao dizer que o essencial da documentação residia por fim na *roboratio* do emitente e não na entrega da escritura, então denominada *traditio cartae*, ou qualquer outra formalidade em ordem ao destinatário do contrato.

Tal progresso na diplomática e direito obrigacional de Portugal que parece notável, segundo o direito privado internacional comparado na época da Fundação, poderá averbar-se aos briosos profissionais das formas públicas extrajudiciais, que nesses decisivos tempos, para a estruturação jurídica dos nossos costumes, já cuidavam dos requisitos gerais das obrigações.

(1) Prof. Cabral Moncada. «A TRADITIO» e A TRANSFERENCIA DA PROPRIEDADE IMOBILIARIA NO DIREITO PORTUGUES», in Bol. Fac. Dir. de Coimbra tomo VI, 1921, estudo reproduzido no vol. I dos «Estudos de hist. do direito».

Da *roboratio à assinatura* ter-se-ia verificado, por actuação notarial, a mesma evolução quanto às formalidades obrigacionais do direito privado que se produziu da *traditio corporalis* real ou simbólica à *traditio per chartam*.

Foram os notários os engenhosos fautores da transformação de tradição real para a tradição mais visível e racional, que foi a entrega da *charta*.

Mas desaparecida a carta e criado o seu protocolo ou livro de notas, foram igualmente os mesmos fautores, da transformação dessa tradição simbólica na tradição fictícia ou simples presunção de tradição.

Esta inovadora prática veio a concretizar-se na cláusula ou declaração da entrega da coisa, pelo simples facto de se outorgar a escritura.

Com a introdução dos livros o documento original e único ficava nos arquivos ou registos alheios às disponibilidade das partes.

Ao poder das partes não chegava agora senão essa cópia ou traslado.

Desaparecendo a *charta* desaparecia o fundamento da *traditio per chartam* e portanto à entrega da carta subrogou-se a *declaração da entrega da coisa*, mediante uma cláusula inserta nos instrumentos.

E por isso bem justificadamente se diz que a mais importante «*cláusula de estilo*» de todos os tempos e aquela que constitui uma das mais brilhantes glórias da prática notarial, é a da tradição *instrumental*, substituindo a antiga *tradição real* ⁽¹⁾.

(1) Em Portugal existia já em 1257, pelo menos um tabelião de notas com livro em Lisboa o que autorizou uma escritura de Doação feita por um particular ao Mosteiro de S. Vicente, lavrada nesse ano por tabelião público que declara tê-la feito escrever in meo Registro. No ano seguinte o mesmo tabelião intervém numa escritura de venda entre particulares, e noutra de igual espécie em que o comprador foi um cônego do Mosteiro de S. Vicente. (Gama Barros) — «História da Administração Pública em Portugal. Tomo VIII — pg. 371.

CAPÍTULO III

DIREITOS REAIS

A) — *O Usufruto. Relevô do notariado na biologia deste direito.*

Vimos já, que segundo a escola germânica, os direitos civis se podem classificar em obrigações, direitos reais, direitos de família e sucessões.

Mas os direitos reais podem, por sua vez, dividir-se em direitos reais de gozo e direitos reais de garantia.

Dos primeiros, é típico o usufruto, dos segundos, a hipoteca.

Em relação a ambos tentaremos apontar os méritos que ao Notariado pertencem na elaboração doutrinal ou prática dos respectivos conceitos, segundo as necessidades sociais da vida quotidiana.

Temos primeiramente a considerar que os direitos reais de gozo se podem ainda classificar em direitos reais plenos e direitos reais desmembrados.

Direitos reais plenos serão aqueles que têm um máximo de força e um máximo de gozo, sem outros limites além dos que a lei impõe.

Direitos reais desmembrados serão aqueles cuja força se choca algumas vezes de encontro a obstáculos de que não podem ser desembaraçados, senão com o auxílio do próprio direito real, e assim num gozo limitado, não só pelo título de entrada em exercício como pela vontade do legislador. O usufruto é um desmembramento do direito de propriedade.

De preferência à definição legal do artigo 2 197 do Código Civil, que, embora explícita, nos parece insuficiente, e mesmo pouco exacta na disjuntiva «uso ou produto», pois o usufrutuário «usa e frui», nós perfilhamos uma outra que, influenciada por um grande tratadista francês, Planiol, já vimos redigida na doutrina portuguesa :

«USUFRUTO, é o direito real de gozo sobre uma coisa de que outrem tem o direito de disposição, e que se extingue necessariamente à morte do usufrutuário, se pelo título da sua constituição ou pela lei lhe não tiver sido assinado limite anterior».

E como é que o usufruto nasce nas relações jurídicas? Qual a forma da sua constituição?

Em regra, a forma notarial.

Lá diz o artigo 2.º do Código Civil: — *«O usufruto pode ser constituído por acto entre vivos, por última vontade, ou por disposição de lei».*

O usufruto constituído por disposição de lei é o chamado usufruto legal. Há casos em que a lei, independentemente da intervenção duma vontade humana, reconhece a certos indivíduos um direito de usufruto sobre bens pertencentes a outros indivíduos determinados. É o interesse geral que assim o exige. Trata-se duma questão de ordem pública.

Não é, por certo, a seu respeito que se destaca, substancialmente, a intervenção do Notariado. O preceito que o estabelece é que a maior parte das vezes provém da prática tabeliônica.

Tal sucede porque se averiguou que na formação histórica do imperativo hoje corrente de alguns usufrutos legais, está patente uma indestrutível influência notarial através dos conselhos, dizeres e aconchegos, cláusulas e expressões bem consagrantes da boa moral da época, que nos seus livros de notas deixaram conscienciosos notários.

Naturalmente que onde vamos encontrar melhor contributo do Notariado para o estudo do usufruto é nos casos mais comuns em que ele é voluntariamente constituído.

Os actos e contratos entre vivos e as disposições da última vontade constantes dos livros de notas são, em regra, as verdadeiras e usuais fontes das relações jurídicas do Usufruto implantadas na vida normal e corrente dos direitos e interesses particulares.

Sem notários dificilmente se podia conceber tal figura jurídica no seio do Direito Privado.

Não podem restar dúvidas que nesta matéria são os próprios documentos notariais a fonte dum direito novo.

O notário, se não cria o usufruto, assume tal importância na valorização notarial da manifestação de vontade individual donde provém, que bem se pode dizer que é o notário que lhe dá perfeito nascimento ao declará-lo, fixá-lo, e evidenciá-lo no documento autêntico.

Tal como a «*hipoteca*», ilustrativo que preencherá o número seguinte, o *Usufruto* é um dos actos jurídicos que em caso algum produz efeitos para com terceiros, senão depois da respectiva inscrição no Registo Predial.

Como a inscrição do ónus não se pode efectuar sem um documento autêntico notarial, este é, na verdade, tanto *ad substantiam* como *ad solemnitatem*, uma verdadeira e pura forma de *ser*, como hoje se diz na doutrina nacional e estrangeira, de todo indispensável à existência do acto.

Por isso mesmo a contribuição notarial para a constituição do usufruto aparece destacada, com o devido realce, num dos melhores, senão o melhor, dos trabalhos jurídicos até hoje publicados sobre essa propriedade imperfeita, qual é o livro «*Do Usufruto*», do distinto advogado penafidelense *Dr. Fernando Cochofel Teixeira Dias* ⁽¹⁾.

Ensina, doutrinalmente, a páginas 129:

«Os contratos mais frequentes porque se constitui o usufruto são a compra e venda, a troca e a doação e mesmo o contrato de partilhas.

De todos estes contratos, é, sem dúvida alguma, o contrato de doação o modo mais vulgar de constituição do usufruto.

Por disposição de última vontade o usufruto pode ser constituído por testamento e doação mortis causa, que, sendo embora uma doação, como só começa a produzir efeitos depois da morte do doador, tem a natureza jurídica do testamento.

Esta, é, talvez, de todos os modos de constituição do usufruto, o mais usual».

Mais do que o contributo da sua opinião sobre a possibilidade da *posse* sob a forma de *prescrição* conduzir à constituição do usu-

⁽¹⁾ «DO USUFRUTO» por Fernando Cochofel Teixeira Dias — Imprensa da Universidade — Coimbra 1917.

fruto, interessa-nos a rara facilidade com que o autor expõe a con-volação de meras situações de facto em verdadeiras situações jurí-dicas, como essencialmente compete ao Notariado na zona da normalidade do direito.

Na verdade, atendendo a que seria grandemente equívoca uma posse de tal natureza dada a dificuldade de com cada caso se distinguir a posse do direito de usufruto da posse do direito de propriedade, semelhante fonte tem sido geralmente repudiada, en-tre nós, na doutrina. ⁽¹⁾

Diga-se contudo que aparece a consagrada autoridade do Prof. *Fernando Pires de Lima* a defender, para todos os casos em que a prova do *animus* de posse se possa fazer com nitidez, ⁽²⁾ a possibilidade da aquisição do usufruto por prescrição, cobrindo assim, numa sanção da maior valia, a interessante opinião do Dr. *Teixeira Dias* a quem também cita.

Aproveitemos, pois, mais uma passagem deste ilustre causí-dico penafidelsense, na qual a contribuição notarial para a própria existência do usufruto é evidente :

«Os actos e contratos entre vivos pelos quais por via directa se manifesta a vontade do homem para a constituição do usufruto, são a venda, a troca ou escambo, a dação em pagamento e a doação.

E dizemos por via directa, porque o usufruto faz directamente ob-jecto do contrato, sendo criado em proveito de uma pessoa que não tinha antes o gozo da coisa.

Mas o usufruto também pode ser constituído por via indirecta ou de retenção. E assim sucede, quando um proprietário pleno aliena o seu direito de propriedade, reservando para si o direito do usufruto. Nesta hipótese, a constituição do usufruto resulta indirectamente do contrato.

Não há deslocação do gozo da coisa, este gozo permanece nas mãos da pessoa que o tinha antes, sòmente com a diferença de agora o exercer, não a título de proprietário, mas apenas de simples usufrutuário.

Não há transferência de usufruto, há retenção.

Não podemos, porém, deixar de reconhecer que de facto, é o con-trato que rigorosamente dá origem ao usufruto, porque o separa da pro-priedade.

Também pode dar origem ao usufruto o contrato de partilhas, pois que a lei não proíbe que os interessados estabeleçam que uns sejam pagos com bens só em usufruto, e outros com os mesmos só em propriedade.

(1) *Rev. Leg. Jur.*, ano 59, pág. 122. Cunha Gonçalves. Tratado XI, pág. 356.

(2) *Lições*. 1944-1955. *Noções Fundamentais do Direito Civil*. II vol. pág. 99.

E podem uns e outros ter interesse em serem assim inteirados, principalmente quando entre eles houver grande diferença de idade, ficando os mais velhos com o usufruto, para assim terem um gozo maior, ou um maior rendimento, e os mais novos com a propriedade, tendo assim a certeza de que um dia lhes há-de pertencer a totalidade dos bens em pleno domínio.

O contrato pelo qual mais frequentemente se constitui o usufruto é o de doação, como atrás dissemos». (1)

A modalidade de constituição de usufruto por retenção na feliz designação do Dr. *Teixeira Dias*, não representando propriamente um contrato, deve por certo a única razão da sua existência à classe notarial, pois só graças ao engenho e prática dos notários na sua prestimosa missão de dar vida aos direitos e interesses particulares, ao abrigo e com observância das leis se introduziu no uso e costume, um contrato novo com mais que um objecto, sendo um deles a separação do gozo da propriedade.

Como é sabido também, diz o artigo 2 200 do Código Civil «*O usufruto pode ser constituído condicional ou puramente*».

Ora, sob a primeira forma, é evidente o contributo fornecido pelo notariado para o progresso e desenvolvimento do direito e jurisprudência, aperfeiçoando ou inovando, de ano para ano, as cláusulas da *condição, termo e modo*, umas vezes através duma original *condição suspensiva*, outras criando um facto novo extintivo do direito, na *condição resolutiva*; e, com mais frequência ainda impondo nas doações e testamentos, segundo a vontade das partes obtidas as cláusulas modais e de termo.

Outro caso da elaboração notarial quanto à figura jurídica do usufruto é a venda com desdobramento da propriedade plena do vendedor em *usufruto e nua propriedade* a favor de diferentes compradores isto no mesmo acto, chamado de *compra simultânea da raiz e usufruto* ou mais propriamente de instituição de usufruto simultaneamente à venda.

Em resumo, o usufruto voluntário é, uma operosa e ondulante seara, fecundada, governada e mantida pelo documento autêntico extra-judicial, como lei do caso concreto que muitas vezes é.

(1) Fernando Cochofel Teixeira Dias — *ob. cit.*, pág. 212.

Mas o merecimento da instituição credita-se ainda com outra contribuição mais valiosa.

Julgamos poder afirmar que o Notariado, para além de ter criado por conta própria, nesta matéria, inéditos expedientes de ordem jurídica na biologia normal dos direitos, criou Direito novo, ou pelo menos inspirou e impulsionou, de forma directa e premente, o próprio legislador, ao fazer sentir, através dos actos notariais, que a pulsação do meio social, reclamava já novas e diferentes disposições de direito positivo.

Um afamado catedrático de direito civil espanhol, o Prof. *José Castan Tobeñas*, director da «*Revista General de Legislación y Jurisprudências*», abordando este ponto, recorda como em relação ao direito contemporâneo, tem perfeita aplicação e razão de ser o que diz um distinto jurista italiano :

«Toda a gente sabe — escreve Cornil — para não citar senão este caso, que as leis modernas (lei francesa de 9 de Março de 1891 e lei belga de 20 de Novembro de 1896) que reconhecem ao cônjuge sobrevivente um direito de usufruto sobre os bens do predefunto, se inspiraram directamente na prática notarial, que se preocupou de salvaguardar os interesses do cônjuge supérstite, por meio das cláusulas insertas nos contratos de matrimónio». (1).

Em Portugal o uso e costume criado pelo engenho dos notários introduzindo nas disposições testamentárias dos cônjuges a herança a favor do sobrevivente, em plena propriedade ou pelo menos em usufruto, na maioria das sucessões testamentárias, sem existência de herdeiros forçados, exerceu ainda uma influência mais poderosa.

Eis um exemplo eminentemente social, em prol da viuvez, da luta que os notários impuseram na vida jurídica, apesar da carência duma disposição legal.

Mais que aparente *fonte de Direito* esta prática notarial constitui um aspecto típico duma das mais elevadas características do instrumento público, qual é a actualização e tutela dos interesses e direitos privados, como expediente da normalidade jurídica.

(1) Tobeñas — «*Funcion Notarial y Elaboración Notarial del Derecho*», Madrid — Reus. 1946., pág. 155.

(2) Cornil — «*El Derecho Privado*» — trad. Garcia Ormachea. Madrid — Editorial Reus., 1928, pág. 95 a 99.

Senão vejamos :

O exemplo, embora tarde, acabou por impôr-se e vencer. À força de declarar direitos criou uma norma.

Pelas *Ordenações Filipinas* — Liv. IV, Tit. 94 — sistema que vigorou até à publicação do nosso Código Civil — um cônjuge só sucedia ao outro, quando o falecido não tivesse parentes até ao décimo grau.

Em 1867, o Código Civil consignou uma estrondosa novidade legislativa, consagrando embora uma já aturada prática notarial de então, ao preceituar no artigo 2 003.º «*Na falta de descendentes, ascendentes, e irmãos, e descendentes destes sucederá o cônjuge sobrevivente, excepto achando-se judicialmente separado de pessoa e bens por culpa sua*».

Mas a prática dos cartórios continuava a influenciar o clima jurídico, diremos a criar jurisprudência, quanto à herança imediata do cônjuge sobrevivente em todas as heranças não legitimárias, as únicas, como é óbvio, em que o testador possui o direito de livremente dispôr.

E assim, com o advento da República, por ocasião das reformas quanto à família efectuadas nos primeiros tempos do novo regime, saiu o decreto de 31 de Outubro de 1910, o qual subentendendo e sancionando os costumes dos notários, colocou o cônjuge sobrevivente, na ordem da sucessão legal, logo a seguir aos herdeiros forçados. Artigo 6.º : «*Na falta de descendentes e ascendentes deferre-se a sucessão ab intestato ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte não estavam divorciados ou separados de pessoas e bens por sentença passada em julgado*».

Finalmente, a Reforma do Código Civil com o decreto 19 126 de 16 de Dezembro de 1930 — a nosso ver muito mal e em sentido retrógrado por ir manifestamente ao arrepio da prática mais corrente — ao estabelecer o sistema primitivo do artigo 2 003.º, com redacção ligeiramente alterada, quanto aos colaterais preferirem ao cônjuge sobrevivente, não deixou contudo de criar um novo «*usufruto legal*» a favor do cônjuge sobrevivente.

Criou-o para consagrar uma precedente prática notarial ao introduzir na disposição do artigo 2000.º um parágrafo único, dizendo :

«Na falta de descendentes e ascendentes, nos termos dos artigos 2 000.º e 2 002.º, o cônjuge sobrevivente será usufrutuário da herança do cônjuge falecido, se ao tempo da morte deste não estivessem divorciados ou separados de pessoas e bens, com sentença transitada em julgado.»

B) — *A hipoteca. Papel desempenhado pelos notários no robustecimento da garantia hipotecária.*

Diz-nos *Cunha Gonçalves* que o Código Civil francês e o italiano declaram a hipoteca como um autêntico direito real, e o brasileiro inclui-a entre os direitos reais de garantia.

Afirma que de todas as garantias imaginadas pelos homens e adoptadas pelos legisladores no decurso dos séculos nenhuma é tão importante e tão frequente como a hipoteca. ⁽¹⁾

Na verdade este direito acessório do crédito que visa a garantir foi uma admirável inspiração dos juristas ligados à vida intensa dos contratos de empréstimo, e tudo indica que tenha nascido nas mãos dos notários.

A estipulação espontânea da hipoteca, como criação da prática tabelioa, procedeu por certo a lei, ou pelo menos, ofereceu-lhe as necessárias condições de justificação.

E tal se infere dum trecho de *Gama Barros*:

«Alegava a comunidade dos judeus que nos empréstimos de dinheiro que os seus correligionários faziam a vizinhos de Santarém se estipulava em escrituras não poderem de nenhum modo os devedores alienar os seus bens senão para pagamento dessas dívidas, mas acontecia que os devedores faltavam ao cumprimento da cláusula, distraíndo para diversa aplicação, por venda ou outra forma, os bens onerados com aquele encargo, D. Afonso II resolveu que as propriedades obrigadas para com os judeus ao pagamento de dívidas não pudessem mudar de dono sem que as dívidas estivessem pagas e quem tais bens adquirir ficasse adstrito à obrigação de entregá-las aos credores. O preceito desta lei de que a coisa obrigada passa sempre com o encargo, incorporou-se no direito comum no Código de Afonso V, (Lei de 1274 ou 1275, incluída nas Ord. Aff. IV-49 e nas Leges et Consurt, I. p. 232, referida nas Addit. á Sympse Chron. p. 12 com data de 1274) ⁽²⁾.

⁽¹⁾ *Tratado Dir. Civ.*, vol. V — pág. 363.

⁽²⁾ *Hist. Adm. Pub.* vol. VII, pág. 17.

Esta prática incipiente veio a consolidar-se num sistema perfeito sendo três as espécies de hipotecas que reconhece, actualmente o nosso sistema jurídico :

a) as hipotecas legais. b) as hipotecas judiciais. c) as hipotecas voluntárias.

As primeiras são as que directa e imediatamente resultam da lei sem dependência da vontade das partes, existindo pelo facto de existir a obrigação a que servem de segurança.

As segundas, representam uma recente inovação proveniente das grandes reformas processuais do Prof. *Manuel Rodrigues*, tendo começado pelo registo da hipoteca provisória sobre os bens do réu suficientes para pagamento da dívida, nas acções em que se pedia o pagamento da dívida, nas acções em que se pedia o pagamento de quantias certas, e tendo afinal vingado somente, como consequência duma sentença embora não transitada (art.º 676 do Código do Processo Civil 1939).

Muito mais frequentes que as judiciais e muito mais importantes que as legais são porém as terceiras, as hipotecas voluntárias, que a lei define sendo as que nascem de contratos ou disposições de última vontade (art.º 10 do Cód. Civ.), portanto advindo sempre de puros actos notariais.

Toda a grande projecção que a hipoteca voluntária veio a ter na vida social, designadamente no crédito particular, se deve ao impulsionamento e consolidação que lhe tem dado a prática notarial, robustecendo-a e acreditando-a, cada vez mais, através da introdução de modernas cláusulas, contendo novos preceitos de defesa da posição dos credores, de harmonia com os actuais processos de técnica registal ou processual, através, enfim, de novos estímulos de garantia, conforme as necessidades reais do meio económico.

A quem, senão aos notários, se devem no direito hipotecário português, a conquista de novas vantagens para os credores com a criação nas «*escrituras de empréstimo com hipoteca*», das cláusulas do imediato vencimento da dívida, nos casos do arrendamento ou venda do prédio hipotecado, sem expresso consentimento do credor, de sua penhora ou arresto para pagamento de qualquer outra responsabilidade de o mesmo ficar envolvido em qualquer processo judicial, ou então nos casos em que os devedores

deixem de pagar as contribuições prediais ou prêmios de seguro, caíam em insolvência, falência, ou deixem de cumprir alguma das obrigações para com o credor contraídas na escritura?

A quem, senão aos notários, se deve a introdução da cláusula de que todas as *despesas* referentes ao contrato de empréstimo, seu manifesto, registo, distrate e cancelamento e ainda todos os reembolsos com todas as despesas judiciais, e, dentro dos limites da lei, as extra-judiciais que o credor faça para manter, garantir ou haver o seu crédito, ficam a cargo dos devedores, conforme conta que por aquele for apresentada, e que para todos os efeitos será considerada como documento referido na escritura?

A quem senão a eles se deve a introdução da técnica, hoje superiormente aprovada, duma cláusula nova, do cômputo ou fixação de tais *despesas ou reembolsos*, para efeitos de registo predial?

Ora a conquista desta garantia em defesa do crédito particular, criada pelos Notários como nova particularidade do sistema hipotecário, não foi coisa fácil, antes ao contrário, mas por isso mesmo, pela sua transcendência jurídica, muito dignifica a classe que a levou de vencida no campo do Direito.

Foi assunto que provocou variadíssimas discussões doutrinárias sobremodo avivadas com a publicação do decreto 21.730 em 14 de Outubro de 1932, que estabeleceu no seu art.º 3.º:

«Nos contratos de mútuo ou usura a cláusula penal e quaisquer outros encargos de devedor não poderão exceder a importância que resultar da aplicação da taxa de 4% sobre os valores mutuados e pelo tempo por que o juro estiver em dívida».

Uma larga corrente, durante bastante tempo predominante na doutrina e jurisprudência, não admitia a validade da fixação em determinada importância do desembolso das despesas judiciais e extra-judiciais, como encargo do devedor susceptível de ser contemplado com o privilégio da hipoteca para efeitos do registo.

Sustentou-se e ainda se sustenta: 1.º — Que na expressão *«encargos do devedor»* do art.º 3.º do dec.º 21.730 têm necessariamente de se encontrar já incluídas todas as despesas que o credor houver de fazer para pagamento integral do seu crédito. 2.º — Que não será possível condensar no âmbito da garantia um crédito

futuro da natureza duma cláusula pessoal que não representa uma dívida actual.

A última dificuldade provinha por certo das estipulações em que os notários se limitavam quase a reproduzir o texto legal, estabelecendo, como cláusula acessória de crédito, para efeito de reembolso das despesas extra-judiciais, a percentagem de 4%, sem fixar um montante certo e determinado como base da determinação desse crédito, do que resultava no entendimento de grande número de conservadores do Registo Predial ser ininscritível tal cláusula acessória por contrariar o disposto no artigo 911 do Código Civil e artigo 213 n.º 1 do Código do Registo Predial que impõem a necessidade da quantia assegurada por uma hipoteca ser certa e determinada ao menos aproximadamente.

A recusa não podia residir propriamente no facto aparente dum crédito futuro, pois *Guilherme Moreira*, nas «Instituições», vol. II, pag. 404 admite a existência de créditos futuros, doutrina aliás perfilhada pela *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 42, pg. 606, apoiada nas disposições dos artigos 967, n.º 1, 906 n.º 1 e 2 do Código Civil e artigo 200 do Código Comercial.

O que faltava, era só em certos notários, mais descuidados, a devida especificação dum montante, certo como cálculo provável desses desembolsos.

Mas os notários, por sua vez, aperfeiçoaram a redacção da cláusula, passando a indicar uma determinada importância como cláusula penal e demais encargos do devedor, na fixação dum crédito futuro no momento da constituição da hipoteca, o crédito para desembolsos logo se tornava num crédito certo e perfeitamente determinado, e assim, nestas condições apto a gozar de garantia hipotecária, como crédito distinto.

Desde que concretizada em quantia certa tal cláusula acessória participava da natureza do objecto principal e ficava sujeita ao mesmo regime jurídico de constituição de hipoteca para gozar da mesma garantia hipotecária que ao crédito é assinalada na escritura, isto nos termos das disposições dos artigos 911, 967 n.º 1.969 e 906 do Código Civil e artigo 200 do então vigente Código do Registo Predial.

Orientação contrária na verdade tomou de começo a nossa jurisprudência.

Variadas sentenças, como uma do Juízo de Extremoz em 18-11-1935 ⁽¹⁾ e o Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça de 3 de Dezembro de 1935 ⁽²⁾, decretaram que na expressão «*encargos do devedor*» do perfeito imperativo do artigo 3.º, do decreto 21.730, necessariamente se têm de considerar incluídas as despesas que o credor houver de fazer para pagamento integral do seu crédito.

Por seu lado, diversos Conservadores do Registo Predial, perfilhando a interpretação de que no citado preceito legal se compreendam inevitavelmente todas as despesas extra-judiciais a que der causa a falta de cumprimento, recusaram registos de hipotecas que contivessem a cláusula autónoma, para as despesas judiciais, só os admitindo sob a precária modalidade de registos provisórios, factos que deram motivos a algumas consultas para os organismos superiores e até recursos hierárquicos ao Ministro da Justiça ⁽³⁾.

Em oposição às classificações dos Conservadores do Registo Predial, os notários mantiveram a sua prática, que não reputavam contrária ao verdadeiro sentido e entendimento da lei ⁽⁴⁾.

Não se intimidaram os notários com as primeiras reacções dos Registadores nem mesmo com jurisprudência do Supremo Tribunal.

Nas fórmulas de *hipoteca* dos mais reputados cartórios notariais de Lisboa e do país, firmava-se cada vez com mais consciência, a estipuação de responsabilidade dos devedores quanto a *despesas* de vária natureza estabelecendo-se certo cômputo para efeitos de cobertura.

Por boa fortuna tiveram a seu lado a autorizada pena do cintilante homem de leis, que é o Dr. *Pedro Pita*, co-director da «*Revista do Notariado e Registo Predial*» ⁽⁵⁾ tão insigne Conservador como Bastonário da Ordem dos Advogados, cargo que ocupa há longos anos, e mesmo a própria Repartição Consultiva

(1) in Revista da Justiça 21/11.

(2) in Revista do Notariado e Registo Predial vol. 9.º pag. 90.

(3) Consulta ao Procurador da República do Porto de 29 de Maio de 1941, in «Not.º Reg. Predial», ano 1.º pag. 118, com resposta desfavorável ao Conservador.

(4) Recurso hierárquico, contra a qualificação dum Conservador para o Senhor Ministro da Justiça de 21-7-949, publicado in *Boletim do Ministério da Justiça*, ano 15, pag. 150, provido no sentido da validade da cláusula e contra a Conservatória.

(5) Ano 9.º — pg. 97-113-129.

da Direcção Geral dos Registos e do Notariado a qual por diversas vezes foi de parecer que a letra do Art.º 3.º do Decreto 21.730 não se opunha a que as partes computassem em certa importância os *desembolsos* que o credor tenha a fazer para pagamento do seu crédito, com despesas judiciais ou extra-judiciais, segundo estipulação expressa ⁽¹⁾.

Com a persistência da lúcida «*prática notarial*» formando «costume», foi-se abrindo a hostilidade dos conservadores que tiveram de se render a melhor doutrina: «*O máximo legal fixado no art.º 3.º do Dec.º 21 730 de 14-X-1932 — onde se estipula que «Nos contratos de mútuo ou usura a cláusula penal e quaisquer outros encargos do devedor não poderão exceder a importância que resultar da aplicação da taxa de 4 por cento sobre os valores mutuados e pelo tempo por que o juro estiver em dívida» — é cumulável com as «custas de parte, não obstante a isso os termos de lei no texto citado. Aquele máximo legal é também cumulável com a procuradoria quando a cláusula penal ou outra estipulação congénere, não seja restrita a hipótese de cobrança judicial. A esta doutrina não fazem obstáculo os termos do art.º 67 § 4.º do Código das Custas Judiciais. — proclamou a prestigiosa «Revista da Legislação e Jurisprudência». Ano 90, n.º 52 ⁽²⁾.*

Todo este combate de boa técnica notarial se retrata num texto de um dos mais ilustres escritores de literatura registral lusitana, ex-inspector da classe e actual Conservador, Dr. *Ferreira de Almeida* — «Duas fórmulas têm sido vulgarizadas para dar a conhecer esta cláusula, (do art.º 3.º do Dec.º 21 730), nos contratos de mútuo ou usura, nos quais é inserta como acessório, à garantia real da hipoteca voluntária. Circunscreve-se a primeira fórmula à fixação de uma taxa, até 4% sobre o capital, como que a reproduzir a letra da lei, e a segunda à determinação de uma quantia certa arbitrada tão somente para efeitos de registo predial. Levantaram-se dúvidas sobre a validade jurídica e a possibilidade de registo àcerca desta segunda fórmula, mas não deve

(1) Além da informação favorável no recurso hierárquico já citado em nota, encontram-se nesta corrente afirmativa os pareceres da 2.ª Repartição que deram origem à publicação do parecer da Procuradoria Geral da República de fins de 1949. Publicados in «*Not Reg. Predial*» ano V, pg. 263 e ano VII pg. 210.

(2) Dicionário de Legislação e Jurisprudência n.º 306-Agosto/1957.

ser proibida e até é de recomendar como mais útil e profícua por dar a conhecer com absoluto rigor, a terceiros, toda a extensão da garantia hipotecária, finalidade primária do registo predial» (1).

Foram as dúvidas resolvidas pelo Parecer da Procuradoria da República de 10 de Novembro de 1949.

A estipulação será válida ainda mesmo quando a importância fixada ultrapasse a resultante da aplicação da taxa de 4 por cento sobre os valores mutuados pelo *tempo do contrato*.

É que, mesmo nesta hipótese, não se pode antecipadamente afirmar que a quantia fixada ultrapasse os limites marcados no art.º 3.º do Decreto n.º 21 730. Com efeito, este preceito, manda aplicar aquela taxa não pelo tempo do contrato, mas pelo tempo por que o juro estiver em dívida podendo este período ser inferior, igual ou superior àquele, o que só no momento do pagamento se pode, em definitivo, saber. Por isso, só neste momento, também, haverá que proceder à correcção da quantia antecipadamente fixada de modo que se contenha dentro dos limites legais, respeitando-se em absoluto a estipulação se estes limites não tiverem sido excedidos, ou considerando-a nula no excesso se o houver.

A lei não estabelece, é certo, um limite concreto, mas daí não resulta a ausência de qualquer limite legal. Na verdade, há em primeiro lugar o limite que deriva do fim do Direito: os direitos são concedidos para protecção de interesses e não para servirem de meios para prejudicar terceiros; por isso, sempre que na fixação do quantitativo se teve em vista, não proteger o interesse do credor a receber o seu crédito, mas o de dificultar a posição do devedor, a estipulação será nula, já por envolver um abusivo exercício do direito do credor (Código Civil, art.º 13.º), já por ser contrário à moral pública (Código Civil, art.º 671.º, n.º 4.º).

As partes devem, portanto, manter-se, na estipulação da quantia representativa da importância máxima que, para certos efeitos, reputam poder atingir o crédito derivado da cláusula penal e outros encargos, dentro dum critério de razoabilidade, em termos de a importância fixada representar, objectivamente, e segundo as regras normais da vida, o limite máximo que, presumivelmente, o crédito pode chegar a atingir (2).

(1) Verbetes Auxiliares do Registo Predial, Fascículo 12, Verbetes n.º 171.

(2) Boletim do Ministério da justiça, n.º 19 — 1950 — pág. 116.

Uma idêntica elaboração notarial em novas cláusulas e figuras jurídicas se deu na vizinha Espanha, dentro desta matéria de direito hipotecário e onde os trabalhos profissionais dos Notários sustentando a sua prática nos recursos governativos contra a qualificação hipotecária dos Registadores de imóveis, têm assegurado uma importantíssima contribuição do Notariado para a produção do direito.

Talvez em seguimento da prática notarial italiana das arrematações hipotecárias não contenciosas se exercerem sob expediente e presença dos Notários, ali já consagrada nos Códigos Civil e do Processo Civil e na lei notarial de 1913, (Art.º 1.º n.º 4 alínea c), os notários espanhóis, por sua própria iniciativa, criaram na sua pátria um novo importante *uso notarial*, que pela sua lógica e aceitável razão de ser, pela primeira vez, depressa veio a ser legislativamente consagrado no Regulamento hipotecário de 1915.

Vejam os autorizado depoimento do douto jurisconsulto, eminente tratadista e catedrático da Universidade de Madrid, Prof. José Castan Tobeñas:

«Em matéria hipotecária cabe citar, como exemplo de práticas notariais que, aceites pela jurisprudência, chegarão a determinar uma norma de aplicar à hipoteca, o pacto alienação extra-judicial da coisa constituída em garantia. Introduzido este uso por iniciativa dos notários foi reconhecida a sua legalidade pela jurisprudência da Direcção Geral dos Registos e Notariado e pelo Tribunal Supremo, sendo por último sancionada pelo Regulamento Hipotecário de 1915 no seu artigo 201 (duzentos e um)» (1).

Esta revolucionária orientação de alargamento da competência dos notários só veio a ser confirmada pela Lei Hipotecária de 8 de Fevereiro de 1946 e pelo decreto que aprova o regulamento para a execução da mesma Lei Hipotecária com data de 14 de Fevereiro de 1947, diplomas estes que contêm respectivamente as seguintes disposições:

Lei Hipotecária, art.º 129: «A acção hipotecária poderá exercer-se directamente contra os bens hipotecados segundo o processo

(1) «*Funcion Notarial y Elaboracion Notarial del Derecho*», José Castan Tobeñas, pag. 158.

sumário estabelecido no art.º 131 da presente lei e sem que nenhum dos seus trâmites possa ser alterado por convenção das partes.

Também, na escritura de constituição de hipoteca poderá pactuar-se um procedimento executivo extrajudicial para tornar efectiva a acção hipotecária, o qual será aplicável ainda no caso de existirem terceiros, mas com observância dos trâmites fixados no Regulamento Hipotecário».

Regulamento Hipotecário — Procedimento Executivo Extrajudicial art.º 234. «Para que seja aplicável o procedimento executivo extrajudicial, a que se refere o art.º 129.º da Lei, é necessário: 1.º Que na escritura de constituição de hipoteca seja designado pelo devedor o mandatário que o represente, no dia próprio na venda da propriedade. Este mandatário poderá ser mesmo o credor. 2.º Que se determine na mesma escritura o preço em que os interessados fixam a propriedade para que sirva de base na hasta pública. Este preço não poderá ser diferente do que, no caso, se tem afixado para o procedimento judicial sumário». Art. 35.º. «O procedimento executivo extrajudicial ajustar-se-á às seguintes regras:....» A disposição legal da Lei Espanhola especifica seguidamente em 11 regras — de texto demasiado extenso para que se reproduza aqui — o pormenorizado processo da diligência extra-contenciosa, especificando na primeira que o procedimento executivo extrajudicial só poderá seguir-se perante notário hábil para actuar no lugar em que seja situado algum dos prédios hipotecados e consigna na regra 11.ª que, ficando desertas as praças e não tendo o credor usado do direito de pedir a adjudicação dos bens, na segunda, se considerará o procedimento sem efeito, ficando livre para o credor o seu direito através do procedimento judicial correspondente.

Tais tendências dos dois países latinos deviam ter exercido alguma influência na modalidade de novo introduzida no Código de Processo Civil de 1939, ao criar a Venda Extrajudicial ao lado da Venda Judicial, no processo de execução, mas por agora, entre nós, o notário ficou reduzido à sua própria função de autorizar a escritura que resulta da negociação particular.

A diligência processa-se num misto de prática judicial e extra-judicial.

Enquanto que os termos iniciais, — decisão do acto, designação da pessoa que terá de intervir como mandatário, — decorrem no tribunal da execução, na zona extracontenciosa, decorrem os termos de mais decisiva importância, — a entrega dos prédios dos executados, «ad libitum» do mandatário, a quem muito bem lhe parece, entre qualquer dos pretendentes compradores, a quem os ofereça, — diligências que, arredada qualquer ideia de desonestidade, partindo-se do princípio que o designado é sempre pessoa de perfeita ou pelo menos de reputada idoneidade moral, visto ter sido designado pelo Juiz da Comarca, pela falta de tempo que um particular entregue às suas ocupações profissionais, encontra para procurar o melhor comprador, tanto mais não existindo para o efeito a obrigatoriedade de quaisquer anúncios ou lanços, nunca satisfazem cabalmente aos interesses do património a liquidar.

Ora desta simbiose do judicial com o particular, sobretudo pela falta de interesse e continuidade, do que foi decidido em juízo, resulta uma situação artificial quase sempre lesiva do produto da execução, que será sim, uma negociação particular, mas nunca uma venda extra-judicial com as necessárias garantias de fiscalização em ordem a um processo judicial.

Está pelo menos bastante longe de se assemelhar à venda extra-judicial fruto e conquista da elaboração notarial do Direito nessa nova prática extra-contenciosa, a conceberam os juristas dos referidos países latinos pois essa é um processo executivo extra-judicial integralmente dirigido por Notários que, antecipando-se à lei, introduziram a cláusula nas convenções, hipotecárias, e só mais tarde consagrada como processo gracioso de liquidação dos bens de devedores.

CAPÍTULO IV

DIREITOS DE FAMÍLIA

A) *Valor das fórmulas notariais no estudo do regime dotal.*

Entre os direitos de família, referentemente ao seu principal instituto, o casamento, vem existindo sempre o problema de conhecer-se o quantitativo e limite máximo legal do dote, bem como a natureza e extensão dos direitos da mulher em relação aos bens dotais.

Raros têm sido os verdadeiros investigadores do curiosíssimo tema.

Mas os que a isso se devotaram não deixam, porém, de exaltar o grande valor que lhes têm prestado as fórmulas notariais, chegando a afirmar que só o exame de um grande número de documentos de cartas ou escrituras de dote pode iluminar suficientemente o assunto.

Quanto ao primeiro e essencial ponto de estudo do quantitativo que a lei autorizava a que o marido retirasse dos seus bens para dotar a mulher, só pelos documentos notariais se pode seguir a magnífica reacção do costume em face da lei visigótica, criando um direito novo, durante os séculos da reconquista através das escrituras dotais.

Nessa época era prática corrente o dote provir, sempre, do marido, quer sob a designação de «dos» (dote), como figura nos documentos da época visigótica, quer sob a designação de «arras», como é a nova denominação dos tempos cristãos.

Graças às escrituras de casamento, parece ser hoje coisa assente, entre os entendidos, que nos primeiros tempos da reconquista era o dote um acompanhamento normal, senão forçoso, do matrimónio, por virtude da influência, ainda poderosa, do velho princípio romanista segundo o qual: — «*ne sine dote fiat coniugium*».

E facilmente se nota que, em referência a esta época e matéria, foi no Notariado que o grande crítico das nossas tradicionais instituições do direito o Prof. *Paulo Merêa* recolheu as melhores e

mais valiosos materiais até hoje conhecidos, e através deles conseguiu surpreender uma prática, deliberadamente contrária à lei, derogando-a e substituindo-a pela força do costume.

«O dote, tal como se nos oferece nas escrituras de «arras», abrange geralmente bens imóveis, representando por vezes uma riqueza considerável. Entre os móveis figuram servos de ambos os sexos, cavalos e mulas, bois, vacas e demais gado, vestidos e ornamenta.

Em algumas cartas de dote o marido declara doar certos e determinados bens já existentes na sua propriedade, e, além disso, aqueles que de futuro espera adquirir para complemento das «arras». Há uma em que o noivo, além dos prédios dotais, dá à mulher certa herdade, como penhor da obrigação relativa às peças de vestir.

A tradição visigótica faz-se sentir fortemente no conteúdo das escrituras, sendo o facto particularmente impressionante nas que pudemos reunir dos séculos IX, X e primeira metade do XI, quase todos provenientes da região galego-portuguesa.

É assim que a doação do décimo dos bens (L. Vis. III, I, 5) constitui uma prática muito divulgada, claramente revelada nas cartas de «arras» deste primeiro período.

Um dos documentos, do ano de 946, embora à primeira vista possa dar a entender que a doação abrange na íntegra as diversas villae nomeadas, contém uma cláusula da qual se depreende, afinal, com segurança, que a mulher só fica possuindo a décima parte das ditas villae; determina-se, com efeito, que, na hipótese de não haver filhos, «a décima parte das villae» será substituída por certa e determinada villa na sua totalidade.

Mas, se há alguns documentos que toleram esta mesma interpretação, outros estão redigidos em termos tais, que dificilmente assim podem ser entendidos, tudo levando antes a crer que a mulher recebeu em dote um número mais ou menos avultado de bens de raiz e, além disso (insuper), a décima dos restantes bens.

A alusão ao décimo não é o único traço em que se revela o modelo visigótico. Não faltam, tão pouco, exemplos de serem em número de vinte — dez de cada sexo — os servos doados, bem com de serem vinte os cavalos, à semelhança da célebre fórmula Visigótica.

... ..

«Em princípio pode afirmar-se que as «arras» eram propriedade da mulher, como no direito visigótico. As cartas de arras intitulam-se mesmo por vezes «cartas de doação» ou de «dote e doação», e, em regra, contém elementos suficientes para, sem mais, se concluir que por elas se transfere o direito sobre os bens. Em geral a transferência opera-se, de modo imediato, sendo só excepcionalmente

que a dotatio reveste a modalidade de doação post obitum, ficando o seu efeito dependente de condição de sobrevivência da mulher.

Vários documentos mostram que a mulher, já na constância do matrimónio, podia dispor das suas arras. Assim, numa escritura do ano 1107, certa mulher determina que, se morrer sem descendência e o marido lhe sobreviver, este possuirá as «arras» enquanto viver, e deixá-las-á depois ao mosteiro de Moreira ⁽¹⁾. Outra mulher dispõe que, sobrevivendo ela ao marido, disfrutará as «arras» enquanto viva for e as deixará ao mosteiro de Santa Cruz; se, pelo contrário falecer primeiro que o marido, este usufruirá as arras durante a sua vida ⁽²⁾.

Em 1162 Sancia Heriz vende a hereditas que recebera em «arras», intervindo no acto o marido e os filhos ⁽³⁾.

O marido não podia dispor do dote sem o concurso da mulher. Em 1180 certo indivíduo recebe a outro como irmão adoptivo, transferindo-lhe, por doação e venda, bens que dera em arras a sua mulher: esta aprova a alienação ⁽⁴⁾.

Exemplos de viúvas dispondo livremente das suas «arras», podem apontar-se vários ⁽⁵⁾.

Definindo assim, de um modo geral, o direito da mulher, cumpre abordar o ponto mais delicado, ou seja, examinar as várias «cláusulas» que visavam a precisar o conteúdo desse direito, algumas das quais restringem o exercício da propriedade.

Nos primeiros tempos da Reconquista parece ter-se mantido uma antiga tradição, que se inspirava no propósito de proteger o interesse dos filhos.

A cláusula ordinária era, com feito, a mesma do formulário visigótico, et posteri juis de pari coniugio procreatis habitura oeliquas, o que constitui mais uma prova de persistência do modelo tradicional na região galeco-portuguesa.

Esta fórmula é, geralmente, interpretada como envolvendo a obrigação de conservar o dote para os filhos. Em todo o caso, a ideia de inalienabilidade só indirectamente nela se contém, e é só bastante tarde (século XII) que nos aparecem exemplos de cláusulas explícitas em que se proíbe a viúva de alienar as arras para salvaguarda do direito dos filhos.

... ..

(1) Documentos Medievais Portugueses. Documentos Particulares. Tomo III, doc. n.º 245.

(2) Doc. de Santa Cruz do ano de 1181 (?), na T. do Tombo, Colecção Especial, 2.ª parte, CX 37, maço 8.º.

(3) Doc. de Sobrado (Cartulário, tomo I fl. 75v) cit por Braga da Cruz, Direito de Troncalidade, vol. I, nota 129.

(4) Doc. de Sahagun n.º 917.

(5) Doc. de Sahagun n.º 679; Cartulário de S. Vicente de Oviedo (ed. Serrano), n.ºs 125 e 134; Documentos Medievais Portugueses, tomo cit. docs. n.ºs 244 e 250.

Quase todos os autores consideram a cláusula típica «quicquid exinde farece volueris, liberam in omnibus habeas potestatem» como implicando a concessão de uma «propriedade ilimitada e incondicionada», em contraposição àquelas fórmulas pelas quais se faz saber ao donatário a vontade de que este deixe os bens aos seus descendentes, e que envolve «uma exclusão indirecta da liberdade de alienar».

Ficam assim analisadas as fórmulas mais típicas. Mas, a par destas, encontram-se outras cláusulas dignas de menção. Tais são as que fixam o destino dos bens dotais por morte da viúva sem filhos, contemplando de antemão certo mosteiro. Nestes casos e outros semelhantes o direito da mulher às suas arras aproxima-se muito de um simples usufruto.

Alguns documentos prevêm o caso de a viúva tornar a casar, determinando que em tal caso ela perca as arras, as quais, havendo filhos, passarão logo para a sua propriedade, e, não os havendo, serão destinadas a sufragar a alma do defunto.

Tal é a lição dos diplomas acerca do direito às arras. É certo que ela só por si não nos dá a conhecer integralmente o sistema jurídico dos séculos VIII-XII, mas não nos parece tarefa cómoda reconstituir este sistema no seu conjunto, se é que se pode falar de sistema onde necessariamente haviam de imperar a instabilidade e a incerteza.

Seria preciso, antes de mais, averiguar se continuava em vigor o dispositivo do Código Visigótico, que obrigava a mulher a reservar para os filhos três quartas partes do seu dote.

Combinar-se-iam com ele as cláusulas dotais, reconhecendo-se, por exemplo, à mulher a liberdade de dispor de um quarto das arras, mesmo que a escritura determinasse que estas deviam ser conservadas para os filhos? Entender-se-ia, pelo contrário, que as convenções se sobrepunham àquela lei (não obstante o seu carácter imperativo) e, de acordo com este modo de ver, permitir-se-ia à mulher, mesmo com filhos, que dispusesse de todo o dote, no caso de a carta de arras lhe conferir o direito de propriedade sem restrições?

O mais provável é que a regra visigótica tenha caído em desuso. Mas nem assim a questão fica arrumada, pois o problema consistirá, por outro lado, em saber se as «cláusulas dotais» se tinham de harmonizar com preceitos consuetudinários de direito familiar e sucessório, ou seja, se a maior ou menor liberdade de dispor das arras, emergente da «escritura dotal», encontrava limitações, no direito objectivo, em benefício dos parentes da mulher ⁽¹⁾.

Na transcrição de tão alto Mestre fica-nos a prova até imperdoavelmente bem extensa do grande auxílio que os documentos

(1) in «O Dote nos Documentos dos Séculos IX-XII», Cap. que figura nos «Estudos de Direito Espanico Medieval», Tomo I, Coimbra 1952.

notariais prestam ao estudo do *regimen jurídico* do casamento dotal.

Em Portugal não possuímos, infelizmente, Arquivos Notariais autónomos, destinados a conservar exclusivamente documentos do Notariado.

Regeita-se entre nós o meio mais idóneo, acessível e eficaz, em ordem às finalidades não só de plena prova dos actos e contratos que encerram, mas também de preservação do seu valor permanente, como documentos históricos, elevados a esta categoria pelo decurso do tempo e pelo interesse do seu aproveitamento como achega da mais alta valia para a estruturação e desenvolvimento dum sem número de conhecimentos dos mais variados ramos de cultura e saber.

Por isso mesmo se mostram escassos os estudos técnico-jurídicos ou simplesmente históricos-jurídicos, entre nós, quanto à evolução do instituto dotal, mau grado à importância que tal regime sempre teve até há duas décadas atrás.

A verdade é que, antes do decreto de 5 de Junho de 1864, os notários só eram obrigados a conservar os livros por 40 anos após o tempo em que as escrituras foram feitas.

Desde então essa conservação passou a ser obrigatória sem limitação de tempo. Mas como a função se interrompia por ser vitalícia essa conservação do arquivo de notas mantinha-se em deficientes condições até que o sucessor no ofício se apresentasse a reclamar o arquivo.

Só o decreto n.º 1, de 12 de Outubro de 1912, autorizou — parecendo que ainda não obrigou — a transferência para o Arquivo Nacional de todos os livros de notas e registos, que nos cartórios dos notários do termo de Lisboa tivessem sido dados por findos em 31 de Dezembro de 1870.

Veio depois o decreto n.º 2607 de 2 de Setembro de 1916, que no seu art.º 1.º diz :

«É autorizada a transferência para as bibliotecas do Estado ou arquivos distritais dependentes da Inspeção das Bibliotecas Eruditas e Arquivos, já criados, ou que venham a ser nos termos do n.º 8.º do art.º 27.º do decreto, com força de lei, de 18 de Março de 1911, de todos os livros de notas, documentos e livros diversos pertencentes aos cartórios notariais das comarcas dos distritos judiciais

das Relações de Lisboa e Porto, anteriores ao período de cinquenta anos, contados desde a data da sua transferência».

Como se vê, estas disposições não abrangem os cartórios da província. Foram sucessivamente mantidas pelos Códigos do Notariado de 1928, 1930, 1931 e 1935.

De resto parecem inexecutáveis na maior parte dos distritos por não poderem pôr em funcionamento quaisquer arquivos distritais com instalações e pessoal capazes.

De qualquer modo, subsiste sempre para o estudioso uma invencível dificuldade de consulta. É que não existe uma direcção central dos arquivos notariais com ficheiros sobre as datas, natureza dos actos e identificação dos outorgantes que elucidem de qual o arquivo e natureza dos documentos a investigar.

Por isso mesmo, qualquer pessoa interessada em analisar a história documentada dum determinado instituto jurídico, como por exemplo este, dos regimes de bens matrimoniais, vê-se entre nós, sèriamente embaraçado.

Diferentemente acontece noutros países. Na Argentina, Cuba e outras nações sul americanas existem Arquivos Notariais, independentes, sempre dirigidos por notários.

Na vizinha Espanha a organização dos Arquivos Notariais, como depositários de preciosidades históricas, é perfeitíssima. Por ocasião do II Congresso Internacional do Mundo Latino, celebrado em Madrid em Outubro de 1950, foi publicada em luxuosa edição uma magnífica colectânea de documentos dos séculos XVI, XVII e XVIII do Arquivo Notarial de Madrid.

Graças a esta edição, podemos verificar que nos séculos XVI e XVII, na região de Madrid, com respeito ao dote, prevalecia a prática, sempre evidenciada e titulada em documentos notariais, da noiva entregar anteriormente ao acto do casamento o seu dote ao futuro marido, entrega de que este sempre, por escritura, passava carta de paga e recibo do dote, e muitas vezes o aumentava com as chamadas «arras», designação que estava reservada para o dote constituído pelo marido, mas doação esta que não devia ultrapassar a décima parte dos bens de raiz dele, noivo. Também este costumava prestar hipoteca sobre os seus restantes bens, em garantia da restituição do dote que lhe havia entregue a mulher

— nos casos de futuros motivos legais de tal restituição — e sobretudo quando a maior parte do dote da mulher era constituído por bens mobiliários.

Concede-se que em 1931, a Biblioteca Nacional, sob a direcção do Coronel Costa Veiga e directa superintendência do malogrado então chefe de Divisão dos Reservados, Dr. Ataíde e Melo, iniciou a publicação dum código de extratos de notas dos Tabeliães de Lisboa, dos séculos XVI a XVIII, publicação que o Director da nossa primeira Biblioteca considerava nas palavras preliminares do primeiro volume da maior importância como guia de investigação para o estudo da história económica e social do país, dizendo :

«De facto em qualquer deles (codices) as escrituras extratadas fornecem valiosos e numerosíssimos subsídios quer para a identificação dos indivíduos e propriedades quer ainda para o conhecimento da evolução da vida social em seus multiplos aspectos».

Infelizmente tal publicação, muito justa e meritòriamente apresentada e classificada no frontispício como «Subsídios para a investigação histórica em Portugal», não fornece ao curioso residente fora da capital, e que ali não possa ir consultar os originais das escrituras, se é que noutro lado existem conservados nos respectivos livros de notas, qualquer elucidação cabal para acompanhamento do progresso das figuras jurídicas. É que tudo se resume nesta publicação e por certo no código a ligeira súmulas ou títulos, e datas dos actos notariais e respectivos outorgantes. O próprio nome deste curioso empreendimento, que veio a terminar com o 4.º volume, saído em 1949, o indica «*Index das Notas de Vários Tabeliães de Lisboa (séculos XVI-XVIII)*» residindo o seu melhor auxílio nos magníficos índices que por sua vez se seguem a cada um dos tomos ou volumes índices por pessoas, ofícios, cargos, profissões, dignidades, títulos nobiliárquicos, instituições públicas e particulares, locais, ruas, travessas, praças, etc. ⁽¹⁾.

Algumas esperanças surgem agora quanto à investigação das cláusulas notariais como fontes de Direito, nomeadamente neste aspecto do direito de família por virtude da recente criação da Conservatória dos Registos Centrais para a qual a Lei Orgânica

(1) Edição da Biblioteca Nacional de 1937 a 1949.

dos Serviços de Registo e Notariado dispõe as atribuições seguintes: Decreto-Lei n.º 44.063 de 28-XI-1961 — art.º 1.º «Junto da Direcção Geral dos Registos e do Notariado funciona a Conservatória dos Registos Centrais, à qual compete em especial: a) o registo central das escrituras e testamentos».

Este serviço de registo central fora criado pelo art.º 106 da Lei n.º 2049 de 6 de Agosto de 1951, cuja matéria de colheita de informações quanto ao Notariado se compaginava na seguinte disposição: — Art.º 127 — «Qualquer pessoa ou entidade interessada em conhecer a existência de uma escritura, data em que foi lavrada e o notário que a celebrou poderá solicitar essas informações do registo central».

CAPÍTULO V

SUCESSÕES

A) *Da substituição, através da prática notarial, do testamento do tipo romano por novas formas de doações.*

Um facto existe incontroverso, nos territórios da Península onde veio a constituir-se a nacionalidade portuguesa.

O testamento que ao direito comum havia sido transmitido pelo direito romano, passa a ser substituído, como forma de disposição de bens, por actos de doação de variada espécie, mas, predominando soberanamente as de natureza *inter-vivos*.

Começa a impôr-se o prestígio do acto público notarial.

Diz-nos *Gama Barros* que no Código Visigótico, o testamento é um dos modos de transmitir os bens para depois da morte, mas, no período da Reconquista, a sucessão voluntária verifica-se geralmente por doação com reserva do usufruto, expressa ou subentendida, e que o testamento nos termos do direito romano é instituição já de todos obliterada ⁽¹⁾.

(1) Hist. Adm. Pub. em Portugal. vol. VI. pag. 480.

É certo que, no capítulo especial dedicado às Doações o mesmo *Gama Barros* admite que essas doações, embora nunca para a generalidade dos casos, assumiam a natureza de *Doações mortis causa*» escrevendo:

«As doações, a que segundo a Lei dos Visigodos, podemos chamar «mortis causa», constituem até ao século XIII a forma mais vulgar de disposições de última vontade e chega a ser quasi sempre impossível distinguir claramente se o acto deve ser classificado como doação ou como testamento. Essa prática vinha já transmitida dos visigodos cujo Código nos mostra que era frequente ordenarem-se por meio de doações as disposições para depois da morte. Importa ainda advertir que para apreciar a força e efeitos jurídicos das escrituras dessa época, é essencial que o seu exame se não limite a cada uma de per si, porque o seu estudo comparado persuade que na redacção e qualificação dos actos não era raro que os notários confundissem espécies de natureza diferente. Nas doações mortis causa é vulgar a frase, referida aos bens de que consta a doação, «quicquid habeo uel augmentare potuero usque ad obitum meum». Está bem claro o sentido dessas palavras, por exemplo, numa doação ao mosteiro de Lervão em 973.

Todavia em 965 (*ibid.*, doc. 89) marido e mulher doam a um presbítero a quarta parte dos bens que lhes pertencem em duas vilas; e desde logo desligam de si o direito ao quinhão doado, e o transmitem ao donatário que poderá dispôr dele como quiser («ita ut de odie et tempore sit ipsa ereditatem que iam disimus et in ista carta resonat de nostru iurem arasa et in uestro iurem tradita et confirmata quitquit exinde agere uolueris liuerem in dei nomine aueas podestate»).

O acto inculca, portanto, constituir uma doação entre vivos, cujo efeito se opera desde logo; contudo o quinhão compreende não só os bens havidos, mas ainda aqueles que os doadores puderem haver até a sua morte, o que na escritura se expressa da seguinte maneira: — «de omnia nostra ereditatem quanta que auemos in ipsas uilas in casas in lectus in cadederas in cubus in cubas in mensas uel in omnia perfia uel omnia intersegrus domorum uel omnia rea (?) mea que apliicare poduero usque ad obitum meum IIII porcione intecra tanmen in uilas teras in pumares et in terras caluas comodo et in casas siue in uita comodo et post oitum meum» (1).

Sabe-se que o carácter distintivo da espécie de doações «*mortis causa*» estava em que não produziam efeito senão por morte do doador.

(1) Hist. Adm. Pub., em Portugal. Vol. VI. pág. 316 e 317.

Também o Prof. *Paulo Merêa*, logo no começo do seu estudo «*Sobre a revogabilidade das doações por morte*» ⁽¹⁾, versa a importância da documentação medieval do notariado, nas doações por morte, sob a forma de *donationes pro anima*, dizendo terem-se tornado de uso corrente na Idade Média, constituindo até certo ponto um sucedâneo do testamento.

Depois, num aditamento ao mesmo estudo, que denomina «*Doações post obitum*» e «*Doações reservato usufrutu*», esclarece:

«O formulário está longe de ser uniforme, sendo ainda possível reconhecer lado a lado os dois tipos tradicionais.

Doações post obitum com as características formais assinaladas por *Hübner*, abundam entre os nossos documentos medievais.

Nelas se diz essencialmente que o doador concede «*para depois da sua morte*» tais prédios ou tudo quanto venha a adquirir. A expressão típica é concedo (ou trado) *post obitum meum* expressão que pode aliás faltar quando a doação abrange os bens que o doador vier a adquirir.

Em contraposição a esta classe de escrituras, aparecem outros mais diversificados quanto à forma, que correspondem ao tipo do *donatio reservato usufrutu*. Em algumas delas figura mesmo a expressão «*usufruto*» para definir a situação em que fica o doador.

A reserva do usufruto é muitas vezes introduzida pela fórmula *ratione servata ut*.

Esta fórmula e outras análogas *mostram que a doação transferiu a propriedade desde logo, mas com limitação*.

Nas doações deste tipo aparece por vezes a frase tão vulgar nas doações simples: — «*ut de hodie die sit ipsa hereditas de iure meo abrasa* — o que se compreende, visto o doador se despojar desde logo da *propriedade*».

E o autor explica em nota:

Não confundir porém que o doador emprega a expressão *post obitum meum* não para significar que só quer despojar-se dos

(1) Estudos de Direito Hispânico Medieval. Tomo L, pág. 173.

bens por morte, mas sim apenas para mostrar *que após a sua morte o donatário ficará tendo sobre a coisa um direito sem limitações*» ⁽¹⁾.

Continua adiante o Prof. *Paulo Merêa*: — «A verdade é que se torna difícil estabelecer um claro elo de ligação entre o que sabemos de *donatio mortis causa* e as *donationes post obitum* dos séculos VIII e seguintes.

Santi di Paola, na sua recente obra ⁽²⁾ veio sustentar que a *d. m. c.* clássica só tinha lugar quando o doador na iminência do perigo de morte transferia a coisa para o donatário, reservando-se aliás a faculdade de revogar a doação se o perigo fosse conjurado, ou se o donatário morresse antes do doador. A aceitarmos esta doutrina teríamos então de concluir que o instituto não era de uso muito frequente».

E acrescenta num aditamento:

«Só depois de remodelado este artigo e redigidas as Notas Complementares tive possibilidade de ler o importante trabalho do Sr. *Noguera de Guzmán*, *El precario y la precaria*, publicado no tomo II dos «*Estudios históricos y documentos de los Archivos de Protocolos*» (Barcelona, 1950) e onde, a propósito de *precaria*, se versa o assunto das doações por morte.

O Sr. *Noguera de Guzmán*, adoptando uma classificação diversa da corrente, só considera verdadeiras doações *reservato usufrutu* aquelas em que o doador retém para si o usufruto vitalício.

Os documentos segundo os quais, uma vez extinto o usufruto do doador, o prédio deveria ser possuído e desfrutado sucessivamente pelos seus descendentes e sucessores, são por ele qualificados de *precarias oblatae*.

Quanto às doações *post obitum*, entende o Sr. *Guzmán* que, rigorosamente, não havendo nelas transmissão imediata do domínio, não devia existir verdadeira e imediata *traditio*, mas reconhece que em muitos documentos figura a tradição (simbólica), a qual só viria a produzir todos os seus efeitos quando, por morte do doador, o donatário se tornasse proprietário.

(1) Ob. cit, pág. 194.

(2) «*Donatio mortis causa*» — Catanea 1950.

Por outro lado, o autor admite que a transmissão da propriedade à morte do doador se operasse com efeito retroactivo.

Finalmente, o Sr. *Guzman* observa que os dois tipos de doação, embora técnica e tradicionalmente diferenciados, se influenciaram reciprocamente, acabando a doação *post obitum* por ser absorvida pela doação *reservato usufructu*, «mais conforme com as tendências da época, por nela serem mais facilmente compreensíveis os direitos de cada um dos interessados» ⁽¹⁾.

Nestas cláusulas de estipulação se revela a melhor contribuição do Notariado para a criação de figuras dentro do instituto jurídico da doação, sobremaneira enriquecido de forma a ombrear perfeitamente com o testamento, em disposições de bens entre vivos e de última vontade, graças às variedades com que à sombra da lei, ou mesmo até precedendo-a, os notários as ilustraram com novas interessantes modelações da sua prática tabeliã.

B) *Fontes notariais da fixação da quota disponível.*

Longe a ideia por ser aliás intento impróprio deste trabalho, virmos dar quaisquer explicações sobre o debatido problema das origens da «terça» no nosso direito, ou mesmo apresentar um resumo da evolução histórica da quota disponível.

Move-nos apenas o propósito de assinalarmos a forma decisiva como os documentos notariais contribuíram para a fixação legal do quantitativo dessa quota livre.

É que nesta matéria sucessória mais uma vez os *costumes notariais* se antecipam à lei, e, tomando a vanguarda do legislador, contribuem de forma bem fecunda para criarem uma legislação à altura das necessidades e aspirações sociais.

José Anastácio de Figueiredo, João Pedro Ribeiro, Levi Jordão e Gama Barros prestaram à cultura jurídica portuguesa o inestimável trabalho de revelar curiosíssimos documentos com disposições de «quota disponível».

Foi sobre eles que *Cabral Moncada, Paulo Merêa e Braga da Cruz* construíram uma doutrina jurídico-notarial sobre a formação da «terça».

(1) Ob. cit. — Aditamento. pág. 188 e 198.

A existência e conservação dos livros de testamentos e contratos são, porém, a base de toda a legislação, jurisprudência e doutrina, quanto a sucessão voluntária.

Pouco arriscado será mesmo afirmar-se que nesta matéria da quota disponível, tal como nos testamentos e doações, em geral foram os actos notariais as verdadeiras fontes jurídicas.

Os grandes historiadores do direito português, particularmente *Paulo Merêa*, frisam com frequência que se torna necessário para que não surjam fortes surpresas, confrontar os documentos notariais com os forais e costumes dos concelhos.

Todavia, nos seus importantes estudos sobre o âmbito da sucessão forçada e sucessão livre, nomeadamente sobre a «*reserva hereditária*» e «parte disponível», o Mestre não deixa de apontar, em primeiro lugar, testamentos e doações resultantes da prática notarial.

Sustentando a sua tese da maior generalidade ou predomínio e plena vitória do *terço* sobre as outras quotas do disponível, nos séculos XI, XII e XIII, o autor dos «*Estudos de Direito Hispânico Medieval*» — 1953 — salienta, antes de tudo, a prova que lhe fornece uma doação de Rodrigo Paes e sua mulher em 1149, em que estes dispõem de vários bens reservando para os filhos somente dois terços do imóvel, e outra de 1158 em que o outorgante expressamente assegura aos filhos duas terças partes dos seus bens.

Não deixaremos, por outro lado, de aproveitar um belo trecho do Prof. *Braga da Cruz*, em abono da nossa tese da grande contribuição notarial para a fixação da quota disponível:

«A maior simpatia manifestada em cada terra, ou em cada região por uma determinada quota e a sua repetição em meia dúzia de casos práticos foi habituando insensivelmente os espíritos a considerar essa cota mais «justa» e juridicamente mais admissível que nenhuma outra; à consagração consuetudinária assim obtida, seguiu-se depois a sua vitória plena, quando chegava o momento de redigir os usos e costumes da localidade».

«À sucessão forçada de toda a família substituiu-se assim, a pouco e pouco, a doutrina romana de sucessão legitimária, segundo a qual não eram herdeiros forçados senão os *descendentes* e os *ascendentes*, e, quando preteridos por uma *persona turpis*, os

irmãos consanguínios do *de cujus*. Essa doutrina que se encontra consagrada, em fins do século XIII nos *Costumes de Terena comunicado de Évora*, teve depois a sua regulamentação definitiva nas *Ordenações Afonsinas*, donde transitou para as *Manuelinas* e *Filipinas*.

Por outro lado a variada fixação do *disponível* a que a reserva dava lugar nos costumes locais, tinha fatalmente de ser *substituída*, com o desenvolvimento da legislação geral, por um sistema único de aplicação territorial, que acabasse com as divergências existentes.

Esse sistema foi, como se sabe o da *terça* indistinta de todos os bens, que foi consagrada pela primeira vez numa lei de D. Afonso III àcerca das deixas entre marido e mulher e a que também faz referência uma lei de D. Dinis, mais tarde incluída nas *Ordenações Afonsinas*.

Consagrada definitivamente numa lei de D. João I, a instituição da *terça* nunca mais deixou de ser direito vigente no país até 1910, data em que um decreto com força de lei, a 31 de Outubro, reformando certas disposições do Código Civil, fixou a quota disponível em «*metade*» da herança ⁽¹⁾.

Mas qual na matéria experimental da legislação quanto ao instituto do «quota disponível»?

Quais as fontes do actual sistema? Sómente as «Ordenações»?
Não parece.

Já *Gama Barros*, a propósito da origem da primeira lei que fixou a quota disponível na *terça*, incorporada no Código Afonsino, diz expressamente ter neste ponto o costume, mais poder que a influência da legislação romana, a qual, aliás, em muitos outros casos foi decisiva. E acrescenta que graças às «*fórmulas notariais*» a instituição da *terça* veio a ter em Portugal um carácter próprio independente da «*melhora*» só poder nesse quantitativo beneficiar um filho ou neto como restringia o Código Visigótico.

Foi a prática das escrituras de doação e testamento que abriu novos horizontes ao instituto da livre disposição, convertendo-o naquilo que era representado pelo *terço* e pelo *quinto*, mas sem peias algumas de destinatário.

(1) O Direito da Troncalidade. Tomo I, págs. 343 e 365.

No período da Reconquista, se há casos em que o testador só dispõe de um quinto dos seus bens em favor da Igreja — diz o Prof. *Paulo Merêa* — não faltam outros em que dispõe por forma diversa, por exemplo, da terça, de metade, e, há até exemplos, da plena liberdade de testar.

O que era frequente era fazer-se a distinção, a este respeito, entre os bens de avoenga e os adquiridos, e pode mesmo dizer-se que até ao fim do século XIII a espécie predominante em relação à cota disponível é que esta, havendo herdeiros forçados, consistia na quinta parte dos bens avoengos e na terça dos ganhados ⁽¹⁾.

Esta variedade de *quotas disponíveis* dos documentos notariais da idade-média serviu substancialmente o legislador quanto à fixação do seu quantitativo, originariamente na terça, presentemente em metade, como agora, respeitando a todos os bens independentemente da sua proveniência.

CAPÍTULO VI

SOCIEDADES

I — *Valor normativo de algumas convenções dos pactos sociais.*

É a esfera do direito mercantil, como ramo do direito económico, ligado assim a todas as prementes exigências de cada época, o campo da disciplina social em que melhor se podem encontrar exemplos de como o *uso e costume* se enquadram em práticas jurídicas dos órgãos reguladores e legitimadores da normalidade jurídica, designadamente das *fórmulas e cláusulas notariais*, práticas estas que bem aceites pela jurisprudência, depressa passam a *normas* instituídas pelo legislador.

Distintos escritores do direito têm salientado, dada a rapidez da evolução económica, quão profundo é o divórcio entre a teo-

(1) Lições de História do Direito Português. Pág. 99 — Coimbra, 1925

ria e a realidade, ou seja entre as leis e as convenções, quanto aos regimens estatutários em que vivem as sociedades comerciais, obedecendo bem mais ao interesse do momento, regulado por configuração do notário, do que a letra dos códigos.

Na verdade, embora em menor número de casos do que noutros países, podemos observar, entre nós, na matéria das sociedades de capital, — sociedades por acções e sociedades por quotas de responsabilidade limitada, — a criação original de certas convenções não previstas, mas também não contrariadas pela lei existente, proporcionando o gérmen de verdadeiras fontes jurídicas para o estabelecimento de futuras regras normativas, portanto com carácter geral e obrigatório.

Ocupando-se da elaboração notarial do Direito e dos contributos da função notarial para a criação do actual direito positivo espanhol, numa rubrica que intitula: «*Obras da Jurisprudência notarial no direito pátrio*», escreveu recentemente o grande civilista, catedrático da Faculdade de Direito de Madrid e Juiz-Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de Espanha, *Don Jose Castan Tobeñas*:

«A obra da jurisprudência notarial nunca se detém e vai realizando, — muitas vezes lenta mas operosamente, — inovações que amanhã se converterão em novas instituições e normas. Na esfera mercantil observa-se quanto às sociedades anónimas um profundo divórcio entre a teoria e a realidade; aí, como assinala Sanahuja, «O regime em que se vive nos Estatutos, conforme os interesses do momento, é sempre delineado e regulamentado na sua melhor parte pela prática notarial». Não é menos curioso o caso da sociedade limitada a qual foi enquadrada e regulada pela prática notarial, perante o impulso da realidade e o amparo de interpretações liberais dos textos do Código do Comércio que nasceu e se incorporou plenamente na nossa vida jurídica» (1).

Vejamos qual o contributo normativo prestado pelas cláusulas dos pactos sociais na formação do direito comercial português.

(1) «Funcion Notarial y Elaboracion Notarial del Derecho». Pág. 156, Abril, 1946.

1 — *Disposições embrionárias do código de Ferreira Borges proporcionando a redacção notarial das primeiras sociedades comerciais.*

Não existem nas Ordenações Afonsinas de 1446, nas Manue-linas de 1514, nem tão pouco nas Filipinas de 1595, disposições dignas de menção quanto ao moderno conceito da sociedade comercial.

As providências tomadas pelo Marquês de Pombal, quanto ao comércio, referem-se mais a direito processual e criminal, do que a direito substantivo.

Do século XVIII ao século XIX sucederam-se de tal maneira as leis extravagantes, alterando continuamente a legislação estabelecida, avolumaram-se de tal modo o número de leis no campo comercial que, no dizer de *Coelho da Rocha*, não era lícito aspirar sequer a conhecer-se com segurança o regime estabelecido sobre qualquer ponto, quer a organizar-se uma colecção completa dos diplomas em vigor.

Foi a este estado caótico e anárquico que veio pôr termo o nosso primeiro Código Comercial, de 18 de Setembro de 1833.

Deve-se ao grande jurisconsulto *Ferreira Borges* que forçado a sair para o estrangeiro, por virtude da guerra civil entre os legitimistas e liberais, no contacto com instituições mercantis mais aperfeiçoadas, sentiu o atraso da nossa legislação comercial, assim se lançou na árdua tarefa de elaborar um projecto de código comercial, baseado nos novos ensinamentos das mais modernas legislações comerciais dos países europeus e parte aproveitável de algumas leis portuguesas.

Ao estudioso comercialista devem D. Pedro IV e a Revolução Liberal no regime das sociedades uma obra notável que tanto perdurou.

O código de 1833, — diz o Prof. *Barbosa Magalhães*, — atendendo à época em que foi elaborado, aos progressos que trouxe ao nosso direito comercial e aos seus benéficos resultados, é considerado como um verdadeiro monumento jurídico ⁽¹⁾.

(1) Prelecções de Direito Comercial, ao curso do 4.º ano jurídico de 1924-25. Coligadas, por *Adelino Palma Carlos*. Pág. 50 — Lisboa, 1925.

Este código foi justamente considerado, — diz também o Prof. *Pinto Coelho*, — como um dos mais perfeitos da época, não só pela multiplicidade dos assuntos que nele são regulados, como também pela solução acertada que dá a grande número de questões que haviam surgido com a publicação dos códigos estrangeiros anteriores ⁽¹⁾.

Tem, pois, evidente importância o aspecto que em tal código possa já ter a sociedade comercial, como figura jurídica do direito moderno.

Ora o código de *Ferreira Borges* insere um capítulo, o XII, denominado «*Das companhias, sociedades e parcerias comerciais*», instituições que define desta maneira :

§ 526 — «*Companhias, sociedades e parcerias mercantis, são associações comerciais inteiramente distintas entre si em direitos e obrigações, quer recíprocos dos associados, quer entre estes e terceiros respectivamente*».

Perceitua ao findar as disposições gerais deste título e no § 537 :

«*Toda a associação mercantil será regulada pela convenção das partes e pelas leis particulares do comércio. O direito civil propriamente dito só é aplicável em falta de lei e usos do comércio*».

Seguidamente trata na Secção I «*Das Companhias de Comércio*», na Secção II «*Das sociedades com firma*», na Secção III «*Da sociedade de capital e indústria*», na Secção IV «*Da sociedade tácita*», na Secção V «*Da associação em conta de participação*» e na Secção VI «*Da parceria mercantil*».

Nas sociedades com firma de capital e indústria e nas sociedades tácitas regulamentadas nas secções II, III e IV está patente a responsabilidade solidária de todos e cada um dos sócios.

Já na associação em conta de participação, disciplinada na secção V só pelo lado do sócio ostensivo existe responsabilidade para com terceiros e na parceria mercantil, enquadrada na Secção VI, assume aspectos profundamente diversos a responsabilidade

(1) «Direito Comercial Português» — Vol. I, pág. 8 — Coimbra, 1914.

de cada um dos parceiros como de resto muito diferente se mostra a natureza jurídica dessa forma de associação.

Todavia é nesta figura jurídica da «*parceria mercantil*» que se vislumbra os primeiros elementos da noção de responsabilidade limitada no moderno conceito da responsabilidade de cada um dos sócios se limitar ao valor da sua quota e subsidiariamente ao valor do capital social e nunca além da sua totalidade.

Neste Código Comercial de 1833 a «*parceria mercantil*» aparece definida no seu § 577 nestes termos:

«...é em geral toda a associação conjunta de comerciantes em comunhão sem âmbito de sociedade».

Estabelece, por sua vez, em outros parágrafos que se lhe seguem:

§ 580 — «*Dá-se parceria por convenção das partes quando duas ou mais pessoas se associam e limitam ambos ou um deles a sua responsabilidade ou quinhão da sua entrada, declarando, que não responderão além dele. Neste sentido a chamada sociedade em comandita da parte do fornecedor dos fundos, e a sociedade de capital e indústria, quando o sócio de indústria ministra meramente o seu trabalho, são parcerias e não sociedades mercantis*».

§ 581 — «*Em regra os compartes não são obrigados além da porção de cabedal, com que entram na parceria, ou do objecto individual, que a constitui*».

Foi esta parceria mercantil do Código de 1833, segundo nos parece, o verdadeiro embrião que aos notários deu aso, — no seu mister de compaginarem os interesses dos indivíduos e da sociedade com as novas tendências jurídicas, despertadas em cada época, — a que moldassem e configurassem nos livros de notas os principais requisitos da responsabilidade limitada dos sócios às suas quotas, ou ao capital das sociedades.

2 — *Aparecimento nos livros de notas das primeiras sociedades de responsabilidade limitada criadas pelo Direito Comercial Português.*

Com grande orgulho pôde escrever no seu tão notável como expressivo estudo «*La configuración de la sociedad limitada atra-*

vés de la práctica notarial, o insigne jurisconsulto e acreditado notário madrileno *Navarra Azpeitia*, um dos grandes nomes do do direito espanhol contemporâneo :

«Em Espanha ainda que a regulamentação legal das sociedades anónimas permitisse todas as facilidades na sua constituição, embora uma semelhante organização das comanditas proporcionasse fácil leito para participação económica, em empresas com limitação de responsabilidade, todavia, desde o começo da segunda década do presente século, inicia-se um poderoso movimento em favor da sociedade de responsabilidade limitada que os aventureiros negócios da guerra de 1914 tornaram mais precisa. Assim, ante o impulso da realidade e com o amparo de interpretações liberais do nosso Código do Comércio, se construiu em assento com base legal, e chegou a nascer com viabilidade a sociedade limitada na nossa vida jurídica, especialmente configurada e regulada pela prática notarial criadora de novos tipos contratuais quando a realidade económica os torna necessários, renovadora eficaz dos costumes jurídicos e precursora, por isso, de futuras normas legais que consagram os factos constatados e arreigados. A porta pela qual se introduziu na nossa vida mercantil a sociedade de responsabilidade limitada, foi o artigo 122 do Código do Comércio, ainda que segundo opinião divergente de dois ilustres professores, por distintas janelas» (¹).

Ora segundo nos parece, também em Portugal é possível apresentar poderosos argumentos em favor do nascimento das primeiras sociedades de responsabilidade limitada nos livros de notas.

Se o seu berço teria sido o Notariado, o pai da criança devia ter sido o Notário, e o seu avô o Código Comercial de 1833, sucintamente por nós atrás apreciado e em especial devido ao germen do seu instituto jurídico da *parceria mercantil*.

Sucedia nesse período da segunda metade do século XIX que por virtude do disposto no Código de 1833 se sociedades comerciais com firma e de capital e indústria por virtude do § 591 desse diploma se podiam provar por simples escrito particular, ao

(¹) In «Revista de Derecho Privado. Ano 26.º (1942) — Pág. 24 e segs.

contrário as *parcerias mercantis* só podiam provar-se por escritura pública.

Prescrevia categoricamente o notável diploma devido a *Ferreira Borges* no § 585 :

«O contrato de parceria por convenção só pode ser celebrado por escritura pública, e esta transcrita verbalmente no registo público de comércio. — pena de serem havidos por sócios os compartes, e responderem solidária e ilimitadamente para com terceiros como sócios».

Por isso mesmo, era a parceria mercantil a sociedade em que com mais frequência se exercitava a prática notarial, podendo-se concluir que foi do labor dos notários, moldando à face do código de 1833, variadas cláusulas de responsabilidade dos sócios, limitada ao quantitativo das suas quotas, que nasceu a configuração jurídica por quotas de responsabilidade limitada.

Tal espécie de sociedade pressente-se cinquenta anos antes de ser estabelecida por lei, — diploma de 11 de Abril de 1901, devido a *Campos Henriques*, — gradualmente imposta, em concordância com os usos e impulsos do meio social na elaboração notarial dos pactos sociais.

Esteve quase a ser criada pelo segundo Código Comercial, o de 1888, ainda vigente, mas o autor do seu projecto, Conselheiro *Veiga Beirão*, ficou a meio caminho, criando antes a sociedade em comandita, a qual tinha lugar, segundo o art.º 105, § 3.º do mesmo Código quando um ou mais dos associados respondem como se a sociedade fosse em nome colectivo, e outro ou outros apenas fornecem valor determinado, limitando a este a sua responsabilidade.

Consigna o art.º 199 desse diploma sob o título «Das Sociedades em Comandita» :

«A sociedade em comandita pode ser constituída em comandita simples, quando não há representação do capital por acções, e em comandita por acções que representem o capital social, abrangendo assim as entradas dos sócios em nome colectivo e os fundos prestados pelos sócios comanditários».

A corrente verdadeiramente doutrinal nessa época, segundo revela o próprio autor do projecto do Código de 1888 circunscre-

via-se a reclamar a introdução duma nova modalidade de sociedade que ao lado de alguns sócios de responsabilidade ilimitada pudesse ter outros cuja parte de capital fosse representada por acções.

Isso se prova de maneira flagrante, pelo trecho escrito no Cap. VII do Relatório desse Código, assinado pelo Cons.^o *Veiga Beirão*: «Com respeito a esta última forma de sociedade o projecto adoptando as ideias da proposta de *Hintze Ribeiro* admite que a comandita possa constituir-se por acções representativas de capital. «A comandita por acções, escrevia este estadista no relatório da sua proposta, não existe de todo em Portugal. E, contudo, esta forma de associação é largamente usada em outros países para a realização de cometimentos que demandam avultados capitais». Creio que a adopção e prática desta ideia resultarão sensíveis benefícios ao comércio» ⁽¹⁾.

Tudo indica, portanto, que a sociedade em comandita simples do Código de 1888, e mais tarde sobremaneira a sociedade por cotas da lei de 11 de Abril de 1901, tiveram por principal fonte, em medida mais poderosa que qualquer influxo doutrinal, a realidade vivíssima do uso consagrado nas *cláusulas notariais*.

Parece transparente terem sido os notários, os verdadeiros técnicos realizadores do Direito, que enquadraram as novas necessidades palpitantes no tráfego quotidiano das relações económicas e utilizaram a sua imaginação de dadores da forma jurídica dos contratos da vida privada, para criarem, à sombra da lei, embora sem que a norma ainda a tenha previsto, uma nova convenção jurídica adaptada às novas exigências do tempo.

O Código Comercial anteriormente vigente, o de 1833, não comportava já as necessidades da época.

Com respeito à responsabilidade dos sócios, prescrevia apenas o § 664: «*Todo o sócio mercantil é solidàriamente obrigado pelos contratos sociais. Todas as vezes que a convenção entre os associados limita a sua responsabilidade social para com terceiros, o contrato deixa de ser contrato de sociedade e torna-se parceria ou outro segundo as circunstâncias*».

(1) Código Comercial, aprovado por Carta de Lei de 28 de Junho de 1888. Precedido de Relatório do Sr. Ministro da Justiça e dos Pareceres das Câmaras dos Srs. Deputados e dos Dignos Pares da Nação. Porto. Livraria Cruz Coutinho, Editora. 1888.

Com estas insuficiências mas prometedoras normas, corrigindo-lhes o seu atraso em ordem às necessidades do meio, os notários forjaram um direito novo que precedeu a doutrina e jurisprudência, para já não falar da própria lei, que, só mais tarde, lhe veio conferir plena aceitação.

Existem variados sinais de que assim aconteceu.

A prática notarial adiantou-se assim, no último quartel do século XIX, a regulamentar o negócio jurídico da sociedade de responsabilidade limitada, conforme as solicitações do desenvolvimento do comércio em Portugal, precedendo o sistema legislativo.

Poderiam apresentar-se inúmeros exemplos de espécies de escrituras, sobretudo nos grandes centros comerciais de Lisboa e Porto, de constituições de sociedades, em que, não obstante os preceitos legislativos, um dos sócios já não fica obrigado pessoalmente para com as pessoas com quem contratarem os outros sócios mas somente responsável no quantitativo da sua entrada para a sociedade.

Tudo indica que os notários, apoiados nesses dados legislativos dos §§ 581 e 585 do Código Comercial de 1833, referidos à comandita, esboçaram, muito antes da publicação do Código de 1888, a tentativa duma autêntica sociedade de responsabilidade limitada, configurando-a, em instituto novo, com uma estrutura cuja base próxima de tal ideia se achava delineada na lei, qual era a parceria mercantil.

Nessa verdadeira aurora da nova figura jurídica, antes que o tenha feito qualquer diploma legislativo os notários, «*motu-próprio*», entraram a denominar a nova sociedade nascida nos livros de notas como *sociedade em comandita*.

Bem o demonstra o livro do considerado praxista *Correia Teles*, valiosíssima colecção de minutas dos contratos e instrumentos do seu tempo, «*Manual do Tabelião — Ensaio de Jurisprudência Euremática*».

Foi dado à estampa pela Imprensa Nacional em 1850, trinta anos portanto antes do segundo Código Comercial!...

Mesmo assim, aí figura já, na página noventa e cinco, a fórmula duma escritura de sociedade em comandita em que aparece um sócio com responsabilidade limitada à sua quota.

Eis o formulário do acto :

«Saibão quantos esta virem, etc.... E por ele F. foi dito, que confessa haver recebido dele N. a quantia de... para negócio de... e por esta ajustão Sociedade, para a qual ele dito F. entrará com outra igual quantia, negociará sòmente em seu nome e, nos ditos géneros, sem que ele dito N. fique obrigado pessoalmente para com as pessoas, com quem ele F. contratar, ficando sòmente responsável na quantia, que ele F. confessa haver recebido dele. E os lucros, e perdas, que houverem, serão duas partes para ele dito F., e uma terça parte para ele N.: e esta Sociedade durará sòmente até..., tempo em que se partirão os dinheiros, e fundos que houver em ser; e as dívidas activas ele F. as tomará à sua conta. O que tudo foi aceite, e outorgado por ambos, depois desta lhes ser lida por mim; e eu Tabelião a outorguei, e aceitei a bem dos ausentes, e pessoas a que pertencer. Testemunhas a tudo presentes F., e F. etc...».

Eis o valor normativo como «uso» de prática extra-judicial documentada e elaborada já por técnicos de direito.

Verifica-se, portanto, a existência documentada duma prática notarial que precede 30 anos a regulamentação e regularização legislativa das Sociedades em Comandita, criada no Código Comercial de 1888, e de 51 anos a lei de 11 de Abril de 1901, que a si própria se chamou «Lei das Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada», fixando pela primeira vez, na lei escrita, tal conceito, mas, o que é bastante curioso, sem definir em qual parte do seu texto, expressamente, em que consistia a limitação da responsabilidade, sendo apenas pela combinação das disposições dos artigos 15, 16 e 47 que se depreende que o sócio só responde pela sua quota bem como pelas dos outros sócios quanto à parte não realizada.

Não parece pois arriscado afirmar-se que a «sociedade em comandita», foi, no direito comercial português, uma criação do Notariado, e que os livros de notas foram seu berço.

3 — *Cláusulas estatucionais com preceitos inovadores reclamados dos pela pressão económica.*

Dentro da estruturação dos estatutos das sociedades de responsabilidade limitada, quer das sociedades por quotas, quer das sociedades anónimas, variados problemas, com novos aspectos jurídicos,

têm aparecido nos últimos tempos, nascidos na elaboração do clausurado notarial a impulsionar futuras normas legislativas, cuja necessidade começa a sentir-se no meio social e económico.

A) NAS SOCIEDADES POR QUOTAS

a) *As cláusulas de conservação:*

Comecemos pelas «sociedades por quotas». Nos seus estatutos, lei concreta desses organismos, às vezes bem poderosa, muitas novas situações jurídicas tem introduzido a prática notarial, ora interpretando extensivamente ou integrando consideravelmente lacunas da lei, com as chamadas *cláusulas de conservação*, sobretudo de amortização, referentemente à vida e morte das quotas destas sociedades.

Quando num pacto social se convencionou que a sociedade continuará apenas com os sócios sobreviventes ou não interditos pode dizer-se que se estabelece uma *cláusula de conservação* visto aqueles sócios, por intermédio da pessoa jurídica da sociedade conservarem a plenitude dos direitos sociais.

Pouco importa se acrescente que os herdeiros ou representantes do falecido ou interdito podem continuar em caso de acordo, pois basta a imposição dos sobreviventes ou capazes para fazer desaparecer o acordo e tudo redundar na pura consagração da vontade unilateral destes, como sócios existentes desde o nascimento da sociedade, logicamente com outras conveniências, e de fundadores, e, pelos direitos de antecendência, com mais razões para fazerem prevalecer os seus desejos numa das fases de maior importância, senão a capital de entre todas.

Constitui, inegavelmente pura inovação no nosso direito o aparecimento de tal cláusula.

Não era situação prevista em qualquer lei comercial, nacional ou estrangeira.

Um ponto de apoio, podia, porém, encontrar-se-lhe na disposição do art.º 1277 e § único do Código Civil, tendente a dar

continuidade, por estipulação expressa, contra a normal dissolução pela morte de um dos sócios, que era a regra nas sociedades civis.

O Notariado aproveitou-o, e, de harmonia com o que lhe era reclamado pelas novas pulsações sociais elaborou a sua construção jurídica.

A repetição do seu emprego em numerosíssimos estatutos consagrou um *uso notarial* que fez costume.

Não foi contudo muito pacificamente que este uso entrou no Direito.

Alguns tratadistas consideram mesmo que se tratava duma cláusula ilegal, e muitos negaram-lhe a autonomia como figura jurídica, considerando-a, afinal, como simples amortização prevista.

Ensina, porém, o talentoso director da «*Revista dos Tribunais*» Dr. *José Gualberto de Sá Carneiro* que se deve repudiar a ideia de que a conservação da sociedade nos sócios sobreviventes se resolve pela cláusula de amortização, embora alguns pontos de contacto existam nas duas situações.

Considera, — e muito bem, — que todavia os planos são sempre distintos ⁽¹⁾.

Pode haver casos em que se chega a fixar directamente o direito de a sociedade amortizar a quota aos herdeiros e tal cláusula supõe que a sociedade continua com estes herdeiros por alguns tempo, e depois, usando do direito consignado nos estatutos, adquire a cota que já era desses herdeiros.

Casos, porém, também existem em que a cláusula estabelecida foi apenas a de que na sociedade não continuariam herdeiros, os quais apenas receberiam o crédito — valor social depositado pelos sobreviventes — em que se converteu a quota do falecido.

Seja como cláusula de conservação, seja como cláusula de amortização, o afastamento das sociedades dos herdeiros dos sócios falecidos, originou uma nova construção na teoria geral dos actos jurídicos, que, moldada pelas cláusulas dos livros de notas, ascendeu a verdadeira figura específica do direito a cláusula de conser-

(1). «*Revista dos Tribunais*». Ano 75, pág. 275.

vação reconhecida como válida, na maioria da doutrina e jurisprudência ⁽¹⁾.

Dado que os que a rejeitam como cláusula de conservação a admitem como cláusula de amortização, o que tem sido mais vezes posto em dúvida, não é a inviabilidade da mesma cláusula, mas sim a forma fixada para avaliar o quinhão hereditário da quota do sócio falecido, ou, então, o valor a pagar pela sua cota ao sócio irradiado.

b) *A cláusula de liquidação pelo último balanço aprovado.*

Dum modo geral quando se estipula a cláusula de conservação ou de amortização, regula-se ao mesmo tempo a forma de determinar o valor do «estado da sociedade» no momento da morte da quota amortizada.

Ora, é precisamente quanto aos preceitos regularizadores do «estado da sociedade», para efectivação das duas cláusulas, — embora teòricamente diferentes, do mesmo alcance quanto aos seus fins de liquidação do quinhão, — que a jurisprudência e doutrina mais vacilam em considerar como sistemas legais de avaliação desse estado de sociedade algum dos processos consignados nas escrituras.

A única cláusula que alguns dos mais distintos jurisconsultos portugueses acham perfeitamente legal, e aliás desnecessária, pelo entendimento que dão ao § único do art.º 1277 do Código Civil, que para eles é perceptivo, pelo menos no processo de execução da cláusula de conservação, é a seguinte: — «Quando os herdeiros

(1) Vide, «Revista dos Tribunais». Ano 65.º, pág. 162. — Estudo do Dr. José Gualberto de Sá Carneiro em 1940, citando a jurisprudência que acata tal cláusula.

«Revista da Ordem dos Advogados», parecer do Prof. Dr. Galvão Teles em 1946. Ano 6.º, n.º 3 e 4, pág. 64.

«Gazeta Judiciária», ano 1.º, pág. 182, estudo do saudoso advogado Dr. Reis Maia.

«O Direito». Ano 74.º, pág. 196 e ano 75.º, pág. 130, estudo do distinto jurisconsulto Cons.º Martins de Carvalho.

Em contrário: — Parecem manifestar-se pela invalidade da cláusula, sobretudo perante casos, de manifesta transmissão testamentária, o Dr. Fernando Tavares de Carvalho, no seu importante estudo: — «Transmissibilidade das quotas sociais» in «Revista dos Tribunais», ano 58.º, (1940), pág. 210 e segs. e Dr. Azevedo Souto, no seu livro «Lei das Sociedades por cotas» (1913), 1.ª edição, pág. 39.

não continuem na sociedade proceder-se-á a um balanço especial destinado a apurar o que ao sócio falecido pertencia no momento da morte».

Sustentam não ser o critério que preside ao balanço de gerência o mesmo que informa o balanço de liquidação. O balanço de liquidação tem de ser rigoroso e actual. Todos os valores têm de ser computados com justiça, para que os herdeiros do sócio não sofram lesão ⁽¹⁾.

Este grupo de escritores considera imoral e mesmo ilegal a cláusula do pagamento pelo último balanço, pelo menos em relação ao pagamento a efectuar aos afastados herdeiros, pois, — dizem — além de acarretar a estipulação de um negócio jurídico proibido o «estado da sociedade» no momento da morte tem de efectuar-se com intervenção dos herdeiros, pois, doutro modo, eles, sem o funcionamento de tal cláusula, teriam o direito de discuti-lo.

Não os abala a argumentação colhida noutras disposições legais, designadamente no n.º 9 do art.º 607 do Cod. do Proc Civil de 1939 e alínea i) do art.º 60.º do actual, disposições que afinal vieram nem mais nem menos que consagrar legislativamente a cláusula de liquidação antes estabelecida nos pactos sociais sob inspiração dos notários.

Todavia defendem a validade da cláusula do *último balanço*, como tradicionalmente reconhecida e útil na prática corrente, tanto em Portugal como no estrangeiro, grandes nomes da literatura jurídica portuguesa.

O grande jurisconsulto Dr. *Azaredo Perdigão*, por exemplo, realçando num seu estudo que o vício, se existe, não está na cláusula, mas no balanço a que se reporta no momento em que a cláusula tem de funcionar, pois a lei, tácita ou implicitamente consagra a cláusula em si, termina com as seguintes conclusões :

1.^a — «As cláusulas estatutárias que mandam liquidar os direitos do sócio falecido, ou do sócio que se aparta da sociedade, por cessão, amortização ou outra causa, pelo valor que lhe resul-

⁽¹⁾ Cons.º *Martins de Carvalho*, in «O Direito», ano 74.º, pág. 196 e ano 75.º, pág. 13 — Dr. *Reis Maia*, in «Gazeta Judiciária», ano 1.º, pág. 182. — Dr. *José Gualberto Sá Carneiro*, in «Revista dos Tribunais», ano 65.º, pág. 210 e outros.

tar do *último balanço aprovado*, são tradicionais, úteis conforme a prática corrente, e legais, quer em Portugal quer no estrangeiro.

2.^a — Os vícios de que, porventura enferme este balanço não determinam a nulidade da cláusula, nem obstam à sua aplicação.

3.^a — Os sócios que se apartam da sociedade, proprietários das quotas amortizadas, somente podem pedir a rectificação do último balanço para efeitos da liquidação da sua parte social, nos mesmos termos em que poderiam pedir caso continuassem na sociedade.

4.^a — Os herdeiros do sócio falecido somente podem pedir rectificação, caso o autor da herança a pudesse pedir, salvo, tratando-se de herdeiros legitimários, porque esses, por direito próprio, podem praticar todos os actos necessários à defesa da legítima ⁽¹⁾.

Também uma das maiores autoridades nas questões do direito privado português, o insigne civilista Prof. *Manuel A. Domingues Andrade*, tomou partido no apaixonado debate fazendo pender sobre a matéria o peso da sua valiosa opinião quanto à validade da cláusula.

Numa profunda e esgotante monografia intitulada: «*Sobre a validade das cláusulas de liquidação de partes sociais pelo último balanço*», na qual considera particularmente duas alíneas, «*As simples cláusula de continuação da sociedade com os sócios sobreviventes*» e «*As cláusulas de continuação da sociedade com os herdeiros dos sócios falecidos, somente facultativa*», o prestigioso mestre da cadeira de Direito Comercial, afoitadamente sustenta que a cláusula da «liquidação pelo último balanço» foi durante muito tempo tida e havida entre nós como perfeitamente legal e que só muito recentemente a sua validade passou a encontrar alguns opositores, sem que contudo esta nova tendência tenha conseguido afirmar-se nos Tribunais. Diz que a própria frequência da cláusula logo deixa entrever que ela se compagina com sérios interesses da prática. Considera que na realidade o liquidar-se por uma avaliação *ad hoc* a parte do sócio falecido poderia ocasionar graves desavenças e litígios entre os herdeiros e os outros sócios, com os consequentes incómodos e prejuízos para todos.

Pelas investigações complicadas a que obrigasse e até pelas

(1) *Notas* colhidas do apontamento particular dum colega quanto a um trabalho apresentado pelo Dr. *Azaredo Perdigão* no Instituto da Ordem dos Advogados.

providências cautelares que fossem requeridas pelos herdeiros, poderia levar à paralisação ou redução temporária da actividade social.

Por causa dessas desavenças, litígios e investigações, poderia importar uma publicidade susceptível de comprometer a prosperidade da empresa.

Por último, pelas despesas e contingências próprias de todos os litígios (agravadas essas contingências, no caso, pela extrema dificuldade que é própria daquela avaliação) poderia trazer para os sobreviventes um tal gravame de encargos com o pagamento da parte do sócio falecido, que lhes impossibilitasse a continuação da sociedade em condições toleráveis, acarretando, portanto, a sua liquidação, porventura ruínosa.

Compreende-se, pois, que tão frequentemente os sócios resolvam inserir no pacto social a cláusula em questão, sem a qual, muitas vezes, de modo nenhum teriam querido constituir a sociedade (ou mantê-la).

E conclui que não existindo qualquer texto que precluda a validade desta cláusula há pelo contrário diversos textos que nitidamente a favorecem: art.º 205, § 1.º e 22 do Código Comercial, art.º 41, § 3.º da Lei de 11 de Abril de 1901, onde se prevêem certas hipóteses em que o sócio que deixa de fazer parte da sociedade só receberá o valor da sua quota segundo o último balanço ⁽¹⁾.

*

Não se pode estranhar portanto, e até tudo justifica, — desde que se contemple a classe notarial como constituída por verdadeiros profissionais do direito, técnicos especializados na sua realizabilidade normal, além de oficiais da fé pública que também o são, — se observe, na prática jurídica extra-judicial, uma abundante elaboração notarial quanto à cláusula de amortização, nas suas variadas diferenciações, nos estatutos das sociedades por quotas.

Não pode esquecer-se que segundo o art.º 25.º da Lei das Sociedades por Quotas a amortizações das quotas sociais, só é per-

⁽¹⁾ Publicado na «Revista de Legislação e de Jurisprudência». Ano 86.º, pág. 369 e segts., ano 87, págs. 2, 17, 33, 49, 65, 81, 225 e 241, e, em separata, sob o mesmo título. — Coimbra Editora, 1955.

mitida quando autorizada expressamente na escritura de sociedade, e pode ter lugar ou de acordo, ou nos precisos termos fixados na escritura social.

Assim, em consequência de tal disposição legal, adquire como não podia deixar de ser, a missão do notário, enorme importância quanto a sugerir às partes a intromissão no pacto, da «*cláusula de amortização*», pois que sem ali figurar, nem por acordo é possível fazer desaparecer uma quota, isto é extingui-la, com o respectivo pagamento ao sócio que a detinha, ou aos seus herdeiros.

Como, porém, se a cláusula apenas disser que é permitida a amortização de quotas se tem entendido que ela só pode efectuar-se com o acordo do sócio irradiado amigavelmente ⁽¹⁾, e como dizendo-se «*por acordo ou por outra forma*», também, segundo alguns, não se preenche o fim da lei que consigna «*por acordo ou nos precisos termos fixados na escritura social*», pois, dizem, para se efectuar a amortização obrigatória, torna-se necessário que a escritura contenha minuciosamente o modo de a realizar, daí a técnica notarial vir realizando como lhe estava naturalmente indicado, pela liberdade que lhe deixou a lei, uma obra criadora que se tem imposto na prática comercial e não deixará de vir a influenciar a respectiva legislação.

Realça deste modo a actividade notarial quanto ao estatuto da amortização nos pactos sociais o distinto Prof. *F. Pires de Lima*: — «Porque falou o legislador nos *precisos* termos da escritura, e não sòmente nos termos da escritura, como é usual na linguagem da lei?

Tal adjectivação só pode ter um significado e um alcance: o de querer vincar com clareza a ideia de que na escritura hão-de ser fixados precisamente os casos e condições da amortização para que não fique nenhum arbítrio à maioria, que possa lesar os interesses de qualquer dos sócios. Quer dizer: — os termos hão-de ser *precisos*» ⁽²⁾.

(1) Revista de Legislação e Jurisprudência. Ano 71.º, pág. 331 — Prof. *Pires de Lima*.

(2) Revista de Legislação e Jurisprudência. Ano 72.º, pág. 331.

Ex-adverso: — Não há necessidade de especificar os casos de amortização. — Estudo do Prof. Doutor *Inocência Galvão Teles*.

Revista da Ordem dos Advogados — Ano 6.º, n.º 3 e 4, pág. 64, número referente a 1946.

E é deste clausurado, forçosamente notarial de carácter minucioso, que resulta a gestação de um direito novo.

B) NAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

a) *Criações de numerosos fundos especiais nas alterações dos estatutos das sociedades anónimas.*

Quanto às «sociedades anónimas» é ainda dos pactos sociais, sobretudo das suas frequentes alterações, visando um determinado fim, que brota uma das mais sérias questões dos nossos dias quanto ao emprego e rendimento dos capitais ante a tendência hoje tão generalizada dos grupos predominantes, bem instalados nos rendosos cargos de comando das grandes sociedades por acções, para estrangularem a distribuição do dividendo em ordem ao exagerado robustecimento das empresas.

Queremos referir-nos ao *uso e abuso* exercidos pelas influências dominantes nas assembleias gerais, — que poucas vezes são os accionistas propriamente ditos circunscritos aos juro dos títulos de crédito, — na criação e consequente redução a escritura dos mais variados *fundos especiais*, conforme votações das maiorias capitalistas nas assembleias gerais para habilidosas *alterações do pacto social*.

Tais fundos surgem instituídos sob os mais variados pretextos recebendo a denominação do fim que pretende hão-de desempenhar.

Antes era somente o tradicional *fundo de reserva* que se sobrepunha à legítima expectativa por parte dos accionistas em obterem a ambicionada retribuição dos seus capitais investidos na Empresa.

Por toda a parte se reconhecia a devida e estrita obediência ao disposto nos artigos 189, n.º 4 e 191 do Código Comercial de 1888, e ainda os únicos preceitos em vigor referentes à matéria dos resultados dos exercícios das sociedades anónimas, e todo o saldo dum determinado ano social que ficasse líquido do desconto para o fundo de reserva, revertia impreterivelmente para dividendo aos accionistas.

Respeitava-se na íntegra a letra da lei que ainda não foi modificada: «No fim de cada ano a direcção apresentará ao conselho fiscal: 4.º — a proposta do dividendo e da percentagem destinada a continuar o fundo de reserva, até que este represente, pelo menos, a quinta parte do capital social. (art.º 191)».

Por outro lado desde que originariamente, se houvesse consignado no pacto social da constituição da sociedade o destino estatutário quanto aos resultados de cada exercício e cuja cláusula de modo habitual aparecia redigida determinando saírem logo após o fundo de reserva as quantias necessárias para pagamento do dividendo às acções privilegiadas e às acções ordinárias, isso constituía um princípio estrutural que nenhuma assembleia geral jamais poderia modificar.

Assim o entendia a mais autorizada doutrina, lendo-se no primeiro escritor de direito comercial que produziu uma obra notável sobre as sociedades anónimas e até hoje ainda a mais valiosa sobre a matéria, o *Visconde de Carnaxide*, o seguinte: — «Não é impossível admitir que uma oligarquia de accionistas ricos, dominando uma assembleia, aumente as amortizações ou reservas voluntárias, prejudicando o dividendo, e produzindo a baixa do papel, para o adquirirem barato e embolsarem depois os valores encobertos, acumulados e disponíveis». «Por isso mesmo *Lyon Caen et Renaut*, no seu *«Manual de Droit, Com.»* sustentam: — que, sem cláusula expressa dos estatutos a conferir poderes constituintes à assembleia geral, a maioria desta só pode deliberar sobre modificações secundárias, sendo necessária a unanimidade, quando a modificação seja essencial». «As questões relativas à competência da assembleia, à natureza da modificações, e à aplicação dos princípios gerais dos contratos, para ser precisa, ou não, a unanimidade nas deliberações, parece não terem sido em Portugal deixadas para a jurisprudência, posto que não deva atribuir-se ao cod. com. o intento da violação dos direitos individuais, protegidos, como foram, contra as maiorias pela disposição do art.º 146.º. E, em verdade, embora o art.º 116.º do Cod. Com. fale de *todas e quaisquer* alterações no pacto social, por estas não deverão entender-se algumas substituições ou mudanças caracteristicamente substanciais, respeitando, por exemplo, à nacionalidade e ao objecto». «De facto, existe uma lei (lei expressamente ofendida a invocar

pelos accionistas vencidos), que é o art.º 702, do cod. civ. preceituando que os contratos legalmente celebrados, devendo ser pontualmente cumpridos, não podem ser revogados ou alterados senão por mútuo consentimento dos contraentes e contraentes são também os accionistas da minoria, pelo que o seu acordo seria necessário» (¹).

Mas hoje outros ventos sopram. Uma avassaladora tendência no sentido do robustecimento económico das empresas leva na sua frente e ameaça a mais completa paralização dos juros que deviam pertencer, pela letra dos originários estatutos das sociedades, aos pequenos accionistas que subscreveram as acções no momento da fundação das empresas.

Observa-se um verdadeiro choque entre a disparidade de interesses dos grandes e dos pequenos accionistas.

Enquanto que o pequeno accionista, quer pelo seu desinteresse no grande desenvolvimento das operações sociais, quer por sentir verdadeiras necessidades em prover ao seu sustento ou dos seus, deseja ser embolsado a curto prazo dos lucros apurados que justamente lhe pertençam; o grande accionista, esse, facilitado pelo alto nível de desafogo em que sempre decorre a sua vida não precisa de esperar pelos lucros anuais para satisfazer os seus encargos imediatos e por isso pensa de modo diferente: prefere «semear para colher». Mesmo pelo facto de os poder fazer substituir com toda a facilidade por novas e redobradas remunerações, a título de desempenho dos cargos sociais em que quase sempre participa, bem como pela circunstância de geralmente ter investida na empresa toda ou grande parte da sua fortuna, renuncia, sem custo, aos normais juros das suas acções pois mais lhe convém bater-se pela marcha vitoriosa da prosperidade intrínseca da Empresa do que pelos lucros imediatos dos dividendos das acções.

Substituiu-se assim, como o decorrer dos anos, à «política dos dividendos», que era a normal na época da fundação das principais sociedades anónimas portuguesas, — quase todas nascidas nos começos do século XX, — a «política de reservas» e a «política de investimentos» agora que os grandes accionistas se instalaram nas

(¹) «Sociedades Anónimas — Estudo Teórico e Prático do Direito Interno e Comparado». Págs. 418, 419 e 420. — Coimbra, 1913.

alavancas bem remuneradas do comando, visando de preferência a maior solidez e o crescente robustecimento económico das empresas.

Semellhante tendência tem até agora obtido certo confortável apoio, senão unânime, predominante da moderna doutrina, mesmo universitária.

Mas mesmo as autoridades que mais a favorecem não deixam de lhe impor certas restrições.

Trata-se de matéria de natureza verdadeiramente apaixonante no desactualizado direito comercial português.

Embora radicalmente direito substantivo é mais que isso no largo campo da sua aplicação prática dentro da normalidade jurídica.

Tal como nos casos controvertidos a actividade jurisdicional lhe imprime facetas processuais que além de direito adjectivo lhe acrescentam apreciações de mérito, estes assuntos ao requererem a tutela do Notário, quanto a cláusulas de *alteração integral ou parcial dos pactos sociais* obrigatoriamente reduzidos a escritura pública, são mais que puro direito notarial quanto aos requisitos formais do instrumento respectivo, pois exigem também qualificações técnicas e policiamentos de Direito quanto à *validade* dos actos jurídicos exteriorizados, actividade que transcende o simples direito substantivo e formal, constituindo o *direito notarial aplicado* no sentido que esboçamos na introdução.

Da reacção que o notário, perante a incerteza do regime actual sobre a medida em que é possível realizar-se a modificação das normas e cláusulas originariamente estabelecidas nos pactos das sociedades, não diremos já quanto aos preceitos legais, bem poucos e atrasados, mas sobretudo quanto à doutrina da literatura portuguesa respeitante a *Modificações de Pactos Sociais* é que depende toda a oportunidade e realidade do problema.

Não será pois de estranhar que se respigue algo que possa agitar esta *manipulação* notarial a maior parte das vezes produzindo cláusulas inovadoras quase que criadoras de Direito.

Diz o Prof. Doutor J. Dias Marques deste problema :

«Incerteza do regime actual. *Em todas estas hipóteses, a sociedade tem de saber se lhe é lícito efectuar a projectada modificação e em que termos a Assembleia Geral poderá proceder a ela.*

Há que saber, nomeadamente, se para a vontade das modificações é exigida maioria simples, maioria qualificada ou mesmo unanimidade. Mas basta examinar a lei e a jurisprudência para verificar como são discutíveis e divergentes muitas das soluções dadas a este problema. A incerteza em que a sociedade pode vir a encontrar-se é um dos males do sistema vigente. Mas esta mesma incerteza e a consequente variedade das opiniões que sobre a matéria têm sido emitidas é que mostram a oportunidade dos estudos que sobre o assunto se façam» (pág. 171).

Por isso o talentoso membro docente da Faculdade de Direito de Lisboa insiste no desenvolvimento dessa matéria cuja essência muito interessa aos notários como Direito evolutivo, ainda sem raiz certa, mas erguendo-se lentamente sobre a força normativa de cláusulas notariais.

«As limitações que o poder orgânico das sociedades traça aos princípios da pura contratualidade estão directamente correlacionados com o grau de institucionalização atingido pelas várias espécies sociais. Assim é que, na sociedade em nome colectivo, aquela cuja organização é mais rudimentar, as possibilidades de modificação dos estatutos por via deliberativa, não conduzem a resultados diversos dos que se obtêm pela via contratual, pois também para a deliberação modificativa a lei exige a unanimidade dos votos (§ 2.º do art.º 151.º do Código Comercial); no extremo oposto, está a sociedade anónima, inteiramente autonomizada em relação aos seus componentes, dotada duma organização que lhe dá poderosa individualidade e onde a soberania da assembleia geral vai até ao ponto de poder alterar por maioria simples as normas estatutárias que regem o ente social» (pág. 173).

Concretizando o seu pensamento conforme as diferentes espécies de sociedades, nos seus diversos aspectos de alteração de estatutos, ensina o Doutor J. Dias Marques:

«Nas sociedades anónimas a lei não indica por forma expressa, qual o sistema de modificação dos estatutos.

É claro que, se a hipótese tiver sido prevista pelos fundadores no estatuto inicial, tudo se reduzirá a um problema de interpreta-

ção da vontade negocial: a alteração deverá considerar-se permitida nos precisos limites em que os estatutos a estabelecem. Mas as dificuldades avolumam-se quando os estatutos são omissos acerca do assunto. Há que recorrer à interpretação da lei para saber em que termos esta regula a hipótese. E nessa interpretação não são unânimes as opiniões».

«Já se entendeu com base no art.º 116.º do Código Comercial que, assim como a lei exige a unanimidade na constituição da sociedade anónima (art.º 163.º do Código Comercial), também a mesma unanimidade de todo o capital accionista é de exigir nas modificações aos estatutos» (pág. 175).

«Ainda com base no citado art.º 116.º se tem sustentado que as deliberações modificativas dos estatutos deveriam ser tomadas nos termos dos §§ 5.º e 6.º do art.º 164.º do Código Comercial, isto é, com voto por cabeça.

«Mas ambas as soluções, além duma errada fundamentação jurídica, implicam efeitos práticos inteiramente inadmissíveis (pág. 175).

«Quanto à exigência da unanimidade é ela ainda menos justificada. A ser adoptada uma tal doutrina, cair-se-ia na impossibilidade prática de modificar qualquer estatuto. Bastaria que um accionista não comparecesse à Assembleia Geral ou, comparecendo, recusasse o seu voto, para que a sociedade se encontrasse diante duma situação insolúvel. Um único accionista poderia fazer «chantage» sobre a sociedade sujeitando-a, a não ver aprovada uma modificação essencial à sua existência».

«E, mesmo fora de toda a má fé, a pulverização das acções ao portador torna impraticável uma tal modificação. A opinião que merece o aplauso generalizado da doutrina é a que admite a possibilidade de modificação nos termos em que podem ser tomadas as restantes deliberações, isto é, por maioria simples. Na verdade, o § 2.º do art.º 183.º do Código Comercial, que estabelece este princípio, não lhe acrescenta qualquer restrição para o caso das deliberações alteradoras dos estatutos.

Aquele princípio de as deliberações serem tomadas à pluralidade absoluta dos votos do capital accionista presente à Assembleia Geral é a regra; e qualquer excepção que se pretenda criar-lhe só poderá resultar dum inequívoco preceito de lei».

«Esta é efectivamente a doutrina que se pratica. Aceita-se, na vida jurídica das sociedades anónimas que a alteração dos estatutos pode ser deliberado em Assembleia Geral por maioria absoluta de votos» (págs. 175 e 176).

Versando seguidamente o mais candente dentre os agitadores problemas desta matéria, o relativo às sociedades por quotas, sob rubrica *Limites à Alterabilidade dos pactos Sociais*, alerta depois o Doutor *Dias Marques* os interessados nestes assuntos, que predominantemente são os notários, com estas tão pertinentes considerações :

«*Doutrina semelhante* — (solução de compromisso nas sociedades anónimas entre o interesse da sociedade ao tomar por maioria uma deliberação colidindo com os interesses individuais e direitos constituídos dos sócios, segundo a qual o sócio discordante pode furtar-se a sofrer os seus efeitos mediante o exercício de um direito especial que se designa por direito de afastamento ou de recesso) : — se deve sustentar em relação às sociedades por quotas pelo que respeita à chamada de prestações suplementares quando se não encontre prevista no pacto originário caso em que tem aplicação os arts. 18.º e seguintes da Lei das Sociedades por Quotas. A prestação suplementar constitui uma obrigação nova e autónoma em relação ao conjunto das obrigações do sócio. É um direito de crédito da sociedade sobre o sócio e mal se compreende como aquela possa criar, por via de deliberação da Assembleia Geral, um crédito a seu favor sem o assentimento do sócio .

É que no pacto social para além daquilo que é estatutário, daquilo que regula a organização, a administração da sociedade, ou a condição jurídica dos sócios há por vezes realidades parasociais, que se autonomizam e que não podem ser abrangidas pelo poder deliberante da Assembleia Geral.

Ora um destes campos é o das prestações suplementares, as quais representam como um empréstimo (ou algo semelhante) do sócio à sociedade. E mal se concebe que alguém seja obrigado a emprestar por vontade unilateral do mutuário» (¹).

(¹) «Modificação dos Pactos Sociais», pelo Doutor *José Dias Marques*, in «Revista da Ordem dos Advogados». Ano 13.º, n.ºs 1 e 2 (1953), págs. 170 a 189.

A subtileza destes aspectos que as necessidades do interesse social reclamam se insiram em novas cláusulas de alterações dos pactos das sociedades, logo sugerem os dificultosos trabalhos que se deparam aos notários a sancionarem qualificações ou legalidades de deliberações sociais, criadoras de prestações suplementares, ou de outros fundos de vária ordem, com designações discriminadas, além do normal fundo de reserva, disposições que, por sua vez, ao serem levadas aos títulos de remodelação total ou parcial dos estatutos das sociedades por quotas ou anónimas, com as suas cláusulas inovadoras, em face das hipóteses não previstas na lei, conferem aos documentos notariais aspectos de direito novo ou pelo menos de jurisprudência notarial normativa, preenchendo as lacunas agora existentes.

b) *O abuso de direito nas deliberações das assembleias gerais.*

Por outro lado, em face da resenha que acabamos de fazer, servindo-nos dos mais recentes dados do problema e provindos das melhores autoridades, bem como em face duma das últimas publicações jurídicas portuguesas, que passamos a juntar-lhes, — (*o texto escreveu-se dez anos antes de agora ser publicado*) — não parece que a alterabilidade das cláusulas originárias dos pactos sociais das sociedades anónimas com mira de criação de novos fundos especiais e em detrimento do dividendo, constitua uma deliberação social que possa ser impugnada por *abuso de direito*.

Aliás, saiu a lume, no ano corrente, em Portugal, (*reporta-se ao ano de 1955*), um excelente trabalho do nável advogado Dr. *Teófilo de Castro Duarte*, ensaio jurídico prefaciado pelo douto profissional do foro Dr. *Azaredo Perdigão*, no qual se fixa o conceito de deliberação social abusiva, como sendo «a deliberação formal e objectivamente corrente, desarmónica com o fim social, que causa um prejuízo à sociedade ou aos accionistas nessa qualidade de accionistas» e aponta como casos de deliberações abusivas que, pela doutrina e legislação portuguesa, tem sido tratados quanto às sociedades anónimas: 1.º — o aumento exagerado e abusivo da percentagem da administração nos lucros sociais. 2.º — alteração abusiva da percentagem dos lucros a atribuir às diversas espécies de acções; 3.º — a redução de capital abusiva; 4.º — a emissão

de acções abusiva; 5.º — «decharge» da administração abusiva; 6.º — a transferência abusiva da sede social, etc., etc., não fazendo incluir nesta lista de exemplos de deliberações eivadas de abuso de direito as deliberações criadoras de novos fundos especiais em detrimento do imediato desconto para satisfação dos juros aos accionistas.

Contudo afirma quanto à distribuição de lucros, provenientes da acumulação de fundos: *«Citemos, agora um exemplo de deliberações abusivas sucessivas das administrações que parece corrente na Alemanha. As deliberações abusivas sucessivas consistirão na administração de certas sociedades recusar sistematicamente, e durante anos sucessivos, distribuir lucros, acumulando-os sobre a forma de amortizações e reservas ocultas, até que os accionistas, cansados de possuir títulos que nada rendem, os vendem por baixo preço; a administração compra-os então, e quando a operação está terminada começa a distribuir, durante alguns anos, dividendos enormes que, seduzindo o público, fazem subir extraordinariamente a cotação das acções. Quando a cotação atinge o máximo, e as reservas donde saem dividendos estão quase esgotadas, a administração vende então os seus títulos; e recomeça novamente a mesma frutuosa operação; recusa sistemática de dividendos provocando a baixa, compra de posições na baixa, grandes distribuições de dividendos saídos das reservas para provocar a alta, e consequente venda de posições. Com efeito, com este sistema as administrações locupletam-se, por um lado, com as reservas acumuladas durante os anos em que as acções estavam nas mãos do público e em que a administração poucos capitais tinha investidos na empresa, e por outro ganha a diferença entre a baixa cotação a que compra as acções e o máximo da alta a que as vende. Não carece de demonstração que todas as deliberações pelas quais se efectivam tais manobras são abusivas»* ⁽¹⁾.

Esta figura do abuso de direitos nas deliberações sociais implica uma cadeia de deliberações sucessivas e propósitos muito diversos do que as habituais deliberações criadoras de fundos espe-

⁽¹⁾ Teófilo de Castro Duarte, advogado. — «O Abuso do Direito e as Deliberações Sociais» — (Ensaio Jurídico) com prefácio do Dr. José de Azeredo Perdigão. Págs. 152 — Coimbra Editora, Lda., 1955.

ciais de reserva, visando somente o robustecimento económico das sociedades.

Daqui o sinal verde que nas solicitações das partes se abre aos notários para a elaboração dessas modernas cláusulas de novos fundos.

A tendência, senão unânime, pelo menos predominante, é portanto da legalidade da introdução de cláusulas modificativas de distribuição dos lucros nos pactos das sociedades anónimas.

Ora, sendo assim, é manifesto que a última palavra no controle jurídico da cláusula inovadora, na sua modelação e força expressiva, no seu reajustamento, combinação e integramento com os demais artigos do pacto social, pertence aos Notários.

São eles, como profissionais encarregados pelo ordenamento jurídico de tutelar e regulamentar os negócios jurídicos, — tanto na sua forma externa ou documental como na sua forma interna ou substancial do direito, — os verdadeiros senhores da redacção do acto da alteração do pacto social, em todo o conjunto de efeitos, — externos de solenidade e prova, e internos de legalidade e validade intrínseca, — pretendidos pelos interessados que recorrem à autorização notarial.

Pertence-lhe, pois, bem alto contributo e quinhão de responsabilidade ao prestarem a sua intervenção nos actos de alteração de pactos sociais nos quais se está produzindo nos nossos dias uma autêntica *elaboração de direito*.

Sabe-se como, usualmente, são, primeiro, submetidas a apreciação dos notários, pelo menos nas suas linhas básicas, todas as minutas sobre que as assembleias gerais têm de deliberar alterações do pacto social.

II — *Novas figuras de direito comercial criadas nos contratos inominados notariais.*

Resulta das considerações e factos expostos e do despontar das aludidas «cláusulas» criadoras de Direito que em ambas as duas espécies de sociedades de responsabilidade limitada, por nós versadas, tanto nas de quotas, como nas anónimas, portanto no direito comercial, como nos outros atrás tratados, temas de direito

civil, enfim em muitos problemas de direito privado, se produziu já certo divórcio entre os princípios que informaram as suas leis basilares, — respectivamente a lei de 1901 e o Código Comercial de 1888 —, e o *uso normativo* dos tempos correntes.

Embora se tenham de pôr de remissa, quer pelo lado legal quer moral, as exageradas manifestações desse *uso* seja pela inviabilidade da sua elasticidade analógica seja por implicarem derrogação das mesmas normas legais que embora atrasadas ainda estão vigentes, seja pelos abusos algo imprudentes da moderna tendência para o fortalecimento e robustecimento das empresas com fins de progresso industrial, o certo é que, os aspectos que salientamos, denotam na matéria de direito mercantil importante contributo que deixamos para rematar o nosso trabalho da pulsação muito forte por parte de interesses económicos, que as antigas leis já não enquadram, e cuja vida hoje só pode ser garantida através da euremática notarial.

Com toda a propriedade temos pois o direito de deduzir ser a presente matéria de novas cláusulas introduzidas na constituição dos pactos sociais e das suas declarações, nomeadamente na configuração dos inovadores cláusulas de conservação e liquidação pelo último balanço aprovado, quanto às sociedades por quotas e criações dos mais variados fundos de reserva nas modificações dos estatutos das sociedades anónimas, que mais destacadamente se revela a intervenção do Notário como jurista no direito das sociedades dentro do panorama notarial português.

As novas cláusulas sancionando as tendências dos tempos correntes que, sob o amparo e tutela do Notariado, se introduziram na prática e direito comercial, assumem já um inegável valor e carácter normativo, embora não resultem nem do espírito nem da letra de quaisquer leis presentes.

Isto, constitui, sem dúvida, uma das mais prestigiosas afirmações do contributo da classe notarial para a formação e elaboração do Direito.

Cabe-nos dizer que a figura comercial da *Unificação de Quotas Sociais* não foi ainda estabelecida em qualquer diploma legislativo e contudo, as necessidades sociais reclamam-na, os Conservadores do Registo Comercial precisam da actuação notarial que

documento tal convenção das partes embora a *unificação* não conste ainda de qualquer diploma de direito substantivo ou registral.

Mas semelhante intervenção do clausurado notarial no campo do Direito provoca sempre uma reacção favorável ou desfavorável por parte dos órgãos de soberania duma nação.

Por exemplo o *Contrato de cedência de exploração comercial ou industrial de estabelecimento*, deve-se a certa elaboração notarial como novo contrato atípico ou inominado, que vem a ser um misto de arrendamento, aluguer e cessão ou concessão, no seu conjunto, diferenciado de qualquer dessas figuras contratuais e bem assim da figura de trespasse, pois que na *exploração* a cedência é temporária, cessando a gestão do comércio ou indústria logo que isso convenha a qualquer das partes, esquivando-se portanto o dono do estabelecimento à sua cedência definitiva bem como à disciplina do arrendamento pois que a transferência do local não representa o uso e fruição do prédio mas só um meio de realizar a exploração comercial ou industrial, meio contudo incindível dessa exploração sob pena de se violar a titularidade das licenças e registos do mesmo dono do estabelecimento.

Pretende-se com a construção desta nova e diferenciada figura, ao contrário do arrendamento ou sublocação em que o objecto do contrato é o imóvel ou o direito ao arrendamento, e mesmo ao contrário do trespasse que é uma cessão definitiva de toda a universalidade dos direitos e obrigações patrimoniais, morais ou de licenciamento, que pela simples *cedência de exploração* o objecto do contrato seja só a exploração a título precário do estabelecimento.

Aconteça que a jurisprudência, à falta da consagração legal dessa nova figura contratual, passe a regulá-la pelas normas disciplinadoras do contrato típico dominante, cessão ou arrendamento, ou então se decida a aplicar à *cedência de exploração* os princípios de uma cessão equivalente à sublocação, portanto ilegal, sem consentimento do senhorio, a elaboração do novo contrato não deixa de ser uma necessidade social bem sentida a que o Direito tem de dar um destino aceitando-o ou repudiando-o na lei substantiva.

Assim, em relação ao sentido das novas figuras jurídicas que

como «*cláusulas*» ou «*convenções*» neste trabalho nos ocupamos, todos sentem ser bem precisa a publicação de leis, a sancionar o preceituado notarialmente ou então a contrariá-lo expressamente por tais novas figuras, embora não colidam directa ou indirectamente com o direito positivo, não poderem ser objecto de matéria contratual, por ultrapassarem as conveniências e imperativos de ordem pública.

Neste último entendimento deixariam de vir a ser reduzidas a instrumento público mesmo com a advertência que presentemente vem a salvaguardar a responsabilidade do funcionário autorizante ao fazer consignar nas situações jurídicas débeis os vícios de que enfermam e todos os efeitos dessa carência de firmeza e plena eficácia.

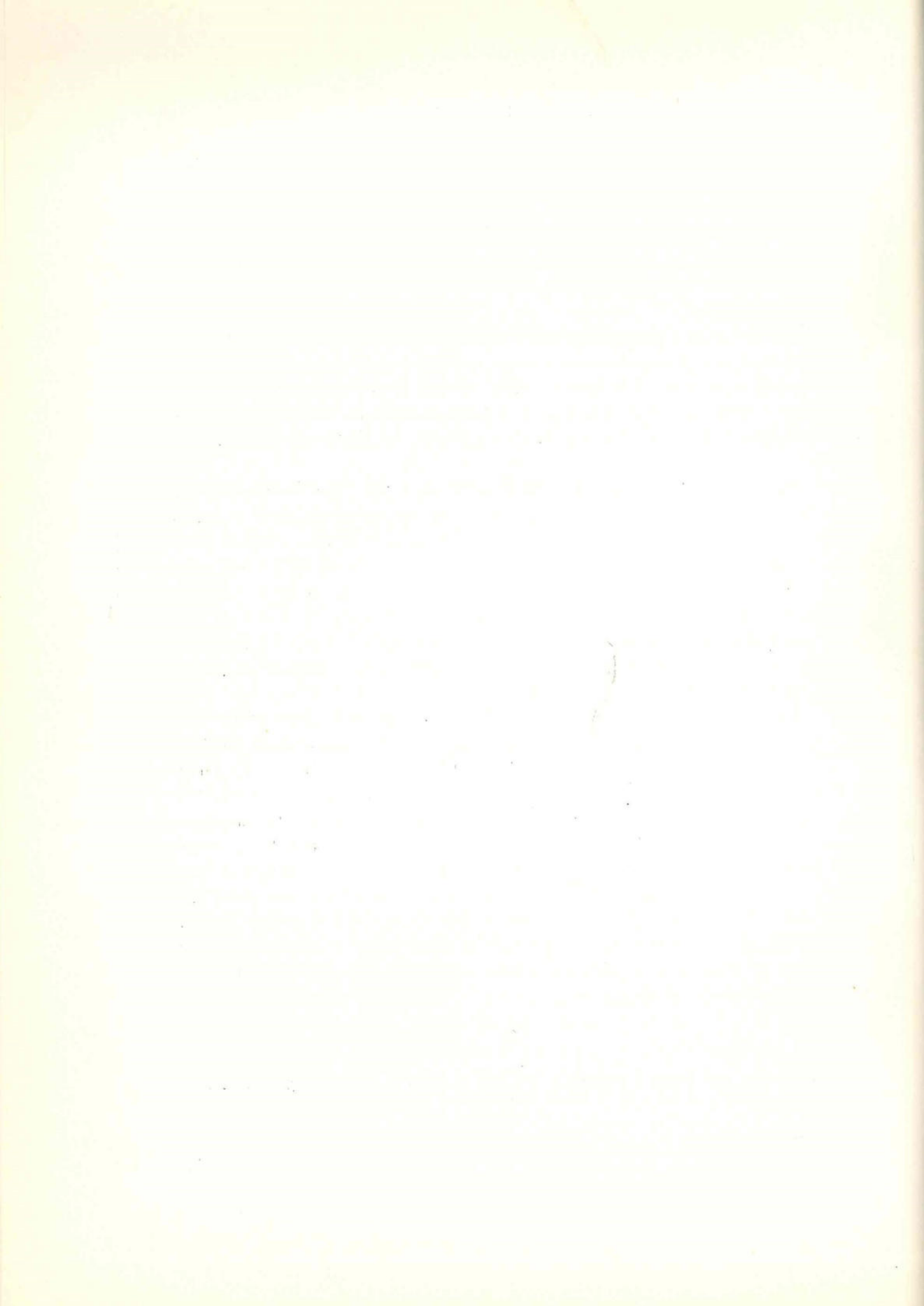
Órgão primacial do Direito Regulador em que distintamente se enquadra, órgão de controle jurídico e negocial quanto à legalidade dos direitos subjectivos que exterioriza, o Notariado só pode aspirar a evidenciar os actos a que se aplica, com a necessária certeza, evidência e eficácia, de molde a correrem o tráfego jurídico cheios de expressividade e sem fácil contradição.

O Notariado negar-se-á a si próprio e ao Direito Regulador que exerce, deixando de filtrar no aspecto legal e moral as manifestações da autonomia privada.

Nos países latinos sempre esteve inibido de redigir actos não só expressamente proibidos por lei como contrários à ordem pública e bons costumes (diplomas orgânicos da Itália, França, Espanha e Portugal) significando-o destacadamente a passagem seguinte:

«O papel do notário — diz *Me. P. Watelet*, notário de Liège — é o de um vigilante guarda da lei positiva e da lei moral. O negócio jurídico que autorize deve respeitar não só a lei positiva mas também ser conforme à moral e por isso o seu objecto deve ser perfeitamente lícito. Ora isso não se dá quando uma das partes, abusa da ignorância ou inexperiência da outra. O notário deve recusar o seu ministério quando lhe seja requerido um acto que não seja moralmente são» ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ «Le Rôle Social du Notaire». Rapport présenté au III^{me} Congrès International du Notariat Latin — Paris, Pág. 4. Maio, 1954.



II PARTE

A REGULAMENTAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS QUANTO À SUA SUBSTÂNCIA OU FORMA INTERNA

CAPÍTULO I

SANÇÃO LEGALIZADORA DOS ACTOS NOTARIAIS EM ORDEM AOS DEMAIS SISTEMAS DE LEGALIZAÇÃO

Incompreensivelmente pouco estudado tem sido, apesar do seu altíssimo interesse social e jurídico, o aspecto da legalização dos direitos subjectivos no seu livre e normal exercício.

Trata-se duma questão capital para a segurança e bom curso do Direito Privado, própria para ser ventilada nesta espécie de estudos, uma vez que a Instituição, é, em última análise, verdadeira «*tutela reguladora dos direitos privados*», que pelas modernas exigências sociais se acha confiada pelo Estado ao notário para que relacione os factos das declarações de vontade dos particulares, com as consequências jurídicas, por eles pretendidas e, com as directa e imediatamente daquelas derivadas.

É a necessidade dum bom ordenamento jurídico que impõe a exigência duma função pública com semelhante *Tutela*.

Pois também a sanção legalizadora é fulcro central dessa supervisão tutelar.

A sua justificação é fácil por ser bem evidente.

Se os próprios actos de direito público, as próprias leis emanadas do poder legislativo, os actos do poder executivo, sobretudo os actos administrativos em geral, exigem, num perfeito ordenamento jurídico-social, um contrôle da sua legalidade, superiormente exercido por um organismo independente, que os examine na sua adequação com umas ou outras leis, mau serviço seria que os actos dos particulares, bem explicavelmente, por ignorância própria, na maior parte das vezes grosseiramente concebidos, ao validarem-se, estivessem isentos do policiamento oficial.

No próprio direito político existe essa fiscalização, quando o Chefe de Estado, no acto da promulgação das leis, controla as matérias das suas disposições com os princípios da Constituição, recusando a sua promulgação, quando encontre essas matérias contrárias à lei fundamental e além do Chefe de Estado, funcionam no nosso e em vários países certos categorizados tribunais ou colégios, em regra denominados Tribunais Supremos, com a missão de apreciar a constitucionalidade das leis.

No direito administrativo e designadamente, quanto às matérias financeiras, existem órgãos encarregados de fiscalizar a legalização dos actos da nomeação dos funcionários, pelo menos na parte da legalidade dos quadros, incompatibilidade de funções e inscrição orçamental, como o Tribunal de Contas.

Ora se isto acontece nos domínios do direito público, e, se aí, em tese pelo menos, são incompetentes para apreciar da legalidade dos actos de mando, as autoridades que as executam, necessitando-se da intervenção dum órgão independente, que realize a respectiva qualificação em como o acto corresponde a regra jurídica da sua produção, como pode conceber-se que no direito privado, os particulares, estejam aptos a legalizar, por si próprios, os negócios jurídicos em que documentam toda a vida privada?

É pois intuitivo que o acto jurídico, além da sua prática, como manifestação volitiva, quer seja de direito público, quer de direito privado, não fique legitimado, no sentido de legalizado, pelo simples facto da sua prática ou existência, mas só quando pode ser declarado coincidente com as leis.

Mas esta coincidência só pode ser declarada, com plena eficácia por um órgão do Estado com poder independente para legalizar.

Legalização, como muito bem diz *Sanahuja*, é a função mediante a qual um certo órgão do Estado ou da sociedade, vem verificar o enlace do acto com a sua significação, isto é o contraste do acto com a norma de direito aplicável, desdobrando-se em três operações sucessivas : adaptação do acto à norma, confronto do acto com a norma, declaração autêntica da primeira se achar conforme à segunda.

Ora os particulares quando realizam um acto de interesses familiares ou patrimoniais, mesmo que seja um negócio jurídico,

fazem-no num sentido puramente subjectivo, que não coincide, necessariamente, — embora a coincidência se dê na maioria dos casos, — com o sentido que recebe, esse acto, dentro do sistema de todos os actos jurídicos.

A razão é óbvia, — diz *Sanahuja* — pois a legalização é uma garantia de direito, é uma juridicidade já não compreendida na esfera da autonomia da vontade.

A liberdade testamentária ou contratual, não podem, por si, atingir tal categoria jurídica, pois o acto da legalização exige, além de elevada preparação técnica, um sentido de imparcialidade e independência que os particulares, dentro dos seus interesses pessoais, não podem atingir.

Tem pois de ser o Estado, por intermédio dum dos seus órgãos, que vem comprovar, dentro do âmbito do direito privado, a conformidade do acto com a lei.

Em quase todos os países essa função está affecta a dois grandes organismos de funcionários administrativos: O Poder Judicial e o Notariado.

Estão affectas aos Tribunais, em certas nações, operações de legalização de actos de direito público, como a declaração da constitucionalidade das leis, e algumas operações de legalização de declaração de direitos privados, habilitação de herdeiros para certos casos, o termo de renunciar a herança aberta, a formação do conselho de família, os trâmites do inventário e a aprovação das partilhas, havendo menores ou ausentes, os expedientes possessórios, as notificações avulsas, as justificações de ausência e constituição dos tribunais arbitrais, as concordatas, os acordos dos credores e moratórias nos casos de falência, a separação e o divórcio por mútuo consentimento, a venda de bens pertencentes a menores e incapazes, as arrematações e vendas mesmo voluntárias de bens penhorados ou hipotecados, etc., etc.; tudo operações em que não existe propriamente controvérsia, antes só se declaram, comprovam e constataam direitos subjectivos, trâmites que constituem portanto *legalizações* para a atribuição de direitos.

Mas, a instituição verdadeiramente adequada à missão da legalização dos actos da autonomia privada, e que pode considerar-se afoitamente seu órgão genérico é o *Notariado*.

É que a intervenção do notário não diz respeito somente aos elementos do acto que podem perceber-se pelos sentidos, chega a captar toda a sua significação jurídica.

Para saber se pode ou não autorizá-lo, para decidir se o acto requerido é ou não proibido por lei e contrário aos bons costumes e ordem pública (art.º 220 do Código do Notariado Português de 1935 e art.º 191 do actual), forçosamente que se impõe ao Notariado um silogismo, funcionando como dados, a norma da lei, o acto requerido e a autorização.

Este enlace do acto com a norma que lhe deva ser aplicável, exercendo-se com seu resultado em sentido negativo quando recusa a prestar o seu ministério, ou, positivo quando qualifica, aprova e autoriza o acto de nascimento, transformação ou extinção de um direito subjectivo é o que vem a constituir a legalização notarial, com um sentido de valor jurídico perfeitamente específico.

Não interessa aprofundar, neste momento, qual a latitude do alcance intrínseco de semelhante legalização, isto é, se ela se limita à capacidade dos sujeitos, aptidão do objecto, licitude da causa, etc., ou se alcança inteiramente a validade da relação jurídica no seu conjunto, nem tão pouco interessa aprofundar agora os seus efeitos nos dois grandes domínios do ordenamento jurídico, o campo judicial e o extra-judicial.

Sem dúvida que em caso de futuro litígio, o valor da legalização anteriormente efectuada pelo Notário, será relativo.

Os actos notariais podem ser revistos, quanto a pontos de direito, mas o mesmo acontece com as sentenças.

Os juízos dos tribunais também não são irrevogáveis enquanto não pronunciados no último grau.

Sabe-se que os tribunais não podem modificar o contrato, alterá-lo, configurá-lo doutra maneira.

Interpretam, confirmam ou anulam mas não introduzem novas cláusulas.

Os actos notariais, como os actos administrativos, têm sempre de cumprir-se, enquanto não forem invalidados pelos Tribunais.

Em termos gerais deveria entender-se, como diz *Sanahuja*, que, segundo a própria natureza das coisas, quando se atribui a

um funcionário competência especial para emitir declarações de legalidade, estas deveriam ter um valor extra-judicial absoluto.

A consequência típica da legalização deveria, em pura tese, consistir na exclusão de todo o exame e qualificação ulterior.

Todavia, mesmo que reduzida a uma zona de eficácia jurídica um tanto limitada, a do campo da eficácia extrajudicial, a legalização notarial alcança bem destacado valor sob o ponto de vista técnico e profissional ⁽¹⁾.

É a valorização que o notário exerce quer por este enlace propriamente dito do acto com a norma, de que acabamos de nos ocupar, quer pelas actividades técnico-jurídicas da *legitimação* e *configuração do «negócio»* de que nos vamos ocupar nos dois números que se seguem.

Ao usarmos nesta rubrica a expressão *autorização* empregamos o termo próprio em ordem a uma função exclusivamente notarial, intimamente ligada com a legalidade dos actos a que se aplica.

O notário, quando dá fé ou autentica, só o pode fazer, com base em terem-se cumprido inteiramente as leis.

Autorização será pois aquela atitude profissional do notário que permite a recepção e consignação de um consentimento conforme ao direito e fornece ao acto notariado todas as suas consequências legais.

Só pode produzir-se, ainda que não seja necessário exteriorizá-la no texto, depois de observados todos os preceitos e conceitos típicos, autónomos e exclusivos do acto autêntico, sejam os legais sejam os orgânicos.

Por isso é que o grande *Gimenez Arnau* diz que é o acto ou momento final na produção do instrumento público, o que verdadeiramente lhe dá vida, como documento notariado, mediante a imposição da assinatura do notário ⁽²⁾.

No mesmo sentido escreveu entre nós o insigne Mestre *António Tavares de Carvalho*, esta passagem lapidar: «*Em vez de autenticar, deveria escrever-se talvez autorizar, pois que a autenticidade não resulta simplesmente da intervenção notarial, mas sim do conjunto dos requisitos exigidos por lei. E autorizar nem*

⁽¹⁾ *Sanahuja* — «Tratado...» — Vol. I, pág. 46.

⁽²⁾ «*Instituciones de Derecho Notarial*», Tomo II, págs. 210.

vai de encontro aos princípios, nem à tecnologia própria. Com efeito, os notários autorizam os actos que carecem de certeza e autenticidade, desde que neles intervenham em certa maneira; e autorizam-os, por isso mesmo que, dentro de determinados limites têm o direito de recusar a sua intervenção» ⁽¹⁾.

Por nós perfilhamos o conceito emitido neste particular por Nuñez-Lagos — para quem a *autorização* é uma espécie de paternidade do negócio por parte do notário «*autorização*» não significa a acção de autorizar no sentido de dar licença, porque o notário desempenha um dever e não vem a permitir propriamente nada. Será um derivado erudito, da mesma actuação e acontecimento de que o outorgante é o derivado vulgar, e por isso a língua alemã distingue, com palavras diferentes, entre autor do negócio e autor do instrumento.

Tal como o *outorgamento* vem a ser uma proclamação de paternidade da parte do outorgante quanto ao *negócio*, a *autorização* será do mesmo modo o reconhecimento da paternidade do acto por parte do notário quanto ao *instrumento* ao fazer-se dele autor, «*se auctorem facere*» ⁽²⁾.

CAPÍTULO II

SENTIDO DA LEGITIMAÇÃO NOTARIAL

1 — A FIGURA DA «LEGITIMAÇÃO» NAS MAGISTRATURAS EXTRA-JUDICIAIS DESIGNADAMENTE NO NOTARIADO

A) *Conceitos de Legitimidade e de Legitimação no negócio jurídico.*

Legitimação é uma operação qualificativa relacionada com a essência da legitimidade.

⁽¹⁾ «Serviços do Notariado Português». Pág. 20.

⁽²⁾ «Les concepts schématiques de L'acte authentique». Tradução francesa do espanhol por René Dechamps. Págs. 60 e 61 — Bruxelas, 1954.

Tal como lícitamente se pode dizer que «titulação» é a acção de dar título e «titularidade» o resultado de receber o título, enfim de possuir um título, de se titular, também se pode afirmar que em relação a *legitimidade*, o acto de *legitimação* vem a ser a acção de conferir a chancela de *legítimo* a um determinado interesse, ao considerá-lo como merecedor da protecção do Direito.

Ter legitimidade, em sentido lato vem a ser ter possibilidade de invocar um direito, mais propriamente, um «*poder jurídico*».

Acto «legitimado» será o acto jurídico qualificado, aprovado e sancionado conforme a Lei e que assim adquiriu o desejado predicado de ser *legítimo*.

Para existir legitimidade tem que se pressupor uma actuação, em certo plano mais elevado que confere a *legitimação*.

Dum lado está apenas o sentido passivo (*legitimidade*) e importa determinar qual seja o correspondente sentido activo (*legitimação*).

No processo civil ter *legitimidade* significa ter a qualidade para obter uma sentença «*de meritis*», ou seja possuir abstractamente falando, o direito à acção, a qualidade jurídica necessária para demandar e ser demandado.

Em processo penal considera-se que o Ministério Público ou um particular têm legitimidade quando em favor da acusação pública ou da acusação particular é reconhecido o direito de exercício da acção penal.

Em ambos os ramos do processo, a legitimidade, no seu sentido passivo, pressupõe a necessidade duma actuação em plano superior à movimentação dos interesses, a fazer a identificação do interesse com a norma, por assim dizer, uma actividade jurídica exercida em nome do Estado por qualificada entidade técnica.

Como seu órgão nos domínios da jurisdição judicial o Juiz exerce a legitimação, função legitimadora, em ordem às relações submetidas ao processo civil ou penal.

Correspondente distinção entre os conceitos de legitimidade e legitimação se verifica no direito privado.

Se foi sempre considerada como jurisdição a função legitimadora, tutela no sentido activo exercida pelos Tribunais em matéria não contenciosa, não se vê porque não seja uma outra jurisdição a actividade paralela de tutela dos direitos privados,

exercida também no sentido activo pelos Conservadores e Notários nos actos jurídicos celebrados sob a sua autorização nas Conser-vatorias e Cartórios?!

Existe, felizmente, na literatura jurídica portuguesa já um estudo notável quanto à autonomização da figura de *legitimidade* no campo do direito substantivo ou mais pròpriamente no campo do direito privado comum.

Denomina-se «*Da Legitimidade no Acto Jurídico*» e deve-se à brilhante inteligência da ilustre Senhora Doutora D. Isabel M. Telo de Magalhães Colaço, a filha e luminosa herdeira dos altos dotes de espírito do saudoso Prof. Magalhães Colaço, tal como este grande Mestre do moderno Direito Administrativo, também Doutora em Direito e catedrática da Universidade de Lisboa.

Esse estudo foi publicado no «*Boletim do Ministério da Justiça*», em 1949 e logo o seu valor ultrapassou fronteiras vendo-se já citado em obras da especialidade estrangeira, sobretudo as espanholas.

Não será supérfluo, dada a manifesta novidade do tema, extractarmos desse trabalho as seguintes passagens :

«A «legitimidade», surge-nos como uma posição relativa do sujeito e do objecto do acto, posição que se requer para que o agente possa imprimir a certo negócio jurídico determinado conteúdo, isto é, possa formular com ele certa norma, concretamente considerada». «Sabido que a figura da legitimidade se liga nitidamente ao funcionamento do princípio da autonomia da vontade, é lógico buscar a sua regulamentação entre as disposições que a lei consagra à construção desse princípio. Se a autonomização da figura é, pode dizer-se, recente, a realidade a que ela se reporta desde sempre surgiu aos olhos dos juristas e reclamara regulamentação legal. Foi à base da velha regra «*res inter alios acta, aliis, neque nocere neque prodesse potest*» que a generalidade dos códigos civis do século passado veio a resolver o problema. Os art.º 1.165.º e 1.119.º do Código Civil francês, os correlativos 1.113.º e 1.127.º do Código Civil italiano de 1865 e os que nas outras legislações lhes correspondem, continuam afinal a regra geral que pode estruturar toda a figura de legitimidade. Na conversão da fórmula latina, estava implícito o requisito da coincidência entre o sujeito do acto e o sujeito do poder ou dever por ele regulamentado ou constituído. Se procedermos na nossa lei civil à consagração expressa da referida regra, não encontraremos disposição paralela às de outras legislações já citadas. Mas sabido que o nosso

Código não deixou de se absorver nas ideias dominantes da época, não será difícil verificar em todo ele a consagração implícita do princípio ou particulares e explícitas aplicações dele». «Já mais concretamente, todavia, a disposição do art.º 645.º revela que no pensamento da lei é ponto assente a necessidade de coincidência entre o sujeito do acto e o titular do interesse em jogo, coincidência só susceptível de ser suprida pela autorização deste. É certo que o art.º 645.º, como o que se segue, se acham inscritos no capítulo consagrado; à capacidade dos contraentes, do título que regula os contratos e obrigações em geral. Mas de que a matéria de que tratam não é a capacidade não pode duvidar-se: já o art.º 645.º apontando para a representação nos indica que a regra da «pessoalidade» da intervenção dos outorgantes no acto se reportava à coincidência entre o seu sujeito e o direito interessado nele, pois que a noção de «interposta pessoa» se define aqui a base da não titularidade de «poder» ou «dever» actuados pelo contrato». «A demonstrar indiscutivelmente que os art.º 645.º e 646.º contemplam, fragmentária e imperfeitamente, problemas de legitimidade, temos a circunstância de nos surgir no § único, acrescentado em 1930 ao último artigo, o que se entende ser a consagração legal do contrato em benefício de terceiros. Ora, as legislações estrangeiras que expressamente consagram a regra «res inter alios...» justamente referem esta figura como uma excepção ao referido princípio: aí nos encontramos perante um desvio grave à regra de que um acto jurídico não pode afectar as esferas de quem nele não intervêm. Mas se o legislador de 1930 veio consagrar essa possibilidade, e a após ao princípio consagrado nos art.ºs 645.º e 646.º, com isso revelou que no seu pensamento estas disposições não contemplam matéria de capacidade, antes regulamentavam a figura que hoje se denomina legitimativa» (1).

Sem se identificar inteiramente com o conceito bem mais amplo, de *Cariota Ferrara* para o qual não há que fazer distinção entre o pressuposto e o requisito dum acto jurídico a Doutora *D. Isabel Magalhães Colaço* bastante se aproxima do conceito de legitimidade civil deste distinto privatista italiano, quando define legitimidade como a «posição específica dum sujeito a respeito de determinados bens ou interesses, pela qual a sua declaração de vontade pode ser operante sobre estes, por outras palavras, uma particular relação do sujeito com o objecto do negócio ou doutro acto jurídico» (2).

(1) «Boletim...». Cot. pág. 97, 98 e 99.

(2) «Il Negozio Giuridico nel Diritto Privado Italiano». — Nápoles, 1949, pág. 592.

O Prof. *Galvão Teles* sanciona a mesma ideia de se tomar como fulcro do conceito a *posição* do sujeito do acto mas entende-a referida ao conteúdo do acto em si mesmo e não somente quanto ao seu objecto.

Para este douto civilista português a legitimidade constitui no direito substantivo um verdadeiro requisito de validade dos negócios jurídicos.

Considera a legitimidade substantiva um dos requisitos gerais da validade dos contratos e que como tais se devem e podem apontar a *capacidade* a *legitimidade* e a *possibilidade do objecto*.

Ensina com o maior brilho que à capacidade e à legitimidade correspondem regimes diversos.

«Ora a distinção não deve manter-se confinada nos limites do Direito processual: cumpre ampliá-la ao Direito substantivo. Um exemplo esclarecerá desde já o conceito de legitimidade, transposto, com as necessárias adaptações, para o domínio do Direito substantivo. Qualquer pessoa, por si e sem necessidade de autorização, pode realizar vendas, desde que seja maior, não esteja interdita, etc. Assiste-lhe plena capacidade de exercício, para a prática de actos dessa ou de outra índole. Também não lhe falta capacidade de gozo. Mas pode celebrar válidamente quaisquer vendas? É óbvio que não, mesmo que as vendas tenham um objecto possível, e com isto põe-se um problema de legitimidade.

A capacidade é uma pura qualidade do sujeito. Determina-se abstractamente com relação a categorias de actos (capacidade de exercício) ou de efeitos jurídicos (capacidade de gozo). Como capacidade genérica, reporta-se a quaisquer actos ou efeitos, como capacidade específica refere-se a categorias mais ou menos limitadas, mas de cunho abstracto — doação, casamento, testamento, direitos de crédito ou reais, direitos sucessórios, de família, etc.

A legitimidade é também uma qualidade do sujeito, mas supõe uma certa relação entre este e o conteúdo concreto do acto jurídico, e por isso, mais que uma qualidade, representa uma posição. É o poder de celebrar actos jurídicos com certo conteúdo concreto, em atenção às pessoas a quem pertencem os interesses que formam a matéria desses actos: o poder de dispor de bens próprios ou, excepcionalmente, de bens alheios, de contrair dívidas para si ou para outrem, etc.

A colocação dos preceitos dos artigos 645.º e 646.º do Código Civil denota a lamentável confusão que se costuma fazer entre capacidade e legitimidade. Estas duas disposições ocupam-se, ambas, de aspectos de *legitimidade*, e todavia estão integradas num capítulo sobre *capacidade* dos contraentes.

A legitimidade também não é um simples aspecto da possibilidade do objecto. Um contraente *ilegítimo* pode celebrar um contrato com um objecto física e legalmente possível. Alguém, sem poderes para isso, dá de penhor uma coisa que lhe não pertence — coisa determinada, com valor patrimonial e que se encontra no comércio. O objecto é possível mas o contrato não tem validade. E porquê? Pela ilegitimidade do sujeito.

«A ilegitimidade — pelo menos em princípio — não torna simplesmente anulável o negócio jurídico, mas verdadeiramente *nulo*, porque a lei não estabelece prazo para arguir por meio de acção. E não queira atribuir-se-lhe o mesmo regime de incapacidade do exercício, sob o pretexto de que o Código a confundiu com esta. A confusão é de conceitos, e não pode significar identidade de tratamento».

«Sobre legitimidade pode enunciar-se o seguinte princípio geral. Têm legitimidade para celebrar um negócio jurídico os titulares dos interesses cuja regulamentação forma o conteúdo desse negócio jurídico. Só se pode dispor de direitos próprios, adquirir direitos ou contrair obrigações para si. Esta é a legitimidade directa, que constitui a regra».

«A legitimidade para a celebração de actos jurídicos pode pertencer também a pessoas que não são os próprios titulares dos interesses que os mesmos actos jurídicos têm em vista regular. A legitimidade é, então, *indirecta*. Funda-se esta forma de legitimidade na conexão de interesses. Aquele que celebra o acto realiza-o no exercício de um poder jurídico ou de um direito subjectivo conexo com interesses alheios: através desse exercício disciplina, regulamenta estes interesses. O caso mais característico de legitimidade indirecta é a *representação*. Estudaremos adiante este instituto e outros afins» ⁽¹⁾.

(1) «Dos Contratos em Geral». 1947. Págs. 245, 246 e 247 a 249.

Se assim é, concluiremos nós que, desde que a *legitimidade dos direitos subjectivos* foi na relação jurídica elevada a requisito essencial para a validade dos contratos, e não importa saber-se para tal, qual espécie de validade recai no campo da tutela notarial, como reguladora de toda a biologia ou realizabilidade normal dos mesmos direitos, o adequado contrôlo da sua *legitimação*.

Resulta portanto que segundo as modernas tendências doutrinais, por necessidades ou interesses do Estado, com fins do robustecimento e segurança dos negócios jurídicos, tanto a *Legalização*, como a *Legitimação*, como a *Configuração*, são aspectos que se impõem na prestação das funções notariais, em ordem à eficácia do conteúdo dos instrumentos, sobrelevando pela delicadeza da matéria, até todos os outros diminutos problemas da possibilidade de objecto, ou das fáceis verificações da capacidade.

No aspecto da *legitimidade*, talvez, as doudas considerações respigadas nos insígnies Professores *Magalhães Colaço* e *Galvão Teles*, permitam colher certa linha de rumo quanto ao âmbito que podia ter a teoria da legitimação notarial dos negócios jurídicos: *garantir ou robustecer o poder de exercício dos direitos subjectivos, abstracção feita da titularidade*.

B) *A Legitimação como garantia do bom exercício dos Direitos que o documento autêntico incorpora.*

Por nós, sempre vimos considerando, como já tivemos ocasião de salientar noutros escritos, que a moderna interpretação do conteúdo específico da Função Notarial abarca a integral regulamentação do negócio jurídico, na plenitude dos seus efeitos, desde a forma à substância.

A outra parte da actividade dos notários é que se chama autenticação e restringe-se ao *acto formal* que representa o negócio, sòmente para que seja crível, evidente, tenha força de prova e quase sempre a sua própria validade e existência.

Esta outra parte da actividade notarial situa-se na simples esfera da verdade dos factos, como decorre para muitos funcionários autenticadores.

Só a primeira, a que faz distinguir a autenticidade notarial, como características especiais, se refere à esfera da *legalidade in-*

terna dos negócios jurídicos que os instrumentos transportam e representam.

De todo o modo, o que importa num trabalho da especialidade e independentemente da nossa maneira de pensar é o saber-se se sim ou não existe no panorama jurídico contemporâneo, qualquer coisa que se possa chamar *teoria da legitimação notarial* no tocante ao contrôlo de legalidade interna dos negócios ainda que circunscrita apenas aos seus aspectos directamente relacionados com o consentimento instrumental.

Ninguém pretende uma apreciação declarativa de direitos de tipo jurisprudencial para apreciação da *relação material* ou titularidade jurídica dos sujeitos que constam do instrumento, senão o contrôlo da legitimidade quanto ao exercício dos poderes e direitos desses sujeitos e neste sentido saber-se se tal teoria para a legitimação notarial, senão definitivamente criada, pelo menos já se acha em projecto ou desenvolvimento.

É que a escritura, mesmo em matéria de direitos reais, em Portugal e Espanha pelo menos, é um acto autónomo que fecha e completa o ciclo da actividade jurídica constitutiva.

Por isso é que o Notariado é sem sombra de dúvida o órgão primário e primacial da *legitimação*, no sentido de constituir um dos aspectos e fases da função geral legalizadora.

A legalização propriamente dita, tal como atrás especificamos, toma-se como a mera adequação do acto à «lei» ou seja uma garantia da «*validade*» do negócio jurídico.

Por isso, só um outro conceito distinto, o da *legitimação*, pode contemplar a *eficácia* do acto em relação com a situação jurídica prévia que lhe serve de base ou fundamento.

Foi para traduzir o reconhecimento outorgado pelo Direito duma possibilidade concreta do titular dum direito levar a cabo o acto jurídico para que tenha aptidão subjectiva de realizar que nasceu o conceito de legitimação da autonomia privada.

Para todo o indivíduo com capacidade de exercício reconhece o Direito a possibilidade de colaborar juridicamente mediante a conclusão de negócios jurídicos — «autonomia» — mediante o exercício de situações concretas — «direitos subjectivos» — estabelecidos pela lei.

A parte subjectiva desta colaboração no ordenamento jurí-

dico, nomeadamente sob o ângulo da redação do sujeito com o objecto do negócio mas a parte não subjectiva, representa uma outra teoria, *correspondente a valorização jurídica por parte do respectivo órgão de Tutela*, melhor dito a valorização oficial que o conceito de legitimidade pressupõe, como regulamentação e tutela do normal exercício do direito privado.

O implícito *reconhecimento da legitimidade dos direitos subjectivos*, feito a propósito de cada negócio jurídico, e na sua *forma pública* por quem a tal incumbe e para isso está particularmente qualificado, na sua função de tutela dos poderes e direitos da autonomia privada é o que se chama *Legitimação*.

Ora «o *Notário* — quem o afirma é o grande *Castan Tobeñas*, — é o jurista *oficial* da legitimação preventiva no campo do direito privado». É na actividade modeladora dos negócios jurídicos, entre vivos ou de última vontade, que se manifesta a típica função de natureza *legitimadora* que corresponde ao Notário ⁽¹⁾.

Podendo assim ser considerados o conteúdo e valor jurídico da legitimidade do negócio como pressuposto subjectivo-objectivo, para a prática do acto, como enquadrar a actividade do jurista oficial da legitimação, na sua função conformativa e legitimadora, na autorização ou recusa, na apreciação das condições jurídicas das partes e do próprio conteúdo notarial?

Que significado técnico-jurídico poderá ter a «legitimação notarial» que o douto *Lavandera* menciona como a primeira e primordial das faculdades do notário, como Juiz do acto jurídico e que o processo notarial só protege e aperfeiçoa com justiça?

Diz *Lavandera* que a mais importante das atribuições do Notário é a de «Legitimar o acto jurídico aplicando à sua figura e a cada um dos seus elementos (sujeito, objecto e causa) os preceitos legais que devem regê-lo para conseguir a sua validade» ⁽²⁾.

Mas em que consiste afinal essa actividade legitimadora? Qual a teoria da sua aplicação?

Segundo escreveu recentemente o grande notário e Mestre de Direito Notarial *Nuñez Lagos*, Legitimação notarial vem a ser a forma documentária que não cria a titularidade, a legitimidade de

(1) «Funcion Notarial...». Págs. 50 e 52.

(2) «Revista de Derecho Privado» — Magistratura Notarial. Ano V, pág. 193.

origem, mas confere a legitimação de exercício, o poder de exercer os direitos contidos no documento.

A titularidade é a substância; o seu paralelo, a legitimação é a forma.

A legitimação, nos escritos mais recentes da Itália e Alemanha, absorveu o que primitivamente se chamou teoria da aparência jurídica.

Naturalmente que, se virtude da aparência resultante do registo, um poder de disposição pode vir a ser exercido por um titular *non dominus* e ser imputado ao *vero domino* acontece que todos os poderes de disposição mencionados no registo vêm a ter a natureza de simples legitimações.

Esta teoria da legitimação abarca não só todas as noções de poder de disposição, como as de poder de substituição e ainda as noções de poder de representação, legal em primeiro lugar, e depois voluntária como há pouco vimos.

A legitimação afinal não é outra coisa que a cobertura jurídica do poder de facto. E o «facto» é legitimado pela sua causa jurídica.

Sob o ponto de vista notarial tal maneira de pôr o problema conduz por fim à interessante conclusão de que para o notário, tudo é em primeiro lugar «facto» e em segundo lugar «justificação» ou legitimação deste facto.

Perante a intervenção notarial, a posição jurídica das partes ou comparecentes, no momento em que o sujeito de direito passa do exterior para o interior da zona da intervenção notarial, no momento em que a parte penetra no território do acto autêntico, a sua posição jurídica converte-se afinal numa teoria de *poderes legitimados* ⁽¹⁾.

Para remate, consideraremos a natureza da *legitimação* que como resultado da apreciação e qualificação notarial é observada com admirável perspicácia por *Sanahuja* no seu majestoso *Tratado de Derecho Notarial* que em 1945, em Barcelona, mereceu o prémio *Falguera*, do Colégio Notarial Catalã: «Desde o momento que a função notarial se estende ao nexó jurídico já

(1) Nuñez Lagos — «Les concepts schématiques de l'acte authentique». — Tradução belga, págs. 44 e segs. — Bruxelas 1954.

não é de simples autenticação, porque esta só diz respeito a alguma coisa que realmente existe e no caso em questão afirma-se e certifica-se que essa coisa tem validade em direito. Emite-se, pois, um juízo de valor que não se enquadra já no puro conceito de autenticidade mas que é aditamento iniludível do mesmo. Autenticar um contrato não é autenticar um facto qualquer do mundo exterior, mas sim declarar de forma oficial e pública a *validade* desse contrato, isto é, submetê-lo dentro da proposição geral estabelecida na norma jurídica. É em suma, um *acto de jurisdição*. Podemos chamar a esta função legalizadora ou de *legitimação* mas aos fins da presente análise fica adstrita a índole *jurisdicional* da mesma função» ⁽¹⁾.

2 — TEORIA DA LEGITIMAÇÃO NOTARIAL EM ORDEM À EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

Pietro Carusi, no precioso volume em que recolhe o conteúdo das lições proferidas no Colégio Notarial de Nápoles aos praticantes e estagiários do Notariado, apresenta-nos a *Legitimação* enquadrada entre os contrôles fiscalizadores dos actos jurídicos cuja plena eficácia, não se consegue sem que os respectivos interessados, titulares dos direitos do exercício, recebam uma tutela de Magistrado, que, quanto aos negócios e casos de jurisdição voluntária vem a ser o Notário.

Sustenta o ilustre notarialista italiano que na prática notarial a legitimação assume tanto ou maior relevo que a própria capacidade jurídica.

Para *Carusi* enquanto que a capacidade jurídica implica uma tutela de interesses tendo em atenção a qualidade do «*sujeito*» em si mesmo, na «*legitimação*» atende-se a um modo de ser e actuação desse «*sujeito*» em relação à posição de outros «*sujeitos*» que com ele vêm a interferir.

Fala da *falta de legitimação das aquisições a título oneroso*, sempre que no esquema do contrato possa surgir um conflito de interesses, sobretudo nos casos em que os administradores, legais

(1) Tomo 1, pág. 20 — 1.^a edição, Boch — Barcelona, 1945.

representantes ou órgãos de pessoas colectivas, necessitam duma autorização para, válidamente, realizarem a venda de bens de outrem.

Alude à *legitimação testamentária e à legitimação das doações* sempre que se pode tomar por legitimação, em sentido lato, os casos dos filhos naturais não poderem receber, por sucessão, senão uma determinada cota em relação aos filhos legítimos, o cônjuge binubo não poder transmitir ao seu novo cônjuge senão uma certa cota em comparação com o menos favorecido dos filhos do anterior matrimónio, os da incapacidade do tutor ou pró-tutor, do doador, para receberem liberalidades feitas por este, antes que sejam aprovadas as contas da sua tutela e seja extinto o respectivo cargo ou acção e ainda os casos dos filhos naturais não poderem receber por doação quaisquer bens dos pais, se a filiação não pode ser reconhecida ou declarada.

Conclui *Carusi* por ensinar nas lições da sua agremiação profissional e num Capítulo em que versa a capacidade jurídica e outros «contrôles» de fiscalização operados na jurisdição voluntária que a *Legitimação* representa uma das mais puras, mais visíveis e transparentes características que se reflectem na actividade notarial dos nossos dias.

O «interesse» que se põe relativamente ao cumprimento dum determinado negócio jurídico pode não receber a sua plena tutela — escreve *Carusi* — sem que tenha intervindo uma providência especial e sem que a respectiva fiscalização disso seja operada por parte duma autoridade especialmente categorizada para o efeito.

Trata-se dum regime tutelar de fiscalização de negócios jurídicos por parte do Estado.

Tem de considerar-se que nos encontramos diante duma situação específica que, enquadrando-se, embora, no amplo conceito de capacidade jurídica, apresenta uma feição, com efeitos próprios, que valem por si e cuja observância sobremodo se reflecte na actividade dos Notários ⁽¹⁾.

O insigne catedrático da Universidade de Madrid e grande

(1) *Pietro Carusi* — «Il Negozio Giuridico Notarile» — Parte Generale-Soggetti-Voluntaria Giurisdizione ed altri controlli, Milano-Dott. A. Giuffrè, Editore. 1947. — Págs. 212 a 217.

civilista espanhol *Frederico de Castro* no seu monumental tratado ainda em publicação, ele mesmo, grande inovador de rumos no direito civil, proclama clara e desenvoltamente que, nas instituições jurídicas, ao lado da titularidade jurídica intrínseca que constitui o título jurídico pròpriamente dito, existe a sua mera justificação de exercício, e que, em algumas instituições se conseguiu mesmo isolar uma causa especial e própria para o exercício legítimo ou normal das faculdades derivadas da titularidade, causa a que se deu o nome de título de legitimação.

Este termo «*legitimação*», primeiramente só utilizado no direito processual como faculdade para usar de acções, por si ou em nome alheio, aplica-se, hoje em dia, à necessidade — e até sem possibilidade de se considerar a respectiva titularidade (posse material dum documento, de uma inscrição no Registo Predial, etc.) e isso permitiu estendê-lo às mais diversas instituições, — (*Carnellutti* —, *Teoria General del Derecho*, 1941, pág. 258; publicado em «*Instituti del Diritto Civile*» 1943, pág. 145).

O título de legitimação não substitui, nem pode fazê-lo, o título de aquisição, e, como tal, origina um elemento ou requisito de eficácia.

Os seus melhores predicados estão em facilitar que determinadas circunstâncias externas (as que constituem o título de legitimação) bastem para que se possam exercer certas faculdades, sem necessidade de comprovar a existência do título de aquisição.

Na maior parte dos casos, o exercício normal dessas faculdades depende da existência dum título de legitimação ⁽¹⁾.

É este o aspecto em que foca a legitimação notarial, num trabalho da especialidade, muito recente, o notário uruguaiano, *Rufino Larraud* escrevendo: «A coisa julgada demonstra de modo permanente e definitivo para a ordem jurídica, que entre uma pessoa e o atributo se dá a conexão prevista pela norma.

Mas, enquanto não há coisa julgada ou, com bem maior razão, quando não exista, requer uma pretensão formalizada, isto é, no comércio jurídico, é preciso que alguém diga aos homens, mesmo que seja duma maneira provisional, que este é o «meu direito» e que aquele é «o teu».

(1) «*Derecho Civil de España*», Tomo II, pág. 79. — Madrid, 1952.

É necessário que exista um sinal visível que atribua inteiramente os bens aos seus presumíveis titulares, é necessário uma *forma* que cumpra esses fins». «A protecção que o Direito dispensa à «forma jurídica» não é mais que uma manifestação da que dispensa à «aparência» em penhor da segurança jurídica que a sociedade reclama. Esta concepção das formas jurídicas dos negócios privados, na dimensão em que acabamos de referir, vem a ser uma *legitimação dos direitos subjectivos*» ⁽¹⁾

Antes de finalizarmos a matéria deveremos referir que se denomina «*Legitimacion y aparéncia jurídica*» o mais recente e minucioso estudo sobre esta nova figura privatista, devido a bem actualizado e reputadíssimo catedrático madrileno, precisamente especialista em Direito civil, que assim nos esboça as suas curiosas considerações.

«Em princípio, poderá a legitimação ser definida como o reconhecimento feito pela norma da possibilidade concreta de realizar com eficácia um acto jurídico determinado. Os pressupostos da eficácia podem ser voluntários ou legais. Entre os pressupostos legais estão as condições «*juris*» e a legitimação». «A legitimação é normalmente um pressuposto de eficácia e, só excepcionalmente, de validade. Portanto não provoca de modo necessário a licitude, pois existem actos válidos e eficazes que têm carácter ilícito. Assim, são eficazes, ainda que ilícitos, os actos realizados pelo fiduciário excedendo os limites marcados no «*pactum fiduciae*» e os que realiza o titular aparente ou o titular legado por uma cláusula obrigatória «de non alienando», etc.» «O acto realizado sem limitação será, em princípio ineficaz, mas será nulo, quando a lei eleva a legitimação a pressuposto da validade daquele. Não é lícito deduzir consequências críticas desta diversidade de tratamento a que está submetida a falta de legitimação, observa acertadamente *Cariota Ferrara* combatendo a posição cética de *Messina*». «O reconhecimento da possibilidade da prática de um acto em que consta a legitimação, deriva de uma específica posição do sujeito-agente. Esta nota é devidamente posta em relevo pela doutrina moderna». Quanto às classes ou tipos de legitimação, podem seguir-se vários

(1) «El Derecho Notarial — Derecho Autono de Las Formas». Trabalho apresentado ao 3.º Congresso Internacional do Notariado Latino, em Paris, 1954. — Págs. 8 e 9,

critérios para a sua determinação, mas o critério mais vulgar é o de atender à relação existente entre o autor do acto e o titular da esfera jurídica, em que este produz os seus próprios efeitos. Ora, segundo este critério, cabe distinguir entre *Legitimação Directa*, *Legitimação Indirecta* e *Legitimação Extraordinária*. A legitimação directa supõe a identidade ou coincidência das ditas pessoas e deriva da titularidade do direito subjectivo ou duma faculdade jurídica autónoma, em virtude da qual se exerce o acto. É o reconhecimento feito ao titular de uma esfera jurídica da possibilidade de realizar, em nome e por conta própria, um acto determinado. Mas a doutrina tem posto em relevo que a titularidade não é a única fonte de legitimação, pois existem hipóteses em que uma pessoa está legitimada para realizar actos que recaiem sobre a esfera jurídica alheia. A legitimação indirecta concebe-se como o reconhecimento da possibilidade de realizar, em nome próprio ou alheio, um acto jurídico eficaz sobre uma esfera jurídica da qual se não é titular, e respeitando a titularidade. Os fundamentos da legitimação indirecta diversamente qualificados e catalogados pela doutrina científica são o poder de representação, a autorização, a substituição, a gestão de negócios alheios, etc. A legitimação extraordinária considera-se como o reconhecimento da possibilidade de realizar um acto jurídico sobre uma esfera jurídica alheia, em nome próprio, em virtude de uma aparência de titularidade, ou em nome alheio em virtude de uma representação aparente». «Existem situações de legitimação (extraordinária), de gozo, de conservação, derivadas da presunção de titulares que estabelece a lei a favor dum titular aparente (titular inscrito). Os modernos autores chamam a esta hipótese o princípio da «legitimação registal». «A pessoa a quem pertence ou corresponde, segundo o Registo da Propriedade, o domínio, ou qualquer direito real sobre imóveis inscritos, é um titular registal»... «Quando haja discordância entre o Registo e a realidade, que provoca uma inexactidão registal... os livros revelaram uma titularidade meramente aparente ou formal». (*Roca Sastre* — «*Derecho Hipotecario*», II, pág. 218-219). Além disso, em diferente plano de semelhante legitimação de gozo e conservação, os modernos ordenamentos jurídicos atribuem ainda eficácia, em actos de disposição realizados por indivíduo que não é o titular do direito de que dispõe, não age por substituição, nem

como autorizado nem como representante, isto é, duma pessoa que dispõe, sem que goze de legitimação directa ou indirecta para dispor (*non dominus*). São os casos de alienação de coisa alheia. Quando se trata de um acto traslativo existirá uma aquisição «a *non domino*», realizada contra a regra «*nemo plus iuris...*» (que hoje não tem valor absoluto). «As necessidades do tráfico, diz *Carnelutti*, produziram este milagre e os juristas devem saber explicá-lo». É possível dar uma explicação técnica unitária da eficácia dos actos de disposição levados a cabo pelo titular aparente? Segundo a nossa opinião, tal explicação é dada pela teoria da legitimação» ⁽¹⁾.

O brilhante professor, *Ladaria Caldentey*, formulou, assim, em 1952, uma interessante teoria geral da legitimação, considerando-a sempre como um pressuposto da eficácia de todo o acto jurídico.

Mas a individualidade que até hoje mais salientou a função legitimadora do notariado, e com o especial mérito de ter sido quem primeiramente se ocupou do assunto, foi o cultíssimo notário espanhol, de Burgos, *Vazquez Campos*.

No seu trabalho «*Natureza y Desenvolvimento del Poder Legitimador del Estado*. (Burgos 1928, publicado no *Ideario Notarial*), salienta o distinto notarialista :

«A função legitimadora pertence ao poder legitimador, aquele poder por meio do qual o Estado legitima os interesses privados, dota de determinado carácter jurídico, as pessoas, as coisas e os actos. Essa função legitimadora exerce-se, com aspecto positivo quando o notário autoriza, o conservador inscreve e com o aspecto negativo, quando o notário autoriza, o conservador inscreve, e, com o aspecto negativo, quando o notário recusa um acto ou o conservador uma inscrição. É, porém, de frisar que o Notariado radica para si, na ordem do tempo, a primacial, mais genérica, central e básica dessas funções legitimadoras. É o Notariado que dá ao acto ou negócio jurídico a forma legitimadora inicial, que é a base das ulteriores legitimações e publicidades exercidas pelos órgãos do Registo e dos direitos que de tais aspectos possam nascer. O notário é o jurista que, por imperativo da sua função, toma contacto imediato com a realidade social, sem

⁽¹⁾ *Caldentey* — «Legitimacion y Apariencia Jurídica». Págs. 39, 132 e 140. — Barcelona, 1952.

formalidades nem intermediários. De todos os funcionários do poder legitimador é o que o vive mais à superfície» (1).

Legitimação notarial, mais que uma qualificação de cobertura jurídica, pode, assim, também, entender-se como um contrôlo do Notário quanto à jurisdição do acto, portanto uma intervenção por parte do Estado, não só da legalidade, mas da oportunidade, da consumação dum negócio jurídico, perante as circunstâncias de ocasião, de parentesco ou doutras legalidades verificadas em cada caso especial, segundo a qualificação do acto e a posição dos intervenientes.

Um acto pode ser válido em si mesmo, mas, para a sua perfeita eficácia, pode necessitar dum segundo grau de contrôlo, — o primeiro teria sido o enlace do facto com a lei, como tratamos atrás, na primeira actividade da sanção legalizadora — contrôlo este que vem a representar uma tutela quanto à especialidade de cada caso, para que os sujeitos possam realizar os seus negócios jurídicos com a eficácia desejada.

Do conjunto destes ensinamentos deve concluir-se, como já vimos ter feito *Carusi*, residir no fornecimento aos particulares sob a tutela da sua formação profissional de *jurisperito* e do cargo oficial com o saber e atributo de Fé Pública que lhe confere o Estado, a principal e mais específica actividade do Notário.

Titularidade no pleno sentido de se possuir um título jurídico, pela sua própria significação etimológica só pode entender-se na verdade como o resultado, o *estado de ter um direito*.

O que os notários porém fornecem não é a titularidade, no sentido de atribuição do direito, mas a titulação, no sentido de fornecer um título de exercício ou de tráfico seguro, pois se destinam a «*titular a representação dos vários direitos e obrigações, mas para assegurar o cumprimento destas e fruição daqueles ...*» define-o com com a sua habitual mestria, o grande notário português, *Fernando Tavares de Carvalho* (2), e daí o conceito de legitimação, exercida por individualidade a tal qualificada, desde que se reconheceu que

(1) *Vasquez Campos* — Ob cit., referências citadas por *Castan Tobeñas*, in «*Funcion Notarial...*»

(2) in *Introdução* da 6.ª edição dos «*Actos dos Notários*», de *Tavares de Carvalho* (Pai).

a eficácia, a exteriorização e a realizabilidade do Direito se não pode conseguir sem essa peça material, de evidência, robustecimento e certeza, que é a forma jurídica notarial, expressa no documento autêntico.

*

A teoria geral da legitimação parece, portanto, hoje, elevada a capítulo da teoria geral do direito, e, mais concretamente, do negócio jurídico.

E, tal como os processualistas criaram o teorema da «*legitimação da causa*», entendido como o reconhecimento feito pela norma da possibilidade de intervir num processo só as pessoas que se acham em determinada relação com o objecto da acção, tal como os registadores criaram sob a designação de *legitimação registal*, situação aparente que impede toda a nova inscrição de títulos que lhe sejam incompatíveis, também recentemente se estabeleceu sob a designação de *legitimação notarial*, segundo o desenvolvimento que atrás lhe apontamos, através dos conceitos de variados notarialistas, destacadamente dos moderníssimos conceitos de *Ladaria Caldentey* no sentido de pressuposto de *eficácia* como requisito essencial para a elaboração dos documentos para que pelo menos exista uma presunção de verdade na fé pública.

Para tal entendimento de *legitimação notarial* tem de se tomar a eficácia e consequente *ineficácia* no sentido restrito em que fala o Prof. *Galvão Teles*, quando ela não implica a invalidade porque os requisitos constitutivos se acham em perfeita ordem, mas contudo o acto não tem valor prático porque à sua eficácia se opõe alguma circunstância externa em relação àqueles elementos e requisitos da validade ⁽¹⁾.

Há invalidade sempre que exista no acto jurídico vício ou defeito que compromete (nulidade absoluta) ou pode comprometer (nulidade relativa), a existência e efeitos do acto.

⁽¹⁾ Ineficácia em sentido amplo. Invalidade e ineficácia em sentido restrito. In «Dos Contratos em geral». Pág. 287.

Mas verifica-se *ineficácia*, (stricto sensu), diz o Dr. *Pedro Moura*, quando o acto jurídico, não tendo defeitos ou vícios, não produz efeitos devido a condições ou circunstâncias exteriores ⁽¹⁾.

Bem se pode dizer que, em tais circunstâncias, não se deve falar de anormalidade respeitante aos elementos da natureza do acto, mas da lesão de interesses dos próprios sujeitos ou de estranhos ou de mero obstáculo que se opõe à produção de todos os seus devidos efeitos.

O conceito de *ineficácia*, contemplada pela legitimação notarial, pode ainda abranger o caso do negócio não produzir efeitos, por não se terem verificado também alguns dos seus pressupostos da tutela *legitimadora*, põe-no bem a claro o autor do «*Il Negozio Giuridico Notariale*» no sentido da atitude do particular que deseja receber uma tutela oficial que tome na devida consideração outros sujeitos com que determinado negócio venha a interferir.

CAPÍTULO III

A CONFIGURAÇÃO DOS ACTOS

A) *Condições, pressupostos e matérias da especialidade que a determinam.*

Além dos pressupostos gerais da prestação de função, como a competência funcional e territorial, a identificação e capacidade dos outorgantes, além das condições ou requisitos próprios da validade do acto, como a legalização da sua licitude, a legitimação da sua eficácia, — problemas acabados de tratar — que afinal não deixam de constituir outros tantos requisitos da configuração, no sentido de condicionarem infalivelmente a subsequente redacção e estruturação do acto, novos aspectos surgem, conceptual-

(1) «Revista da Ordem dos Advogados» — Ano VIII, pág. 136.

mente affectos a determinação do trabalho propriamente configurativo, depois de resolvidos todos os anteriores pressupostos em que se desenrola a actividade do notário.

Também aqui os primeiros problemas que surgem na actividade configuradora são os relacionados com as disposições do direito substantivo, civil ou comercial, que enquadram a hipótese.

Só depois de achada a figura jurídica aplicável começa a configuração notarial no sentido da especializada redacção do acto.

Exercido o prévio ministério de pedagogo das declarações prestadas, depurando, educando, cristalizando, pelo filtro da lei, as declarações de vontade — sempre de modo grosseiro exteriorizadas, no primeiro momento, pelos comparecentes para celebração dos actos, — pedagogia que verdadeiramente cria o consentimento, por parte deles *comparecentes*, começa a importante função da classificação e valorização jurídica do acto em questão.

Tal tarefa está subordinada a dois imprescindíveis pressupostos, ambos provindo dos interessados — comparecentes: *a) o acordo das partes; b) o fim pretendido pelas mesmas partes para o seu negócio jurídico.*

Mesmo assim, fica ao notário um extensíssimo campo para actuação quanto aos variados problemas de técnica jurídica que constituem outros tantos pressupostos da função como bom profissional do direito e Magistrado da Paz Jurídica.

A sua mestria técnica assume a sua mais alta expressão, quando o notário descobre soluções para casos que não pareciam tê-la, ou melhor solução para os que tinham outra menos feliz, e, como descrevemos nas matérias da primeira parte, impõe essas novas soluções em face da inércia e rematada concordância das partes.

Pode afirmar-se, sem metáfora alguma, — escreve o sempre escrupuloso *Gonzalez Palomino* — o Notário, é um profissional de Direito que tem por faculdade e obrigação, estruturar os factos para que possam ser reduzidos a instrumento público.

Como notário e como jurista acredita, segundo os preceitos da classe, a relação jurídica que o instrumento contém.

E acredita-a com mais segurança que ninguém, pois foi precisamente ele que contribuiu para formar a vontade que deu vida

à relação jurídica instrumentada, como verdadeira relação jurídica, isto é, como meio técnico-jurídico sèriamente pretendido pelas partes para obterem uma determinada finalidade prática.

É esta a zona em que o notário actua, como arquitecto, — continua expondo *Palomino* — propondo o projecto, os planos e os pressupostos da obra.

O que não acredita, nem como notário, nem como particular, nem como jurista é que tenha havido vontade consciente, ou consentimento verdadeiro, antes da sua intervenção *pedagógica*.

Se as partes apenas pretendiam fazer uma cessão de crédito hipotecário mas as circunstâncias, em cooperação com a boa vontade do devedor, levaram a que, em vez dum acto único de cessão, se efectuassem dois negócios enlaçados, um de quitação, outro de hipoteca e ainda um outro contrato de empréstimo com constituição de nova hipoteca, ou se ambos os cônjuges pretendiam fazer testamento a favor dum filho e acabaram por fazer-lhe doação, não são menos reais, menos desejados pelas partes e sobretudo menos verdadeiros os contratos resultantes da transformação sob a orientação do notário das primeiras declarações dos interessados.

Configurando-os sob um ou outro dos institutos jurídicos, o notário respeita sempre os factos reais, especialmente o facto real da vontade que ele mesmo ajudou a criar para efeitos jurídicos ⁽¹⁾.

Os dois pontos, atrás apontados, do acordo das partes e do respeito pelo fim pretendidos por elas, constituem pois o condicionalismo essencial de toda a configuração notarial.

Tudo depende da intenção das partes, e é perante a autonomia privada que é possível adaptar-se a situação inicial a uma situação que se cria pelo trabalho configurativo do notário.

De qualquer modo, esse trabalho configurativo, para principiar a exercer-se, tem, prèviamente, de resolver pontos de direito material, comum ou especial, civil ou comercial, visto que tem de classificar a relação jurídica a instrumentar dentro de determinada figura dentre as previstas na lei.

Os interessados apresentam em regra o seu pedido ou requerimento de prestação de função de modo muito vago e impreciso.

(1) *Palomino* — «Instituciones...». Tomo I, 1948. Pág. 56.

A autonomia da vontade privada põe-se de acordo para a prática dum determinado fim, mas deixa quase sempre ao Notário toda a missão, não só da escolha do processo dessa auto-regulamentação dos direitos subjectivos, como da determinação da própria natureza do acto, quanto à respectiva designação legal.

Se na via litigiosa o Tribunal, principiando por impor de forma imperativa a espécie de processo, acaba por classificar com força de «imperium» a relação jurídica controvertida, declarando as disposições legais que correspondem aos factos patenteados, nesta outra larga via da normalidade jurídica, quer por força da tradição, quer por força da confiança e alto prestígio que os notários conquistaram entre os órgãos de individualização e realização do Direito, as partes deixam aos notários o cuidado, que assim, com o decorrer do uso e tradição, se converteu num dever de escolherem, eles próprios, como imparciais conselheiros e zelosos técnicos da estruturação das convenções do direito privado, não só o processo do acto convencional, no seu sentido formal, mas a própria essência e denominação da estipulada convenção, a qual antes de entrarem nos cartórios fora aprazada em termos simplistas e muito grosseiros.

Alcançando o âmago da relação jurídica proposta, dentre a intenção manifestada, por exemplo quanto a um acto de disposição a título gratuito, só o notário, pela sua função configuradora, a enquadra no instituto dos testamentos ou das doações e dentro destes, conforme a particularidade dos objectivos desejados, como doação com transferência imediata, ou doação com reserva de usufruto ou «*mortis causa*».

Evidentemente, os particulares não distinguem, ao pretenderem a aprovação da sua liberalidade, entre uma «doação *mortis causa*» e uma doação sob reserva de usufruto, bem como entre uma reserva de usufruto e do direito de habitação, como não distinguem no direito comercial entre trespasse e uma sublocação, entre um arrendamento duma fábrica e um contrato de exploração da mesma, e, até, entre a necessidade duma divisão de coisa comum e duma partilha, para já não falar numa doação remuneratória, por forças da mesma cota.

Na sua tarefa modeladora e configurativa, impõe-se ao Notário determinar o quadro da figura jurídica, directa ou indirecta.

mente como nos contratos inominados, o momento de transmissão, posse, ou nas doações e testamentos na imputação, na cota disponível ou na legítima, o que tudo implica o contributo para a respectiva classificação. E nas minutas, dos actos delas susceptíveis, cumpre ao Notário aperfeiçoá-las para estilo claro e conciso e expurgá-las de *cláusulas supérfluas* com condicionalismos iguais aos já previstos em disposições vigentes.

Seja por força dos conceitos, ou dos preceitos dos Serviços e das soluções impostas pela orgânica dos mesmos, do que não há dúvida é que a *configuração* é toda a *Alma Mater* da prática notarial quanto a instrumentos públicos, e, por isso, se pode ler nos «*Anales de la Academia Hatrilense del Notariado*», essa magnífica colectânea de estudos doutrinários que é a revista do Colégio dos Notários de Madrid, o seguinte: «*a configuração é uma função genuinamente notarial e talvez a primeira que na história apareceu para configurar os actos em que se exerce, ajustando-os à legalidade e só assim tornando possível a realização da vontade dos outorgantes, pois desde os mais recuados tempos sentiram os particulares a extrema necessidade de se dirigirem a peritos qualificados que lhes ordenassem e redigissem convenientemente toda a espécie de negócios*» ⁽¹⁾.

B) *Natureza, finalidade e importância do processo configurativo.*

A configuração notarial, consistindo, como vimos expondo, na modelação da forma interna do acto, tem uma natureza profundamente técnica de actividade jurídica que não se pode confundir ou identificar com a missão oficial e pública do notário, mas também não se afasta dela.

Tem a natureza, como bem diz *Sanahuja*, dum labor profissional anexo ao cargo de notário, pois o federatário não pode autorizar uma escritura se não efectua previamente esse labor configurativo.

⁽¹⁾ «Anales... «Tomo IV — La Funcion Notarial en nala vida Administrativa, pág. 343.

Os particulares quando se dirigem ao notário, no sistema latino, não é só a chancela externa da autenticação que procuram.

A forma pública só lhes interessa quanto à prova.

Antes da prova e sobrelevando-a na comparação de valores das duas grandes actividades do notário, forma e prova, as partes põem sempre o seu maior interesse na forma interna.

A forma externa, forma pública, como mera autenticação, apenas constitui dotação de fé pública, que todos os notários fornecem do mesmo modo, prestada também por outros funcionários, judiciais e administrativos com os mesmos efeitos probatórios.

Não serve para nada uma prova certa, quanto à existência do acto, se a sua formação interna veio a ser deficiente.

Sem uma forma interna segura, pouco vale a forma externa autêntica.

Hoje em dia, já se chegou à conclusão de que tem mais valor formar o negócio, ao tempo do seu nascimento, que prová-lo depois, diz o notário argentino, *Emérito Gonzalez*, na sua tese apresentada a Congresso de 1954, em Paris, já referida.

Os créditos dum ou doutro notário, a sua melhor aceitação ou prestígio, não se aferem pela sua acção autenticadora mas pela sua missão configuradora.

Só neste verdadeiro poder jurisdicional, — dependente, por sua vez, em grau de valia, das humanas qualidades pessoais de cada notário —, tem fundamento a prevalência da livre eleição no Notariado.

À parte os requisitos de seriedade, descrição e imparcialidade que fazem a boa reputação do notário, como funcionário, as suas qualidades de dador da forma, neste aspecto configurativo são condições que os particulares sempre procuram nas pessoas dos seus notários.

Por tudo isto, observa *Sanahuja*, não pode negar-se que o notariado oferece matiz acentuadamente privada, num ambiente de confiança e intimidade resultante da finalidade essencial do interesse proposto pelas partes, em que a função primacialmente se desenvolve, e que de certa maneira lhe desvirtua o seu carácter público.

Pode aceitar-se — remata *Sanahuja* — a ideia de *Zanobini* de que o Notariado é o exercício privado duma função pública.

Mesmo nos casos das partes apresentarem o assunto já estruturado e formalmente estudado na sua parte interna, o notário tem de proceder a um exame e revisão do texto para emendar ou rectificar o que convenha, tem de praticar uma função depuradora, que é no fim de contas, um dos modos e formas que pode apresentar a configuração ⁽¹⁾.

Na verdade a redacção no sentido de configuração do acto, é sempre uma competência inalienável e soberana do notário, não como funcionário mas como técnico jurista encoberto sob a capa do federatário.

O notário, em regra, redige as duas partes do acto: o «*instrumento*» e o «*instrumentado*».

Se lhe assistisse sòmente a categoria de autenticador, ser-lhe-ia como a todo e qualquer funcionário público nessa categoria fixada uma competência obrigatória e irrecusável e as partes nunca poderiam servir-se de notário diferente da sua circunscrição ou dentro dela, preferir um só e recusar outros.

Também se não fora um legalizador, um legitimador e um configurador, nunca poderia recusar a prática de qualquer acto requerido dentro da sua esfera notarial.

Portanto toda a perspectiva a tirar-se do presente estudo, em que primeiramente se analisaram os instrumentos notariais que têm sido fontes de Direito, é a de que o notário, como órgão primacial do poder legitimador, constitui o principal aspecto da função legitimadora da autonomia privada.

Mas para que apropriadamente se possa dizer que se processa ou já existe uma colaboração notarialmente formativa na realização do Direito importa que se verifiquem dois pressupostos: que as declarações da vontade pertençam à autonomia privada e que não tenham chegado ainda a adquirir uma cristalização jurídica.

Esta cristalização jurídica é o pressuposto mais importante da produção do instrumento.

Se o acto é simplesmente um exemplar de um dos modelos desenhados pela lei, as consequências estão já traçadas por esta e o acto será de uma grande simplicidade. Se o acto não está incluído dentro de um tipo, ou só o está parcialmente, põe-se então

(1) Ob, cit.— Tomo I, pág. 59.

à prova a perícia do notário, como artífice da relação jurídica, prevendo nas cláusulas adequadas, as consequências jurídicas que devem derivar-se da validade e modo geral do acto com o interesse e a vontade dos outorgantes.

Mas não basta dar ao acto uma direcção adequada ao interesse das partes, nem salvaguardar a sua validade, nem tão pouco modelá-lo segundo o tipo previsto; é preciso, para que tenha eficácia, que esteja compreendido dentro do âmbito da relação jurídica matriz e de qualquer outra conexa da qual dependa.

Impõe-se configurar o acto de modo que permaneça dentro dos limites traçados por titularidades precedentes, de modo que o mandatário não exceda o mandato, que o transmitente conserve possível a faculdade de transmitir.

Trata-se de uma manifestação activa da função legitimadora.

Num dos capítulos do seu magnífico «*Tratado de Derecho Notarial*» — que expressamente designa de *Configuração Jurídica* — ensina o sábio notário *Sanahuja* que a configuração é a acção de aplicar a um determinado facto os conceitos formativos necessários para a realização dos supostos previstos na lei conforme o interesse das partes. É condição prévia ou simultânea da autenticação do acto. Mediante este seu labor é que o notário imprime à matéria económica ou moral que se lhe oferece a *forma jurídica interna* que constitui a base da forma externa ou instrumental.

Tanto o federatário judicial (escrivão de direito) como o administrativo (agente fiscal) se acham privados da direcção e orientação dos assuntos submetidos à fé que exercem; porém coisa diferente ocorre com o notário.

Repare-se que o notário recebe sempre o facto por percepção directa. Toma pois o primeiro lugar quanto à configuração jurídica.

De todos os funcionários dotados de poder legitimador é o que trabalha mais à superfície como já atrás salientámos.

Sabe-se que na maior parte dos casos o Juiz não manipula a realidade dos factos em primeiro grau, já que em vez de os recolher directamente das partes o que opera é uma reconstituição em segundo grau, porque os factos surgem-lhe já apresentados através da actuação dos auxiliares da justiça; e os Conservadores ou Registadores esses recebem a realidade económica já recoberta pelo invólucro jurídico com que os notários a dotam.

Só o notário, por imperativo da sua função, toma contacto imediato com a realidade social sem formalidades nem intermediários. Cabe-lhe a mais difícil interpretação dos factos e disciplina de forma.

Ainda que a configuração das relações jurídicas seja um acto de certo modo indivisível não obstante oferece diversos aspectos que podem considerar-se conceptualmente como momentos distintos, qualquer que seja a posição que tome o notário para o seu labor formativo. Tal ponto de referência pode ser: *a)* o interesse das partes; *b)* a validade geral do acto; *c)* o seu tipo ou molde jurídico estabelecido na lei; *d)* o campo de actuação da relação jurídica matriz; *e)* as consequências jurídicas do acto.

E remata *Sanahuja*, o labor configurativo imprime ao acto a *forma jurídica interna* e torna-o apto para ser autenticado, isto é, para ser revestido da forma externa ou instrumental ⁽¹⁾.

Eis a grande finalidade da configuração.

Mas a sua importância vai mais além. Esta provém da obrigação que se impõe aos notários de recolher directamente a vontade das partes, e não por interposta pessoa ainda que seja advogado e adoptarem nos actos notariais a redacção que em seu juízo melhor exprima o sentido das estipulações como diz a lei notarial portuguesa.

A redacção dos actos feita pelos notários de modo directo, insubstituível nos testamentos e actos de notoriedade como as habilitações e as justificações notariais ou através da fiscalização de textos sugeridos ao apresentarem-se minutas noutras convenções em que isso é possível, constitui, sempre, uma prerrogativa soberana e inalienável do notário.

Frequentemente as partes apresentam ao notário declarações verbais e um simples esquema dos tópicos mas sem insistirem que se conservem as palavras, o que nunca poderia acontecer pois o texto do «instrumentado» não representa um ditado em que o notário desempenhe o papel passivo de escrevente, do que as partes desejem consignar, mas um auto, redigido em linguagem de discurso indirecto, no qual os comparecentes são sempre apenas declarantes e nunca ditantes do conteúdo.

(1) «Tratado» — Tomo I, págs. 57 a 67.

Nem outra coisa poderá conceber-se enquanto se mantiver a disposição legal que torne os notários civilmente responsáveis pelos actos ou cláusulas dos actos que forem declarados judicialmente nulos, por não se poder depreender a intenção e vontade das partes sobre o objecto principal (art.º 101.º, n.º 6, f), do Código do Notariado de 1935), ou infringirem os deveres do seu cargo (art.º 202.º do actual Código de 1960).

As partes, sem alterarem a essência do negócio de certo tipo legal, podem introduzir no seu conteúdo certos elementos particulares, que apenas dependem da sua vontade.

Estes acidentais elementos enunciados pelas partes, vêm a ser estruturados sob redacção do notário para concorrerem com a mesma eficácia que os elementos essenciais e naturais, na constituição de um todo indivisível no conteúdo especial do negócio.

São as chamadas *cláusulas acessórias dos negócios jurídicos*.

Não é, porém, absoluta e ilimitada essa liberdade concedida às partes relativamente aos elementos acidentais, sendo por vezes excluídas as cláusulas acessórias, não só por força de proibição expressa da lei baseada em considerações de interesse público, como por virtude da própria natureza do negócio jurídico.

O Código Civil português abrange os elementos acidentais dos negócios jurídicos, na disposição genérica de *cláusulas e condições* ⁽¹⁾.

Neste estruturar de cláusulas sob a acção fiscalizadora da polícia jurídica do acto, seleccionando-as, depurando-as, crivando-as conforme o alcance pretendido pelas partes mas sempre de harmonia com a lei e com a natureza específica de cada tipo de convenção, enfim na própria designação ou classificação do «negócio jurídico» ⁽²⁾, reside toda a importância da configuração, como activa manifestação da função legitimadora quanto à legalidade interna do mesmo negócio.

(1) Prof. José Gabriel Pinto Coelho — «Das cláusulas acessórias dos Negócios Jurídicos», Vol. I, pág. 7.

(2) «Os notários não devem suggestionar-se pela designação jurídica que as partes atribuem aos diversos actos visto ser a eles que cabe classificá-los atendendo aos seus respectivos elementos intrínsecos — (Parecer do Conselho Técnico dos Registos e do Notariado de 20 de Abril de 1951) — In «Boletim Oficial do Ministério da Justiça», n.º 33, pág. 110.

E assim tem de continuar a impôr-se o grande interesse jurídico da redacção notarial, como processo configurativo, pois de outro modo não tinham razão de ser as obrigações impostas pelo Código de que os actos sejam sempre redigidos em perfeita linguagem jurídica, sem cláusulas contidas em disposição legal imperativa, ou em regra supletiva que as partes não pretendam afastar.

Também seriam inconcebíveis as constantes recomendações e censuras das inspecções do notariado quanto à inserção de *cláusulas naturais*.

Deixariam de condenar-se as sempre impróprias e abusivas *cláusulas enunciativas*, estranhas à finalidade estrita do acto em causa mas que as partes procuram teimosamente introduzir, embora, por estranhas ao tipo do respectivo negócio, fiquem na maior parte das vezes desprovidas do competente *consentimento específico*.

Enfim despropositadas seriam as habituais considerações nos documentos de classificação de serviço dos notários fundadas na *boa ou má aplicação do direito substantivo*.

O respeito pela soberania desta função configurativa da parte interna do negócio tem uma tradição multi-secular, não obstante os ataques isolados de alguma recente jurisprudência judicial.

Já *Rolandino*, o excelso notário do século XIII que leccionava na Universidade de Bolonha, escreveu na «*Suma da Arte Notarial*», a que também chamam «*Aurora*»: «além de tudo, como em qualquer outra parte, o notariado, ao ocupar-se dos negócios humanos, tem de observar dois extremos: os direitos e os factos. A sua combinação tem de harmonizar-se no bom notário. O conhecimento dos direitos é a chave ou condição prévia da profissão, mas os factos condicionam sempre o seu bom exercício. Só na combinação dos dois aspectos, pode surgir essa actividade bela que é o notariado». E por isso a «*Suma*» estabelece todos os preceitos de «*Ars Notariae*», como bem lhe chama, iluminando o seu exercício com uma nova técnica de observação lógica e sistemática nos seus requisitos tanto extra-documentais como intra-documentais, preceitos a que os notários seus continuadores em Bolonha chamaram «*Aurora*», pelos resplendores de luz com que dissipa todas as sombras e trevas que eram os domínios da

prática notarial antes do século XIII, pois foi obra que nessa época já veio ensinar :

«Que o «tenor do negócio» se deve dividir em três partes. E o notário exporá ordenadamente na primeira, todos os convénios e pactos dum contratante, uns atrás dos outros, na segunda parte procederá do mesmo modo com os do outro contratante. Evite o notário com grande cautela, e, na medida do possível misturar os pactos e convénios dum dos contratantes com os do outro. Na terceira parte, obrigadas pelo vínculo comum e igual, ambas as partes, o notário as ligará com obrigações mútuas e recíprocas, todas estas coisas e cada uma delas («*quae omnia et singula*») e estabelecerá um vínculo de obrigação mútua sobre a ratificação, sobre a pena e sobre as consequências desta» ⁽¹⁾.

Convenhamos que tanto neste breviário da nascente sistematização científica da Arte Notarial a impor-se mesmo no ensino universitário de Bolonha assim como no «*Tractus Notularum*» e outros trabalhos do mesmo *Rolandino* e seu sucessor na nota e na cátedra, *Pedro Unzola*, e bem assim nos precedentes formulários de *Rainérius de Perúcia*, se delinearam processos configurativos eminentemente lógicos que são bem dignos precursores das fórmulas ou redacções dos actos notariais dos nossos tempos.

A transformação da *charta* no *instrumentum* também veio a ser um verdadeiro fruto dos conceitos e preceitos que determinam a *configuração*, qual poderosa e triunfante arma da nova técnica da documentação extrajudicial, criada nos alvares desse século, cuja força logo alterou todo o centro da importância do formalismo dos contratos, ao deixar de se basear puramente nas formalidades exteriores para concentrar o seu maior valor e eficácia nas qualidades técnicas e as mais das vezes verdadeiras qualidades pessoais do notário.

⁽¹⁾ «El Documento Notarial y Rolandino», in «Aurora» introdução de *Nuñez Lagos*, na publicação em língua espanhola e por ocasião do 2.º Congresso do Notariado Latino, realizado em Madrid em 1950 do precioso original que foi impresso em 1485.

CAPÍTULO IV

EFEITOS PRÓPRIOS DA FORMA INTERNA

A) *Valor legalizador e simplesmente formal e valor certificante e probatório do instrumento público.*

Ao tratarmos das actividades do Notário que integram a sua *sanção legalizadora* vimos que se desdobra em três degraus sucessivos :

- 1.º O enlace do facto com a lei, para averiguar da sua licitude;
- 2.º A posição específica do sujeito do acto em relação ao seu objecto para legitimação dos direitos exercidos em ordem à sua eficácia;
- 3.º A configuração do negócio quanto à sua estruturação, no sentido de forma ou redacção dos actos e cláusulas acessórias, conforme figuras já criadas na lei ou cujo nascimento legislativo porventura se imponha sob pressão de novas necessidades do meio social.

Ora tais particularidades do labor formativo do negócio jurídico, só interferem com a sua substância, ou, no máximo com substância e eficácia, ainda que constituindo predicados essenciais para garantia dos interesses individuais protegidos pelo Direito Subjectivo, predicados de todo indispensáveis, numa boa técnica formal, para que um negócio desejado, se revista da precisa credibilidade e segurança, na boa representação de direitos.

O enlace, a legitimação e configuração, tudo cambiantes da mesma sanção legalizadora, são afinal só *poderes autorizantes*, pois só se relacionam e bem de perto, com a chamada *autorização* do funcionário na qualidade de jurista.

Sejam ou não poderes jurisdicionais, no seu rigoroso sentido, o certo é que a *autorização* é exercida após um indispensável exame de policiamento jurídico, em que o notário conclui pela

procedência do requerimento de prestação de funções e não pela sua recusa e, por isso, constitui verdadeira operação de interpretação jurídica dos factos da vida real que os torne aptos à boa realização prática do Direito, a exprimir-se na actuação de uma *magistratura reguladora* bem diferente da simples actividade de autenticação externa.

Como já vimos o termo *autorização* não deve ser tomado na acepção vulgar de *permitir, consentir, dar licença*, mas antes participar e decidir por si da juridicidade e eficácia do acto requerido, *tornando-se assim o notário o autor das condições técnico-jurídicas de determinado outorgamento*, ou seja qualificador da relação material do instrumento.

É só após tal labor intelectual do profissional-jurista de uma *tutela reguladora* que o acto está apto a ser vasado na *forma pública* e só então, com observância dos respectivos princípios da lei, da doutrina e da jurisprudência, o Notário exerce os seus poderes certificantes.

Estes a bem pouco se reduzem, são só as afirmações do funcionário sobre a evidência dos factos materiais ou humanos que presencia com o seu testemunho rogado dentro dos princípios da velha teoria clássica da Fé Pública.

Enquanto que os poderes autorizantes interferem só com a *forma interna* na produção de efeitos predominantemente formais, os certificantes relacionam-se apenas com instrumento como *acto oficial* e produzem efeitos meramente probatórios.

Só depois do primeiro entre-acto da legalização, nos seus desdobramentos de enlace do interesse com a lei, a legitimação do sujeito em ordem ao objecto e a configuração dos convénios, segundo as figuras da lei, poderá ter lugar, o segundo entre-acto, o da forma pública, com o certificado da observância de todas as suas formalidades e requisitos externos, o da autenticação da verdade dos factos, afinal, o cerimonial, que por muito tempo veio sendo destacado como predominante, mas que já não tem a mesma significação jurídica no Direito contemporâneo.

E veremos adiante que estes dois entre-actos bem distintos se consubstanciam por fim no *documento autêntico* porque pelo *consentimento* prestado após a leitura dos dizeres instrumentais e do contexto substancial se confere simultâneamente valor de outorga

ao contexto do «negócio» e texto «instrumental», visto que os une numa só peça: o *instrumento* ou *documento autêntico notarial*, podendo dizer-se que o *consentimento* genérico, global, que comporta a fórmula «*assim o outorga*» é um consentimento, não só reiterativo do negócio, como constitutivo do documento.

Em toda a segunda parte deste estudo vimos salientando os vários aspectos da autenticação notarial que só podem ter relação com a autenticidade interna.

Veremos ainda que em Espanha se enquadram na *autenticação interna* todas as qualificações do notário e analisaremos o que ali se entende por qualificações.

Realmente a ninguém podem restar dúvidas que as expressões que no país vizinho se consignam obrigatoriamente, a seguir à identificação dos comparecentes: «*Tienen, ami juicio capacidad legal bastante para otorgar la presente escritura de ...*», isto para obediência ao imperativo da respectiva lei orgânica em que se consignam como requisitos essenciais das escrituras: «*La afirmación a juicio del Notario, y no apoyada en el solo dicho de los otorgantes, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiere*» assim como «*La calificación de dicho acto o contrato con el nombre conocido que en derecho tenga, salvo que no lo tuviera especial*» (disposições obrigatórias do art. 156, n.^{os} 8 e 9 do Regulamento Definitivo, em vigor), constituem manifestações de pura apreciação de valorização técnica em ordem à apreciação certa de uma autenticação interna.

Cá, em Portugal, também onde teremos de enquadrar senão na zona de validade intrínseca, de retinto aspecto legalizador e de manifesta técnica de *forma interna*, como constituindo pura tutela jurídica, as obrigatórias apreciações, decisões ou atitudes do notário quanto à qualificação dos actos, à *capacidade civil* das pessoas singulares, à *personalidade jurídica das pessoas colectivas*, quanto aos conceitos de administração de bens, aos conceitos de poderes de administração ou impedimentos de um dos cônjuges, enfim, quanto ao exercício de todos os direitos ou às restrições provenientes do casamento, quanto aos bens do casal, quanto às limitações de disponibilidade fundadas em laços de parentesco ou na compropriedade e situações semelhantes, para não falarmos já em

todos os variados problemas da personalidade jurídica das pessoas colectivas ou dos direitos de representação das pessoas singulares?

São tudo situações que, tanto se considerem meras questões de capacidade ou, bem melhor, atributos do poder de «*legitimação*», — segundo moderno conceito de legitimidade dos negócios jurídicos —, portanto se tomem como reflexos deste indispensável novo poder tutelar que virá a corresponder ao agora muito destacado requisito de *legitimidade substantiva* na moderna *administração pública dos direitos privados*, de qualquer modo, sempre se traduzirão como puras apreciações jurídicas que os simples predicados externos da *Fé Pública* já não podem abranger, na vulgar forma externa.

É que entre nós, com os mesmos atributos qualificativos que nos mais países latinos, o notariado vem regulando desde sempre, como órgão tutelar da representação dos direitos subjectivos, na sua normalidade jurídica, não só a forma externa em prova das relações jurídicas, como as condições de «*validade*» e «*eficácia*» do seu conteúdo substancial, exercendo nesse campo certas actuações, *juízos* ou *apreciações* de profissional do direito a tal qualificado.

Se a *forma*, como requisito da declaração de vontade, corresponde ao direito civil, nunca a ela poderá corresponder a *forma notarial* que não lhe coincide ou fica sobreposta, porque já não é um genérico requisito do negócio, e, por isso a si compete uma muito particular designação de *forma jurídica* no expressivo alcance de «*metamorfose dos factos e actos materiais da vida, em factos e actos jurídicos, e não na sua simples documentação, com mais ou menos autenticidade*». «*Esta transformação implica certa operação estimativa ou valorizadora, de carácter técnico, quando certo órgão, definido com exactidão os elementos dos fenómeno jurídico, incorpora esses actos e factos no seu próprio conteúdo de juridicidade*».

Assim o salienta na tese da sua doutrina da Função Notarial como dadora da «*Forma Jurídica*» expressa no Instrumento Público, o douto notário Azurza, encerrando a sua demonstração: «*Por isso propor-me-ia representar o Notário como o perito em Direito encarregado de imprimir forma jurídica aos actos e contratos que o Estado põe à disposição dos particulares, para que, no seu*

próprio interesse, e com utilidade geral, possam estender às suas actividades pacíficas o amparo do ordenamento jurídico, que possibilita o fim terreno do homem em sociedade» ⁽¹⁾.

Serviram estas ligeiras considerações sobre os diferentes aspectos do «*acto formal*» ou o «*instrumento*» do *negócio jurídico*, para serem tomadas, somente, como ponto de ligação entre o conteúdo do *negócio jurídico* propriamente dito e o *acto externo* da prova do *negócio* ou seja ligação entre o «*facto autêntico*» do documento em si mesmo, e a «*autenticidade de fundo*» do *negócio* que contém.

Vincado o aspecto do «*acto formal*» como *instrumento* do *negócio jurídico*, convém diferenciar em poucas palavras o particularíssimo sentido do «*instrumento público*» peça que constitui o objectivo primário da função notarial dos demais documentos autênticos.

Para já a principal diferença entre *instrumento público* e os outros documentos públicos consiste em que na produção do *instrumento público* o Notário actua numa esfera oficial «*cum causae cognitione*», ao passo que os outros documentos autênticos procedem de funcionários que intervêm, neles, «*sine causae cognitione*».

Assim, a função dum *escrivão judicial*, a respeito do *acto jurídico processual* é muito menos importante que a do notário no *acto jurídico* que documenta, pois o *escrivão* como mero *federtário* de *acto* que o juiz praticou de certa maneira se limita a autenticá-lo, mas o Notário «*constitui*» a relação jurídica com «*validade formal*» e «*interna*», aumentando portanto em certa escala o âmbito da aplicação do direito.

Portanto o «*instrumento*» como resultado da autenticação notarial, transporta em si, antes de ser invocado em juízo, predicados de configuração e valorização jurídica, como sólidos atributos de evidência, certeza e eficácia, enfim de prova extra-judicial, quanto à validade intrínseca dos direitos que contém ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Epílogo do trabalho de P. J. DE AZURZA OSCOZ «*Esquemas de la Mision Notarial*» pág. 90.

⁽²⁾ Ver adiante no Capítulo V, pág. 132, qual o sentido etimológico de *instrumento* e o jurídico-funcionalista de *instrumento público*, bem como neste Capítulo IV, pág. 127, seus efeitos.

Isso fica-se devendo à *forma interna* como elemento determinante na produção do Direito num tipicismo estritamente inato à particular *forma jurídica notarial* mas que é a indispensável à biologia dos negócios jurídicos no interesse público da sua representação, perduração e reprodução, a todo o tempo, no mundo das operações do tráfico jurídico pacificamente aceites.

Constitui pois um valor puramente *técnico* do instrumento no sentido de *valor formal* muito diverso do seu valor certificante como se assinala na presente rubrica.

B) *Principais efeitos da titulação notarial na normalidade jurídica: — a certeza, a evidência, a eficácia e a prova extra-judicial.*

Titulação material de certa situação jurídica com vista a garantir, acima de tudo, a eficácia do negócio que contém, o documento notarial transporta sempre um sentido de eficiência que não parece adstrito à actuação processual.

O seu principal destino até é extra-processual.

Não foi sem um profundo acerto doutrinal e prático que a lei orgânica do notariado espanhol, constante do Regulamento de 1935, consignou: «A instituição notarial, tem como fim exteriorizar a representação dos direitos privados na normalidade jurídica», (art.º 2.º), princípio depois renovado no definitivo Regulamento de 1944, que é o vigente: — «Ao Notariado corresponde íntegra e plenamente o exercício da fé pública em todas as relações de direito privado, estabelecidas ou declaradas, sem contenda judicial». (Art.º 2.º).

A prova, na sua pura acepção técnica, essa é que tem um sentido eminentemente processual.

Todavia, a missão primária, histórica e tradicionalmente atribuída ao instrumento público, nos usos do tráfico quotidiano, de fixar factos, de evidenciar direitos com as vantagens da indubitabilidade e certeza, em resultado da forma jurídica, moldada por um técnico do Direito, outorgam-lhe, antes de tudo, o grande valor de *prova extra-judicial*.

Num plano independente do seu carácter probatório, o ins-

trumento, patenteia, como que uma incrustação de robustecimento dos actos jurídicos, fruto de autonomia privada, os quais, sem tal meio, podiam a todo o momento ser postos em dúvida ou pelo menos não se mostrariam suficientemente legitimados.

Esse robustecimento é o reconhecimento, geral e pacífico, da validade e eficácia dos actos praticados pelos particulares sob a tutela do Notariado.

Em camada aderente, poderíamos dizer subcutânea, o acto notariado, sobre a sua presunção de verdade transporta uma presunção de validade.

Por isso são muito apropriadas as considerações que, a tal respeito, produz *Gimenez Arnau*.

Para este distinto notarialista e ex-registador da Propriedade Imobiliária, a eficácia do documento notarial, como prova extra-judicial está à frente da prova judicial.

São coisas distintas — diz —, a eficácia probatória, que se refere à verdade do conteúdo no documento e a eficácia jurídica, que, salvo o caso de forma escrita *ad substantiam*, é estranha ao mesmo escrito.

Além de tudo, ao robustecer-se o valor probatório dum documento, robustece-se, primeiramente, a sua validade fora dos Tribunais.

Daí a enorme importância da função técnico-jurídica do Notariado no reconhecimento unânime de todos os juristas, em atribuírem ao Notário, não só um carácter de federatário, como no sistema anglo saxão, mas também um carácter de *magistrado do direito de normalidade* nos princípios do notariado latino.

Esta função técnica, base da eficácia *íntegra* do instrumento, é a prova da superioridade do notariado latino sobre o notariado saxão, sob o ponto de vista da pacífica realização do Direito ⁽¹⁾.

Sem dúvida que, no caso em que a realização dum direito subjectivo dum indivíduo seja frustada por efeito duma contrariedade real por parte doutro indivíduo, o primeiro recorre à protecção judicial, por intermédio da tutela processual com a instauração dum litígio.

(1) «*Introduccion al Derecho Notarial*», pág. 245.

Mas um litígio só pode representar uma excepção na sanidade da vida jurídica.

Em todos os casos, felizmente mais genéricos, da realizabilidade normal e espontânea dos direitos privados, independentemente da prova judicial, a que só se atende como último recurso, o instrumento público desempenha a bela missão de tutela reguladora da protecção e representação adequada dos direitos individuais, exteriorizando-os com uma certeza, evidência e eficácia, imanentes ao acto submetido à autorização notarial, numa perfeita expressão inteiramente legal, ou, pelo menos, de aparência jurídica quanto à titularidade de direito.

O notário, é, assim, um imprescindível auscultador e realizador social da segurança e firmeza das relações jurídicas.

O negócio jurídico realizado e configurado por obra exclusiva dos particulares, resultaria de sua própria natureza, muito individual, incerto, fugaz e muitas vezes, injusto e ilegal.

A fé pública confere-lhe uma atestação de efectividade legal e de plasticidade permanente, mas, independentemente disso o instrumento, graças à intervenção técnica do notário, já contém por si uma *certeza*, uma *realidade continuada*, uma *garantia de desenvolvimento pacífico*.

Individual e colectivamente existe um sentimento unânime de tranquilidade, de crença na juridicidade, de segurança e equidade nas transacções, depois de tuteladas, presididas e assistidas pela disciplina preventiva e reguladora da função pública da administração dos direitos privados.

Tudo isto são efeitos duma prova extra-judicial, de certeza, evidência e eficácia que por si mesmo faz o documento notarial o veículo por excelência da normalidade jurídica.

Outros efeitos de ordem judicial, porventura mais poderosos e decisivos, não destroem nem podem fazer esconder estes outros que, tanto historicamente, como na crença unânime e sempre constante do povo, desde o Império Romano até aos nossos dias, sempre os precedem.

Os instrumentos notariais, independentemente de serem autênticos, são sempre verdadeiros e valiosos.

Autênticos formalmente, eficazes juridicamente.

Bem diz um autor uruguaiano finalizando as conclusões

precedentes, «*A força moral, a ordem e a justa distribuição dos direitos da vontade individual que irradia o negócio materializado com a forma notarial constituem um estado de consciência que tem sido aceite pelos homens e que, à maneira de higiene social contribui eficazmente para a realização do direito privado na Paz e Segurança*»⁽¹⁾.

* * *

Os particulares dirigem-se aos cartórios sobretudo para legitimar e evidenciar os seus direitos.

Atendem mais à necessidade de representar o negócio jurídico em si mesmo, de lhe dar uma certeza de *forma qualificadora*, como elemento criador, do que propriamente prová-lo para efeitos de contestação.

Se esse propósito de atribuir absoluta certeza e pleno grau de juridicidade para os seus direitos não se pode obter por carência de legitimidade, isto é, pela recusa ou contra-indicação que lhes dá o Notário em vista do pretendido efeito ser proibido ou muito preclitante, o documento não se outorga, mas a Função de tutela do Direito Subjectivo, que tem como órgão o Notariado, exerceu-se.

Chegou a prestar-se a função para apontar os inconvenientes, para desaconselhar o acto ou então encaminhar as coisas para a celebração doutro documento de diferente denominação e natureza.

Como segundo plano nos seus interesses procuram a *evidência* das suas relações, propósito que pode constituir, quando muito, um sintoma da necessidade de obterem a *eficácia jurídica*, um robustecimento de carácter probatório, uma presunção de validade através da intervenção do notário, consubstanciada nos instrumentos, o que constitui coisa bem diferente dum pretendido efeito probatório propriamente dito.

Aliás, tem-se entendido nos últimos anos, dentro das altas esferas do direito civil, que, se anteriormente o fim primordial, e quase exclusivo do instrumento público era a prova, afinal, hoje tem mais valor formar o negócio ao tempo do seu nascimento, que

(1) CURBELO URROZ — Notario em Montevideo — «LA FORMA NOTARIAL, como técnica normal e segura en la realización del derecho privado». Relatório apresentado ao 3.º Cong. Int. Not. Latino — Paris. 1954.

prová-lo depois, e o seu grande e verdadeiro fim é dar forma legal aos contratos que os particulares celebrem perante os notários — no sentido de *forma jurídica* —, como juristas especialmente habilitados para os estruturar, enfim, fazendo-se deles autores, *autorizando-os*, ao dar-lhes vida e existência.

Mas tal *forma jurídica*, como destacadamente agora se qualifica, — qual fruto maduro e irrecusável produto duma actividade dum técnico do direito, — resulta, predominantemente, dos propósitos da exteriorização, delimitação e legitimação dos direitos subjectivos das partes; acima de tudo, da necessidade unanimemente sentida duma aspiração de certeza jurídica e duma tutela reguladora do direito privado e não do «*instrumento*» como coisa.

Tudo parece indicar que os propulsores da doutrina do instrumento público, de força legal e obrigatória, como núcleo da actividade notarial, se desviaram da estrada normal e única que poderá trilhar-se com segurança e clareza qual é a de se mostrarem os elementos verdadeiramente específicos da função, e só porque fitaram cheios de entusiasmo o valor mais poderoso, sem ser o mais nobre, do instrumento: o de valer tanto como uma sentença.

Ora este valor, em si mesmo, não define a função, nem é próprio do campo da doutrina notarial, por ser matéria do direito processual.

Também não constitui o propósito mais frequentemente em vista, com a formação do documento notarial, pois ele, na maior parte das vezes interessa muito mais no seu aspecto da simples *eficácia*, da sua sempre latente presunção de *veracidade*, enfim no seu carácter de *prova extra-judicial* dos direitos que exterioriza, do que como sua *prova judicial*.

C) *Efeitos puramente civis na formulação instrumental.*

A forma notarial, com função própria, distinta das demais formas do Direito, com a sua substancialidade vincada, de ser uma refinada forma da forma dos negócios imprime à peça instrumental os aludidos predicados de indubitabilidade e certeza, no campo extra-judicial, bem como de força de verdade legal, obrigatória e executiva no campo judicial, por isso, constitui um valor espe-

cífico, integrando simultâneamente matérias de direito privado e de direito público, no sentido de servir de molde a actos jurídicos e não a simples escritos, como forma técnica de limite criador.

É que, nesta muito especial forma funcionalista, em separado do efeito do instrumento, como prova do facto autêntico, que demonstra, existe o efeito do mesmo instrumento, como forma determinante na «*produção do direito*».

Se «forma notarial» no sentido de actuar como elemento probatório, pertence ao direito processual, no sentido substantivo de dar vida legal aos negócios, como elemento da «*configuração do acto*», «*configuração e valorização jurídica*», pertence ao «*direito das práticas extra-judiciais*», designadamente ao Notariado que é o órgão específico e normal da «*forma jurídica*», um tipo especial de forma dos actos jurídicos, com as particularidades que atrás vimos.

Se a finalidade do instrumento público fosse sòmente probatória, a função notarial seria meramente autenticadora com uma intervenção reduzida a uma atitude passiva, mecânica, autómata, de acolher sob o estandarte da fé pública, pré-constituindo prova para todos quantos particulares necessitassem duma atestação pública, mas desinteressando-se, como Pilatos, da qualidade dos factos, da sua adequação às leis, da capacidade das partes, dos impedimentos especiais, etc., etc.

Mas na autenticação notarial existe um amparo que o funcionário presta ao fundo jurídico do documento, ordenando a vontade privada, de modo a que produza, pela sua adequação à lei, os efeitos jurídicos pretendidos pelos outorgantes.

Esta contribuição que o Notário presta à substância do negócio jurídico incorporado no documento, — e único motivo do seu valor —, é uma característica específica que distingue a autenticação notarial das outras autenticações que podem ser prestadas por diversos funcionários públicos.

Trata-se duma ordenação e expressão da relação jurídica para que o negócio documentado possua a sua «*validade interna e eficácia constitutiva para os efeitos pretendidos*».

Esta propriedade que possui o instrumento público, provinda duma determinada tutela do direito, visando mais a *eficácia* do acto jurídico realizado com a outorga do documento do que a

prova do mesmo, é o que vem a constituir «o valor formal do instrumento».

Concede-se que tal independência da *forma notarial*, com efeitos puramente civis, levada ao ponto de poder ser considerada com valor autónomo de pura valorização jurídica, em referência ao acto que exterioriza, pode variar no grau de importância de país para país, mesmo dentro do notariado latino.

É, por exemplo, máximo na vizinha Espanha, onde os documentos substanciais, no rigoroso sentido da actual técnica classificativa, isto é, aqueles em que a forma notarial é indispensável à existência dos respectivos actos jurídicos, são bem limitados.

Ali tudo se proporciona para que se exalte ao máximo a eficácia jurídica dos actos notariais como estranha à peça material e probatória do instrumento.

Realmente só uma nação em cujo direito positivo, ainda se mantêm as disposições constantes dos artigos 1278.º, 1279.º e 1280.º do seu Código Civil, pode sublimar ao extremo esses efeitos puramente civis e notariais dos instrumentos públicos.

Fazendo a necessária e bem difícil combinação e coordenação destes artigos, fixa o grande tratadista do direito civil de Espanha *Castan Tobeñaz*, que tantas vezes vimos citando, os seguintes graus e matizes do valor formal do documento autêntico:

1.º *Casos em que a forma notarial é legalmente estabelecida como a única para a existência e validade do acto:* São bem poucos: — doações de imóveis (art.º 633.º), convenções matrimoniais (art.º 1321), paga e subrogação convencionada com o devedor (art.º 1211), constituição de sociedade para que se levem bens imóveis (art.º 1677), a enfiteuse (art.º 1628.º), o testamento público (art.º 964.º), o cerrado (art.º 706.º do Cód. Civil) e a hipoteca (art.º 1875.º do Código Civil e 146.º da lei hipotecária).

2.º *Casos em que a forma notarial é condição para que produza efeitos em relação a terceiros:* São os compreendidos no art.º 1280.º do Código Civil. Já são mais numerosos pois abrangem todos os actos e contratos que tenham por objecto a criação, transmissão, modificação ou extinção de direitos sobre imóveis, os quais não poderão assumir a verdadeira natureza de direitos reais,

sem serem inscritos no Registo de Propriedade e portanto produzir efeitos absolutos — *erga omnes* — sem constarem de escritura pública (art.º 3.º da Lei Hipotecária).

3.º *Casos em que a forma é apenas uma das formas em que pode exteriorizar-se o acto sem acrescentar a este nenhum efeito substancial especial.* São os mais numerosos em que sem necessidade legal se recorre ao Notário para lhe aproveitar o valor dos seus próprios efeitos. São todos os casos do próprio art.º 1280.º, não compreendidos na anterior categoria e todos os outros em que funciona o princípio geral da liberdade de forma ⁽¹⁾.

E, por isso, este mesmo douto catedrático, *Castan Tobeñas*, que há pouco foi Juiz Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de Espanha, na valiosa obra que lhe mereceu o novo direito notarial, não hesita em rubricar com a sua abalizada autoridade que todo o acto notarial tem efeitos bem complexos, sendo de lhe salientar, além dos efeitos probatórios e executivos, os efeitos *substantivos* ou *civis*, que poderão ser constitutivos, dispositivos ou declarativos.

Cá, em Portugal, não obstante a longa e absorvedora lista feita quase para liquidar o problema, dos actos que devem celebrar-se por escritura pública, sob pena de nulidade, ainda fica campo para muitos outros instrumentos notariais que as partes utilizam por seu simples alvedrio e daí o interesse dos efeitos não probatórios dos instrumentos.

* * *

Melhor observador ainda o foi, neste ponto, como em muitos outros, o célebre pugnador do sentido processualista e jurisdiccional do notariado, o grande notário do mesmo país irmão, já muitas vezes citado *Victor Lavandera*.

Esse, apesar de ter feito toda a sua formação jurídica em pleno século XIX, pôde escrever: «O procedimento da Autenticação Notarial, reúne num conjunto orgânico diversos meios

(1) «FUNCION NOTARIAL...», pág. 62.

de prova». Demonstra, no fundo, com a força de confissões, a sinceridade da manifestação de vontade (*verdade intrínseca*) e, na forma escrita, a existência e exactidão das mesmas (*verdade extrínseca*). A autenticidade abrange o acto e o escrito, demonstrando-os, plenamente, e gerando um subtil meio de prova». «A lei, pela fé pública que merece o processo documental dos notários, confirma com uma dupla presunção, a verdade da declaração e a declaração de verdade que do processo ressalta». Sem excluir «a possibilidade do contrário obtida por outros meios de se chegar a melhor proximidade da verdade, concede às próprias declarações, o valor dum testemunho em grau de fé pública». «A autenticação notarial é assim uma função de fé pública que se realiza por uma presunção legal que confirma a verdade dos factos declarada, e do escrito, e que assim a realça em consideração às formalidades do processo. A prova em maior ou menor grau, conforme os aspectos contemplados, que sempre ressalta da autenticidade da fé pública, brota, tanto da fé jurídica, atribuída à autenticidade interna do acto como à externa atribuída ao documento comprovado no processo documental». «À semelhança da *confessio in jure*, em que se baseava o processo aparente, e que tinha a firmeza dum julgado, pode conceder-se à confissão notarial que se presta em acto público, de jurisdição voluntária, o mesmo valor como se fora judicial, com iguais efeitos probantes e executivos. Basta que esses efeitos do processo notarial sejam como são os que se produzem no julgado de primeira instância, que pode ser revisto num juízo mais amplo, mas pode executar-se imediatamente, se não se reclama, sem prejuízo de poder sempre vir a ser julgado definitivamente» ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ «JURISDICION NOTARIAL» — in Revista de Derecho Privado. Tomo V — 1919 — pag. 214.

CAPÍTULO V

DUPLO SENTIDO DA FORMA INSTRUMENTAL

A) *A autenticidade interna e externa do instrumento.*

Se em sentido lato o termo *instrumento* poderá designar tudo que se utiliza para atingir determinado fim e assim abranger, no campo geral do Direito, a forma de várias actividades funcionalistas, o certo é que, no direito documental português, lhe cabe um sentido específico de designar apenas uma das espécies de documentos da classe dos documentos públicos: os *documentos autênticos autorizados pelo notários*.

Entre o *documento autêntico* em geral e o *instrumento* existe a diferença da espécie para o género. Essa diferença ficou claramente expressa na disposição classificativa dos documentos autênticos introduzida no Código do Processo Civil.

Consigna o diploma de 1939, «São documentos autênticos extra-oficiais os *instrumentos* ou actos exarados pelos notários ou com sua intervenção e destinados à declaração de vontade dos outorgantes», art.º 530.º).

Tal conceito manteve-se imutável no art.º 525.º do último diploma, publicado depois de escrito o nosso presente estudo.

Mas esta peça documental do *Instrumento*, pela razão de provir do notário, como entidade pública, o que dá especial relevo à forma externa, não quer dizer que inteiramente deixe na sombra a forma do negócio proveniente do mesmo notário, como profissional de Direito.

Para o instrumento concorrem sempre um conjunto de actuações provindas de zonas distintas e daí a divisão que já se estabeleceu entre *forma interna* e *forma externa* do acto notarial.

Só a segunda é comum a todos os instrumentos por respeitar sempre à mesma relação jurídica processual.

A primeira é variável conforme a índole das figuras jurídicas, pois respeita sempre a uma relação substancial do direito civil ou comercial.

O direito notarial abrange as duas formas, uma para aplicação do Direito, outra das formalidades.

São planos sobrepostos do mesmo velho solar que é o instrumento, a peça verdadeiramente significativa da actividade notarial, cujas perspectivas nos cumpre aqui considerar como pressupostos da Função do Direito Regulador que integra nas actuações dos seus servidores, — como vimos provando — simultâneamente matérias de direito substantivo e adjectivo.

Bem o salienta Nuñez Lagos quando proclama: «*Existe uma classe de documentos públicos, autorizados por Notários, os quais pelo menos a partir do século XIII, foram denominados Instrumentos Públicos. A sua existência é muito anterior às codificações dos séculos XVIII e XIX e sòmente nestes Códigos receberam uma consagração dos seus preceitos de forma, prova e eficácia, por sua natureza estritamente notariais*». «*A forma e a prova são planos paralelos e sobrepostos em estratos do mesmo facto na dimensão do tempo. Poderá dizer-se que desde a capa superior à inferior se verificam infiltrações que denunciam uma constante ósmosis ou capilaridade. Mas isso é o que um fenómeno de estrato provoca no seu correspondente. Como històricamente a forma solene precedeu a forma probatória, os fenómenos daquela — os do estrato da forma — produziram os seus «isotopos» nesta — estratos de prova — já que o papel da redacção tem sido a membrana osmótica, que separou os dois estratos sem impedir a «impronta» ou seja a marca inalterável da forma na prova*» ⁽¹⁾.

A função notarial em ordem aos instrumento projecta-se, portanto, sobre os dois planos, o do negócio e o do acto probatório, como órgão que aplica direito material ou substantivo sob-capa do adjectivo ou formal.

É certo que o plano inferior, o adjectivo, condiciona no que ela tem de fundamental, a arquitectura do plano superior, mas também este, o do negócio, impõe ao da prova as condições preliminares de direito substantivo, que se tomam em conta na redacção das estipulações: «*Tout ce qu'on écrit sur le plan de l'instrumentum agit et produit effects sur le plan du negotium. L'instrumentum est l'incarnation du negotium. Le negotium comme l'âme dans*

(1) «*Perfiles de la fé publica*», pág. 9, Madrid-1949.

tout système spiritualiste, peut subsister sans l'instrumentum, mais celui-ci ne peut subsister sans celui-là» ⁽¹⁾.

Continua em seguida o ex-Presidente da União Internacional do Notariado as suas considerações como integrando *autenticidades* os actos que o notário relata de percepção directa e *autenticações* as declarações dos comparecentes que adquirem autenticidade, isto é se tornam autênticas por constituírem acessórios das autenticidades.

Ele sustenta que a autenticidade do negócio não existe por si mesmo, como a do acto probatório, mas só por acidente.

Confessa que há no entanto quem defenda o contrário ou seja de que as autenticidades referentes às actividades do notário é que são um acessório, o acessório do principal constituído pelo negócio concluído pelas partes, mas salienta que enquanto o acto não é atacado, o que é autêntico e o que é autenticado, as autenticidades e as declarações vivem entrelaçadas num só bloco e, portanto, não há lugar a fazer distinção entre umas e outras ⁽²⁾.

Segundo nos parece, também as autenticações são elevadas, por força da intervenção do notário, ao grau de autenticidades.

Portanto, a forma notarial garante não só o valor indiscutível da existência do acto — (o Código Civil Espanhol, no art.º 1 218.º, primeira parte, classifica essa força imanente como «*facto que motiva o outorgamento*» e o actual Código do Processo Civil Português denomina-a, no seu artigo 526, n.º 1 de «*prova plena quanto à sua própria origem*») — como também garante duradoiramente a substância do negócio documentado no ponto em que, pelo menos, implica a transferência de encargo de prova à conta de quem pretenda impugnar a *veracidade* das declarações de vontade exaradas.

E mesmo esta veracidade da autenticidade interna dos actos quando atacada por prova em contrário, sòmente fica suspensa durante o curso da acção, continuando porém plenamente a manter-se como presunção substantiva «*juris tantum*» da mesma veracidade do negócio.

O instrumento vem a manter-se com a mesma autenticidade

(1) «*Negotium et Instrumentum, Leur autonomie respective*».
«*L'Acte Authentique*», pg. 36 a 39.

(2) «*L'Acte Authentique*» — «*Les Concepts Schematiques*» pág. 125 a 128.

externa e interna até à decisão final e se o atacante não apresenta a prova necessária, nem sequer a eficácia do acto fica afectada.

Estabelece sempre uma perfeita presunção de *veracidade dessas declarações*, até que uma sentença com trânsito em julgado não modifique esse valor imanente.

Só por sentenças ou acórdãos, transitados, e sem possibilidade de ulterior apreciação por tribunal superior, é que o acto notariado vem a perder o seu valor na parte testemunhal, de confissões ou declarações das partes.

Mas, mesmo nesse transe, a autenticidade interna de autenticação notarial continua a impor-se, com valor próprio, até ao momento de ser revista por uma nova apreciação testemunhal.

Os Tribunais não alteram, não modificam, não reforçam o conteúdo dos actos notariais, dando-lhes e impondo-lhes diferente redacção.

É só a parte consensual do documento no seu conteúdo volitivo, sem ser a autenticação interna, o que realmente pode tombar, ao ser judicialmente interpretada ou invalidada, mas nunca corrigida ou enxertada.

O documento, exactamente porque é um documento autêntico, não deixa de manter, embora já sem grandes vantagens práticas, a sua própria *autenticidade interna* quanto à espécie em que o notário, como funcionário público, classificou o acto e às outras legalidades, resultantes de outras suas actuações, como juízos pessoais, advertências e outras declarações funcionalistas.

Esse é o valor substantivo da forma instrumental, na sua parte interna.

É que o notário constitui sempre a exteriorização e evidência da *relação jurídica* na sua *validade* pública e externa.

De resto, se o Juiz julga improcedente uma impugnação, levantada por vício ou erro dessa parte material, tal valor substantivo, que então fica confirmado, à *forma interna*, prevalece não por efeitos da sentença mas por efeitos da forma notarial em si mesma.

Comporta inteiramente estes princípios e só os confirma, — como vamos ver — a nova redacção da matéria pertinente na disposição do art.º 526.º, n.º 3 do Cód. Proc. Civil de 1961, publicado depois do presente trabalho ter sido iniciado e na sua maior parte escrito.

B) *A graduação probatória das diversas presunções que na forma notarial se ostentam.*

a) **Presunção da validade do «negócio» contido no instrumento independentemente do valor oficial deste.**

A veracidade *in totum*, que é imanente ao acto autêntico notarial tem, por isso, levado muitos expositores à consideração de que a autenticação notarial concentra em si pleno sentido de verdade, para todas as asserções do documento, quer quanto às declarações do notário sobre o cumprimento dos seus deveres, sem o serem sobre as evidências exteriores, quer quanto às das cláusulas das partes, sejam as declarações dispositivas sejam enunciativas.

Opina nesse sentido um dos mais notáveis notarialistas dos últimos anos, esse prestigioso *Navarro Azpeitia* que subiu ao cume de todos os organismos profissionais da vizinha Espanha, ao escrever que se deve ir até à consagração legal de toda a espécie de garantias quanto à eficácia, plena e total, de todos os produtos da autenticação, salvo que se demonstre a falsidade ou nulidade perante as leis ⁽¹⁾.

E para *Bellver Cano* só a mácula da falsidade deveria contrariar a inatacabilidade do documento notariado, cujos efeitos de plena autenticidade, quer quanto à sua realidade jurídica, quer quanto à certeza do seu conteúdo *substancial*, deveriam ser os mesmos na sua obrigatoriedade para os interessados, bem como para terceiros, desde que inscrito nos respectivos registos.

Diz ele que o instrumento deveria alcançar uma autenticidade total, tanto no seu fecho como no seu conteúdo, tanto quanto à identidade, como à capacidade das partes.

E o eminente jurista da Espanha moderna, *Castan Tobeñas*, num parágrafo denominado «*El aspecto documental y el sustantivo en el instrumento público*», veio dizer-nos que se tem apurado nos últimos tempos que o célebre artigo 1 218.º do Código Civil Espanhol é um preceito de *eficácia* da intervenção notarial e não uma regra de prova, pois não diz respeito ao documento como coisa,

(1) «Teoria de la Autenticacion Notarial» in «Revista de Derecho Privado» - 1942, pág. 687.

realidade ou facto, mas só ao seu *conteúdo* e ao actuado notarialmente; assim, como adiante escreveu sob o título de «*Valor do Instrumento Público, quanto ao seu conteúdo*» e o subtítulo de «*Presunção da validade do negócio no instrumento*»: «posto que o crédito pleno dos documentos notariais só alcance o que os contratantes realizem e declarem na presença do federatário e não a veracidade intrínseca de tais declarações, isso não obsta a que a própria jurisprudência reconheça a *força legitimadora* dos instrumentos públicos, incluindo-se o respeitante ao conteúdo do acto ou negócio jurídico, expresso na escritura ou instrumento que merece todo o respeito enquanto não seja vitoriosamente impugnado, pois existem decisões, como a de 20 de Fevereiro de 1943, declarando que os contratos celebrados por meio de documentos públicos formalmente perfeitos, transportam consigo a presunção da sua realidade e validade e quem neles se apoia tem já acreditados os factos normalmente constitutivos do seu direito, enquanto que o vício ou defeito alegado para impugnar a sua validade de modo algum pode presumir-se sem que tenha de ser provado por quem o alega» ⁽¹⁾.

b) **Valor jurídico das diversas declarações da forma interna (prova material) no actual direito probatório português.**

Não é uniforme, segundo o que se vê indicado nos tratadistas de direito notarial, o entendimento quanto ao valor imanente da forma interna dos instrumentos nos diversos países latinos.

Produz-se em alguns países a discrepância em conferir prova plena (Itália, Uruguai) quanto às declarações de vontade e demais enunciações insertas na parte interna do documento ou não lhes conferir graduação alguma no conjunto de meios probatórios deixando à apreciação dos Tribunais todo o documento na sua integridade e conjunto, sem lhe dar qualquer atenção de preferência como qualificado meio probatório ⁽²⁾.

Todavia, referentemente à Itália, quanto à eficácia do acto

⁽¹⁾ «*Funcion Notarial y Elaboracion Notarial del Derecho*», pág. 60, 61 e 84, 85.

⁽²⁾ Escobar de la Riva. — Notário de Barcelona «*Tratado de Derecho Notarial*» pág. 276.

notarial diz *Pietro Carusi* que a muito particular eficácia entre as partes e perante terceiros se acha contudo limitada à seguinte característica: «*o acto de fé das declarações e constatações não se ataca senão com a querela de falso mas isto não vale no correspondente às declarações das partes a respeito das quais se pode impugnar o respectivo relato, de simulação, sem necessidade de se intentar a querela de falsidade*» e anota as disposições do artigo 2700.º do Código Civil Italiano ⁽¹⁾.

Coisa semelhante se lê num dos mais destacados processualistas contemporâneos do direito transalpino, *Enrico Redenti*, ao consignar que o Código do Processo não se pode ocupar da eficácia e da importância *substancial* do documento redigido por oficial público, no qual este só atesta factos e qualificações que lhe merecem testemunho no momento da redacção (art.º 2700.º).

Em conclusão, o acto público, no direito probatório italiano, diz, não é senão um testemunho escrito e solene do oficial público que o autoriza ou juridicamente o forma, e os notários são postos à disposição dos particulares para a documentação das suas actividades segundo o disposto na respectiva lei profissional.

Por isso a sua atestação tem a *eficácia probatória* que deriva da sua qualidade de oficial jurista, mas pode ser superada ou destruída com prova contrária sem necessidade de se intentar a querela de falsidade (art.º 476.º e seguintes do Cód. Pen. Italiano); em certo sentido pode dizer-se que o documento notarial quanto a uns aspectos tem uma presunção de perfeita veracidade *juris et jure* e noutro quanto a outros aspectos tem uma presunção *juris tantum* ⁽²⁾.

Confirmam-se estes princípios, mas sublimados pelas homenagens que prestou ao Notariado ao pronunciar uma conferência no solar-mór dos notários de Espanha, a Academia Matritense do Notariado, o maior processualista italiano dos últimos tempos, o grande *Francisco Carnelutti*, ao falar do Notário como operário do Direito, do Notário como Documentador, do Notário como Intérprete e da Terapêutica e Higiene do Direito, terminando por afirmar que a cultura e dignidade do notário está na razão inversa

(1) Ob. cit., pg. 58.

(2) Diritto Processuale Civile — La Prova Documentale — pag. 220.

da necessidade do Juiz e que o notário intervém na formação do seu juízo jurídico, não tanto em função de qualquer litígio, mas em vista do *negócio*, que é o concerto complementário e antitético do conceito do litígio e que no ângulo notarial interessa muito mais o conhecimento dos *juízos jurídicos* que os conhecimentos do processo, embora, infelizmente, até agora se tenha no direito processual estudado muito mais o *continente* do que o *conteúdo* e no processo o conteúdo abrange os tais *juízos* de que se sabe bem pouco.

Bem mais que tabelião, ou notário, nomes que só aludem a funções documentais, cujo valor é só externo e acessório, o profissional que emite tais *juízos* só poderia chamar-se *consultor jurídico* ⁽¹⁾.

Estas considerações só podem reportar-se ao valor substancial dos documentos e à sua força probatória material.

Não é menos valioso o papel desempenhado pela forma interna dos actos notariais no direito probatório francês, onde o documento autêntico faz prova plena da convenção que encerra entre as partes contratantes e seus herdeiros (art.º 1319.º, alínea 1, do Código Civil Francês).

* * *

Ora não se afastam destas últimas citações, muito menos das anteriores considerações da doutrina espanhola, as posições tomadas quanto ao valor da *forma interna notarial* pelo direito probatório português.

A letra do sistema legal é que tem vindo a modificar-se constantemente, de diploma para diploma, numa bem disputada corrida, mas ao que parece, sempre à porfia de exaltar cada vez mais a credibilidade da forma interna dos instrumentos, deduzindo-se que só pretendem robustecê-la as sucessivas recentes redacções para tal estabelecidas, apenas pouco acessíveis pela significação demasiado elevada dos termos que empregam.

Contudo a tendência para melhor valorização das declarações internas dos actos notariais é manifesta. Antes, sem que nada

(1) F. Carnelutti — «La figura jurídica del Notário» — Madrid-1950.

justificasse essa distinção, o nosso Código Civil separou os documentos autênticos em duas categorias, a saber: documentos autênticos oficiais e documentos autênticos extraoficiais, definindo estes últimos como os actos dos notários destinados à verificação de contratos, à conservação ou à transmissão de direitos.

Suprimindo lacunas e sem alterar os princípios do Código Civil vieram os sucessivos Códigos do Notariado dar novos efeitos e até estabelecer diferente classificação dos documentos autênticos a que a função se aplica.

Assim, o Código do Notariado vigente no momento em que se escreveu todo o fundo do presente trabalho consignou no seu artigo 192.º, «Os documentos autênticos ou autenticados fazem prova plena, quanto à existência do acto a que se referem entre as próprias partes, seus herdeiros ou representantes, salvo se forem julgados falsos ou anulados por qualquer vício de consentimento ou simulação. § 1.º — A prova que de tais documentos resulta não abrange as declarações enunciativas que se não refiram, directamente, ao objecto do acto».

Era uma definição pouco certa, já que podia confundir, ao fazer pressupor que documentos autênticos são somente os provenientes dos instrumentos notariais.

Além disso, no seu § 1.º, limitava-se a reproduzir a disposição bem perigosa e por isso que há muito se achava condenada, que no art.º 2427.º do Código Civil, fez separar as declarações enunciativas das demais, e, ainda por cima, as distinguiu em directas e indirectas.

Quando surgiu o Código do Processo Civil de 1939, veio a ficar sem efeito a separação do valor probatório entre os documentos autênticos oficiais e os autênticos extra-oficiais, pois o seu art.º 530.º a todos aplica o mesmo regime por se ter entendido não haver razão para distinguir no seu valor, embora na sua segunda parte, conceda que referentemente às declarações prestadas em todos eles, oficiais e extra-oficiais, se possa demonstrar por qualquer meio de prova que não correspondem à verdade, independentemente da arguição da falsidade do documento.

Portanto o robustecimento da presunção de verdade e validade da forma interna dos documentos autênticos notariais foi confirmado.

Respeitando-se a sua perfeita eficácia entre as próprias partes e seus herdeiros ou representantes tal como vinha preceituada pelo Código do Notariado de poucos anos antes, em 1939, equiparou-se a «*forma interna*» dos documentos autênticos notariais à de todos os demais documentos autênticos oficiais.

O que muito recentemente sucedeu foi que com o novo diploma orgânico da função notarial, o Código que entrou em vigor em 1 de Julho de 1960, na sistematização dos seus moldes, exclusivamente atinentes à disciplina da feitura dos actos notariais, só preocupado com os requisitos ou formalismos, quis desprender-se em absoluto de definições doutrinárias, deixando assim de tratar dos conceitos e efeitos de prova dos documentos autênticos notariais.

Muito singela e lacònicamente, como é sua predominante feição, o Código do Notariado publicado já depois de escrito o presente trabalho, consigna sòmente na regra 1.^a do art.^o 50.^o que os documentos lavrados pelos notários ou em que eles intervêm podem ser autênticos, autenticados e com reconhecimento notarial, e na regra segunda da mesma disposição, diz que «são documentos autênticos os exarados pelos notários nos respectivos livros ou em instrumentos avulsos e os certificados, certidões e outros documentos análogos por eles expedidos.»

Nada diz quanto aos efeitos probatórios das realidades dos factos ou das declarações do conteúdo dos instrumentos.

Mas, como ficou revogada a disposição em matéria de efeitos de prova entre as partes contida no art.^o 192.^o do Código do Notariado anterior, teria de entender-se que sobre tal matéria havia de regular o ainda aproveitável do Código Civil e todo o direito de prova documental contido no Código do Processo Civil.

Saiu neste entretanto nova lei de processo civil, o Código de Processo, que entrou em vigor a 24 de Abril de 1962, para estabelecer o seguinte novo sistema da força probatória dos documentos autênticos :

«Artigo 526.^o. 1 — Os documentos autênticos fazem prova plena quanto à sua própria origem.

2 — Os documentos autênticos, quer oficiais, quer extra-oficiais, fazem prova plena quanto à realidade dos factos praticados pela autoridade ou funcionário público respectivo e quanto à rea-

lidade dos factos ao alcance das suas percepções, salva a possibilidade de se demonstrar a falsidade do documento.

3 — *Quanto aos factos que não constituem acções da autoridade ou funcionário público ou transcendem o alcance das suas percepções, é lícito demonstrar por qualquer meio que não correspondem à verdade, independentemente da arguição de falsidade do documento».*

- c) **Distinção entre as declarações das partes referentes ao negócio e as do documentador nos seus juízos qualificativos, fora da esfera dos factos e só referentes à aplicação das leis ou legitimidade dos intervenientes.**

Agora inteiramente desapareceram as alusões ao valor das *declarações das partes*, conteúdo substancial dos instrumentos, como acontecia na redacção do anterior Código de Processo.

Também isso já acontecera na publicação, recentemente feita, da redacção definitiva do Livro Primeiro, do futuro Código Civil, que, sob a disposição do art.º 323.º, expressamente contempla esta matéria da força probatória material dos documentos autênticos, ou melhor dito esta força probatória dos documentos autênticos, sem se ocupar do seu alcance material (').

Portanto, embora num comentário inserto como observação, à primeira publicação oficial destas novas disposições processuais, se tenha dito quanto ao novo artigo 525.º que a única alteração substancial consistiu em eliminar da noção de documentos autênticos extra-oficiais ou notariais, a ideia de que eles se destinam necessariamente à declaração de vontade dos outorgantes, pois nada impede que contenham, em lugar de uma declaração de vontade, uma simples declaração de ciência — (e muito bem, porque realmente nas escrituras de habilitação ou de justificação os habilitantes ou justificantes não fazem declarações de vontade mas só de notoriedade e por isso nem sequer se pode dizer que as partes «outorgam» no sentido de prestarem consentimento) —, embora nesse mesmo local também se tenha dito acerca da disposição do artigo 426.º — «quanto à sua força probatória material man-

(1) Cód. Civil — Livro I — Parte Geral — art.º 323 da 1.ª Revisão Ministerial.

têm-se os princípios anteriores, mas dá-se-lhes uma nova redacção, que se julga exprimir melhor o pensamento que está por detrás da definição legal»; — o certo é que, muita coisa mudou, não só entre as anteriores redacções do Código Civil e do Notariado, — no valor das diversas declarações internas — e a redacção definitiva dos trabalhos do futuro Código Civil, como entre esta e a surgida no diploma processual.

Na redacção que está proposta para o Código Civil a prova plena contempla só *factos* com base nas *percepções* do documentador, mas esclarece uma regra independente, no mesmo preceito, poderem os *juízos ou apreciações pessoais do documentador* ser livremente apreciados pelo tribunal.

Todavia na já citada regra 3.^a do art.º 526.º do Código do Processo em vigor, concede-se a impugnação por qualquer meio de prova aos factos que não constituem *acções da autoridade ou funcionário público ou transcendem o alcance das suas percepções* e não se alude já àqueles outros *juízos ou apreciações pessoais do documentador* da redacção do novo Código Civil.

Ficaria assim feita uma equivalência entre uma e outra coisa e passariam estas *acções, juízos ou apreciações* a ter o mesmo valor que as declarações das partes, mais mérito ou ainda menos?

Mas então quais serão, independentemente das declarações prestadas pelas partes, que constituem a substância propriamente dita dos documentos autênticos, essas *apreciações pessoais do documentador*? Também quais serão os *factos que não constituem acções de autoridade, ou que transcendem o alcance das suas percepções* apropriadamente praticados pelo documentador na autenticação da forma, por certo a interna, dos instrumentos?

Para desanuviamento destas sombras é que importa estudar quais sejam os juízos qualificativos dos notários e o lugar que devem ocupar, nos instrumentos, se em ordem à sua forma externa, como entendem muitos, se à *interna*, como nos parece, e de qualquer modo estudar essas novas perspectivas de puro direito notarial.

Considera *Gimenez Arnau* que enquanto não seja contraditado de falso, o instrumento notarial constitui prova da capacidade dos outorgantes e ausência de vícios de consentimento, pelo menos no carácter presuntivo, desde que não possa fazer prova plena, valendo como prova certa até que se documente o contrário; assim

como em relação às partes, o documento faz fé quanto às declarações que tenham feito (art.º 1218, § 2.º), mas não há conformidade absoluta dessas declarações com valor de coisa certa.

Este autor, separando depois o valor das declarações do Notário e as das partes, mantém que tudo que o notário afirma, sob sua responsabilidade, deve ser respeitado até que triunfe a impugnação por falsidade, mas, o mesmo não se pode dizer das declarações das partes que podem ser simuladas, viciosas ou inexactas.

E, mesmo assim, quanto às *declarações feitas pelo notário* há que dividi-las em dois grupos: as referentes aos actos que executa ou intervém e as simples apreciações, fruto do seu trabalho intelectual ou próprias dos imperativos profissionais no processo lógico e discursivo do seu diploma orgânico.

Estas últimas não podem considerar-se como infalíveis e a sua discussão não implica nenhuma contradição de veracidade nem imputação de falsidade, como acontece ao negar-se a exactidão das declarações do primeiro grupo ⁽¹⁾.

Segundo *Escobar de la Riva* as declarações que o notário faz fora da esfera dos factos e só como técnico legalizador ou qualificador, na pura esfera do Direito, não podem ser equiparadas no seu valor probatório às autenticidades externas do documento, se bem que transportem perfeita presunção *juris tantum*, só condizente com a legalidade do acto notariado e que pode ser impugnada ou revista em juízo através duma acção de nulidade sem se atacar a falsidade do instrumento ⁽²⁾.

Pontificando com a sua suprema mestria o ex-Presidente da União Internacional do Notariado, *Nuñes Lagos*, veio ensinar-nos num dos seus monumentais estudos que o Notário não só dá fé de quanto vê e ouve (*de visu et auditu suis sensibus*), como é sua faculdade e obrigação amoldar a sua actuação e as das partes, incluídas as declarações destas, tanto na parte substancial como na forma externa às exigências da lei.

E deste duplo aspecto da função resulta que a fé pública notarial irradia os seus efeitos nas duas faces do outorgamento: na dos

(1) «Instituciones de Derecho Notarial» — Extremos que prueba el Instrumento — pag. 65.

(2) Tratado... pg. 279.

factos, como manifestação de *verdade e realidade*, e na do Direito, como manifestação de *legalidade*.

No primeiro estrato o acto documentado pelo notário surte plenamente os seus efeitos enquanto uma sentença não declare a sua falsidade ou seja enquanto não deixe de ser instrumento público.

No segundo estrato, o negócio jurídico, contido na escritura, é legal e válido *juris tantum*, enquanto uma sentença transitada não declare a sua nulidade.

Esta nulidade nunca afecta os factos do instrumento, (que continua assim a manter-se como tal), e só as *qualificações* que o notário haja feito, como técnico, conhecedor do fundo do negócio, e com o dever de o moldar por imperativo profissional de conformidade com as leis, regulamentos e a vontade e propósitos das partes.

Mas essas qualificações valorizantes importam extrajudicialmente correntes de *legimitações* do instrumento, quer como *título de tráfico*, quer, perante os tribunais, como perfeitas presunções *juris tantum* e que assim as respeitam.

A sua distinção perante as manifestações de realidade devidas aos notários é que as qualificações não são acontecimentos e só *juízos* emitidos pelo notário como funcionário perito em Direito. Não pertencem à fé pública no seu aspecto *juxta verum dictum* e só ao princípio da legalidade no seu aspecto *juxta legem actum*. Produzem por isso somente presunções de Direito, *juris tantum* e as qualificações mais usuais são: 1.º *capacidade jurídica das partes*; 2.º *verificação da identidade das partes*; 3.º *qualificação jurídica do acto*. 4.º *explicação obrigatória às partes do seu conteúdo e efeitos*. 5.º *declaração de se terem exibido ou terem sido apresentados e arquivados documentos comprovativos de inscrição na matriz ou então das qualidades dos representantes das pessoas colectivas*. 6.º *verificação pessoal dos cargos e poderes destes*.

Quanto à delicadeza da qualificação enunciada em segundo lugar, assegura-nos Nuñez Lagos que a fé do conhecimento da identidade prestada pelo notário, apesar da sua imensa importância, pois sem ela tombaria todo o tráfico jurídico baseado nos documentos notariais, mesmo assim, não pode constituir um facto, mas somente simples *juízo*, que relaciona o facto da exibição ou comparência actual da parte com o nome e personalidade do

titular que ostenta e nunca pode constituir uma afirmação de carácter absoluto pois para que o notário pudesse ter a precisa evidência «*de visu, et auditu suis sensibus*», de que o comparecente era a personalidade física e juridicamente em que se arroga, seria preciso que, *como notário*, presenciasse o facto do nascimento e a identidade permanente do indivíduo, desde o nascimento até à comparência... Por isso esta qualificação do notário só pode reportar-se a um problema de notoriedade: que na vida social e no tráfico civil uma determinada pessoa física, ostenta de modo público e notório um nome e um estatuto civil. Se antes de enganar o notário um comparecente com falso nome, usurpado de outrem, realizou igual engano, publicamente, a qualificação estava bem feita e o notário não tinha o mínimo de responsabilidade porque o nome do comparecente era o que revelava a sua notoriedade.

Portanto esta como todas as qualificações do Notário só motiva presunção *juris tantum* ⁽¹⁾.

d) Valor jurídico e efeito de prova das apreciações do notário puramente intelectivas, por imperativo orgânico ou esquematização profissional.

A mesma tem sido até há bem pouco tempo a posição da doutrina portuguesa, em que alinham, não propriamente os nossos melhores notários, dado que o actual condicionalismo burocrático da classe não os anima a publicar os seus estudos, mas os nossos grandes civilistas e reformadores.

Ensina-nos, por exemplo, o consagrado comentarista e legislador *Prof. Vaz Serra* no seu estudo do Direito Probatório Material, a preceder a propositura do competente articulado, nos trabalhos preparatórios do futuro Código Civil: «*Os juízos ou apreciações pessoais do documentador não fazem prova plena, visto que estão fora daquilo que ele pode atestar com base em percepções suas. Mas isto não significa que não possam ter algum valor probatório*;

⁽¹⁾ «Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial», in *Anales de la Academia Matritense*, ano 1.º — 1940, — pag. 387 e seguintes.

embora não tenham força probatória plena, pode o juiz tomá-las em conta como simples presunções ou testemunhos», e, por isso, não faz prova plena a declaração ou verificação do notário quanto à identidade das partes e da idoneidade dos demais intervenientes, (intérpretes, leitores, peritos, abonadores ou testemunhas), porque tais juízos não podem provar plenamente que o interessado é maior ou a idoneidade desses intervenientes accidentais.

Também alude a que o Prof. Alberto dos Reis defendia a opinião de que as apreciações pessoais do documentador não têm menor valor que as declarações das partes, de sorte que, enquanto se não provar o contrário vale a dita apreciação ⁽¹⁾.

Mas manter-se-á ainda válida esta doutrina depois das recentes inovações do Código de Processo, publicadas alguns anos depois de tais trabalhos preparatórios do Código Civil, novo diploma processual onde agora se prevêm além de actividades sobre realidades de factos, *acções do funcionário que não transcendem o alcance das suas percepções?* Qual o sentido que no Código de Processo pode alcançar o termo demasiado difícil de *percepção*?

A palavra implica conceitos filosófico-científicos muito longe de uniforme desenvolvimento, conforme a escola de pensamento e sempre com diversas classificações.

Mesmo que o termo se reporte exclusivamente à *percepção externa* de adequado arrumamento entre as *percepções primitivas* em que os conhecimentos são obtidos pelos próprios sentidos, mesmo assim, dizem os livros, toda a percepção é construtiva e importa conter e fundir determinados elementos de apreciação, numa aplicação do espírito ao discernimento das sensações.

Se existem várias espécies de *percepções*, e se todas elas exigem certo trabalho qualificativo, pois que a percepção é uma sensação elaborada e completada, vê-se a incerteza do alcance que poderão ter algumas *qualificações dos notários* perante a vastidão do conceito doutrinal de *percepção*.

De todo o modo, se ficou atribuída, como parece, a presunção *juris tantum* aos factos que não constituem acções do funcionário ou transcendem o alcance das suas percepções, por argumento «a

(1) Boletim do Ministério da Justiça n.º 111 — Dez.º de 1961 — pg. 5 a 194.

contrário sensu» parece que presunção de maior valor competirá aos factos que constituam acções da autoridade e não transcendam o alcance das suas percepções.

Pelo menos renovam-se as dúvidas antes levantadas, por eminentes tratadistas, e uma consideração quanto à força probatória dos juízos e apreciações pessoais do documentador terá pleno cabimento na regulamentação da prova processual do documento autêntico, agora prevista na sistematização da prova substantiva no futuro Código Civil, pois tem o maior interesse o valor jurídico do documento notarial nessa parte.

Repare-se que o recente Código do Notariado impõe ao funcionário deveres de diversas actuações nesse aspecto como as seguintes: art.º 61.º, n.º 1, alínea d) *A verificação da forma como foi verificada a identidade dos outorgantes*; art.º 64.º, n.º 1, alínea a): *A verificação da identidade dos outorgantes pode ser feita pelo conhecimento pessoal do notário*. Art.º 65.º: *«O notário pode dispensar a prova por documentos da representação de pessoas colectivas quando tiver conhecimento pessoal da qualidade que se arrogam os representantes delas e dos poderes que legitimam a sua intervenção no acto; deste conhecimento directo se fará expressa menção no texto do documento»*. Art.º 61.º, alínea i): *«A menção obrigatoriamente feita, do notário ter feito além da leitura do instrumento uma adequada explicação do seu conteúdo e efeitos»*.

A não constituírem simples juízos ou apreciações pessoais terão passado a constituir acções do notário-funcionário, do notário-jurista ou do notário-particular?

E não transcendem sempre o alcance das suas percepções, para efeitos da regra 3.ª do art.º 526.º do novo Código do Processo Civil ou poderão deixar de as transcender algumas vezes?

Faculta-se pois um moderno arrumo ou pelo menos um preciso enquadramento das actividades dos notários na forma interna dos instrumentos com vista aos respectivos efeitos probatórios.

- e) **Sentido relevante de fixação das relações jurídicas obtido com a forma interna notarial, sempre aceite com plena credibilidade.**

De todo o modo, a parte material dos instrumentos notariais do actual regime nacional, considerada a abranger conjuntamente,

as actuações do funcionário no campo das legalidades como deveres do cargo, que não constituam acções e percepções de documentador, de que se haja certificado *propis sensibus visu et auditu*, e as declarações das partes por ele atestadas; enfim, todo o conteúdo que o documento autêntico incorpora, e só por ele existe, não deixa de valer o mesmo que vale o instrumento.

É que na medida em que o documento é autêntico não podem ser contestadas as declarações nele contidas.

Pelo menos nas afirmações das melhores autoridades do notariado latino todo o acto notariado é válido *juris tantum* até que pelos tribunais se declare a sua nulidade.

Se um documento é na sua vulgar aparência um documento regularmente autêntico, todo ele reveste perfeita autenticidade na conhecida frase de Dumoulin: «*scripta publica probant se ipsa*».

Nas qualificações genéricas da sua licitude e validade é que se destaca o carácter profissional do notário — diz *Gimenez Arnau*, — como técnico da produção e vida do negócio jurídico, e, nesta intervenção valorizante se justifica não só a *verdade do certificado* como a *eficácia do conteúdo* ⁽¹⁾.

Quer-nos parecer que no ordenamento jurídico nacional o documento autêntico notarial concentra uma *eficácia íntegra* que é a marca bem palpável do notariado latino sobre o notariado anglo-saxão na realização pacífica do direito privado.

Nos países em que o notário é simples certificante e só cancela os escritos em que as partes moldam, sempre elas próprias, o objecto dos seus negócios jurídicos, só assinados na presença do federatário, que assim se limita a dar fé do competente reconhecimento autêntico, como, por exemplo, na Inglaterra e na América do Norte, aí sim, não pode existir uma tutela integral da regulamentação dos actos jurídicos que podem realmente manter outros vícios à parte os das declarações de vontade.

Mas, em Portugal, para todos os actos solenes documentados por instrumento notarial, o conteúdo ou substância material dos mesmos gira nas evoluções do tráfico jurídico em perfeita prova de legalidade dos respectivos direitos.

(1) «Introducion al Derecho Notarial» pag. 245.

Quem contrata, fiado nas afirmações do conteúdo das escrituras, tem em seu apoio a certeza unânimemente produzida na vida extra-judicial de que a matéria interna dos documentos notariados é *firme e indubitável*, enquanto uma demonstração processual a não contradiga.

Dispõe o art.º 183.º do Código do Notariado que as certidões de teor passadas nos termos previstos no Código têm a força probatória dos próprios originais.

Consagra-se no seu lugar próprio — mas combinadamente, — no Código do Registo Predial, art.º 9.º, a seguinte regra: «São exclusivamente admitidos a registo os documentos que, segundo a lei, se mostrem suficientes para a prova dos factos a registar».

Harmonizando-se o sistema vem a saber-se que para efeitos de registo predial os documentos suficientes são, conforme dispõe o art.º 987.º, n.º 4 do Código Civil, entre outros, as *escrituras e testamentos*.

Portanto, os documentos que notarialmente se apresentem com todos os seus requisitos aparentes e palpáveis de instrumentos, em conformidade com os formalismos legais da função notarial, são sempre suficientes para a prova dos factos registáveis que consubstanciam.

É que as declarações de vontade que são sempre a sua medula, ou seja o fundo do negócio jurídico, que a peça externa do instrumento apenas evidencia, exterioriza ou transporta, vem a constituir um vasto campo da vida extra-judicial dos direitos subjectivos, um veículo, pelo menos de carácter inteiramente vinculativo, da plena *fixação* da respectiva *relação jurídica*.

Todo o acto notarial em que as partes fixam de maneira definitiva uma determinada relação jurídica, passa a valer como subrogado da sentença em toda a zona da livre e espontânea concretização dos direitos privados.

As partes serão os juizes das suas próprias causas e a forma interna das suas declarações nos instrumentos será de credibilidade permanente.

Este carácter de constituir um documento certo, por ser solene, não deixa de ser exaltado com o maior interesse, na parte dos direitos que consubstancia, com tal predicado de constituir o veículo e meio normal de se obterem as competentes inscrições de

valiosíssimos direitos patrimoniais nas Conservatórias do Registo Predial e do Registo Comercial.

São tão relevantes os efeitos extra-judiciais desta tutela de *fixação jurídica* dos direitos subjectivos que um grande número de expositores do direito probatório material considera hoje insuficiente a eficácia que a legislação e jurisprudência dos países do notariado latino, atribuem à forma interna dos instrumentos.

Na sua magnífica obra «*Funcion Notarial y Elaboracion Notarial del Derecho*», o ex-Presidente do Supremo Tribunal da Justiça Espanhol, inteiramente confirma o que vimos escrevendo ao lembrar que o grande *Navarro Azpeitia* sustenta que todas as actuações autenticadas por notários deveriam fazer fé em termos absolutos, com presunção *juris et de jure*, enquanto não seja provada a sua nulidade ou falsidade, e que o consagrado notarialista *Bellver Cano* propugna o reconhecimento da eficácia da jurisdição notarial com critério de plenitude mais inequívoca e rigorosa que actualmente, devendo ser sempre inatacável, ressalvada a mancha da falsidade; bem como aponta o entendimento de *Sanahuja* de «*que em boa doutrina o instrumento público de forma perfeita deveria constituir prova plena da relação jurídica nele estabelecida e o seu conteúdo não deveria desvirtuar-se enquanto directamente não se destruísse a prova que oferece*»; e, depois de citar estes autores, partidários de soluções bem mais radicais que na verdade implicariam sérias vantagens no terreno da segurança jurídica, só pondera alguns inconvenientes, já que virtualmente deixariam de ser atacados em juízo os vícios relativos ao consentimento e à causa, nas simulações e fraudes, que frequentemente inquinam os negócios jurídicos.

Mas que a questão do revigoramento da forma interna dos instrumento realmente é posta, depreende-se das suas palavras quando diz que tão profunda reforma na legislação civil e notarial poderia fazer diminuir as garantias de moralidade e justiça que actualmente assegura o controle judicial, quando o certo é que os tribunais vêm até agora exercendo as suas faculdades de revisão do acto notarialmente instrumentado, com a devida cautela, sem estridências nem nada que signifique dano ou agravo para o ministério notarial ⁽¹⁾.

(1) Castan Tobeñas, — ob. cit. pag. 89 a 92.

No mínimo apura-se, portanto, e para terminar que as circunstâncias atestadas, na forma intrínseca dos instrumentos notariais, provocaram sempre no reconhecimento unânime dos juristas de todas as épocas uma situação de *fixação jurídica* com a evidência própria da forma solene da boa realizabilidade e adequada certeza do Direito.

Daí a dedução lógica de que lhes figuremos o devido lugar no ordenamento jurídico senão como autêntico meio de prova como imperativo técnico à realização dos verdadeiros fins dos direitos subjectivos, portanto como presunção legal.

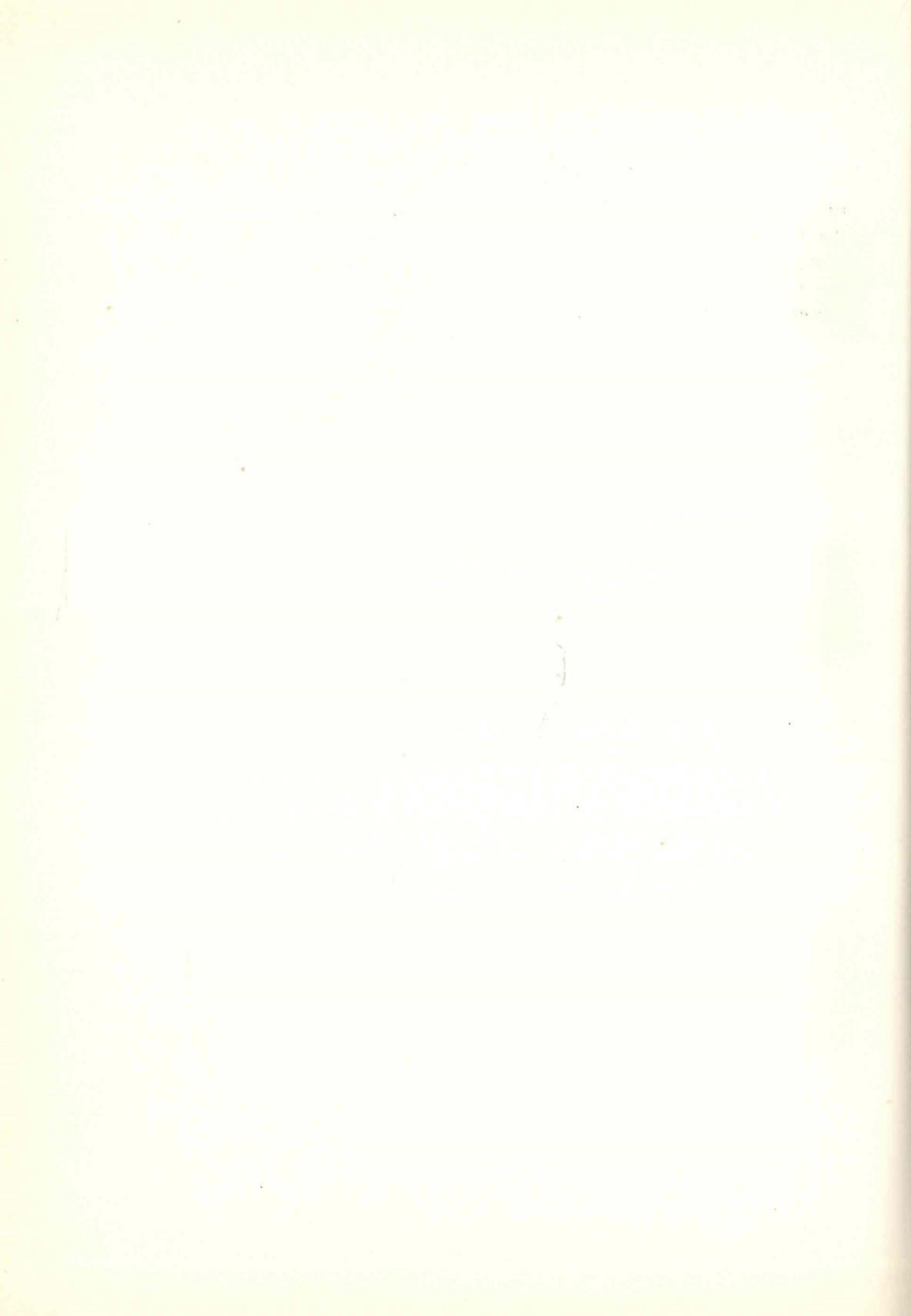
Mas as *presunções legais*, a fazerem substituir certas probabilidades por afirmações peremptórias, parece assumirem conforme os casos, muito diferentes graduações probatórias: *a)* São presunções absolutas, ou *juris et de jure* quando baseadas em fortes motivos de interesse público e equivalem a verdadeiros preceitos ou declarações legais da verdade; *b)* São presunções simples, ou *tantum juris*, quando pode fazer-se qualquer meio de prova a demonstrar que tiveram significação diversa os factos em que se fundamenta a ilação deduzida pela lei; *c)* São presunções «*de homem*» ou «*hominis*» quando só podem admitir-se dentro de certa espécie de prova, como a prova testemunhal ou outras categorias, bem ajustadas de circunstâncias segundo o prudente arbítrio do intérprete.

Parece que o novo Código Civil Português na matéria de *presunções* virá estabelecer a regra de quem tiver a seu favor uma presunção legal escusa de provar o facto que nela se funda, mas muito convinha simultaneamente consignar em concreto quanto à força das provas no direito substantivo, qual o grau de presunção legal da parte material dos instrumentos notariais de entre as três categorias de presunções legais consideradas pela doutrina.

Tais contemplações, quanto às actuações do notário no cumprimento dos seus deveres, impostos na sua lei orgânica, nas *qualificações, apreciações, legitimações ou juízos*, e principalmente quanto à eficácia ou pacífica aceitação probatória do sentido das *declarações das partes na constituição do negócio estruturado*, parece-nos, não deixavam de ter apropriado cabimento no solar troncal de todo o direito substantivo.

Precisava-se dessa consagração legislativa para que o Nota-

riado se mostrasse, como é, algo mais que órgão de documentação, no sentido externo da palavra, e se revelasse, a todos, o órgão da tutela e normalização do direito privado que actua na autenticação dos negócios jurídicos, com perfeito sentido da combinação do interesse público com o particular, e na aplicação da lei geral a cada um dos casos da exteriorização dos direitos subjectivos, «*cum causae cognitione*» da eficácia dos mesmos direitos.



III PARTE

CONTEÚDO ESPECÍFICO DA FUNÇÃO NOTARIAL

CAPÍTULO I

A FUNÇÃO NOTARIAL EM SI MESMA COMO PONTO DE PARTIDA DO SISTEMA CIENTÍFICO DO DIREITO NOTARIAL

O que importa, e acima de tudo, é sabermos em que consiste a função notarial, devidamente isolada perante o Direito, ou seja, caracterizada nos seus traços próprios e distintos, que lhe assinalem uma natureza específica, em relação às demais funções públicas de carácter jurídico, mesmo às funções públicas de exercício privado, que é por excelência.

Só buscando as características diferenciais da actividade do notário e o conteúdo próprio da função, se é que o tem, poderemos encontrar a justificação do seu conceito jurídico.

Para tal, intentemos achar a chave, na essência e qualificação, mais pura e realista possível, da missão que o Notariado exerce no Direito privado, independentemente desse seu resultado «*instrumento*», coisa ou peça material de mero valor probatório.

Aliás, numa boa metodologia, o estudo dos *factos* e dos *fenómenos*, de determinada matéria, deve preceder o dos seus *efeitos*.

O direito processual também só surgiu como ciência autónoma quando os processualistas puderam provar que no processo, e só no processo, sem se circunscreverem à simples peça documental, se deparavam consequências e características tipicamente processuais, e se davam certos fenómenos, que não podiam produzir-se doutra maneira.

Achada esta independência puderam então os processualistas separar cuidadosamente o *processo* do *processado*, especialmente a teoria das *acções* da das *sentenças de mera declaração*, e, entre estas as da *declaração negativa*.

Paralelamente o que mais deve prender os notarialistas é estudar a posição jurídica mais ou menos vinculante das partes, tanto antes de outorgar a escritura pública, como depois da outorga, e analisar os verdadeiros efeitos desta, ou seja os predicados do simples consentimento, independentemente da peça documental.

A teoria da prova não pode circunscrever-se aos simples factos autenticadores, estes não serão jurídicos enquanto só encerrarem a reprodução ou representação doutros factos, necessitando-se que nessa reprodução se observem os requisitos prescritos pela lei, pois só então podem ter quaisquer efeitos jurídicos com força probatória ou autenticadora.

Com respeito à natureza e essência da Função Notarial a observância do tema reside precisamente na observância desses requisitos.

Trata-se de uma matéria científica em que toda a prova tem de revestir pleno sentido jurídico, pois, no campo notarial, se deixarmos de lado os actos de simples autenticação, a juridicidade assume um papel notável, porque a Função se acha destinada a garantir, não só a verdade dos factos, senão o seu *valor jurídico*.

Se o mútuo acordo de vontades constitui o nascimento de uma obrigação, esta obrigação permanece no estado potencial ou de virtualidade enquanto não é completada por uma «*fórmula*» que lhe dê imagem concreta, e, para que tenha eficácia ainda lhe faltará certa sanção.

Para que qualquer direito se torne eficiente é preciso que além da *forma* e da *prova* possa envolver a sua *sanção*.

Se para nascer a *relação jurídica* se impõe um acordo de vontades, se depois, para a evidenciar, se impõe uma *forma*, e para a sustentar em contradita com terceiros uma «*prova*», o certo é que, só com a *sanção* do notário, segundo a investidura recebida do Chefe do Estado, que neste Magistrado se substitui, numa das suas tarefas de soberania, a relação jurídica, expressa nos instrumentos, assumirá perfeita eficácia, na plenitude da constituição dos direitos.

A prova traduz num direito um valor bem distinto da representação dele.

E na prática do notariado impõe ao seu serventuário a reco-

lha e averiguação da pureza dos vínculos, antes de os reduzir à autenticidade.

É que o Direito da Prova e os direitos gerais emanam de geometrias diferentes.

Por isso, as regras constitutivas da prova são nitidamente distintas das que presidem ao nascimento do direito que o instrumento transporta.

Mas se o Direito Notarial, — vem fazendo estas considerações um distinto notário francês, com cartório em Avignon, — é o conjunto de atitudes na produção dum testemunho na vida social dos homens, indispensável para a segurança das transacções, teremos que reconhecer ao Notariado um papel novo, de *coordenador*, de protector ou *tutor público*, das actividades dos direitos dos particulares.

É o preço por que uma sociedade paga o respeito das normas que comandam a harmonia das relações sociais.

Portanto a obrigação do Notariado é fornecer, aos seus clientes, formas jurídicas, as mais variadas e leves possíveis, as mais úteis, segundo as necessidades do momento, as mais eficazes, de tal modo que o *acordo* leve consigo, ou arraste, simultâneamente, a *sanção*, e de modo que, eclipsada embora esta, com a presença da prova, só sobreviva o *direito*, no brilho do seu nascimento.

Todo o valor do instrumento reside em que ele pareça inútil e a *sanção* inoportuna, para que só permaneça a *regra particular estabelecida para cada negócio jurídico*.

A convenção das partes, uma vez redigida, transportará por isso mesmo a respectiva *sanção* que confere a tal documento de prova a plenitude do Direito ⁽¹⁾.

Resulta assim que todo o ponto de partida do estudo específico da função notarial em si, tem de se fundamentar no valor jurídico da sua actividade em ordem ao direito de fundo ainda que também contemple os conceitos e regras do instrumento no seu aspecto corporal.

Mesmo na nova concepção do direito notarial, como direito

(1) Relatório apresentado pelo Notário de Avinhão *André Lapeyre* ao 3.º Congresso Internacional do Notariado Latino-Paris, sob o título «*A Função Social do Notário — Artista do Direito Autónomo da Forma*».

autónomo da forma e ofício nacional de prova, primeiramente importa considerá-lo como *conjunto de regras que regem a função notarial*.

Não há dúvida que o direito notarial pode considerar-se um *Direito autónomo da forma*, porque abarca todos os conceitos e preceitos, cujo vínculo está no instrumento público notarial, necessidade e forma da redacção, requisitos e solenidades impostas para o outorgamento, juízos do notário, prestando a sua autorização conforme a vontade das partes e os princípios de direito, mas, aquilo que verdadeiramente o superioriza, o que lhe alcança o alto nível, obtido no mundo jurídico-social, o que lhe consagra a sua força, necessidade e prestígio, são os predicados do exercício da *função*.

Por isso mesmo, o Direito Notarial é, acima de tudo, um conjunto de regras que regem a função notarial, já que a actividade do notário na preparação, na configuração, no juízo de autorização desse instrumento público, está condicionada a uma série de normas comuns e de ordem pública que ele, notário, deve cumprir e ter presente no desempenho da sua função, visto essas normas estarem relacionadas com a sua conduta e responsabilidade profissionais, bem como com a própria eficácia e validade jurídica do documento, que se lhe solicita.

O que se pretende, e se deve caracterizar como ponto de partida e sinal de referência da técnica do Notariado, ao individualizá-la, como disciplina independente, como ramo particular do Direito, só pode ser consequência da natureza específica dos factos em que a função actua e da actividade que ela desenvolve, ou seja, da autenticação notarial em si mesma, segundo os seus pressupostos e os seus efeitos, e, nunca, duma estrita classificação resultante da lei.

Se precisamos de encarar o problema, olhos postos nos aspectos indutivos da missão notarial, no campo do Direito, não importa muito saber-se se o notário, como funcionário, é Juiz, é Magistrado da Fé Pública ou Magistrado da Paz Jurídica, ou se é um simples Profissional do Direito, nem mesmo, por agora, o seu enquadramento funcional, o qual, pode bem situar-se no campo jurisdicional, no sentido lato deste termo.

O que se impõe é assinalar a substantividade específica da actuação notarial sob o aspecto científico.

E não visaram somente à mera autenticação, funcionalista e objectiva, das declarações de vontade das partes, - como simples forma dessa declaração, - mas viraram também ao soberano requisito, que possui o Notariado de atribuir um alto *valor jurídico* à vontade individual manifestada, diversas teorias sobre a natureza da função notarial, que sucessivamente foram surgindo, e das quais passamos a expor algumas, que consideramos mais influentes.

Só por coincidência veio a acontecer que *Escobar de la Riba* apresente, no início do seu, entre nós hoje, bem conhecido *Tratado*, uma teórica, que compreende uma ou outra das doutrinas que nós aqui seleccionamos.

Assim, o que sucede é que não são as mesmas, pois variou bastante o grau das nossas preferências entre as muitas existentes.

Ao patentearem-se as mais relevantes, o cintilante notário de Barcelona optou por umas, e nós por outras, sem ser também igual a interpretação das que figuram nos dois lados, mesmo porque o nosso texto, neste capítulo, se achava já inteiramente escrito, com fins de ser patente ao Congresso Internacional do Notariado, do Brasil, em 1956, e o magnífico «*Tratado de Derecho Notarial*» saiu a lume apenas em 1958 e só nos anos seguintes começou a ser conhecido em Portugal.

A) DOUTRINA DA «FÉ PÚBLICA» NOTARIAL

A mais antiga, e pode bem dizer-se clássica doutrina sobre a função notarial, é a que a concentra no conceito da Fé Pública.

Pretende eleger a Fé Pública em atributo específico e exclusivo da função notarial.

A sua característica essencial é conferir *fé pública*, — sustenta-se — às manifestações de vontade reveladas pelas partes, a certos actos de reconhecimento e legalização pelos notários praticados, ou ainda à existência dos instrumentos celebrados e alguma verdade do respectivo conteúdo.

A concepção deve ter partido da própria significação etimológica da expressão: *crença notória e manifesta*.

Por fé pública sempre se entendeu *uma crença que se dá às coisas, proveniente da autoridade de quem as diz, a segurança de que uma coisa é certa, o certificado ou testemunho que dá certeza a alguma coisa.*

Em si o substantivo *FÉ* é *uma crença, uma persuasão, uma confiança, uma segurança e certeza.*

A adjectivação, porém, é que lhe imprime variados sentidos.

Existe a *fé individual* pertinente ao bom conceito, carácter e reputação dos actos praticados pelos indivíduos, como a fidelidade no cumprimento de promessas feitas; existe a *fé religiosa* fundada e robustecida pela razão e graça sobrenatural; existe a *fé colectiva*, resultante de uma convicção ou crença comum, que leva uma sociedade organizada a crer firmemente, nos destinos do país; a *fé pública* no sentido jurídico, não há dúvida, é também uma fé colectiva com o requisito de possuir mais a característica de *verdade oficial*.

É ainda sob o aspecto objectivo, e, se quisermos, também meramente formal, que a trata no seu parágrafo «*Conceito e função fundamental da fé pública*», do seu livro, já referido, *Gimenez-Arnau*, ao tomá-la como pedra basilar da função notarial.

Existem, porém, outros valiosos escritores que atribuem à fé pública da relação jurídico-notarial, um carácter subjectivista em relação aos seus efeitos, dentro da função notarial.

Entre nós, a pena brilhante e sempre combativa de *Fernando Tavares de Carvalho*, verdadeiro porta-estandarte na luta, da maior devoção e inteligência, pela dignificação do Notariado Português, ensina na sua sempre brilhante e prestimosa doutrinação: «Há quem afirme também que a fé pública notarial é garantia dada pelo Estado de que certos actos jurídicos são autênticos e que, por intermédio dela, se impõem coactivamente ao meio colectivo, a sua eficácia legal e duradoura; mas logo se acrescenta que isto é conseguido por atribuição aos documentos, o que os torna autênticos, de determinados requisitos de exequibilidade, os quais constituem, afinal, o próprio timbre ou selo da autoridade pública.

Poderá entrar-se aqui em dúvida, por não se descortinar, em face de tais premissas, se a fé pública provém do aspecto formal do documento ou da qualidade profissional da pessoa.

Para mim, a fé pública sempre foi uma prerrogativa pessoal

inerente ao próprio notário, e não real condicionada aos requisitos de ordem externa sobre que assentam as formalidades dos títulos.

Penso que, se assim não fosse, não poderiam nunca os notários intervir em actos de carácter testemunhal, como, por exemplo, certas legalizações, e os certificados de vida ou de identidade, os certificados de factos devidamente verificados, etc., porque, nestes actos não se exigem outros requisitos formais que não sejam apenas o simples testemunho do notário, que neles intervém e será seguramente em tais actos que ele atingirá o expoente mais alto de dignitário activo da chamada *fé pública*» ⁽¹⁾.

É indubitável que o exemplo apresentado pelo distinto e culto notário, da expedição de certidões, reproduzindo o conteúdo dos originais dos documentos das notas, constitui altíssimo expoente da prerrogativa da *fé pública* que, pelo menos neste caso, parece resultar inerente à figura moral e jurídica do notário, como pessoa.

Desde as suas primeiras obras, este escritor, — o mais brilhante notarialista dos nossos dias, — salienta a facilidade com que os efeitos das intervenções notariais variam de época para época, ou de umas leis para outras, circunstância que por si já contra-indica de forma poderosa, a pretensão de se erigir ou ligar o conceito de Fé Pública, ao da função notarial, em todo o seu alcance, principalmente quando diz que, — embora não o devendo ser, — a *fé pública, é sob o ponto de vista formal um produto fácil da lei escrita, um produto da iniciativa do legislador que a tira e dá ao notário conforme as conveniências do momento.*

Mais harmónico com as tendências da época, — íamos dizer num sentido mais realista, — ainda que bastasse dizer muito influenciado pelos juristas germânicos, o seu amigo e antigo companheiro na Direcção do organismo mundial da classe, *Nuñez Lagos*, afirma que a *fé pública* nunca pode ter aspecto subjectivista e funcionarista, mas só objectivo inerente à própria coisa.

São tudo considerações, a resumirem-se numa insuficiência palpável do conceito de *fé pública*, como base estrutural de certa teórica da função notarial.

De resto, o que se pretende, quando se procura uma base cien-

(1) «*Para Uma Nova Organização Notarial*», vol. II, pág. 52. Cap. 2. «*A Fé Pública Notarial*».

tífica, é o isolar da função das restantes funções jurídicas, assinalando-lhe características próprias e distintas.

Ora a fé pública notarial não é órgão exclusivo de toda a Fé Pública inerente ao conceito da Soberania.

Tal circunstância é bastante para repelir a teoria como falha de uma característica específica.

Na verdade existem outros órgãos dessa fé: — a) A *Fé Pública Judicial*, que imprime o selo de autenticidade a todas as actuações emanantes dos serviços dos tribunais civis, penais, administrativos e contenciosos, assinados pelos respectivos Juizes ou Chefes de Secretaria, que contenham o selo branco do Juiz. b) A *Fé Pública Administrativa* exercida através de documentos expedidos pelas autoridades que exercem gestão, consistentes em ordens, comunicações e resoluções de Administração. c) A *Fé Pública Registral*, que compreende a manifestação de fé popular exercida através do registo imobiliário, pois se a escritura estabelece desde logo uma verdade para todos, enquanto não for publicada, só tem pleno efeito entre as partes outorgantes.

Realmente, se o conceito da *Fé Pública* não possui um princípio que exclusivamente se verifique na função, não serve como base de teoria do seu conteúdo específico.

Ao menos, se a estruturação jurídica portuguesa, como acontece em certos países, unicamente considerasse como documento autêntico, o instrumento notarial, poderia talvez a teoria da Fé Pública, ter certo cabimento, à base da fé escrita, resultante de uma actividade pública, mesmo nos seus perfis de fé pública activa e objectiva.

Mas isso não acontece em Portugal.

Sendo assim, não nos serve de sinal diferencial este lema da «Fé Pública», quanto à natureza do Notariado, mas foi verdadeiramente meritório, entre nós, ao inspirar o mais sedutor folheto até hoje publicado na nossa rara literatura notarial.

É o curiosíssimo estudo em que se nos vem dizer que a filosofia popular — às vezes acrimoniosa e maledicente para com os juizes, advogados e escrivães, (vid. ex. como Gil Vicente mordica a profissão judicial em algumas das suas comédias como na «*Farça do Juiz da Beira*» e na «*Floresta dos Enganos*») — não regista alusões depreciativas da classe notarial, na qual o povo mostra con-

fiar firmemente quando profere a frase usual: — *o que eu digo é uma escritura*, — para denotar que certa afirmação deve ser acreditada, sem a mínima reserva, com absoluta confiança, como se fosse expressa no acto solene e irrefragável duma escritura.

É este o conceito de fé pública que aí se demonstra e documenta, — com citações de adágios, casos, lendas e tradições, — não se subverterá nunca, quanto à *fé notarial*, e há-de perdurar infinitamente na alma do povo, ainda que alguns pilares da Instituição possam baquear!

Queremos referir-nos ao folheto do estudioso e talentoso notário *José Maria Adrião* intitulado: «*A FÉ PÚBLICA NOTARIAL, PERANTE A LEI, NA TRADIÇÃO E NA ALMA DO POVO*».

B) DOUTRINA DO INSTRUMENTO PÚBLICO A IDENTIFICAR O NOTARIADO

a) Teoria geral do instrumento público.

Outra das mais divulgadas doutrinas da nossa época, desde que, há duas dezenas de anos, se iniciou a actual etapa da investigação científica deste ramo do direito, criou a teoria geral do instrumento público, bem como proclamou que todo o alcance da função notarial se pode resumir ao instrumento público.

Se o homem se conhece pelas suas obras, as instituições identificam-se pelos seus resultados; ora não podem restar dúvidas que a actividade notarial em todos os seus aspectos tem como centro geométrico o instrumento público.

Os que solicitam a intervenção notarial fornecem sem dúvida o elemento mais dinâmico, todo o potencial de energia jurídica que tem o seu assento na vontade humana. É, porém, irrecusável que só o notário, com a sua formação de jurisperito e o seu testemunho oficial, canaliza essa energia e a torna fecunda.

Só com a duplicidade destes agentes o fenómeno se completa, e aquela vontade só se corporiza no instrumento.

Os particulares e o funcionário, participam no mesmo acto, unidos por idêntico fim, e ainda que as actividades do notário e

das partes se mostrem de diferente natureza, elas têm um mesmo propósito, — proclamam os defensores desta tese —: colaborar na produção do instrumento público e nessa peça material se concentra a Função.

Entendem dever definir-se a actividade profissional do notário em função do instrumento público, ou seja do que é verdadeiramente típico e exclusivo do notário: portanto, considerar-se o instrumento público núcleo da função notarial, centro do seu sistema.

Logicamente vêm a classificar o Direito notarial como ramo do direito que trata do instrumento público, com seus necessários e indispensáveis pressupostos, sua própria eficácia, tanto da que tem por si mesmo, segundo a lei, como da eficácia e valor que lhe acarreta também, a instrumentação, para o seu conteúdo; enfim, do instrumento nos seus requisitos e seus efeitos.

Embora nem todos a elejam como a sua própria, ou da sua escolha, prestam-lhe as mais cuidadas reverências, os mais destacados nomes da literatura notarial.

Nuñez-Lagos — O Mestre dos Mestres na literatura do Notariado contemporâneo, — nas suas inúmeras publicações dos últimos anos, sobretudo na tesse que apresentou no 3.º Congresso Internacional do Notariado Latino, celebrado em Maio de 1954, em Paris, ensina, cimeiro e categórico: *«Objecto do Direito Notarial: Temos assim uma primeira afirmação inquestionável: O direito notarial é só uma parte do direito da forma. Tem por objecto aquela forma pública resultante da intervenção do notário que a partir do século XIII se denomina, instrumento público. Isto equivale a pôr a claro que existem duas colunas sobre que se erige o direito notarial: o notário e o instrumento. Do mesmo modo que no direito real existe uma relação jurídica da pessoa para a coisa, no direito notarial há também uma pessoa — O Notário — e uma coisa — o Instrumento Público»*. *«O Notário existe para o documento público notarial, isto é para o instrumento público. Por isso mesmo, o documento como a coisa no direito real é elemento essencial principal e final do direito notarial»*.

«A ciência é em última análise um sistema, e, dentro da matéria notarial há que pôr em ordem os preceitos, os conceitos, as actividades do notário e das partes. Em torno de que princípios?»

O Direito administrativo encontrou na actividade do Estado (*função pública, acto administrativo, recursos*) o seu princípio reitor; o Direito processual em volta da actividade do Juiz (*acção, relação jurídica processual, sentença*); o direito notarial *pode e deve encontrá-lo em torno da actividade do notário.*

Provisionalmente poderíamos afirmar que o direito notarial tem por conteúdo a actividade do notário e das partes na formação do instrumento público.»

Por sua vez, neste mesmo 3.º Congresso Internacional do Notariado Latino de Paris, (1954), a Delegação Argentina, no seu conjunto, fixou-se na seguinte proposta, apresentada pelo seu relator, Carlos Gonzalez, notário em Lanus: — «A delegação Argentina quanto ao conceito de Direito Notarial, compartilha no fundamental, da concepção funcionalista e instrumentalista, de que são principais intérpretes, os distintos notários espanhóis, Gonzalez Palomino, Nuñez-Lagos e Gimenez Arnau, para concluir que o direito notarial está constituído e deve considerar-se como o conjunto de normas legislativas e princípios jurídicos que têm por objecto o Instrumento Público Notarial, enquanto o mesmo serve a exteriorização da vontade, que o condiciona, e lhe dá nascimento ao serviço da organização da instituição notarial, portanto abrangendo o notário, quanto à pesca, deveres, obrigações, faculdades, competência, responsabilidade e a organização.

Nisto deve residir o verdadeiro campo da investigação notarial.

Normas e princípios por um lado com um objecto fixo: o documento público como forma exteriorizada da vontade, e, por outro, a organização notarial ao serviço do direito» (¹).

Mas é, na verdade, o último dos grandes nomes do actual notariado espanhol, citados pela delegação argentina no Congresso de Paris, o consumado notário e antigo registador de propriedade, Enrique Gimenez-Arnau, o que força mais poderosa imprime à teoria do instrumento público ao afirmar que «a intervenção notarial caracteriza o instrumento público»; «quando o documento é autorizado pelo notário, converte-se em instrumento público»; «toda a significação e alcance da função notarial pode resumir-se no

(¹) Relatório da Delegação Argentina tendo por denominação: «Contribuição para o estudo da existência e limites do direito notarial em formação».

instrumento público»; «ela (a função notarial), tem como lugar geométrico, de todos os seus aspectos e resultados, o instrumento público». «Pode dizer-se que existe uma perfeita identidade entre a função notarial e o instrumento público» (¹).

b) *Insuficiência da teoria baseada na simples intervenção do Notário no instrumento para se achar o conteúdo da função.*

É inegável que o estudo do instrumento, ou mais propriamente, o acto notarial, é pedra basilar da Função, mas, o certo é que, não é por si bastante, pois o instrumento, peça material, não traduz todo o seu âmbito.

Temos presente uma afirmação que em obra fidedigna vimos atribuída a *Carnelutti*: «O que se opõe acima de tudo à realização da autonomia do Direito Notarial, é o facto de especialmente entre os Notários, não se estar habituado a uma nova maneira de pensar, através do «écran» do instrumento, distinta da ideia substantiva do Direito Civil. Não se trata de dividir o direito em compartimentos estanques, porque o tronco do direito é só um. Todavia do mesmo modo que o Direito do Processo encontra o seu objecto no processo, o Direito Notarial pode e deve encontrá-lo no acto».

Estas palavras precisam, porém, de ser tomadas no seu profundo sentido, considerando-se que o *acto notarial* é bem mais que o «*instrumento público*», no sentido específico, que já atrás assinalámos de constituir apenas uma das espécies dos documentos públicos: o *documento autorizado pelo notário*, e, sabendo-se que o simples efeito de *acto formal* não pode preencher o âmago do Serviço.

Mesmo tendo-se em atenção as palavras com que *Fernandez Casado*, o mestre clássico do notariado espanhol, definiu o instrumento público, «*O documento notarial autorizado a instância da parte no qual se constata um facto ou uma relação de Direito*» (²), o certo é que, ao dizer-se que o instrumento público é o documento autorizado pelo notário, nem se define o instrumento público, nem se caracteriza a função notarial.

(¹) Ob. cit. — pág. 183-208.

(²) «*Tratado de Notaria*», 1895, Tomo I, n.º 445, pág. 393.

A nosso ver, a teoria do instrumento público não consegue responder, como seria preciso, à actividade do notário como jurista, no policiamento do bom enquadramento da vontade das partes, nas qualificações relativas à capacidade dos outorgantes, à sua legitimação, perante o objecto do acto, à apreciação das restrições das condições de disponibilidade, mesmo nem à configuração do negócio, segundo os respectivos institutos da lei.

Além de desprezar a *função do conselho* e a *função qualificadora*, essencial à técnica notarial, também não abarca, como é óbvio, outras existentes actuações do Notário, independentes do instrumento público.

É patente que um dos caminhos tomados por esta teoria é a mais completa abstracção da natureza e características da função, para depois a deduzir, e só como corolário, dos requisitos e fins do instrumento público.

Acompanha-a ainda um outro caminho teleológico: o fim da função notarial é o instrumento público; e, se estudarmos os fins que cumpre o instrumento poderemos por eles inferir da natureza da mesma função.

Ora se o primeiro dos caminhos resulta contra-indicado pela demonstração já feita, também o segundo se nos afigura como método impraticável da ciência jurídica, visto que se impõe o prévio conhecimento da função, como matéria lógica, para se chegar aos seus pressupostos; e, por tudo isto parece-nos esta teoria dos princípios do *instrumento* bem perigosa e confusa, quanto à definição do conteúdo específico da Função Notarial, pois precisaremos de conhecer quais os fenómenos, antes de conhecermos os seus feitos.

C) DOUTRINA DA «RELAÇÃO JURÍDICO - NOTARIAL»

Vem sendo incluída como teoria processualista da teoria notarial, a recente sistematização da *relação jurídico-notarial*.

Isso parece explicar-se pela semelhança dos seus dedutivos com o equivalente silogismo da *relação jurídico-processual*.

Tão habilidosa doutrina ficou a dever-se ao talentoso tratadista e distinto notário de Barcelona, *D. José Maria Sonahuja y Soler*, que a constrói e apresenta na segunda parte, do vol. 1.º,

do seu magnífico «*Tratado ...*», considerado por Gonzalez Palomino, a obra mais autorizada e moderna, mesmo até hoje a única, em que se produziu uma tentativa séria e sistemática da matéria notarial.

É na verdade, na *relação jurídico-notarial* que o profundo Sanahuja centraliza o esquema do Direito Notarial, embora sem o propósito de por ela o definir, ao fazer o seu exame do valor do instrumento público.

Eis como a expõe: «*A relação jurídica notarial apresenta-se constituída segundo o seguinte esquema: — Toda a relação jurídica é sempre uma união de situações previstas no preceito, de forma que uma se destina a provocar o dever da outra. É, essencialmente, diz Schreier, uma relação de carácter lógico criada pela estrutura da proposição, isto é, o enlace normativo de certas consequências a determinados supostos. À luz destas ideias: Se o sujeito a quem compete a fé pública notarial autoriza, conforme as leis, um instrumento público, este terá a força autêntica, constitutiva ou declarativa e executiva, prevista na lei. Esta proposição parte de três supostos: a) Que um órgão jurídico se acha investido do poder de dar fé; b) Que este órgão autoriza em forma legal um instrumento; e c) Que o acto notarial objecto do instrumento é adequado à lei. E deduz a consequência: o dito instrumento terá a força legalmente prevista. Traduz-se numa situação jurídica real, na qual é sujeito agente o notário, e sujeito paciente a comunidade jurídica em geral, dado que o valor da autenticidade se produz em respeito a todos. Ao mesmo tempo os três indicados supostos, representam perfeitas consequências de encaminhadas proposições jurídicas, uma das quais afecta o sujeito, outra afecta a forma e a terceira o objecto, segundo os seguintes esquemas: 1.º Dados determinados requisitos de capacidade e competência, o Estado investirá um indivíduo com o poder de dar fé pública notarial na qual a atribuição da fé pública a um indivíduo é a consequência do cumprimento dos ditos requisitos. Implica uma relação jurídica orgânica entre o Estado e o notário. 2.º O notário deve autorizar o instrumento público, uma vez requisitado legalmente, sempre que o acto substancial objecto do mesmo seja conforme a lei. Nesta proposição, a autorização do instrumento público é a consequência do requerimento público ao*

notário e da qualidade ou legalidade do seu conteúdo. Corresponde efectivamente a uma relação jurídica formal entre o notário e os que solicitam o seu ministério. 3.º *Um acto poderá ser objecto de instrumento público, cumpridos os requisitos prevenidos por lei, segundo a natureza do acto. A relação jurídica que corresponde a esta proposição é a relação substancial, — de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, — que existe entre os outorgantes. Portanto — resume Sanahuja — o material normativo que fica incluído dentro do direito notarial é, nas suas linhas gerais, uma relação jurídica fundamental, que se quebra, por sua vez, em várias outras correspondentes aos diversos elementos que a compõe» «Ainda que as condições da relação objecto do documento não pertençam, como tais, à disciplina notarial, no entanto, desde que se reflectem documentalmente e constituem requisitos de instrumento, têm de ser datadas como premissas da relação jurídica geral e entrar dentro do âmbito do direito privado notarial».*

Porém, logo salienta um pouco mais adiante a páginas 424 deste primeiro volume: *«Enquanto que a relação processual é autónoma, prescindindo do resultado final da acção, a relação jurídico-notarial e com ela o instrumento público, acha-se ligada à relação substancial, e de modo que, a validade desta é uma das condições ou pressupostos da autorização notarial».*

Por nós, entendemos que por maiores que sejam as doses e impulsos de índole processual, que lhe ficaram das suas origens, tal feição processualista, não constitui aspecto saliente para caracterizar especificadamente o Notariado.

Basta considerar que o «processo» não constitui por si uma teoria funcional.

Nem o próprio conceito da *relação jurídico-notarial*, próximo vizinho dos silogismos processuais, se mostra verdadeiramente operante no seu conteúdo diferenciado, a servir de base dum sistema verdadeiramente original, para caracterizar o Notariado, e isto por mais que acredite o autorizado autor.

Uma coisa é o definir-se, como importa, a natureza da Função, e outra o equacionar-se em sínteses, aliás brilhantes, qual a sistemática científica ou método filosófico da prática tabeliônica.

A nossa opinião é a de que a doutrina da *relação jurídico-notarial*, constitui uma brilhante sistematização, não importa se

sim ou não inspirada na processual, mas embora dedução de alto mérito, a impor os progressos do Notariado, não passa dum expositivo deste ramo de direito, e não representa, por si, específico da essência da função notarial devidamente caracterizada.

Acontece que nem é por ela que o próprio *Sanahuja*, seu mais fecundo e directo adepto, define a natureza da Função Notarial mas sim pelos conceitos de autenticação e legalização, únicos meios da criação e perfeita evidência dos direitos na normalidade jurídica.

D) TEORIA DA REPRESENTAÇÃO DOS DIREITOS NA NORMALIDADE.

a) Conceito e âmbito desta teoria.

Foi esta sem dúvida das teorias que mais firmes e largos horizontes trouxe ao direito notarial.

Impõe a instituição investida de todos os requisitos, no espaço e no tempo, para servir de meio adequado a representar e exteriorizar o Direito, na sua vida normal.

Parte de uma separação fundamental verificada na vida do Direito, a dividi-lo em dois campos, absolutamente distintos: o da normalidade ou sem contenda e o do litígio ou contencioso.

Proclama, primeiramente, que o Direito, em qualquer dos dois aspectos, para que o seu plano de abstracção se torne realidade, precisa duma representação adequada, que o exteriorize, e de organismos que o encarnem.

Traça, em seguida, essa tal linha divisória para delimitar os conceitos que, por imprecisão dos termos, no passado, andaram, e continuam em parte, muito confundidos.

Tudo quanto seja vida do direito, em anormalidade ou contenda, constitui função e missão própria dos Tribunais.

Ao inverso, o que se refira representação e exteriorização da vida do direito, em normalidade, constitui finalidade e função do Notariado.

Deduz depois, e perante o vasto alcance da sua feliz concepção, que o Notário é mais que o funcionário encarregado de autenticar uma manifestação de vontade, e na específica missão de repre-

bado, com litígios ou atritos, e assim integra todos os actos de por toda a órbita do direito privado, enquanto não seja perturbado com litígios ou atritos, e assim integra todos os actos de jurisdição voluntária e os chamados actos de notoriedade.

Transcende, diz *Monastério*, da função de simples meio de autenticação, converte-se num verdadeiro órgão do Estado, para investir os direitos e negócios jurídicos, enquanto à sua biologia normal e sem contenda, daquela peculiar representação que os vem reflectir nos seus diferentes aspectos, de fundo e forma.

Para se assegurar o império normal do direito, em plena eficácia, requere-se um instrumento, que projecte a relação jurídica, que a exteriorize permanentemente, — escreveu o fundador desta teoria — mas a exteriorize com força substantiva, que valha por si mesma, com virtualidade própria, sem necessidade de outro robustecimento, não só entre as partes, a que diz respeito, como em relação a terceiros, isto é, órgão destinado a garantir a actuação e o exercício normal dos direitos, enfim, um órgão de justificação e evidência do direito, que evite a sua discussão em juízo, dando fé, em todas as esferas de normalidade, não só enquanto ao facto, mas ainda quanto ao seu valor jurídico ⁽¹⁾.

Tão original e fecunda concepção quanto ao conceito e conteúdo da função deve-se ao grande notário que funcionou nos princípios deste século em *Tortosa*, província de *Barcelona*, ao eminente *António Monastério y Gali*, como bem apropriadamente lhe chama Mateo Azpeitia.

Na verdade o insigne notário da Catalunha, devotando um verdadeiro carinho e abnegada paixão à sua classe, foi quem iluminou com uma luz firme, e com uma clareza, até então desconhecida, a finalidade do Notariado no Direito moderno.

Pode dizer-se que a ele se deve a grande coordenada, a verdadeira base científica que proporcionou o grande esforço, exercido nos nossos dias, à procura da definição concreta, e verdadeiramente específica, do Notariado.

É bem visível, em todos os países do direito notarial latino, o

(1) Tratado de Derecho Notarial, vol. I, pág. 53 a 85 de *Sanahuja*, citando *Monastério*.

poderoso influxo que a magistral e cantante obra de *Monastério*, de título bem expressivo, — «*Biología de los derechos en la normalidade*» — *Tortosa*, 1901, — e publicada também na «*Revista Jurídica*», iniciando-se a sua inserção no Tomo VII, (1901), pág. 605 e seguintes, — veio a exercer em todos os trabalhos notariais deste século.

Pode bem dizer-se que a existência de *Monastério* e da sua «*Biología de los derechos ...*», assinalam um grande marco miliário da história notarial.

A prova clara, encontra-se na terminologia com que apareceu redigido o artigo 2.º do Regulamento Notarial Espanhol de 8 de Agosto de 1935: «*A instituição Notarial tem como fim exteriorizar a representação dos direitos privados na normalidade ou sem contenda*», ou, então, como soberanamente se consagrou no chamado Regulamento Definitivo de 2 de Junho de 1944 — actual diploma regulador do mesmo Notariado Espanhol.

«Para *Monastério*, o conteúdo da função notarial — expõe Arnau — consiste e fixa-se exclusivamente na «*Exteriorização permanente do direito ou representação legal das relações jurídicas na normalidade, sem coacção e mediante circunscrição gráfica do raio de acção da liberdade individual, por meio da representação autêntica e sistemática do direito de cada um, em todos os aspectos da vida*». («*Biología*», pág. 227).

Ao fazer o exame biológico dos direitos em regimen normal, — tanto à moda do princípio do nosso século, — *Monastério* construiu uma teoria geral do instrumento, de considerável valor, não só pelo seu interesse intrínseco, como pela grande influência que exerceu na vasta zona do Direito Regulador.

O ponto de partida e fundamento da sua argumentação é a necessidade social de atribuir ao direito uma *corporalidade* ou visibilidade externa que facilite a sua evolução natural e normal.

Na relação jurídica — diz — há que distinguir três aspectos: a) A forma; b) A prova; c) A representação externa.

A forma refere-se ao nascimento do direito; a prova ao seu exercício judicial; a *representação* à sua vida normal.

Esta representação tem de considerar-se como reflexo exacto, a cada momento, do direito que na realidade exprime.

Cada relação jurídica, ou cada direito, melhor dito, deve ser acompanhado, desde o berço ao sepulcro, pelo reflexo oficial de todas as suas modificações, de todos os acontecimentos de que foi objecto a sua vida jurídica.

No contrato de mútuo, exemplifica *Monastério*, se a obrigação está saldada, o título, (escritura de empréstimo), já não pode dizer-se que represente o direito do credor que entretanto se modificou pelo pagamento expresso na escritura de quitação, e, portanto, o sinal representativo da relação jurídica não resulta somente do primeiro dos títulos, mas dos dois combinados.

Deveria pois o instrumento da obrigação, por força de preceito legal, ter averbadas todas as modificações e alterações subjectivas e objectivas do direito. («*Biologia ...*», pág. 95-96).

Chegou a hora de se arrancarem as folhas dos livros de notas e dos registos, e logo se converterem em sinais de representação jurídica, para, como tais, serem lançados no torvelinho da circulação.

O próprio certificado do título, devidamente sistematizado, desempenhará, por si, a alta missão de projectar, objectivamente, a espiritualidade do direito.

Conservem-se, sim, em bom lugar, os arquivos, os registos, os protocolos, mas de agora em diante, com o único fim, que deverão ter, o do restabelecimento do sinal representativo e móvel, no caso da sua destruição ou extravio, e só com valor legal para essa eventualidade. («*Biologia ...*», pág. 151-153).

Na orgânica do Estado tem que existir: a) Um meio legal de representar os direitos. b) Uma função, distinta da judicial, destinada à conservação, reconhecimento e garantia do direito no estado normal.

O primeiro, (justificação do direito) e o segundo, (justiça preventiva ou reguladora), estão, afinal, em embrião no Notário e Registrador, verdadeiros *germens* duma magistratura preventiva.

Esta administração de *justiça preventiva* tem de possuir *autenticidade* no seu sinal actuante, é certo, mas isso só como inerência de constituir também um Serviço do Estado.

Especificadamente, é a função de «*dar representação ao direito na normalidade jurídica*» que pertence ao Notariado, como órgão da *justiça reguladora*, a qual, por ser um desenvolvimento do

Poder Jurisdicional, deveria figurar na lei orgânica deste, considerada como um dos seus dois ramos perfeitamente distintos, e com absoluta separação entre si: a justiça repressiva e a reguladora.

Contudo a «*justiça reguladora*», enquanto ao órgão e instrumento, tem de ser única, entregue a um tribunal unipessoal, sem recurso governativo e com eleição do funcionário. («*Biologia...*» 1.^a - pág. 46; 2.^a - pág. 71; 3.^a - pág. 83; 4.^a - pág. 159; 5.^a - pág. 254-261 e 263).

b) *Pontos débeis da teoria Monasteriana.*

É o seguinte o comentário de Gimenez Arnau, quanto à tese Monasteriana:

«*Através da original concepção de Monastério, palpitam propósitos que subscrevemos na sua maior parte.*

A sua monografia constitui: a) Uma brilhante alegação em favor do formalismo documental do negócio jurídico; b) Uma sensata reclamação em favor da total integração da função notarial, numa grande parte ainda incorporada na chamada jurisdição voluntária; c) Uma viragem de retrocesso, no processo notarial, voltando-se ao protocolo-extrato, para só ser constituído por cópias dos documentos originais, que devem permanecer em poder dos interessados; d) Uma declaração — bastante perigosa sob o ponto de vista da fé pública registral — da preferência do título notarial sobre o assento do registo.

A teoria ressentente-se, a nosso ver, da distinção entre a forma, a prova e a representação, fazendo desta uma entidade autónoma e não o resultado das outras duas.

Se temos de lhe reconhecer uma afortunada inovação, quanto à terminologia, também lhe teremos de apontar diminuto valor construtivo, no desenvolvimento da teoria geral do instrumento público.

Em resumo, a representação ou exteriorização do direito, — (à parte a sua missão extrajudicial), não é suficientemente diferenciadora, desde que a mesma função representativa de factos, actos e direitos, a possuem, geralmente, todos os meios de prova que não sejam o testemunho oral.

Por isso, Monastério, vem apenas recalcar, no seu estudo, enge-

nhoso e profundo, o atributo já reconhecido ao Notariado, que imprime verdadeiro carácter à função de prevenir e evitar as perturbações o que, na verdade, não difere muito de tornar fecundos, fazendo-os viver na vida normal, os direitos que o instrumento afinal já representa» (1).

*

*

*

Nós perfilhamos inteiramente todos estes louvores, e muitos outros que, nas variadas obras da literatura jurídica espanhola, temos encontrado, sempre com o mais rasgado desassombro, à engenhosa inovação de Monastério.

Entendemos mesmo que a sua tese representa a mais impressionante viragem, que nos últimos tempos, se produziu no campo do notariado, e, verdadeiramente, a única que forneceu apropriadas condições para a sua independência e estruturação, como ciência, com objecto próprio e limites definidos.

Esta bela concepção de que o Notariado é a *Exteriorização permanente do direito e a legal representação das relações jurídicas* possui feliz inspiração e criteriosa observação científica.

Poderão dizer-nos que conta já mais de meio século, e que essa antiguidade, na verdade já demasiada, impressiona mal para ainda ser colhida, de bom grado, pelos actuais pugnadores da autonomia do direito notarial, ao classificarem a natureza da Função.

O certo é que, não encontramos quem, nas muitas obras recentes, com diversos e diferentes teoremas, sugerindo ideias novas, a maior parte das vezes na ambiciosa intenção de se sobreporem a *Monastério*, mas, sem nunca o repelirem ou combaterem, tenha conseguido mais e melhor.

Antes, ao contrário, parece-nos que o devotado profissional catalão, cada vez domina mais o direito notarial, com o seu verdadeiro facho de luz.

Não é pois de surpreender que, no fecho deste presente trabalho, ao apresentarmos uma tentativa da nossa interpretação do

(1) *Gimenez Arnau* - ob. cit. - pág. 215.

conteúdo específico da função notarial, numa nova definição pessoal do conteúdo específico da função, nos deixemos influenciar pela concepção bem feliz deste tão insigne pioneiro.

E) CONCEPÇÃO DA ACTIVIDADE NOTARIAL COMO DADORA DA INDISPENSÁVEL «FORMA JURÍDICA» DOS FACTOS E ACTOS A QUE SE APLIQUE

Uma das mais modernas, e também a mais penetrante, de todas as doutrinas sobre a natureza e conteúdo específico do Notariado, é a que adopta a Teoria da *Forma Jurídica* como núcleo sistemático do Direito e da Função Notarial.

À imensa ansiedade que modernamente agita os estudiosos da matéria, sôfregos por encontrar e discernir qual o sentido, o sistema, o conteúdo próprio e específico da função e do direito notarial, — se é que existe —, responde da maneira seguinte: *O notário é o órgão específico e normal da forma jurídica.*

Expõe que a característica mais típica da actuação notarial é o desenvolver-se na esfera dos factos, (factos, actos e negócios, como factos), para os exteriorizar e tornar *juridicamente* certos, o que significa, dar-lhe forma, ou seja, exprimi-los com determinada segurança qualificativa.

Considera que se exige sempre um determinado instrumento de *legitimação* na aspiração de certeza jurídica, com ânsia de eliminar as fontes de dúvidas, os precalços ou litígios, com empenho de substituir a sua latente potencialidade pela própria existência qualificada dos direitos.

Esse instrumento vem a ser uma *tutela reguladora*, um dos fins essenciais do Estado, e tem como fundamento os princípios da liberdade e segurança jurídica, por fim a certeza dos direitos protegidos.

Tal amparo de certeza jurídica exige, para a observância pelo menos de três requisitos: a exteriorização, a delimitação e a legitimação dos direitos a tutelar-se.

Mas esta legitimação, entendida como protecção à aparência jurídica, como analisámos, só pode, porém, obter-se mediante uma apropriada *forma jurídica*.

Como especial forma pública, esta superante forma notarial responde exactamente à necessidade de atribuir firmeza aos negócios e relações perante o tempo, o espaço, as pessoas e o conteúdo, mediante referências a coordenadas fixas.

Pretendem apresentar a *forma notarial*, quanto a nós, acertadamente, como refinada expressão da *forma jurídica*, as seguintes doutrinas:

a) *Doutrina de Gonzalez Palomino.*

Um dos mais categorizados notários de Madrid, que foi vogal das mais altas comissões legislativas, como da Comissão de Códigos, expõe na sua *«Instituciones de Derecho Notarial»* (Tomo Primeiro. Madrid - 1948 - pág. 87), a seguinte doutrina sobre a *«forma jurídica»*, como objecto essencial da função notarial, enquadrada dentro dum sistema geral de formas públicas.

A doutrina das formas jurídicas é a base do direito notarial e o ponto de apoio para pôr em movimento a função notarial. Não é novo o ensaio. Intentou-o Monastério, Notário de Tortosa, nos princípios do século, com a sua doutrina da biologia dos direitos na normalidade e da representação dos direitos.

A doutrina foi «doutrina legal» no regulamento anterior ao definitivo, (o de 1935), sem obter dele nenhuma consequência útil. É que a doutrina de Monastério estava posta num plano sociológico. Limpa de tais interferências e traduzida para a linguagem da técnica jurídica vem a ser a mesma que inspira este livro de «Instituições» pondo também de parte a assimilação do processo com a anormalidade jurídica. Não vamos tratar de todas as formas jurídicas nem sequer de todas as formas jurídicas «públicas»: excluimos de entre outras as da jurisdição voluntária, quando são formas, e as dos Registos Públicos, que são sempre formas.

A função notarial consiste em dar valor formal a certos documentos que adquirem o seu valor pela forma no campo da «forma jurídica».

O conteúdo da função notarial é pois o mesmo conteúdo formal do instrumento público e os fins da função e o valor da função, os fins e o valor do instrumento público.

Em 1934 encontrei-lhe um: o notário era o órgão específico e normal, da criação da forma jurídica, da relação do

seu todo ou de algum dos seus elementos, considerando a forma como a determinação do limite criador.

O característico da actuação notarial é que se desenvolve na esfera dos factos (factos, actos e negócios, como factos) para lhes dar forma (1).

b) *Doutrina de Azurza.*

Mais viva e sem dúvida mais permeável e profícua, dentro do conceito formal, em sentido genérico, e naquele que se concretiza em dar carácter «formal» de instrumento público aos documentos que autoriza, é a bem fundamentada doutrina de *P. J. Azurza y Ozcoz*, e que este culto notário nos comunica, com todo o fervor, no seu despretencioso «*Esquema de la Misión Notarial - Tentativa de «situacion» en el Orden Jurídico*» (Madrid, 1950), em separata da «*Revista General de Legislacion y Jurisprudência*», onde primeiramente saiu, em Outubro e Novembro de 1949.

É um estudo bem modesto nos propósitos, mas extremamente valioso pelo atilado dos raciocínios e pelo entusiasmo com que exalta a profissão.

Salientando com toda a propriedade, e muito dignamente, o *superante conceito da «Forma Jurídica»* começa o brilhante notarialista por fazer uma distinção que reputa fundamental: a distinção entre a *forma* como requisito do negócio jurídico e a «*forma jurídica do negócio*» propriamente dito.

Nas páginas do seu suculento opúsculo, e sob o título «*Significação da Forma Jurídica*» desenvolve assim o seu pensamento base:

«O que nós concebemos como missão da «forma jurídica» é exactamente esta metamorfose dos factos e actos materiais da vida em factos e actos jurídicos, e não a sua simples documentação com mais ou menos autenticidade.

Toda a relação social, material ou física, só adquire «juridicidade», quando a norma, definindo com exactidão os elementos do fenómeno jurídico, os incorpora no seu próprio

(1) Gonzalez Palomino — «*Instituciones...*» Tomo I - pág. 14.

conteúdo, isto é, os reveste de forma jurídica caracterizada pelo elemento protector.

Esta transformação implica uma certa operação estimativa ou valorizadora de carácter técnico.

O primeiro suposto de «forma», como modo de declaração de vontade constituiria simples elemento de matéria contratual, em estado de potência, e, o que importa, tratemos agora, é isolar e fixar a configuração jurídica dessa matéria, que já constitui o acto.

Destas duas concepções, a da «forma», como requisito de declaração da vontade, corresponde ao direito civil; a «forma jurídica» propriamente dita, que não pode coincidir, por sobreposição, com a anterior, corresponde ao que poderíamos chamar «Direito prático» em sentido amplo.

As noções e ideias da forma e as em volta dela elaboradas pelo direito civil, só podem servir-nos como tentativas para chegarmos ao ângulo de direito prático que é o notarial».

«Propor-me-ia representar o Notário — encerra a tese da sua doutrina o douto notário Azurza, como o perito em direito encarregado de imprimir forma jurídica, aos actos e contratos ...» na sua magnífica síntese e que já transcrevemos a páginas 121, do presente trabalho ⁽¹⁾.

- c) *Falta de independência de toda a teoria da «forma» mesmo da «forma jurídica», como doutrina basilar do direito notarial.*

Por nós, firmemente sustentaremos que a «forma», apenas constitui um molde artístico e uma técnica científica, indispensável à exteriorização de todos os actos jurídicos, em geral, e, assim, é comum aos diversos ramos do direito.

Não reconhecemos à forma, nem considerada como «*órgão genérico das formas públicas documentais*», — conceito em que a toma o primeiro, — nem como «*forma jurídica*» de negócio propriamente dito, — em que a toma o segundo dos dois distintos tratadistas, — um aspecto circunstancial, de completa independência, que por si consiga isolar a função notarial.

Não podemos, portanto, aplaudir, mesmo com essas particulares restrições, uma tal espécie de forma, embora a sintamos tão

⁽¹⁾ Epílogo do trabalho de P. J. de Azurca Ozcoz «*Esquema de la Mision Notarial*» pág. 90.

louvada, nas entusiásticas palavras de *Palomino* quando diz: «*la teoria de las formas jurídicas es la cantera fecunda para la creación de un Derecho notarial nuevo*».

Nem mesmo as palavras de *Nuñez Lagos* que, com muitas restrições, define o direito notarial como um direito formal, ao dizer: «*O direito notarial é apenas uma parte do direito da forma*» / «*O direito notarial é um direito «De Forma da Forma» de formalidade para ou em relação à forma*» / «*O Direito Notarial em si mesmo é, assim, uma colecção de formalidades, isto é, forma e procedimento Forma da Forma, e não pròpriamente forma dos actos jurídicos no sentido corrente. A forma dos actos notariais apresenta-se-nos mais ampla e complexa que a forma do acto jurídico que se contém no instrumento*» / «*Forma e direito notarial não coincidem. O Direito da forma ou das formas só interfere no Direito notarial por modo que poderemos geomètricamente dizer secante*». «*O Direito Notarial — referimo-lo — não compreende todo o direito da forma, pois ficam fora dele muitas formas sem notário*» ⁽¹⁾.

Pese embora aos notarialistas que desde o Congresso Internacional do Notariado de 1954, em Paris, vêm sustentando que o Notariado tem pura vocação formal, como característica mais destacada para a sua verdadeira independência, e podendo-o fazer coincidir com o *Direito autónomo das Formas*, a verdade é que a coexistência da técnica da forma noutros ramos do direito dificulta muito a prevalência da concepção formalista como padrão absoluto e vincadamente específico do Notariado.

E, por isso, embora muito apreço, em todo o presente trabalho, sempre prestemos à *forma jurídica*, por dotada de contributo técnico e valorizante, que isola esta forma das demais, ainda que tenhamos de reconhecer que, juntamente com a anterior teoria de *Monastério*, ainda mais útil do que essa, constitui afinal o que mais se aproxima da nossa própria interpretação, o certo é que, não lhe reconhecemos características inteiramente diferenciais.

Mesmo que não tomemos a forma como requisito essencial a todo o acto jurídico que é declaração de vontade, mesmo que a consideremos, à parte de molde artístico e científico indispen-

⁽¹⁾ Memória apresentada ao II Congresso Internacional do Notarial Latino — Paris. Maio 1954.

sável à prática dos actos, mesmo que tomemos esta *forma jurídica* no puro significado de valia ou sanção, mesmo assim, a não poderemos diferenciar dos actos altamente qualificados de certas actas do processo civil e até de alguns autos e termos do processo penal.

Além de muitas actas de diligências, quando presididas por Magistrados, é inegável que as refinadas peças de qualificação de Direito, na sua aplicação aos casos concretos, que se designam, *sentenças*, são, sem dúvida, peças de forma bem exigente, verdadeiras *formas jurídicas*.

Deve pois considerar-se perdida a independência da *teoria da forma jurídica* em relação aos actos dos Tribunais, que, como se vê, também utilizam idêntica forma, no exercício das suas funções.

De resto, o carácter e natureza da função notarial não se explica somente com a *forma jurídica* mesmo tomada neste superante conceito de dadora da forma expressa no instrumento, pois outros elevados aspectos da actividade notarial são pressupostos do instrumento, dado que o direito notarial envolve todo um problema geral anterior ao instrumento, já que se refere, como bem o salienta *Castan*, não só ao documento, como ao negócio, no seu direito material ⁽¹⁾.

(1) Hacia la constitucion científica del Derecho Notarial. pág. 43.

CAPÍTULO II

O NEGÓCIO JURÍDICO ALVO CONSTANTE DA DINÂMICA NOTARIAL

1 — DOS FACTOS E ACTOS JURÍDICOS EM GERAL

A) Os «factos» de âmbito notarial.

Na prática notarial de Itália, Espanha e Portugal, (e sem falar nas legalizações por reconhecimento de assinaturas, nos certificados de variada natureza, sejam de vida, de identidade, de desempenho de cargos, de traduções, ou de quaisquer factos devidamente verificados, tudo puras intervenções circunstanciais), vieram, nas últimas décadas, enfileirar certos actos, tendo por conteúdo somente a fixação de factos naturais.

Tais factos serão jurídicos por influenciarem variados interesses, protegidos pelo Direito, e, sucedeu que entre nós os primeiros, únicos de tal natureza que começaram a ser considerados, foram apenas os de efeitos sucessórios, pois, durante largos anos só existiu uma categoria de instrumentos notariais de notoriedade: — as declarações de sucessão ou habilitações de herdeiros.

Achava-se já escrito todo este trabalho quando surgiram na legislação notarial as inovadas justificações com fins de inscrição no registo predial.

Estes instrumentos não consignam puros actos jurídicos com declarações, unilaterais bilaterais ou plurilaterais de vontade, como os outros restantes instrumentos, para cuja configuração e documentação os notários são requeridos.

Nas habilitações sucessórias e justificações de direitos inscriíveis, não existe qualquer declaração de vontade por parte dos intervenientes, que «em nada consentem», e não existindo vontade interna a respeito do objecto do instrumento, também não existe «consentimento» prestado, e portanto não há «outorgamen-

to», no seu rigoroso e verdadeiro sentido de «*assunção de uma declaração de vontade previamente escrita*» assunção no apropriado entendimento de assumir, tomar para si, fazer seu, enfim elevar à sua aprovação a forma narrativa dessa declaração prestada, ratificá-la.

No nosso modo de ver são actos *atípicos* de conteúdo específico e normal da função.

Talvez por isso é que, em Espanha os instrumentos de notoriedade não podem chamar-se escrituras, mas simplesmente actas.

Segundo a lei notarial espanhola «o instrumento público compreende as escrituras, as actas e, em geral, todo o documento que autorize o Notário».

Uma narração de factos mesmo de relevância jurídica nunca realmente pode conter esses actos volitivos que consagram as escrituras.

O conteúdo próprio das escrituras são as declarações de vontade, os actos jurídicos que impliquem a prestação de consentimento e contratos de toda a espécie.

A órbita própria das actas afecta exclusivamente a factos jurídicos que pela sua particular índole *não podem classificar-se de actos ou contratos*, à parte outros casos em que a legislação notarial estabeleça a acta como manifestação formal adequada, (*art.º 144 do Regulamento definitivo de 2 de Junho de 1944*), dizendo-se mais adiante, na secção do Regulamento, destinada às «Actas notariais», no *art.º 197.º*:

«Os notários, a pedido das partes, escreverão e autorizarão actas que consignem os factos e as circunstâncias que presenciem ou sejam contadas, e que por sua natureza não sejam matéria de contrato», e no *art.º 209.º* «As actas de notoriedade têm por objecto a comprovação e fixação de factos sobre os quais podem ser fundados e declarados direitos e qualidades com transcendência jurídica».

A lei notarial italiana, de 16 de Fevereiro de 1913, que com pequenas alterações ainda se mantém, sendo o diploma em vigor, integrador de toda a organização notarial, no n.º 2 do *art.º 1.º*, reconheceu ao Notário a faculdade de receber sob juramento actos de notoriedade em matéria civil e comercial.

Praticam-se, assim, agora em Portugal, como desde há muitos anos noutros países latinos, alguns instrumentos notariais, cujo conteúdo são factos do mundo exterior, independentemente da vontade humana, ainda que deles se deduzam consequências jurídicas de grande importância e mormente sirvam de fundamento para verdadeiros direitos ou qualidades de transcendência no Direito, como as habilitações de herdeiros ou declarações de sucessão nas heranças, as justificações de propriedade para efeitos de registo predial e actos de protestos ou certificados de variada espécie.

Facto jurídico é de um modo geral todo o *facto* capaz de gerar uma relação jurídica entre homens.

Aos factos desprovidos de consequências jurídicas deveremos chamar «*factos não jurídicos*» ou simplesmente *factos* e só aos que dão lugar a quaisquer *efeitos jurídicos* deveremos chamar *factos jurídicos*.

Mas quais as situações que os motivam, e em que consistem os *efeitos jurídicos*?

Consistem na aquisição, modificação ou perda de direitos subjectivos, responde a maioria dos civilistas.

A tal respeito ensina, por exemplo, entre nós, o *Prof. Cabral Moncada*, que se deve entender como *efeito jurídico* a integrar um *acto jurídico* somente aquele que consiste em fazer *nascer* no interesse de alguém, *modificar* ou *extinguir* um *direito subjectivo* ⁽¹⁾.

Existem no entanto certas determinações de agir, estados, posições jurídicas situadas à parte dos direitos subjectivos que em nada os influem, e, por isso, deverá antes dar-se uma mais lata noção de *facto jurídico* embora precisando-se devidamente tal relevância dos efeitos jurídicos sendo talvez preferível a moderna noção do *Prof. Cariota Ferrara* quando define o *facto jurídico*, como todo o *facto* que determina o nascimento, a modificação ou extinção de um *status*, de uma situação ou posição, de uma qualidade dos sujeitos, de um direito subjectivo ou de um poder jurídico.

(1) Lições de Direito Civil — vol. II pág. 142.

O âmbito da função notarial abarca, para além de alguns *factos jurídicos*, a sua paralela categoria, de muito maior densidade, que se refere a *actos*.

Sejam tomados como subdivisão, sejam como categoria à parte, impõe-se caracterizá-los em ordem à sua génese de factos jurídicos.

E o certo é que só o mundo dos *actos jurídicos* proporciona o material verdadeiramente caracterizante e específico da manipulação notarial.

O pensamento mais vulgarizado, hoje na doutrina, opera tal caracterização à base duma razão de ordem psicológica.

Os «*factos*», produzem-se, segundo tal entendimento, sem intervenção da *vontade* do homem, os *actos*, estes sim, com essa intervenção e em consequência dela.

Os factos serão *involuntários*, os actos serão *voluntários*.

A presença ou ausência da vontade, parece constituir a verdadeira linha divisória, todo o critério discriminador desse importante grupo dos factos jurídicos, constituído pelos *actos jurídicos*.

Acto jurídico será a manifestação de vontade que produz efeitos de direito.

A vontade ausente nos factos jurídicos, mesmo nos factos em sentido estrito, está sempre presente nos *actos*.

Perante tão lato conceito, o acto ilícito também é um acto jurídico, pois a lei, reprimindo-o, faz-lhe corresponder, como efeitos de direito, uma ou mais sanções, uma certa responsabilidade criminal ou responsabilidade civil, uma sujeição a uma pena ou a uma obrigação de indemnizar em dinheiro, ou mesmo às duas coisas conjuntamente.

E se os factos lícitos são, no entendimento geral, os conformes à lei, os ilícitos serão os contrários.

Mas a ilicitude, no campo do direito civil e muito especialmente quanto ao notariado, não se pode considerar em termos tão superficiais e simplistas.

Não entremos em considerações doutrinárias, para que não estamos preparados, e nem aqui teriam cabimento, competindo-nos apenas anotar que nem todos os *efeitos jurídicos*, em sentido genérico, mas só determinados efeitos, os pretendidos, nem tão pouco a *licitude absoluta*, podem delimitar o Notariado.

A seguir-se o caminho de se tomar qualquer contrariedade da lei, como única base para a classificação dos «*actos ilícitos*», deixariam de incluir-se na esfera da função notarial os actos feridos de *nulidade relativa*, contemplando situações débeis, cuja eficácia é muito limitada.

É que tais situações, apesar de carecidas de firmeza, concentram em si duas qualidades opostas, a da *nulidade* e a da *validade*, supondo-se aquela apenas transitória, a aguardar uma expectativa salvadora, — de perfeita convalescença — pela *confirmação*, *rati-ficação* ou *prescrição*.

Existem portanto variados graus de inobservância da lei, desde os actos absolutamente nulos, aos meramente anuláveis, não podendo dizer-se que estes últimos sejam inteiramente contrários à lei, por só temporariamente se acharem viciados e pelo facto da sua debilidade simplesmente interina.

Sob o ângulo do direito privado em que se exerce a função notarial o que nos parece mais apropriado é considerar os actos lícitos ou ilícitos, para efeitos de serem ou não notariados, segundo podem ou não ser praticados sem lesão de interesses legítimos e sem o risco de envolverem responsabilidade civil.

Sendo a fonte de responsabilidade civil a lesão de um interesse elevado à categoria de direito, para o Direito Privado serão actos *lícitos* todos aqueles que os particulares ou entidades públicas, com vestimenta de particulares, *podem realizar dentro da esfera dos seus seus direitos*, e, serão actos *ilícitos*, os outros *que excedem os limites próprios dos direitos dos agentes, violando os de terceiros*.

Mas ambos produzem necessariamente efeitos jurídicos; os primeiros efeitos de aprovação geral pretendidos pelo agente, os segundos, efeitos de reprovação e sanção não desejados pelo agente.

Parece ser mesmo esta a diferenciação admitida pelos *Profs. Galvão Teles e Domingues Andrade* ao subdividirem os actos jurídicos em *lícitos* ou *ilícitos*, segundo lhes correspondem, respectivamente, efeitos jurídicos conformes ou contrários aos intuitos dos agentes e da ordem jurídica.

O primeiro destes grandes civilistas, entre os actos lícitos, considera em primeiro lugar, os actos legislativos e jurisdicionais, uns e outros heterónomos e os *negócios jurídicos*, que têm como corolá-

rio fundamental o princípio da autonomia da vontade e que podem ser unilaterais ou plurilaterais ⁽¹⁾.

B) *A separação dos «actos jurídicos» notarialmente interferentes.*

A primeira grande separação que se impõe fazer, quanto à posição do Notariado, perante os actos jurídicos em geral, é a de que lhe ficam estranhos os de natureza *heterónoma*, praticados mediante interesses que vêm de fora, na realização de desejos de entidade superior às partes contratantes.

Sabe-se que a instituição só trabalha com a *autonomia privada*, na exteriorização de declarações de vontade dos particulares ou do Estado como particular.

Embora a sentença ou o contrato, igualmente, constituam, modifiquem ou extingam as mesmas relações jurídicas de direito privado, o certo é que, no acto jurisdicional, um poder externo se substitui à vontade das partes, na decisão; e, portanto, já não é a vontade que assinala o respectivo acto jurídico.

Numa segunda escolha, entre os actos de autonomia privada, temos depois a considerar que, só em circunstâncias muito excepcionais, pode configurar actos ilícitos, quer tal conceito se entenda como lesão dos legítimos interesses de terceiros, quer como manifestação de vontade contrária ao direito objectivo.

As excepções salientadas na alínea antecedente, a propósito dos actos de *nulidade relativa*, só confirmam a regra.

Ainda que órgão adequado ao livre exercício da autonomia da vontade dos particulares ao prestar-se a solenizar e perpetuar os actos da sua liberdade civil, deve entender-se que ela tem por limites as normas de ordem pública e todos os pressupostos de direito natural.

Foi já há séculos que o Notariado perdeu o seu carácter passivo, de mero autenticador dos factos, deixando à responsabilidade civil das partes todas as consequências do acto, para passar a exercer um contróle de *valorização jurídica* sobre as vontades indi-

(1) «Dos Contratos em Geral» — 1947 — pág. 14 e 15.

viduais manifestadas, quanto à legalidade e eficácia dos efeitos pretendidos.

E por tudo isso o Notariado surge actualmente, nas modernas legislações notariais dos principais países latinos, como «*regulamentador dos interesses privados em ordem à sua verdadeira segurança e eficácia*», e, portanto, afora os *actos anuláveis*, indirectamente permitidos por lei, só excepcionalmente pode autorizar, como vimos analisando nestas duas alíneas, actos que envolvam lesões doutros interesses legítimos.

Talvez só quando as injúrias se mostrem de todo imperceptíveis poderão ser notariados actos *ilícitos*, que de todo o modo ficam bastante distantes do núcleo característico da função, e portanto da meta que procuramos.

Assim, nas diversas espécies de actos jurídicos, não lhe respeitam ou interferem os legislativos, os jurisdicionais, os actos-condições e os ilícitos, só lhes podem aproveitar os *meros actos jurídicos* e os *negócios jurídicos*.

E também destas duas categorias de actos jurídicos, das relações privadas dos cidadãos, neste capítulo depuradas, só a última, como vamos ver, poderá ser instrumento de abstracção para dela se isolar, como a servir de medula constante, o conteúdo substancial do documento autêntico notarial.

Constitui na verdade um problema muito delicado este de separar todos os actos jurídicos em geral, por um lado, em actos jurídicos puros e simples ou meros actos jurídicos; por outro, em *actos jurídicos em sentido estrito* e em *negócios jurídicos*.

Entre nós o *Prof. José Tavares* nunca aceitou esta última classificação, por entender que na definição de *negócio jurídico* está o que na linguagem tradicional se chama o acto jurídico no seu sentido próprio ou técnico ⁽¹⁾.

(1) «*Princípios Fundamentais do Direito Civil*». Vol. II Conceito de Acto Jurídico.

2 — MODERNO CONCEITO DA FIGURA DO «NEGÓCIO JURÍDICO»

A) *Características que distinguem o «negócio jurídico» dos demais actos jurídicos em sentido rigoroso.*

Mas entre os factos jurídicos voluntários, mais propriamente entre as manifestações da vontade *privada* para realização dum interesse que seja *lícito*, porventura existirá a possibilidade de mais uma depuração?

Será possível isolar do conceito do acto jurídico propriamente dito, ou de sentido *estrito*, um novo conceito, com a denominação de *negócio jurídico*, que exclua da sua teoria as acções da vontade humanas lícitas, destinadas a fins que a lei reconhece e garante, mas, predominantemente, ligadas a factos materiais ou físicos, isto é, exclua a acção directa ou imediata sobre objectos materiais do mundo exterior, como a ocupação, a tomada de posse, ou a construção, a sementeira, a plantação, em terreno alheio?

Poder-se-ão separar, para um lado, os factos em que se atende mais ao resultado material da acção do que ao fim que a vontade teve em vista, e para outro então, sim, a parte da teoria geral e unitária do acto jurídico, na espécie dos actos de aquisição, modificação e extinção dos direitos patrimoniais ou pessoais?

Enfim, dentro do conceito lato do acto jurídico, poderá criar-se um conceito mais restrito, do «*acto jurídico propriamente dito*», no sentido de actos lícitos cuja eficácia jurídica resulta exclusivamente da vontade do agente?

Uma grande parte da doutrina moderna assim o aceita.

A actual literatura jurídica italiana, na autorizada classificação do Prof. *Cariota Ferrara*, estabelece a arrumação dos factos voluntários lícitos ou actos jurídicos em geral, em três categorias:

- 1 — *Actos jurídicos puros e simples ou meros actos jurídicos;*
- 2 — *Actos jurídicos em sentido estrito;*
- 3 — *Negócios jurídicos.*

Serão os primeiros simples manifestações de vontade em geral, tendentes a produzirem efeitos jurídicos duma maneira abstracta, vaga e ideal, (a construção, a inventariação, os registos ou semelhantes). Serão os segundos manifestações de vontade, já com

vista a um fim determinado, mas sem que exista ainda uma congruência exacta entre a vontade e os efeitos do acto, (a interpelação do devedor para que pague a dívida, produzindo efeitos de *mora debendi*; a posse e a ocupação, quando o ocupante ignorando que a coisa é *nullius*, tendo apenas a intenção de praticar um acto material, destituído de valor jurídico, vem a tornar-se verdadeiro proprietário).

Serão os últimos, os *negócios jurídicos*, as declarações de vontade em que se visam não só efeitos jurídicos, mas resultados práticos, directamente queridos pelos seus agentes.

A linha de separação dos actos jurídicos, em sentido estrito, estará precisamente em que a vontade tem relevância, não por manifestar-se, mas pelo fim e conteúdo concreto da sua manifestação.

E a distinção parece ter muita utilidade e interesse, porque boas autoridades sustentam que aos actos jurídicos em sentido estrito não se podem aplicar as mesmas regras que valem para os negócios jurídicos e nunca se poderá achar qualquer afinidade entre os seus elementos constitutivos, como aliás muito diversos são os respectivos valores e funções.

O acto jurídico em sentido estrito, não exige a *capacidade*, no sentido de capacidade natural, nem a *causa*, entendida como elemento essencial dos negócios, e, quanto à *forma* ninguém poderá pensar que uma forma exigida por lei para um negócio, deva considerar-se necessária para esses outros actos jurídicos, ainda que porventura venham a produzir resultado igual ou análogo: assim a escritura exigida para as transferências imobiliárias não se exige, certamente, para ocupação imobiliária, mau grado possa esta também vir a provocar a aquisição de direitos de propriedade ⁽¹⁾.

Quanto à literatura jurídica portuguesa pareciam até agora ser do *Prof. Domingues de Andrade*, os textos onde melhor aparecia estabelecida a procurada distinção:

«Os factos voluntários lícitos, a que se pode chamar actos jurídicos em sentido lato, comportam por seu lado diversas modalidades. Há que distinguir antes de mais nada os

(1) Cariota Ferrara — «El Negócio Jurídico». Madrid. 1956. Cap. III n.º 11 — «Actos jurídicos en sentido estrito y negocios jurídicos». pág. 30.

negócios jurídicos e os simples actos jurídicos (*em sentido estrito*). Os negócios jurídicos são *acções humanas* (actos voluntários; mais precisamente — *declarações de vontade*) lícitas, a que a ordem jurídica atribui efeitos dum modo geral concordantes com a vontade dos seus autores. Os efeitos dos negócios jurídicos são, «grosso modo», aqueles mesmos que foram ou aparentavam ter sido queridos pelos seus autores e a lei determina a produção desses efeitos justamente por assim terem sido queridos. Os efeitos destes factos produzem-se portanto *ex-voluntante* e não apenas *ex-lege*. Como exemplos de negócios jurídicos temos o testamento e qualquer contrato (*empréstimo, compra e venda, etc.*). O testador quer que os seus bens tenham certo destino e a lei manda que eles na realidade tenham esse destino, e isto em homenagem à vontade testatária expressa no testamento. *Mutatis mutantis* se passam as coisas nos contratos. Os simples actos jurídicos, são *acções humanas lícitas*, cujos efeitos jurídicos, embora eventualmente — ou até normalmente — concordantes com a vontade dos seus autores, não são todavia determinados pelo conteúdo desta vontade, mas directa e imperativamente pela lei independentemente daquela eventual ou normal concordância. Neste sentido se diz que os efeitos destes actos se produzem *ex-lege*, não *ex-voluntante*. Assim a interpelação do credor ao devedor, nos termos do art.º 711.º, n.º 2 e §§. Por meio deste acto o credor significa ao devedor, nas obrigações sem prazo (*puras*), que pretende o pagamento imediato (art. 711.º, § 1.º). Daqui faz a lei derivar a situação que tem o nome de *mora do devedor* (*mora debitoris*), com os seus vários efeitos».

«Ora é claro que o credor pode não pensar, e de facto muitas vezes não pensará nestes efeitos, e todavia eles sempre se produzirão, não se preocupando a lei, para determinar que eles se produzam, com saber se eles foram ou não pensados e queridos pelo credor interpelante».

E resume o mesmo Mestre, Prof. Domingues Andrade, sob o tema «*Conceito e Elementos do Negócio Jurídico*»:

Há lugar a negócios jurídicos não só no campo das obrigações, dos direitos reais ou das sucessões, como até no dos direitos de família. Em todos estes domínios do direito privado há lugar a exercitar-se, por meio dos negócios jurídicos, e com maior ou menor amplitude, a livre auto-determinação dos particulares. A maior parte dos negócios jurídicos, porém, destina-se a produzir efeitos de ordem patrimonial — nota,

que, aliás, salientamos desde logo ao delinear o conceito desta figura jurídica ⁽¹⁾.

O clássico sinal dos efeitos jurídicos dependerem ou não da vontade real das partes parece ainda manter-se, como espinha dorsal, do Projecto, no texto oficial do Livro Primeiro, na já publicada revisão ministerial do futuro Código Civil.

Efectivamente o Sub-Título «Dos Actos Jurídicos» divide-se em dois capítulos, tratando o primeiro do *Negócio Jurídico* e o segundo dos *Simple Actos Jurídicos*, e, seguindo sempre na esteira do *Prof. Domingues Andrade* refere os últimos como sendo aqueles cujos efeitos fundamentais a lei não fixe em obediência à vontade real das partes. Embora não chegue o novo Código a definir o negócio jurídico, vincadamente dá a entender que será caracterizado pelos efeitos práticos da manifestação de vontade ao referir que a declaração negocial se manifesta por expressão directa da vontade ou por factos dos quais a declaração necessariamente se deduza.

Mantem-se pois nos planos legislativos as denunciadas indicações da primeira doutrina nacional a respeito do negócio jurídico em que a *vontade* era considerada como elemento essencial e quase soberano dogma. Pressente-se que continuará entre nós o sistema de considerar o *negócio jurídico* senão como o simples acto jurídico, em sentido restrito, como o acto jurídico propriamente dito ⁽²⁾.

B) Doutrina nacional e estrangeira sobre a moderna concepção perceptiva do Negócio Jurídico.

Bem mais moderno e conducente com as inovações das doutrinas italianas nos parece o conceito de negócio jurídico que figura directa ou indirectamente enunciado pelo insigne civilista *Prof. Galvão Teles*.

Sob a rubrica «*Negócio Jurídico e outros actos lícitos*» ensina-nos: «Os chamados conflitos inter-subjectivos de interesses,

⁽¹⁾ Lições..., cit. pág. 27 e seguintes.

⁽²⁾ Prof. Cabral Moncada — Lições de Direito Civil, vol. I, pág. 161.

têm de ser disciplinados e resolvidos por *preceitos jurídicos* — para que na vida social reine a paz e a harmonia».

«Uns são gerais e abstractos, regulam uma série indefinida de casos reais. Para estes se devem reservar as palavras *norma* e *regra* que implicam uma generalidade.

Os restantes (*preceitos jurídicos*) são os concretos e particulares, dirigem-se não a uma categoria inteira de conflitos de interesses, desenhada num plano abstracto, mas a um conflito real e singular.

A compra e venda, a doação, o testamento, — continua o grande civilista e estadista — encerram verdadeiros *preceitos jurídicos*. «Os preceitos individuais representam uma conquista relativamente moderna da ciência jurídica — a que se não podem negar méritos».

«A cada passo, com efeito, aqueles a quem dividem interesses opostos, se aproximam para os regular pelo jogo das suas vontades.

É isto que se chama *autonomia*, palavra que quer dizer em Direito auto-determinação, auto-disciplina, actividade e poder de regulamentação de interesses estabelecidos pelos próprios titulares.

Os actos praticados nestas condições, fruto e aplicação do princípio da autonomia, são os *negócios jurídicos*».

«Não é da sua essência a faculdade de livremente estabelecer, com independência da ordem jurídica, o alcance, os contornos, a extensão e intensidade da regulamentação de interesses que forma o conteúdo do acto».

«Exige-se *auto-regulamentação* não se requer *auto-regulamentação livre* ⁽¹⁾».

*

Parece que o conceito de *negócio jurídico* se deve, na moderna literatura jurídica, a certo processo de abstracção realizado pela doutrina alemã no começo deste século.

Foi porém na Itália, e só nos últimos cinquenta anos, que se elevou à categoria de definitiva figura jurídica, mediante produto de uma laboriosa construção científica.

Entre os tratadistas transalpinos três tendências se manifestam na construção conceptual do *negócio jurídico*.

(1) «Dos contratos em geral» pág. 6 a 11.

Uma dessas tendências persiste em manter a vontade como elemento essencial da nova figura (*concepção subjectiva*).

A outra ao contrário, entende que não é na vontade, mas na regulamentação vinculante dos interesses que reside o seu elemento essencial, e portanto não se pode qualificar o negócio como declaração de vontade mas sim como declaração perceptiva reguladora das relações privadas (*concepção objectiva*).

E surgiu com muita propriedade quem defendesse uma posição intermédia (*concepção mista*).

Como a primeira, que põe a essência do negócio jurídico só na verdade, hoje se acha ultrapassada perante as críticas tão certas de que foi objecto, começaremos pela intermediária, a que aceita, sim, o dogma da declaração de vontade, mas só quando dirigida a um fim prático.

Semelhante propósito na combinação dos dois conceitos opostos ficou a dever-se ao eminente catedrático da Universidade de Nápoles, Cariota Ferrara, que definiu o negócio jurídico, sinteticamente, pelos elementos que o compõem e pela disciplina a que está sujeita, do seguinte modo: é a manifestação de vontade que se dirige a um fim prático e que o ordenamento jurídico tutela, tendo em conta também a sua responsabilidade, a dos sujeitos e a confiança dos demais.

Mitiga-se assim a importância da manifestação da vontade com a força dos princípios da responsabilidade e da confiança.

Sustenta *Cariota Ferrara* que ao contemplar-se qualquer negócio surgem sempre simultaneamente a par do acto de vontade, a força do preceito ou regulamento, pois se as partes tendem sempre a um resultado prático, devem ser bem combinadas as teses da natureza volitiva e da natureza perceptiva do negócio.

E, a concluir, ensina-nos que, se argumentos podem ser produzidos contra o dogma do império absoluto da vontade, isso não força a destruir a concepção mais corrente do *negócio jurídico* e só a sujeitá-lo ao princípio da vontade juntamente com os princípios da responsabilidade e confiança que a limitam ⁽¹⁾.

(1) «El Negócio Jurídico» tradução espanhola, de Manuel Albaladejo, Madrid — 1956, pág. 57.

Nesta mesma corrente intermédia parece também alinhar o grande civilista italiano *Roberto Rugero* ao definí-lo como declaração de vontade de qualquer particular movida a um fim protegido pelo ordenamento jurídico ⁽¹⁾.

Contudo a corrente mais recente, e que parece predominante é aquela que a si mesma se denomina *objectiva* ao entender que o *negócio jurídico* tem uma *essência normativa* e um *conteúdo perceptivo*.

Define-o como o acto em que os particulares procuram regular por si mesmo os seus interesses nas suas recíprocas relações: acto de autonomia privada, no sentido de auto-regulamentação entre os mesmos interessados.

Os seus autores dizem que o ordenamento jurídico reconhece a autonomia privada se não como fonte de normas jurídicas, pelo menos como fonte criadora de relações jurídicas aptas a gerar vínculos entre os pactuantes.

O mais destacado porta-estandarte deste revolucionário conceito, que veio imprimir ao negócio jurídico puro sentido normativo, qual disposição, regulamentação ou *preceito da autonomia privada*, em ordem aos interesses de quem o estabelece, veio a ser *Emílio Betti*.

A declaração incorporada no negócio já não terá qualquer valor psicológico, antes o valor de uma determinação ordenativa, qual linha de conduta em que cada particular dita uma regra às suas próprias relações com os outros, enfim, estabelece uma relação de valor normativo.

É a estabilidade do negócio que está em primeiro plano na regulamentação dos interesses, em ordem ao futuro; a vontade só ocupa o segundo plano, como endereça à sua realização prática.

A vontade será sua simples geratriz e já não o conteúdo.

A vontade, como facto psíquico interno, é anterior, confunde-se com a presença da pessoa, e só o preceito surge na sua declaração, pela força própria da sua essência normativa, e toma vida como entidade duradoura, separada da pessoa do autor.

Assim costumam expor os tratadistas esta moderna concepção do negócio jurídico atribuindo-a à reputadíssima autoridade

(1) *Instituzione di diritto civile*. vol. I, Messina, 1940, pag. 98.

de Betti que o define como: «Acto pelo qual cada particular regula os seus próprios interesses, nas suas relações com os outros, (autonomia privada) e a que o direito confere os efeitos mais conformes à função económico-social que caracteriza o seu tipo» ⁽¹⁾.

- C) *Negócio jurídico como objectivo constante e permanente da Função Notarial e sua consagração na legislação portuguesa como «Auto-Regulamentação da Autonomia Privada protegida pela Tutela Notarial».*

Como direito notarial é apenas uma parte do Direito da Forma, como que um *DIREITO DE FORMA DA FORMA*, a visar exclusivamente a *autonomia privada*, importa que alinhe as suas ombreiras com os conceitos que se lhe acham estabelecidos, na melhor doutrina portuguesa, destacando-se novamente o insigne privatista *Prof. Galvão Teles*.

Atenda-se por isso ao que ele vem ensinando sobre tal *autonomia*.

«Não se deve interpretar a ideia de autonomia como significando o poder de determinar livremente, dentro de certos limites, o conteúdo do acto jurídico. Em muitos casos as partes não só têm a possibilidade de praticar o acto de que provirá para os seus interesses nova regulamentação jurídica, como têm ainda a liberdade de fixar os termos dessa regulamentação, contra ou para além do estatuído na lei. Então a autonomia é grande, porque se refere ao se e ao como do acto: se há-de ser celebrado e como há-de sê-lo».

«Mas o princípio de autonomia não necessita ir tão longe, e compadece-se com limitações».

«Basta a possibilidade de os interessados disciplinarem por si as suas relações, posto que em inteira harmonia com um modelo inflexível, de que não podem desviar-se e cuja aplicação àquelas relações se limitam a provar» ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Emilio Betti (Teoria generale del negozio giuridico. Turim. 1943. pag. 42). Trad. espanhola. Madrid. pag. 51.

⁽²⁾ «Dos contratos em Geral», pag. 10 e 11.

A autonomia privada, não pretende, na verdade, possuir um carácter de soberania ou pressupor um poder estatutário originário, mas somente obter uma *concessão* ou seja uma *autorização* para a auto-regulamentação das relações jurídicas que, no campo do direito privado, todo o indivíduo tem a possibilidade de criar, disciplinar e fazer perdurar, sempre que não sejam proibidas por lei, edentro dos limites impostos por ela.

Esta possibilidade de auto-regulamentação dos interesses particulares é máxima nos actos jurídicos de natureza obrigacional, muito atenuada nos vários tipos de direitos reais, admitidos por lei, que só toleram as figuras aí consignadas e é mínima nos actos de direitos de família.

E o principal instrumento desta autonomia é o negócio jurídico de característica ou feição normativa que assinalámos no número anterior segundo a particular integração jurídica que lhe imprime a função notarial.

Portanto a *missão notarial* vem a consistir numa «*tutela sobre a regulamentação do negócio jurídico*».

Noutro trabalho e local estudaremos qual a natureza jurídica dessa tutela e a forma da sua realização prática.

Por agora, cumpre dizer que a regulamentação dos interesses e direitos privados, para que tenham eficácia e segurança no seu verdadeiro aspecto jurídico ou de simples direito substantivo *legalidade material* é o primeiro dos aspectos que reveste o conteúdo da função notarial.

Apesar da sua perfeita unidade exterior, espelho do comportamento concomitante do notário e das partes interessadas, todo o acto notarial de conteúdo negocial, reflecte o exercício de *duas* actividades bem distintas, a primeira respeitante à tutela dos direitos enquadrados e outra respeitante à fé pública propriamente dita.

A primeira foca o negócio jurídico em si, principal amparo da tutela pública e a segunda respeita à autenticidade do documento que o exprime.

Uma contempla à regulamentação dos interesses privados como tais, (*negotium*) a outra limita-se ao cumprimento das formalidades externas próprias da função pública (*instrumentum*).

Ambas as actividades são específicas da função, a primeira como actividade científica do profissional do Direito e a segunda

como actividade constadora do órgão do Estado, agindo as duas na missão especialíssima de autenticar quando evidenciam e protegem certos direitos de relevância na normalidade jurídica.

Esta actuação de carácter regulador, vem sendo acentuada nos modernos trabalhos notariais, como na tese apresentada ao Congresso Internacional do Notariado Latino, de Paris, por *Rufino Larraud*, referindo que toda a actividade do notário, em última análise, se manifesta em duas espécies de funções: a) uma directiva; b) outra propriamente documental.

*

Daí a necessidade de atentarmos no aspecto relevante do negócio jurídico como *regulamentação* dos direitos subjectivos, no sentido de que a tutela notarial tem por missão específica sancionar essa regulamentação e terá de exercer-se, como já vimos, não só quanto à verdade dos factos, (*autenticidade*) da realização do negócio jurídico, mas, principalmente, quanto à legalidade interna (*polícia jurídica*) do mesmo negócio.

Por agora, o que desejamos apontar é que, segundo nos parece, este novo conceito de negócio jurídico como «*acto solene protegido da tutela notarial*», já se acha consagrado na legislação portuguesa em obediência às modernas tendências estrangeiras no duplo aspecto de regulamentação integral do âmbito que venha a ter o acto na sua substância e forma.

Tal conceito comporta a noção de um acto oficial solene, já contendo a regulamentação do conteúdo de declarações de vontade dirigidas a um fim desejado e protegido pelo Direito, e só assim a autenticação de acto formal simultâneamente implicará uma específica tutela para a realização normal dos direitos subjectivos.

O conceito legislativo de *negócio jurídico* teria talvez passado já, entre nós, a *acto de direito substantivo notariado*, que se apresenta como acto jurídico extra-judicial de direito privado, íntegro e perfeito, juridicamente tutelado eficaz e válido, directamente oposto ao acto judicial, emanado dos tribunais.

Tal sentido começa a surgir bem patente na actual legislação portuguesa.

Porém, no projecto do Decreto n.º 508, publicado no «Diário das Sessões» — Actas da Câmara Corporativa, n.º 44 de 2 de Abril de 1955 — VI Legislatura (1955), — destinado à regulamentação do regime jurídico da «propriedade horizontal» ou «propriedade por andares», a expressão «*negócio jurídico*» figura, no art.º 2.º desse diploma, no sentido de *acto de direito privado assistido da tutela notarial*.

Vejamos a respectiva redacção: — «O regime da propriedade horizontal pode ser instruído por *negócios jurídicos* ou por decisão judicial, mediante a especificação das partes correspondentes de cada fracção autónoma do edifício.

Se não tiver sido fixado no título constitutivo, o valor de cada fracção será determinado por acordo dos interessados, expresso em documento autêntico, ou por arbitramento judicial».

Por sua vez, a Câmara Corporativa, ao ser consultada nos termos constitucionais, a respeito deste projecto de decreto n.º 508, deu-lhe plena concordância, considerando-o apto a ser promulgado, mas sugerindo que, em vez de o ser sob a forma de decreto-regulamentar, o fosse antes, sob a forma de decreto-lei, dada a grande importância do assunto.

E assim sucedeu ficando no diploma vigente, o Decreto-Lei, n.º 40 333 de 14 de Outubro de 1933, a redacção seguinte:

«Art.º 2.º — *O regime de propriedade horizontal pode ser constituído: 1.º — Por negócio jurídico, incluindo a partilha extrajudicial;*

... ..
§ único. — *Considera-se, para os efeitos legais, título constitutivo da propriedade horizontal segundo as hipóteses: 1.º — O negócio jurídico a que se refere o n.º 1.º do corpo deste artigo;»* (¹).

Mas o primeiro diploma de direito positivo vigente, que nós saibamos ter consagrado a expressão «*negócio jurídico*» como manifestação de vontade extrajudicial com feição normativa, na

(¹) «Actas da Câmara Corporativa» — VI Legislatura — 1955 — N.º 56. — pág. 591.

plena regulamentação dum pretendido contrato, foi o decreto n.º 34.455 de 22 de Março de 1945, ao dizer no seu art.º 1.º: — «São nulos os «negócios jurídicos» que tenham por objecto...» ⁽¹⁾.

*

O que portanto parece radicar-se no ordenamento jurídico nacional, como no de outros países latinos, é esta tendência de atribuir novo e expressivo significado e alcance para o termo «*negócio jurídico*», numa sua concepção inteiramente diferente da que vem sendo atribuída aos demais actos jurídicos.

O «*negócio jurídico*» seria somente o acto jurídico protegido pela tutela notarial, visto que segundo a sua moderníssima concepção implica sempre uma regulamentação pelas partes dos seus próprios interesses ou poderes individuais mediante um ordenamento oficial que, por motivos de interesse público, o Estado cria e impõe com vista a determinados efeitos: ordenamento preceptivo indispensavelmente expresso na *tutela notarial*.

Esta moderna acepção do termo teria mesmo provindo do progresso que nos últimos anos se tem verificado no campo do direito privado do mundo ocidental pela intervenção directa e concreta do Estado na regulamentação dos interesses individuais.

Como, neste aspecto da documentação, é feita uma chamada de presença à Função, ter-se-ia já consagrado essa expressão de *negócio jurídico* como resultado da protecção notarial na eficácia dos actos jurídicos de direito substantivo, extrajudicialmente praticados, ou seja, ter-se-ia conferido ao termo um sentido da dação jurídica da forma das declarações de vontade, tanto na estruturação dos conteúdos negociais como no preenchimento oficial das precisas formalidades, quanto à evidência, certeza, e prova dos actos da auto-regulamentação da autonomia privada.

A intervenção do Estado ter-se-ia consolidado não só por motivos dos interesses privados regulados, mas também por outros

(1) O diploma foi promulgado durante a última guerra, para salvaguarda dos direitos dos respectivos nacionais e legítimos proprietários quanto aos bens de que tivessem sido esbulhados por actos de confisco ou ocupação militar.

gerais e superiores, com vista ao desenvolvimento de processos públicos ou então de exigências fiscais.

Nesta ordem de ideias ter-se-ia confiado à tutela normativa notarial o sinal que passou a distinguir o acto de constituição, modificação ou extinção de direitos dos demais, inteiramente idênticos, mas praticados verbalmente ou por escritos particulares, para os quais, em contraposição, teria restado a designação de *simplex acto jurídico*.

Ter-se-ia criado porventura uma nova categoria de actos jurídicos, encerrando na sua forma solene uma privilegiada eficácia?

A prevalecer tal concepção, como assim o defendem os recentes trabalhos dos notarialistas italianos, ter-se-ia ultrapassado aquele conceito que, ao tempo, foi de grande novidade no Código Civil Soviético a vigorar desde 1 de Janeiro de 1923.

Efectivamente o diploma geral de direito privado da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, mesmo na última redacção introduzida pelas modificações de 1945 e 1947, ainda mantém no seu art.º 26.º, o primitivo conceito do «*Negócio Jurídico*» como significado todos os actos de constituição, modificação e extinção de direitos, nas relações jurídicas da autonomia privada, podendo ser unilateral ou bilateral, e no art.º 27.º, em própria discriminação de que um negócio jurídico pode ser praticado verbalmente ou por escrito dividindo-se em: 1) simples; 2) autenticado por notário ⁽¹⁾.

De resto, muito embora o Código russo exija a forma de escritura para todos os contratos de venda com objecto superior a 500 rubros ou doação superior a 1000 rubros, e em todos os contratos entre instituições do Estado de carácter público, o certo é que, esse Código ainda mantém a forma simplesmente verbal ou de meros escritos particulares autenticados para muitos actos da vida privada, atento o respeito pela liberdade de forma, antes dos últimos estudos da enunciada elaboração doutrinal dos autores germânicos para a nova figura privatista do *negócio jurídico* sob o *dirigismo* de certo órgão da Administração.

Espanta porém que na Rússia, pelo seu elevado nível, ainda

(1) «IL CODICE CIVILE DELLA RUSSIA SOVIETICA». *Esposizione e confronto con il Codice italiano* por Andrea de Capua. — Milão. — 1948.

que país fora das esferas do ocidente, se mantenha semelhante contraposição de escritos particulares a documentos notariais dentro do mesmo enquadramento ou designação de *negócio jurídico*, pois a *tutela notarial* é agora a principal característica do negócio jurídico do mundo latino onde ele se distingue — diz *Pietro Carusi*, — dos outros negócios praticados sem intervenção do Estado em que a autonomia perceptiva é pleníssima ou pelo menos muito ampla.

É que, modernamente, o *negócio jurídico* significa uma regulamentação e determinação funcional por parte de um órgão do Estado, para com aceitação destes, evidenciar aos particulares os seus interesses, com os efeitos tutelados no ordenamento jurídico ⁽¹⁾.

Isto deve vir a resultar da premente concorrência de novos interesses gerais do Estado, administrativos, judiciais, sobretudo fiscais, com tais interesses particulares da autonomia privada que outrora inteiramente preenchiam por si mesmos o conceito do negócio jurídico.

A forma notarial teria assim passado de simples conveniência a elemento constitutivo permanente e essencial de todo o negócio jurídico?

Não pretendemos afirmá-lo, pois estulta pretensão seria a nossa, excluir das classificações habituais dos tratadistas outros negócios jurídicos, já que, vulgarmente, os classificam em negócios solenes e não solenes.

Mas vê-se qual a tendência dominante e o que não receamos sustentar é que a forma jurídica da tutela notarial tem uma relevância essencial em tal figura privatista dominando quase por completo o moderno conceito de negócio jurídico, para mais nos países, como o nosso, em que chega a constituir forma de *ser* ou *existência* da quase totalidade dos actos de constituição, modificação ou extinção de direitos patrimoniais.

Mesmo este sentido, que se vinca na legislação portuguesa, ao empregar-se a expressão negócio como sendo o acto já protegido pela tutela notarial, só válida a posição mais moderna e de maior aceitação da nova figura de Direito segundo a consagrada

(1) Moderna Concezione del negozio jurídico. Ob. cit. pg. 22.

definição que o sábio catedrático de Nápoles, e seu supremo conciliador, lhe veio dar: «*manifestação de vontade dirigida a um fim prático e que o ordenamento jurídico tutela, tendo também em conta a responsabilidade dos próprios sujeitos e a confiança dos demais*» ⁽¹⁾.

(1) L. Cariota Ferrara — «El Negócio Jurídico» — tradução do italiano para o espanhol de Manuel Albaladejo. — Madrid, 1956, pág. 58.

CAPÍTULO III

A AUTENTICAÇÃO NOTARIAL E SEU SIGNIFICADO CARACTERIZANTE NA ORDEM JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

1 — TUTELA ADMINISTRATIVA DA CONJUGAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO COM OS INTERESSES PRIVADOS COMO REALIDADE PERMANENTE E NOÇÃO UNITÁRIA DO «ACTO NOTARIAL».

Pode dizer-se que todo o ordenamento jurídico gravita em torno deste conceito fundamental: *o interesse*.

A dogmática coloca-o, presentemente, ao centro de toda e qualquer construção jurídica, sendo também vulgar afirmar-se ser a espinha dorsal do estudo dos direitos subjectivos no seguimento dos conhecidos teoremas de *Ihering* para quem o «interesse» é o «pressuposto imprescindível de toda a acção, na vida do direito privado, e mais propriamente do *negócio jurídico*».

Sabe-se como ficou célebre o grande lema deste insigne doutrinador ao definir o direito subjectivo como «*o interesse juridicamente protegido*».

Até há poucos anos, efectivamente, a doutrina dominante impunha essa característica infalível, embora só a aplicar-se nessa grande zona do Direito.

Últimamente, porém grandes escritores de direito público, como *Guido Zanobini*, *Armando Regina*, *Leopoldo Picardi*, *Salvatore Romano* e até *Francisco Carnelutti*, se servem da noção de interesse sem ser no campo do direito subjectivo.

É que se verifica agora certa revolução no conceito histórico do interesse, como predicado individual, a considerar que o autêntico interesse, o legítimo, só dum modo indirecto pertence ao indivíduo, pois que o Estado antes de tudo procura o interesse da comunidade nacional.

Processa-se nos nossos dias uma verdadeira publicização no ordenamento jurídico em que o Estado intervém agora mais di-

rectamente no Direito Privado, para o subordinar a determinada tutela, com vista ao bem geral, sobretudo na esfera do Direito Comercial, para cujo exercício se prescrevem agora muitas licenças de natureza administrativa, de modo que o particular passou a ser titular, não só duma universalidade de interesses morais e económicos, como também, perante a Administração, dum «interesse» específico de possuidor de um direito de exercício no campo do tráfico, modernamente regulamentado.

Nesta verdadeira gama de interesses que as leis modernas movimentam em ordem ao fim da harmonia social, sòmente os inerentes à personalidade humana, são tutelados essencialmente com vista ao indivíduo, visto que os demais, os relativos ao exercício dos mesmos direitos, no meio económico, só indirectamente o são, pois a Administração Pública visa principalmente o interesse social ao estabelecer a disciplina da vida económica.

Alguns aspectos desta tutela administrativa já se evidenciavam quando uma associação ou organização eclesiástica, ou qualquer outra pessoa moral perpétua, pretendia aceitar um legado ou doação, ou mesmo fazer uma aquisição a título oneroso, — não nos referimos directamente ao direito positivo português — ou quando sobre esse legado ou doação a um herdeiro legitimário incidia a obrigação de conferência em favor dos restantes herdeiros legitimários, pois a autorização do Governo, no primeiro caso serve um interesse público contrário à formação de bens de mão morta, e o segundo, um interesse de natureza familiar que faz da legítima expectativa própria da instituição sucessória.

Por isso é que, para certos inovadores de semelhante temática jurídica como *Picardi*, toda a visão do direito subjectivo se contempla como «*um interesse dotado de particular reconhecimento que na sua manifestação mais relevante e fisiológica, se concretiza na tutela obtida através do negócio jurídico, ou melhor dito, pela actuação do Estado, na esfera privada, através da função notarial*».

Perante estas modernas tendências, que não são bem de publicização do Direito Privado, no sentido da inteira invasão das relações privatistas, mas da sua integral regulamentação, o Estado, surge, como supremo *árbitro*, a regulamentar todos os variados interesses, particulares, gerais, patrimoniais e morais dos particulares ou instituições, impondo-os, mediante a fé pública, e no res-

peito dos bons costumes, seja pelo seu enquadramento abstracto, na norma, seja pela constatação de situações convertidas com força de verdade legal, ou seja, por último, *pela tutela directa e immediata dos interesses na sua biologia normal, mediante a feitura do documento autêntico extrajudicial*.

Os interesses particulares, se de todo se não tornam de direito público, pelo menos, passam a ser absorvidos pelo conceito do social no sentido de personalidade estadual ou da comunidade nacional.

*
* *

Ainda que não inteiramente publicizados, os *direitos subjectivos* subordinam-se agora ao conceito basilar da tutela dum interesse, simultâneamente privado e público.

Como resultado desta tendência, para tutela desses interesses mistos, é que se impõe — diz CARUSI — «*a intervenção do Estado, pela função notarial, para validade de todos os contratos e contrôle dos respectivos negócios jurídicos*»¹.

Estes, embora obedecendo, por livre iniciativa da autonomia da vontade, às solicitações de ordem pessoal ou patrimonial que lhes dão origem portanto, a «interesses *particulares*», não deixam de estar sujeitos a tutela do «*interesse público*», na sua própria forma solene já que não podem ser contrários aos fins do Estado, à moral, ordem pública e bons costumes, como preceituam os regulamentos do Notariado.

O Estado, por outras palavras, só confere aos indivíduos a específica tutela notarial para proteger interesses que não sejam contrários a outros mais elevados, de interesse geral, sendo disto um exemplo a limitação da taxa do juro, nas escrituras de empréstimo.

Eis as razões por que o ângulo visual do notariado abrange sempre uma imensa gama de interesses que a função enlaça, rela-

(1) Ob. cit. cap. II «*Dinâmica e Qualificazione degl'interessi*». pág. 8.

ciona, e algumas vezes reprova, negando a sua intervenção, embora na generalidade os aprove, prestando a sua *autorização*.

Com toda a propriedade pôde dizer *Pietro Carusi* que num cartório notarial, o notário, opera, sob um alcance caracteristicamente negocial, pois que todos os protagonistas, mesmo as testemunhas, que intervêm no interesse da publicação do acto, todas as formalidades e documentos, se unem por uma imensa gama que proporciona uma noção unitária: *«tudo se reduz a uma tutela de interesses que se movimentam na repartição sob a vigilância do funcionário, o Notário, o seu interesse no documento, os interesses comuns às duas partes ou interesses contraditórios entre elas.*

O «negócio jurídico notarial», *será assim um interessante ponto de encontro de várias manifestações da vida jurídica, que em síntese, nos pode oferecer um belo campo para a construção duma teoria sobre a essência da função notarial, fundada exactamente nesse elemento base que é o interesse do negócio jurídico.*

É o próprio «interesse» — frisa o mesmo autor — o elemento que permite considerar o negócio notarial em posição paralela a uma sentença ou a uma lei».

Confluem, pois, no documento autêntico, tal como na esfera legislativa e judicial, uma série infinita de interesses provenientes de diversos titulares, cuja disciplina e subordinação se impõe como mais alto predicado da função.

Vê-se hoje em dia que o direito de propriedade ou o exercício do comércio necessitam de se conjugar com licenças administrativas ou imposições fiscais, o que se vem a reflectir na *configuração jurídica* e nas *cláusulas de redacção*, dados os fins de eficácia dos actos notariais.

E por isso, ao encarar-se o Notariado, deve hoje ter-se em conta que é à roda do «interesse», na sua verdadeira projecção social, que melhor se sente ou aceita a imposição duma *«tutela administrativa»*, ao lado das tutelas legislativa e judicial, para garantia da validade e contrôle do negócio jurídico.

O «interesse» através do ângulo da sua graduação na esfera dos interesses privados, em ordem ao interesse público, constitui, no entender de *Carusi*, o ponto cardeal para a construção da teoria do negócio jurídico notarial.

Talvez influenciado por *Zanobini*, na sua feliz concepção da

existência duma *administração pública dos interesses privados*, no âmbito da qual se tem de compreender o Notariado, ele aponta o acto notarial como resultante de dois factos diversos : um de natureza jurídica compreendendo as qualificações, denominações, configurações e a própria regulamentação dos interesses privados e outro de natureza probatória compreendendo as comprovações do acto público.

Conclui que estes factos, do *conteúdo* e da *tutela*, se fundem no todo orgânico e unitário da *regulamentação*, de modo que o notário exerce uma função administrativa quando tutela a regulamentação negocial a servir de órgão indirecto do Estado ⁽¹⁾.

2 — SENTIDO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DOS DIREITOS PRIVADOS NA TUTELA EXTRAJUDICIAL QUE É O NOTARIADO.

Sem dúvida, o Notariado, mesmo sob a designação de órgão de autenticação, como figura consagrado no Código Civil Soviético, pouco ou nada interfere acerca da *forma* se a entendermos concebida como simples acto de exteriorização da vontade, ou seja fenómeno físico-psíquico, porquanto, nesse aspecto, a forma é simples requisito do negócio, elemento paralelo aos demais requisitos genéricos, como a capacidade, o consentimento, o objecto e a causa.

Efectivamente, toda a declaração de vontade necessita duma forma que é o próprio comportamento declarativo, de uma acção idónea para exteriorizar o respectivo conteúdo da vontade.

Trata-se de um comportamento em que *aparece* expresso determinado teor volitivo, como puro elemento de matéria contractual, e que pertence exclusivamente ao direito civil.

Por exemplo, quanto aos negócios jurídicos feridos de *nulidade relativa*, desde que a prática do acto com vício, está admitida pela lei positiva, tem de aceitar-se a susceptibilidade da prática pelos particulares de semelhantes actos na auto-determinação dos seus interesses fora das formas públicas.

(1) «Il Negózio Giuridico Notariale», pág. 8, 13, 55 e 56.

Compreende-se que tenha inteiro acolhimento a prática de actos anuláveis, nos negócios jurídicos *consensuais*, ou constantes de documento particular, ainda que a forma destes, por força do reconhecimento autêntico, assumam a natureza de documento autenticado.

O problema não é sem interesse, até pela força dedutiva que do seu mero enunciado se pode extrair.

Quer pela primitiva redacção do Cod. Civil, quer pela sua Reforma de 1930, veio a admitir-se a forma de simples escrito para doações, vendas e hipotecas de bens imobiliários até certo valor. Além disso são hoje relativamente numerosos os actos viciados, com falta de capacidade, ou sujeitos a disponibilidades restritivas, que podem ser exercidos por *documento particular*.

Mas esta liberalidade, facilmente aceite nos contratos não solenes, poderá ampliar-se aos contratos solenes?

A verdade é que existe diversidade de perspectiva, no tocante à tutela do Direito, entre os *documentos particulares* e os *documentos notariais*.

Enquanto os primeiros se poderão admitir inválidamente praticados ou ineficazes, os segundos, não se suportam assim e têm de revestir, por lógica, senão a qualidade de irrefragavelmente válidos e eficazes, segundo as exigências da lei e os requisitos atingíveis, pelo menos uma aparente licitude, ao alcance das partes e à percepção do funcionário, no momento dos actos serem notariados.

O instrumento, autorizado e autenticado pelo notário, como que equivale à transfusão de sangue jurídico, aplicado sobre a matéria amorfa dos factos e dos mais irreflectidos ou impossíveis desejos dos interessados. Tem de reflectir sempre um algo ponderável económico, social ou moral, da requerida tutela jurídica, numa regulamentação do tráfico da autonomia privada, reconhecimento este que a simples intervenção dos particulares nunca lhe podia conferir.

É por isso que o instrumento, impondo a evidência do documento, chancela a valorização do negócio ou da declaração de factos, tudo robustecido num processo de *formação jurídica*, que se impõe necessariamente, para vencer todas as futuras dúvidas e incertezas, processo que só poderá ser destruído por ataque fron-

tal, de falsidade ou de vício intrínseco nas declarações prestadas ao funcionário.

Presentemente, acontece que no regime do notariado latino são várias as deduções que levam a concluir, como vimos, ser a *sanção* notarial o cunho a imprimir ao documento que autoriza uma transformação plástica, de carácter jurisdicional, que acredita a relação jurídica com um valor bem mais elevado que o de simples meio de prova.

Começa a reconhecer-se que, desde o requerimento da prestação de funções perante o qual logo emite um juízo qualificador, à manipulação dos ingredientes do acto e sua autorização, o notário, comporta-se sempre dentro duma forçosa *forma jurídica*.

Ora se todas as formas jurídicas constituem um amparo da relação jurídica que patenteiam, assegurando-lhe certa firmeza, legalidade e eficácia, nenhuma outra, como a forma notarial, é *forma substancial*, a constituir condição de existência da grande maioria dos actos de direito privado.

Feliz síntese nos deu, por isso *Nuñez Lagos*, dos maiores juristas do país vizinho, e de ofício notário em Madrid, ao proclamar firmemente que a forma notarial é uma *forma-resultado* da *forma-comportamento volitivo*, e é portanto uma *forma da forma*. «A forma dos actos — diz — apresenta-se bem mais ampla e complexa do que a forma do acto jurídico, que se contém no instrumento, e é por isso que o Direito Notarial é um direito de forma da forma e tem por objecto aquela forma pública sancionada pelo Notário que a partir do século XIII se denomina instrumento público» ⁽¹⁾.

E que realmente a forma notarial constitui muito especial *forma da forma* no sentido de forma intrínseca de características eminentemente jurídicas ou de técnica jurídica já o demonstrava o último Código do Notariado, quando tornava os notários civilmente responsáveis sempre fossem declarados judicialmente nulos os actos que praticassem com fundamento de «*deles não se poder depreender a intenção e vontade das partes sobre o objecto*

(1) NUÑEZ LAGOS — «El Derecho Notarial como Ramo Particular del Derecho» — III Congresso Internacional do Notariado Latino — Paris — 1954 — pág. 8 e 9.

principal» (art.º 101 n.º 6, alínea f) o que para além de exigências de clareza de linguagens implica uma intervenção tutelar do magistrado autorizante quanto à relação jurídica em causa.

*
* *

Na verdade que alcances podem emergir, senão os de uma verdadeira *tutela de contrôle jurídico extrajudicial* das disposições tão categóricas do último Código do Notariado, (o do decreto 26 118, de Nov.º de 1935) ao impor no seu art.º 220 n.º 1, a recusa de *todos os actos expressamente proibidos por lei* (implicando portanto também a proibição dos actos anuláveis ou feridos de simples nulidade relativa) ou então das disposições constantes do art. 191 n.º 1 alínea a) do Código actual para impor a recusa na prestação de funções se o acto requisitado for *nulo*?

Agora, por efeitos da disposição inovadora do art.º 192 do actual Código, a constituir completa novidade no direito notarial, o exercício de funções, não pode ser recusado com o fundamento de o acto requerido se mostrar afectado de *nulidade relativa*.

Porém, quando isso se verifique o notário é obrigado a advertir as partes da existência e dos *efeitos da nulidade* e a consignar essa advertência no instrumento como requisito de forma.

O que acontece, na prática, é que os sujeitos instrumentários não aceitam a outorga do acto com semelhante aspecto precário, numa situação jurídica enferma e interina, que irá manter-se na expectativa de futura convalescença, só obtida por ratificação ou prescrição salvadoras.

As partes perante a advertência legal ficam logo perplexas, sem poderem atingir, se afinal o acto jurídico que o documento autêntico incorpora é mais válido que nulo ou mais nulo que válido, ou seja, se é *válido até ser anulado*, ou se é *acto nulo até ser validado*, e muito mal suportam semelhantes situações interinas, mesmo bem explicadas, como verdadeiras *nulidades suspensas*, o que bem se evitava se estas nulidades resolúveis, no sentido de que a validade se encontra suspensa até que, para plena eficácia do acto, a nulidade se sane.

Seria bem melhor encorajamento que tais situações se designassem nos instrumentos públicos como casos de *validade relativa* como muitos autores entendem preferível.

Parece-nos que esta intervenção funcional, de obrigatórias advertências, quanto à falta de firmeza dos actos viciados, constitui um dos mais palpáveis e felizes sinais da actividade notarial no sentido de lúdima tutela dos direitos e interesses, que neste trabalho vimos sublinhar, como fulcro essencial da missão, logo depois da recepção das declarações de vontade e no contróle dos pressupostos da *validade* das mesmas declarações.

Em poucos pontos como este tais advertências e fiscalizações sobre fundo material dos actos jurídicos, conduzem, invariavelmente, à desistência na celebração de actos anuláveis e sua substituição por outros de situações soberanas, livres e definitivas.

Assume portanto a função notarial, o seu lugar próprio, como um dos ramos de tutela jurídica oficial, no campo privado, destinado à regulamentação e tutela que modernos escritores germânicos apelidam de «*administração pública de direito privado*» e que encontrou em Itália em Guido Zanobini, a bem mais apropriada expressão, com vista ao acerto dos seus efeitos, de «*administração pública dos interesses privados*».

E como órgão principal desta administração e tutela, bem deve o Notariado destacar-se de todos os demais, em fins semelhantes, como serão o registo de imóveis, o registo de propriedade literária ou científica, o registo de automóveis ou navios, pela essencialidade do seu campo de exercício, desde que lhe compete a estrutura e forma nesse nó medular de toda a vida e efeitos ou veículo fundamental de todos os interesses privados que é o «negócio jurídico». É inconcebível o pensar-se e afirmar-se que o notário tem por campo exclusivo, quanto à legalidade material apenas a tarefa de impedir os actos «*contra legem*». Isso seria postergá-lo para uma missão inteiramente negativa quando é o primordial arquitecto da criação dos direitos em formas solenes e definitivas. O notário, tanto como o Conservador, encarna hoje os interesses da colectividade alheado dos particularismos das partes, e conhece, como ele, todos os requisitos e pressupostos da legalidade substantiva, indispensável à validade, existência e eficácia dos negócios.

Por isso lhe compete a precisa qualificação técnica, não só quanto aos factos da *forma externa* mas quanto às *legalidades* da *própria forma interna* como detalhadamente se esclareceu na II Parte desta obra.

O *Notariado* parece assim inserir-se na gama dessas manifestações da «*administração pública dos interesses privados*», assumindo uma posição histórica, bem como de principal relevo nesta atribuição directa e primária da *protecção e regulamentação dos interesses particulares com vista à sua segurança e eficácia*.

A essência da função consistirá na **intervenção por parte do Estado na regulamentação dos interesses privados para que se alcance o interesse público de se tornarem valiosos nos seus efeitos constitutivos**.

O seu conteúdo será toda a **dinâmica jurídica dos interesses privados na sua projecção negocial designadamente o *negócio jurídico*, mediante a recolha das declarações de vontade, o contrôle dos pressupostos da validade destas, a relação e configuração técnico-jurídica do acto, a fiscalização da boa eficiência das cláusulas, porque a autonomia da regulamentação pelas partes tem sempre por limites o ordenamento jurídico, a conservação dos documentos e a sua atestação e reprodução, mediante as cópias, e só esta actividade completa da natureza administrativa, se vem a resumir no conteúdo unitário da defesa e resguardo do «*negócio jurídico*» de que nos fala *Carusi* ⁽¹⁾**.

*

* *

Vê-se assim que, tanto doutrinal como legislativamente, por actuação das entidades verdadeiramente responsáveis por este ramo de direito regulador, se precisam e distinguem, nos devidos contornos, os dois aspectos da notarialização dos negócios jurídicos, o da verdade extrínseca e o do policiamento do conteúdo negocial, um obrigatório quanto às solenidades, outro de qualificação técnica quanto às legalidades.

A tutela da intervenção notarial por força dos interesses da vida moderna e por conseguinte das necessidades do Estado, sem

(1) La Tutela Administrativa Negoziale — Funzione Notarile in senso objectivo — Contenuto della Funzione Notarile. — Natura della Funzione Notarile.

perder o seu carácter institucional, que sempre teve, produz-se, actualmente em Portugal, como em todos os demais países do mundo latino, sob feição *normativa*, isto é, regulamenta os actos de direito privado extrajudiciais, a que se aplica, na substância e na forma, para obtenção da mais durável e segura plenitude dos seus efeitos. Esta essência funcional ficará inalterada mesmo que administrativa e estadualmente se burocratizem cada vez mais os notários, pois o Notariado será sempre a Magistratura da Paz Jurídica, no mesmo conceito de ciência e arte que lhe traçou *Rolandino* nos princípios do século XIII, qualquer que seja a sua organização nacional quanto à forma de retribuição dos notários.

Entendemos que vinga entre nós, como em toda a Europa Ocidental e na América do Sul, uma ideia do *Notariado*, segundo a conceituosa síntese do grande *Guido Zanobini*, talvez o mais famoso escritor de direito público dos nossos dias, e o que melhor indagou do enquadramento e da posição do Notariado na organização e estrutura do Estado moderno, ao defini-lo como *administração pública dos interesses privados* já que regulamenta toda a biologia dos direitos na normalidade do seu exercício e plenitude dos seus alcances ⁽¹⁾.

3 — SUBSTRATO NORMATIVO DA ESTRUTURAÇÃO JURÍDICA DO INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL.

Na análise feita quanto às modernas concepções do *negócio jurídico* e à sua permanência constante nas oficinas do notariado, já se focaram os aspectos em como traduz o veículo mais frequente para a realização dos direitos subjectivos, mórmente de efeitos patrimoniais, e em como constitui, ao mesmo tempo, a medula dorsal, diremos invariável, dos actos notariais.

Mas faltar-nos-há salientar que no verdadeiro *negócio jurídico notariado*, à parte a manifestação de vontade, com bem mais alta valia do que servir de forma dela, transparece na nova figura

(1) «L'esercizio privat delle publica funzioni» e «L'intervento della publica amministrazione nel Diritto Private», segundo as citações de *Pietro Carusi* in «*Il Negozio Giuridico*» pág. 6 e 7. Milano — 1947.

jurídica tutelada pelo notário certa feição ou substrato de um novo regulamento dos interesses, a cujos fins visa a segurança do acto, feição tutelar na fixação ou estabelecimento de certas normas, para o acto autenticado.

Atente-se no aspecto de estruturação de forma que apresenta uma perfeita e explícita Partilha Amigável, entre numerosos interessados, sobremaneira se entre eles varia o grau de parentesco em relação ao causante, isto é, se concorrem à herança, simultaneamente, filhos e netos, ou se à partilha concorrem só colaterais, uns de grau próximo, outros muito adiantado, e, se entre eles se distinguem diversas estirpes. Pondere-se a forma de partilha de uma escritura com concorrência simultânea de filhos legítimos e ilegítimos, com contemplações entre estes com testamentos ou doações.

Lembre-se a regulamentação lógica, científica e sistemática que implica uma escritura contendo, simultaneamente, os actos de partilha, doações, e de conferência de bens doados.

Que sentido podem ter as cláusulas dos pactos sociais mórmente nas sociedades mais importantes, por acções, ou mesmo por quotas, se não o de uma pequena lei particular entre os sócios?

Podem ser designadas por termos vários essas estruturações seja *artigos, cláusulas, disposições, estipulações, pactos, condições* que sempre constituirão puros elementos normativos dos actos notariais.

É inegável que na sua concepção realística, o *negócio jurídico*, apresenta-se como complexo de normas, condicionando certos interesses, à semelhança das ordenações que nos seus conteúdos nos revelam os mais dícteis actos judiciais e muitos dos actos legislativos.

No seu âmago a estruturação das suas cláusulas, dividida por capítulos, números e artigos, ostenta verdadeira configuração técnica, demonstrando além dos mais puros conceitos e preceitos de sistematização científica, já aludidos no capítulo destinado à Configuração um método de particular enquadramento, articulado e racional que lhes dá quase o aspecto de pequena lei ou pelo menos regulamento entre as partes.

E a ninguém podem restar dúvidas que na configuração técnico-jurídica de todas as estipulações e cláusulas, se desenha uma preocupação de *unidade negocial*, que, defendida pelo seu regu-

lamento, procura tornar-se objectivo distinto de outros quaisquer actos praticados entre as mesmas pessoas ou respeitantes a causa e objecto semelhantes.

Esta unidade negocial radica-se até como apurado fruto do negócio jurídico notariado, só devida a uma criação de processos de configuração e forma jurídica que dá ao instrumento acepção distinta da concepção vulgar de que a cada negócio corresponde sempre uma só causa.

Notarialmente falando não tem validade o conceito de que a cada objecto corresponde um negócio.

Nos instrumentos notariais pode haver uma *unidade conceptual* perfeita, no sentido de unidade *negocial das mesmas partes* que abranja simultâneamente actos com suas causas jurídicas distintas, contanto que estas se expressem em figuras autónomas suficientemente delineadas, em ordem à cabal proclamação, respectivos efeitos, e daí a dificuldade, mas beleza da arte notarial.

Sempre que se estrutura um trespasse e arrendamento pelo dono simultâneamente do estabelcimento e do prédio onde se acha instalado, ou mesmo um trespasse e arrendamento, aquele provindo de um certo comerciante que ocupava local ainda não legalmente titulado e este provindo do verdadeiro proprietário do prédio, sempre que se moldam vendas dos imóveis e cessões das unidades fabris neles instaladas, com especificação dos maquinismos e certos direitos imateriais, ou então escrituras de dissolução de sociedades comerciais, com simultânea partilha e liquidação dos patrimónios; sobremodo, quando se condicionam os bens doados numa Doação do mesmo doador a diferentes donatários, sendo-o para uns pelas forças da legítima e para outros pelas forças da quota disponível ou então a uns de puro benefício e a outros contra a retribuição de pensões vitalícias ou entradas de dinheiro a favor desse doador, ou sempre que se estruturam negócios múltiplos em que só o nexo jurídico os aglutina, parece-nos que a «causa» no sentido de motivação psicológica, ou causa-motivo e a intenção objectiva de fim jurídico, ou razão determinante do negócio, são coisas bem diversas.

Todavia nesses actos, distintos, mantem-se uma só *razão económico-social* do negócio, na unidade negocial que o notariado lhe imprime.

As vendas por parte de um dos cônjuges no regime de separa-

ção absoluta de bens, ou as de pais a filhos, nas quais intervêm respectivamente o outro cônjuge e os outros filhos não deixam de oferecer diferentes tipos de intervenções negociais e distintas finalidades jurídicas; contudo, mantém o acto a mesmo *razão económico-social ou prática*, o que lhes confere a precisa unidade negocial, a constituir o índice magnífico dos actos notariais.

É que tais intervenções de terceiros têm de considerar-se como pressupostos de eficácia no sentido de legitimação dos direitos subjectivos, e negócios jurídicos a que o notariado se aplica.

O mesmo sucede quanto à sujeição aos preceitos do direito fiscal ou registral, para os efeitos de se cumprirem as devidas articulações quanto às inscrições nas matrizes ou às descrições nas Conservatórias, em vista de determinados prédios abrangerem vários números ou artigos ou apenas fazerem parte do conteúdo de certas descrições.

São contratualmente vinculantes todas as menções feitas nos instrumentos, quanto aos números da Matriz e da Conservatória, a identificar os prédios que se tornam objecto de actos notariais, e, essas menções constituem mesmo requisitos especiais de observância obrigatória, na estruturação da forma, segundo imposição categórica da respectiva lei orgânica.

Na estruturação ou configuração da forma interna dos actos notariais vem assim o processar-se verdadeira normalização quanto à lei das matrizes e dos registos de imóveis.

Portanto é pela redacção do notário que se proporciona o bom e racional enquadramento, de actos afins ou combinados, na mesma determinação económica.

Se a norma legislativa regulamenta, de uma maneira geral e abstracta, os interesses dos particulares, a norma negocial, mantendo ainda certa generalidade quanto às quantidades de sujeitos interessados ou de terceiros que dela se aproveitem, nomeadamente quanto a direitos reais, depois de submetidos a registo, no que verdadeiramente diverge, na sua característica própria é em só visar interesses concretos.

Mas nesta *unidade negocial* e nos meios que adopta para a conseguir ficam patentes os *elementos normativos* do instrumento público notarial, criando-lhe o verdadeiro aspecto de pequena *norma* ou de pura *lei particular entre os interessados*.

CAPÍTULO IV

A REGULAMENTAÇÃO INTEGRAL DO NEGÓCIO JURÍDICO NA SUBSTÂNCIA E NA FORMA

LUGAR DO NOTARIADO PERANTE A REALIZAÇÃO PRÁTICA DO DIREITO E SUAS DIFERENTES TUTELAS

1 — LIMITES, ESFERA E ESSÊNCIA DA FUNÇÃO.

A) *Campo distinto e suficientemente assinalado da actividade notarial.*

O melhor enquadramento que se pode atribuir ao Notariado é o que abrange, na sua competência, todo o latíssimo campo da biologia normal dos direitos dos homens.

A primária demarcação que se levanta aos olhos de qualquer perscrutador do âmbito da função, é, sem a mínima sombra de dúvida, a existência ou não existência de litígio.

Desde que o Direito representa o justo equilíbrio entre as exigências do indivíduo e as da colectividade, — só marcando a sua verdadeira existência no momento em que a liberdade individual pugna com a utilidade social — fácil é dividir, primeiramente, todo o ordenamento jurídico em duas grandes zonas: uma, a zona *extra-judicial*, em que a observância do Direito se executa *livre, espontânea e pacificamente*; e a outra, a zona *judicial* em que isso não sucede, necessitando-se de um reconhecimento do Direito por imposição ou *restabelecimento por forma coactiva*.

Na primeira das suas grandes zonas o Direito cumpre-se *normalmente* pelo natural e pacífico reconhecimento dos homens.

Na segunda estala a *perturbação* por motivo de inconformismos, usurpações, delitos ou simples abusos.

Surgem então casos de contestações jurídicas que levam a decisões, em plano diferente e superior à vontade das partes, quase sempre desarmónicas, com uma ou ambas das vontades, em contradição.

Não é este o campo do Notariado.

Pertence-lhe somente aquela outra, a primeira, a da *normalidade*, enquanto o Direito se mantém no estado pacífico, sendo que dos factos e actos praticados só derivam direitos e obrigações e nunca coacções.

O Notariado, embora com os seus poderes legalizadores, na valorização jurídica da vontade manifestada, constitui a instituição normalizadora, por excelência, da vida do Direito.

Tudo que não está afecto aos Tribunais pode quase sempre cair sob a sua tutela da pacífica realizabilidade dos interesses humanos.

Também pode caber aquilo que só ocasionalmente aos tribunais se encontra ainda afecto, devido a contestação recente, por dirimir em definitivo, mas na qual, por possível abandono das partes, se produziu a extinção da instância, e o litígio já cessou, o caso da transacção por escritura pública, embora o documento ainda tenha de ser junto ao processo. Portanto o seu reinado nunca ultrapassa o mundo extrajudicial do Direito e quase que o preenche.

B) *Sua esfera exclusiva quanto à representação dos direitos subjectivos.*

Ora se o fenómeno da realizabilidade normal do direito, por natureza, se produz fora dos tribunais, e do mesmo modo que a saúde e o bem estar só se concebem fora dos hospitais, teremos por outro lado de concluir que a actividade jurídica, movimentada em tal esfera de actuações, necessita por sua vez de uma certa dinâmica de princípios, tanto duma hipótese ou pressuposto como duma consequência ou efeito, principalmente duma tutela filtrativa que confira aos direitos a evidência, como que um passaporte oficial de trânsito e lhes assegure uma circulação sem obstáculos,

uma existência certa, uma efectividade, sem fácil contradição, enfim uma expressividade jurídica ⁽¹⁾.

Requere-se, na boa indução, o pêndulo de um órgão adequado que combine disposições, diplomas constitucionais, leis, decretos, regulamentos e portarias, até ao ponto de formular as pequenas regras que presidam às relações dos homens acomodando os interesses de uns aos dos outros, nos diversos actos ou contratos de direito privado: *leis da autonomia privada*.

Consistirá assim toda a essência e esfera de acção deste órgão tutelar, só em atribuir a cada um, o que lhe pertence, com os limites que tácitamente sempre se cumprem, através do pacífico acatamento dos restantes.

Sempre aprendemos que o Direito pressupõe um ordenamento e um acomodamento dos actos duns cidadãos em relação aos outros.

Em plano superior ordenando as relações essenciais da vida humana se constitui o Direito objectivo com a atribuição a cada um do *seu* e com a garantia desse valor ser respeitado por todos os demais.

Mas também a nossa longa vida do tabelionato nos fez notar que é no plano da prática, em face dos interesses humanos, quotidianamente decorrentes, que palpita o Direito *vivo*, por força dessas *leis* do direito objectivo, o autêntico e puro Direito que manda dar *o seu a cada um*.

Essa situação de *poder concreto*, concedido à pessoa, como membro activo da comunidade jurídica e a cujo atributo se confia o seu exercício e defesa, é o Direito em sentido subjectivo.

Perante estes dois sentidos em que o Direito se pode conceber e na vida extrajudicial, o Notariado, embora na sua estruturação orgânica seja direito objectivo, na esfera da sua específica missão só manifesta direitos subjectivos, e, portanto, o campo do Direito Subjectivo é o seu grande limite.

Todas as relações humanas em que o Notariado intervém, pertencem aos *direitos subjectivos*, desde que a sua finalidade é sòmente amparar «interesses», mediante o exercício de uma tutela

⁽¹⁾ CURBELO URROZ — *La forma notarial como tecnica normal y segura en la realizacion del derecho privado* — Congresso de Paris — 1954 — pág. 23.

reguladora, da sua licitude e legitimidade, sejam interesses dos particulares, entre si, sejam interesses entre estes e as entidades públicas, vestidas como particulares, tudo constituindo simples *direitos subjectivos*.

Simultâneamente com ajuda de vários argumentos também concluímos que o Direito Notarial podia, afinal, considerar-se como que um direito para o Direito, na medida que valorizava e sancionava direitos subjectivos, no seu perfeito rigor, portanto, mais em concreto que o complexo material sobre que mais caracterizada-mente actuava era até o negócio jurídico.

E a melhor conclusão que nos ocorre para salientar a natureza meramente subjectivista de semelhante plasma funcional é a seguinte: Só a partir do decreto 8.373 de 18 de Setembro de 1922 foi adoptado um modelo de selo branco com a actual composição. Antes, usava-se comumente um selo circular a tinta de óleo, contendo o apelido do notário e lugar do cartório entre a orla e seu círculo menor e dentro deste esta bem expressiva e significativa divisa *Suum cuique tuetur* ⁽¹⁾.

Exprime realmente toda a bela concepção de todo o *Direito subjectivo*.

Traduzia uma síntese que não ficou derrubada pelas tendências da sua moderna integração *normativista*, tendências que só dão bom nível e prestígio ao Notariado, no ponto em que impõem às situações jurídicas o traço inflexível da *juridicidade*, acima dos princípios individualistas da liberdade contratual, a conferir-lhes carácter específico, a distingui-las das outras criações da vontade, desconformes ao Direito, visando abusivos fins, mesmo que deliberadamente pretendidos.

C) O «negócio jurídico» é dentre os actos a que o notariado se aplica a categoria que mais vulgarmente lhe serve de substância medular. Pode considerar-se como o alvo constante da Instituição.

Nos actos jurídicos mais relacionados com a Função Notarial, a categoria que com mais frequência se solicita, para a presta-

(1) Relatório do Notário Jorge Camelier à Ass. Tab. de Lisboa no *Ensaio de Bibliografia Crítica do Notariado Português* por José Maria Adrião pág. 182, dizendo que era este o selo geralmente usado até a adopção do modelo oficial.

ção de funções, é, sem sombra de dúvida, a do *negócio jurídico*, unilateral ou plurilateral.

A figura do negócio jurídico na sua já aludida concepção objectiva, de sentido perceptivo parece-nos, dentre os factos jurídicos de que o notariado se ocupa, o seu núcleo central e sistemático.

Pode bem considerar-se que constituiu o objecto constante, a argamassa medular, deste ramo do *Direito Regulador*.

Se, em verdade, o seu campo abarca todos os actos jurídicos extrajudiciais, a que os interessados pretendem dar forma legal ou especiais garantias de certeza ou autenticidade, habitualmente só documenta aqueles cuja notarialização é imposta como forma de *ser*, requisito essencial da sua própria existência ou de validade ou sejam os de forma notarial «*ad substantiam*».

Ora tais actos jurídicos são precisamente os que o artigo 88 do recente Código do Notariado enumera, nas suas alíneas *a)* a *l)*, como devendo sempre ser celebrados por escritura pública, sob pena de nulidade.

Juntamente com os testamentos — que são os únicos actos de destacada importância não constantes da escritura pública por lhe pertencer uma outra forma própria, — os fins essenciais da função notarial voltam-se somente para a regulamentação e tutela da boa prática dos *negócios jurídicos* e só *negócios jurídicos*.

Já vimos que o notariado se ocupa também de factos jurídicos, uma das grandes divisórias de *género* das *situações jurídicas* assim como entre as várias subdivisões dos actos jurídicos por *espécies* já também vimos que só a categoria dos *actos jurídicos lícitos*, mórmente na sua moderna depuração de *negócios jurídicos*, fornecia o objecto ou material permanente e constante, para os actos notariais, capaz de preencher a verdadeira medula da Função.

Separando-os dos *simples actos jurídicos*, já anotámos que estes se não acham relacionados com a actividade notarial, pois que, embora traduzindo acções humanas com efeitos concordantes com a vontade dos seus autores, eles se produzem independentemente dessa concordância, mais por força da lei.

Parece-nos ter podido concluir que o Notariado predominantemente se ocupa dessas outras situações jurídicas, que tendem

alcançar um resultado que o Direito ordena se produza, exclusivamente em atenção aos desejos e aos fins deliberadamente *sentidos* e *pretendidos* por eles interessados.

Detalhadamente exemplificamos como Notariado não se relaciona com os simples actos jurídicos da plantação em terreno alheio, da interpelação do credor ao devedor para restituição do capital ou para efeitos de o constituir em mora no pagamento de juros, mas só com os direitos e obrigações correspondentes às declarações de vontade de conteúdo normativo que estão na essência dos *negócios jurídicos*.

Constituem insofismavelmente *negócios jurídicos* todos os actos que ao presente se acham obrigatoriamente sujeitos à forma de escritura pública.

Bem poderá dizer-se que é a própria lei que consagra o objecto permanente e constante da Instituição.

Lê-se no «*Código do Notariado — Artigo 88 — Devem celebrar-se por escritura sob pena de nulidade: — a) Os actos que importem reconhecimento, constituição, aquisição, modificação, divisão ou extinção de direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, enfiteuse, superfície ou de servidão sobre coisas imóveis; b) Os actos de constituição ou de modificação de hipotecas voluntárias e os de consignação de rendimentos, quando recaiam sobre bens imóveis; c) Os repúdios de herança; d) Os actos de constituição, dissolução e liquidação de sociedades comerciais e de sociedades civis sob forma comercial, bem como os actos de alteração dos respectivos pactos sociais; e) Os actos de constituição, dissolução ou liquidação de sociedades civis em que entrem bens imóveis; f) A cessão de hipoteca ou do grau de prioridade do seu registo, extinção da garantia hipotecária e a cessão ou penhor de créditos hipotecários; g) A divisão, a cessão e o penhor de quotas de sociedades por quotas; h) Os arrendamentos para comércio, indústria ou profissão liberal e os sujeitos a registo; i) Os contratos de transferência da propriedade de estabelecimentos comerciais ou industriais, os que tenham por objecto o gozo destes estabelecimentos e os de sublocação ou cessão de direito ao arrendamento dos locais aos mesmos destinados; j) As partilhas de bens imóveis; l) Os actos de fixação de valores de bens doados para o efeito de conferência».*

Portanto, com toda a propriedade se pode afirmar que o *negócio jurídico* representa a substância medular na aplicação normal de toda a verdadeira dinâmica da nossa actividade funcionalista.

E, como veículo normal, quase permanente, da livre realizabilidade dos direitos subjectivos, é, sem a menor dúvida, o alvo constante dessa particular *tutela* da justa *Realização do Direito* no mundo extra-contencioso que é o *Notariado*.

2 — OS INSTRUMENTOS DOS «NEGÓCIOS JURÍDICOS» IMPLICAM O EXERCÍCIO DE UMA TUTELA REGULADORA DOS DIREITOS E RELAÇÕES JURÍDICAS QUE FIXAM.

A) *Títulos «sui generis» da existência e sanção de certos direitos.*

Não foi qualquer, mas a soberana personalidade de *Carne-lutti*, quem escreveu que a figura do «*negócio jurídico*» representa a maior descoberta da ciência jurídica do século XIX e do melhor até agora conhecido, para uma construção da teoria dinâmica do Direito, bem podendo servir de ponto de partida para a teoria do acto jurídico notarial.

Realmente, só pelo método da abstracção, partindo da teoria da *relação jurídica*, bem como da teoria do *facto jurídico* é que se chegou à teoria do *acto jurídico* e desta ao conceito do negócio jurídico.

Refere o *Prof. Cabral Moncada*:

«o conceito de negócio jurídico, à parte a infelicidade da terminologia, parece-nos ser dos conceitos jurídicos mais sólidos e mais fecundos que a ciência civilística alemã do século passado engendrou e definiu. Posto digam mal dele, a verdade é que todos o vão adoptando. Pode haver lugar a hesitações na procura da sua definição rigorosa, matemática. Mas o conceito profundo subsistirá sempre, como o dum acto jurídico dentro do qual a vontade prepondera sobre a lei na produção dos seus efeitos jurídicos, determinada pela representação dum fim explícito. É o acto jurídico criador por excelência, a afirmação máxima da vontade humana, em

colaboração com a lei, para criar o direito na vida real. O «negócio jurídico» (Rechtsgeschäft) é, como diz Lehmann, o meio técnico colocado pela ordem jurídica à disposição dos particulares para estes poderem configurar, ou plasmar como melhor entenderem as suas relações jurídicas» (1).

Ora devemos frisar que este ilustre Professor nos surge citado, frequentes vezes, na literatura estrangeira, mormente nas obras que procuram mostrar que nenhuma actividade como a notarial, confere a precisa vitalidade aos direitos subjectivos, no ponto em que os modela, dentro do trabalho de pura manipulação jurídica, aparecendo algumas belas sínteses deste nosso tão abalizado cultor da Filosofia do Direito nas obras do penetrante notário espanhol *Azurza*.

Talvez uma depuração, um tanto equivalente ao método de abstracção, por que se chegou ao negócio jurídico, tenha manifesta utilidade na procura da substância medular e conjunto de actividades que definam a verdadeira natureza e conteúdo específico da Função Notarial.

Pelo menos a tal nos aproximamos quando nos servimos de idênticas deduções lógicas, ao tentarmos justificar que de todos os actos jurídicos, em geral só os actos jurídicos propriamente ditos, e entre estes só os lícitos, vêm integrar-se no âmbito normal do notariado, desde que só por excepção se lhe submetem factos naturais e actos ilícitos; e, desde que, entre actos jurídicos em geral só os negócios jurídicos, no sentido do seu moderno conceito, alimentam em matéria permanente e constante, os actos notariais, dos quais bem pode dizer-se, constituem sempre a medula.

Assim, uma das nossas preocupações, na meta deste trabalho, foi fazermos a depuração de qual o conteúdo *normal* e específico dos «*instrumentos públicos*», parecendo termos podido concluir que é constituído pelo *negócio jurídico* e sempre por esta figura de Direito.

Ora, desde que foi destrinchado que só as declarações de vontade tendentes à obtenção dum fim jurídico patrimonial, económico ou simplesmente familiar, constituíam o objecto habitual dos

(1) Lições de Direito Civil — vol. II — Coimbra 1955.

actos notariais, não longe ficou o poder-se extrair qual rumo das verdadeiras características funcionais.

Com vista à garantia de firmeza, certeza e eficácia que os interessados pretendem obter com esses seus negócios jurídicos, para mais dada a obrigação, que a lei prescreve, na grande maioria deles, de serem sujeitos à autenticação notarial, certa feição *sui generis* impunha revestir a sua pertinente autenticação.

Ao solicitarem-na, os sujeitos do instrumento, logo se percebe que requerem, implicitamente, a tutela técnico-jurídica que lhes regulamente os mesmos seus interesses e que lhes supervisione todas as matérias de direito substantivo com que implicam ou directamente lhes respeitem.

Sempre as partes pretendem uma autenticação inteiramente legal, que lhes evidencie direitos sãos; e, portanto os *instrumentos* que consubstanciam uma *divisão de coisa comum*, uma *partilha* ou um *testamento*, devem constituir verdadeiro *regulamento* da operação causal que pôs termo a uma situação de compropriedade, de indivisão hereditária, ou que institui um novo direito de usufruto desdobrado na propriedade plena. Muito mais que escrituras ou títulos dispositivos, no sentido formal, os *instrumentos* que fixem tais relações jurídicas devem constituir *causa* dos novos direitos criados, já que são o imprescindível sinal da respectiva existência, ou, pelo menos, se acham indistintamente ligados, tanto por força da Lei, como da dinâmica dos *interesses*, ao fenómeno legitimador de natureza primordial, para que esses *direitos* verdadeiramente nasçam e circulem no tráfego jurídico.

B) *Protocolos de uma jurisdição preventiva e cautelar.*

Perante semelhantes dedutivos deverá entender-se que a essência desta tutela reguladora residirá no reconhecimento, por um jurisperito, para tal especialmente qualificado, de que os particulares ou partes, com determinadas capacidades e aptidões de legitimação, podem levar a efeito determinado acto no seu devido enquadramento legal.

Só assim se poderá chegar à concepção do *Notariado* com sua missão própria, característica e distinta de todas as demais,

como o conjunto de normas que regulam a função *cautelar* do notário.

Logo se aperceberá que a sua substancialidade consistirá nessa *Tutela Reguladora* da realizabilidade e certeza jurídica do direito privado, e, mais especificamente, no amparo de todos os direitos subjectivos pacificamente exercidos.

Não importa reivindicar que ostente pleno carácter jurisdicional, pois basta que se lhe dê o simples carácter de actividade administrativa de interesse público para defesa certa e segura ou fiscalizante tutela quanto ao exercício dos direitos particulares.

Embora já não se considere axiomático que a actividade judicial seja sinónima de jurisdicional e não demore o advento duma adequada superação concepional situando a *função jurisdicional*, com radical comum, genèricamente acima de todas as actividades de elaboração jurídica, que tenham fundo em actos de *sanção* ou simples *qualificações do jurisperito* quanto à *validade material* ou legalidades intrínsecas dos diversos actos dispositivos que os documentos contenham, o designativo em si de *legitimador*, de *regulador* ou de *jurisdicional* não importa por agora.

Desde que o notário, ao declarar um negócio jurídico ajustado à Lei, num juízo de contraste com o direito substantivo ou material, afinal vem a regular tanto sobre a sua própria conduta (*legalidade formal*), como também sobre a conduta alheia que manifestamente *tutela* (*legalidade material*) bem depressa irá despontar o dia em que um comportamento qualificativo algo elevado, que será o *jurisdicional*, terá de *preencher* outras modalidades que em qualquer grau venham compartilhar do mesmo fundo ou substância medular comum como elemento de apreciação da *legalidade substantiva*, e, portanto, colateralmente, se terão de ramificar essas actividades qualificativas, tanto na actividade especificamente judicial, como noutras de idêntica natureza, da Justiça ou de Legitimação Reguladora, dotadas de evidentes prerrogativas quanto a pressupostos extra-formais dos actos jurídicos.

O que nunca se poderá pôr em dúvida é que «*jurisdição*» constitui toda a função que se exerce, mediante a declaração de situações jurídicas, o que o grande Mestre das jurisdições processuais, já nos ensinou ao traçar «*A figura jurídica do Notário*», na citada conferência de 1950, em Madrid.

«O Notariado faz a mesma coisa que o Juiz, AMBOS JULGAM. A diferença consiste em que o Juiz julga em presença de um inconveniente que já se verificou, enquanto que o notário JULGA PARA QUE O INCONVENIENTE não surja» (1).

É que no ordenamento jurídico contemporâneo já não se pode identificar *sanção* com *coacção*, sendo que, mesmo nas situações em que esta não se verifica, pode surgir aquela como obrigação de exiguidade jurídica.

Mau ordenamento purídico seria aquele em que o Direito fosse frequentemente desobedecido e só ordenado pelos juízes.

Seja como *tutela reguladora*, seja, como querem outros, como *jurisdição legitimadora*, a função notarial apresenta-se neste aspecto de integral regulamentação da realizabilidade dos direitos subjectivos, com conteúdo próprio de actividade administrativa inteiramente peculiar e específica, que não pode ter qualquer acomodação dentro da amorfa, indistinta e equívoca designação de jurisdição voluntária.

O Notariado constitui, sim, uma das mais importantes funções do Estado, mas no sentido em que nos assevera *Enrique Ahrens*, quando nos diz que é o exercício duma tutela reguladora para que os direitos subjectivos sejam providos e amparados de adequada certeza, duma protecção actual, imediata, ao serviço de todo aquele que quer uma realizabilidade espontânea do direito privado (2).

O Estado, por meio dos seus órgãos, cumpre a sua função da tutela jurídica, que nada mais é do que a garantia da realização do Direito em todo o organismo social.

Para tal fim, mediante o ordenamento das suas funções, arbitra meios que dotam de garantias de legalidade as actividades públicas ou particulares que interessam aos fins do Direito.

O campo da tutela dos direitos — escreve *Ferrara* — compreende todas as formas de defesa, pública e privada, repressiva

(1) FRANCISCO CARNELUTTI — Catedrático de Direito Processual da Universidade de Roma, in *Anais do 2.º Congresso Internacional do Notariado*. — Madrid 1950 — Fascículo especial «A Figura Jurídica del Notario», pág. 16 e 17.

(2) «CURSO DE DERECHO NATURAL», tradução espanhola, pág. 528.

e preventiva, de comprovação e execução, cautelar e contenciosa ⁽¹⁾.

Tal concessão de garantia e protecção jurídica presta-a o Estado, em primeiro lugar pelos seus órgãos judiciais — os Tribunais —, sempre que diversos indivíduos lutam pela mesma garantia de titularidade.

Mas o recurso ao Tribunal pode mesmo, hoje em dia, considerar-se como ocorrência excepcional, se a compararmos com os múltiplos negócios unilaterais e bilaterais, relações e acordos, de carácter jurídico que constituem a vida quotidiana dos cidadãos.

Ninguém pode negar, perante o mais superficial relance, que a vida jurídica moderna mostra achar-se controlada, muito mais predominantemente pelos negócios pacíficos do que pelo Direito Judicial.

O direito vivo, a sua autêntica biologia, — surpreende-se nas relações de obrigação, — nos contratos sobre as diversas cousas — nas convenções, nas doações e nos testamentos — nos pactos sociais e suas modificações, — nas partilhas amigáveis e outras acomodações da normalidade ⁽²⁾.

Na verdade todo o sentido de possibilidade de opção e de liberdade ficaria irremediavelmente comprometido se a realizabilidade dos direitos subjectivos só fosse viável pela rota dos Tribunais.

E por isso mesmo, porque ter um direito significa no indivíduo uma possibilidade de opção, uma liberdade no cumprir ou deixar de cumprir, é que o Estado outorga a sua protecção e o seu respeito, na protecção actual de todo aquele que pretende uma realização espontânea do direito privado.

Só quando isso não é possível e o direito subjectivo expressa o perigo real de frustrar-se ou se verifica a sua absoluta negação por interesses opostos, é que surge a necessidade duma titularidade e protecção judicial.

(1) *«Instituzioni di Diritto Privato»*, Turin, 1933. I. pág. 251.

(2) Recentemente no Tomo XIV, pág. 389 da *«Ciência Jurídica»*, o seu ilustre Director, o Juiz Desembargador Dr. Francisco José Veloso, muito acidentalmente e só numa concisa apreciação crítica de certo belo trabalho de literatura notarial, confessa, bem destacadamente ser o Notariado que recolhe em primeira mão o Direito vivo, a brotar das fontes das relações humanas.

A titularidade dos direitos privados adquire sempre, e por igual, a sua plena eficácia, — diz um ilustre notário —, no momento em que uma «*forma jurídica*» configura e cobre a relação jurídica a que respeita, quer seja uma titularidade processual, notarial ou registral.

O Estado não se propõe só a administrar a justiça nos Tribunais, mas também integrar a mesma justiça com segurança jurídica do tráfego económico e social.

Em conclusão: a tutela dos direitos privados é uma das funções essenciais do Estado.

Tal fim é obtido pela norma da lei e pela actividade dos Tribunais.

Mas isso não basta.

É preciso também atender a todos os direitos privados que se cumprem dum modo espontâneo pela voluntária adesão dos indivíduos às previsões hipotéticas da norma.

Essa função reguladora de direito vivo, nomeadamente do «negócio jurídico», por intermédio de característico *protocolo*, exerce-a o Estado, através da actividade cautelar que tradicionalmente vem sendo entregue a certos órgãos, entre os quais figura e de modo preponderante, o *Notariado* ⁽¹⁾.

Um dos mais acabados e mais actuais juristas da moderna Espanha, na sua grandiosa obra, que corresponderá ao *Tratado* do nosso *Doutor Luís da Cunha Gonçalves*, — preenchendo com esta função todo o número do final do capítulo que dedica à realização prática do Direito — escreveu:

Os notários: — *Não são servidores do Estado em sentido rigoroso porquanto são escolhidos e remunerados pelos particulares. Formam uma aristocracia profissional que o Estado selecciona, organiza e privilegia, pondo-a, pela sua formação científica e qualificada experiência, ao serviço dos particulares para que lhes dêem a forma jurídica dos seus actos. O seu labor, ainda que menos visível ou mais recatado do que o do advogado, tem um significado central na utilidade jurídica. Actuam com a sua direcção e conselho nos actos mais*

(1) LUIGI FERRARA — *«Instituzioni di Diritto Privato»* Turin, 1933. I. pág. 251.

importantes da vida económica e familiar, e as suas fórmulas são hoje a mais fecunda fonte da jurisprudência cautelar» (1).

C) *Padrão duma juridicidade normativista quanto à legalidade material ou requisitos não formais dos documentos.*

Por certo que a corrente que atribui ao notário a simples redacção do instrumento não lhe pode atribuir quaisquer responsabilidades pelos vícios de fundo.

Ao contrário a corrente que impõe ao notário o dever de um juízo sobre a legitimidade e validade do negócio faz responder o notário por certos vícios de fundo, só o isentando de responsabilidades nos actos de meras nulidades relativas, mas até nestes casos só depois da advertência da existência do motivo de anulação.

A atribuição de juridicidade a um acto, equivale à sua regulamentação e bem mais que «*forma*» ou do que «*prova*», é verdadeira tutela ou *sanção*, no ponto em que submete e enquadra a respectiva situação jurídica na norma que lhe é aplicável.

O *negócio jurídico* praticado por obra exclusiva dos particulares pela própria força das coisas, será sempre incerto, fugaz, e, muitas vezes, injusto e ilegal.

Só o *negócio jurídico*, sancionado adequadamente pelo notário, adquirirá legitimidade, plasticidade, certeza e segurança, que o proteja com o amparo indispensável para uma realidade continuada, uma estabilidade conveniente, uma sanidade aceitável, de trânsito eficaz, no mundo das relações sociais.

Sempre existiu, a bem da *certeza jurídica*, uma tutela reguladora da administração dos direitos subjectivos exercida por uma função técnica e científica, através de formas e feitos processuais, primeiramente com o direito romano perante os Juízes e desde a Idade Média perante os Notários, função que tem tido por fim

(1) «*A Realização Prática do Direito*» — *Jurisprudência dos Tribunais* — *Doutrina Jurídica* — *Os Advogados* — *Os Notários* — In «*Las Fuentes del Derecho Civil*, Parte III do volume I, «*Parte General*» do seu monumental notado «*Derecho Civil de España*», por *Frederico de Castro y Bravo*.

assegurar a realização normal do Direito, mediante uma *sanção oficial* nos negócios privados.

Essa *sanção*, expressa na integral regulamentação do *negócio jurídico*, constitui o adequado receptáculo desta moderna figura na sua acepção de negócio solene.

Se a simples declaração unilateral ou o acordo de vontade podem fazer nascer um direito, com efeitos de constituir uma *relação jurídica*, esta permanece em mera potencialidade, enquanto não é moldada numa *forma*, e até, já assim dotada, só se repercute com a precisa eficiência, quando tutelada por uma típica e qualificada *sanção normativista*.

Tal qualificação é prerrogativa dos Chefes do Estado, mas os notários recebem deles a prerrogativa de os substituírem na sua *investidura*.

Se o acordo de vontade cria a relação jurídica, se para prova do nascimento dos direitos faz falta o domínio das *formas*, só depois de redigido na unilateralidade ou na dialogação repousante, sob os traços de juridicidade que resultem da *norma legal*, esse acordo terá a sua expressão e regulamento, — com perfeita feição normativa, — e poderá conceber-se o mecanismo da *sanção*, a funcionar só por virtude da autorização do notário, como elemento final para a plenitude da existência do acto, predicado funcional que se distingue das solenidades da *prova*.

A finalidade que temos em vista, no termo deste nosso trabalho, só poderia ser a de se concluir que não é a *fé pública*, nem sequer a *autenticação* que distingue o Notariado. Só com o sinal da tutela ou *sanção* de carácter jurídico é que o *acto notariado* se distingue dos demais actos jurídicos e mesmo actos autênticos.

Só nesse último instante da paternidade e *sanção* regulamentar do acto se encontra expresso o atributo, que não é o de qualquer funcionário autenticador, mas o do Serviço Público da Justiça Reguladora para efeitos da integral regulamentação dos negócios jurídicos.

Já vimos nas considerações iniciais desta III Parte, Capítulo I, que é da essência do Notariado a existência de uma particular prerrogativa de *sanção*, quanto a uma qualificada administração dos direitos privados, até bem distinta do molde ou *forma* dos mesmos direitos; cumprindo-nos neste derradeiro capítulo

sòmente salientar qual a espécie ou tipicismo de poderes ou direitos a que essa sanção se aplica.

Vimos que esse tipicismo se reportava sòmente às situações jurídicas subjectivas designadamente ao negócio jurídico, mas sob o seu moderno pendão *normativista*.

É que se vem considerando hoje que a significação própria-mente jurídica dos actos extrajudiciais só provem de uma norma que a eles se refira, convertendo-os no seu próprio conteúdo, e que qualquer conteúdo só vem a ser Direito, desde que tenha a forma de juridicidade, que é normatividade.

E será só esse o seu elemento especificador: um dever ser só poderá encontrar fundamento noutro dever ser, uma norma só pode ser fundamentada por outra norma, o direito só pode ser criado pelo Direito ⁽¹⁾.

Ora, se ao Notariado cabe o vasto campo de toda a realização do Direito Privado extrajudicialmente exercido, e se o *negócio jurídico* constitui o principal instrumento da autonomia privada, perante a tão marcante tendência dos nossos dias duma inteira «socialização» ou «publicização» de Direito Privado, bem se compreende que a essência e natureza da Função Notarial seja, por intermédio da sua *sanção*, exactamente a *regulamentação do negócio jurídico*.

Neste sentido é que o Notariado é um órgão técnico e estadual, essencial na sociedade moderna, perante as fortes pressões da segurança jurídica e das necessidades económico-fiscais.

Para a convivência social decorrer politicamente eficaz, o ordenamento jurídico impõe o dinamismo de uma regulamentação do voluntarismo individual.

O respeito pelos direitos subjectivos exige correlativamente uma *regulamentação* ou *tutela* que vitalize, com desprendimento de força criadora, obrigatória e executiva, a correspondente relação jurídica.

Tal *regulamentação* só pode ser conferida por um órgão do Estado detendo a finalidade especial de dar *sanção legalizadora*

(1) Dr. Valadas Preto — «O papel da vontade na criação do Direito — Revista da Ordem dos Advogados. — Ano 11.º pág. 188.

na produção de certas condutas que passam a constituir quase regras jurídicas.

Citando-se *Kelson*, este aspecto normativo surpreende-se nítido nesta passagem lapidar: «*Se a convenção tem a força obrigatória e o seu principal efeito consiste em obrigar os contratantes à realização duma conduta a que anteriormente não estavam obrigados, no significado que a conversão criou por si uma «norma» que não existia antes da conclusão do contrato, isto é, que uma «norma» exige agora essa conduta e é todo o conteúdo da convenção*» ⁽¹⁾.

E o que a ninguém pode oferecer dúvidas é que o «*negócio jurídico*» no sentido da sua moderna concepção é sempre o receptáculo *normativista* que a liberdade individual utiliza para estabelecer as suas relações dentro do perímetro traçado na lei.

A ilustrar a necessidade desse contróle quanto ao fundo jurídico dos negócios para que se requisita a forma notarial e o sentido regulador que a tal respeito incumbe aos notários, nunca será demais avivar o passo de *Sanahuja* quando diz: — «*Tem de reconhecer-se que o conteúdo tem bem mais importância para a escritura do que a pode ter, por exemplo, a questão de fundo ou mérito para o processo judicial; Enquanto que a relação processual é autónoma e prescinde do resultado final do processo, a relação jurídico-notarial e, com ela, o instrumento público, está ligada à relação substancial, de sorte que é a validade desta uma das condições ou pressupostos da autorização notarial*» ⁽²⁾.

3 — CONTEÚDO DA ACTIVIDADE OU DINÂMICA NOTARIAL COMO PREDOMINANTEMENTE DIRIGIDA A REGULAMENTAÇÃO DOS NEGÓCIOS FORMAIS.

Toda a matéria do presente trabalho se concebeu e escreveu já há 10 anos, como relatório que se intentou apresentar ao IV Congresso Internacional do Notariado Latino, que em 1956 reuniu no Brasil, e todas as citações ou considerações se reportam a essa época.

(1) «La forma Notarial, como Técnica Normal y Segura en la realizacion del Derecho Privado» — Curbelo Urroz — Notário de Montevideu, — Paris — 1954.

(2) «Tratado», Tomo I; 3 — Forma interna y externa. — Contenido; pág. 424.

Perante outros novos, e desde então mais influentes imperativos profissionais, ficou adormecido entre mais escritos, igualmente dedicados à Instituição.

Só pelo culto que lhe dedica este pobre servidor, que não quer ser simples *federatário*, à maneira anglo-saxónica, pôde encontrar alguns momentos vagos a permitirem dar-lhe um certo ordenamento.

Para o editar — sempre como mero relatório da especialidade que só se destinava a uma assembleia da classe — algo contribuiu o presumível interesse científico que certos aspectos poderão proporcionar aos bons técnicos, quando planificarem o papel das funções jurídicas extracontenciosas, no ordenamento jurídico geral e muito especialmente contribuiu ter adquirido, recentemente, uma valiosa publicação do ramo, muito bem documentada e de maravilhosa apresentação gráfica ...

A chicotada veio-nos dessa espantosa monografia estrangeira intitulada «*Notariat Portugais ... Notariat Fonctionnarisé*», em comentário aos nossos vigentes Código do Notariado e Lei Orgânica dos Registos e Notariado de 1960 e 1961, que saiu em Haia, a meados de 1964.

Bem ou mal, num alvoroço de idealismo, que só será quixotesco, um notário português sentiu que se precisava de dar qualquer resposta à desprimorosa acusação de *M. DE JONGH*, dizendo que «*Portugal é, segundo toda a aparência, o único país ocidental onde o Notariado se tornou exclusivamente um cargo público, oficialmente remunerado, com bem poucas diferenças das disposições gerais aplicáveis a todos os outros funcionários, numa funcionalização que de nenhum modo está de acordo com a definição e ideia do Notariado Latino, o que só lhe acarretou um número excepcionalmente elevado de obrigações de natureza burocrática*».

Contendo embora perfeito sentido de observação e mesmo verdades indesmentíveis, nos seus dois terços finais, este conceito mostra-se muito exagerado nas suas primeiras palavras.

Impõe-se pois certa refutação, e, se possível, no próprio campo do Direito, — quanto à ideia feita que o operoso notário de Amesterdão julga haver-se definitivamente implantado em Portugal.

Felizmente a nossa literatura notarial conta — será bom dizer — uma nobilitante doutrina, precisamente a contrariar tal exa-

gerada funcionalização do Notariado perante os poderes do Estado, sobremaneira se atentória das tradicionais e bem reputadas características da Instituição.

Entre muitos dos notários que se têm ocupado de matérias de direito privado, em valiosas publicações de livro ou revista, pelo cunho dos respectivos trabalhos, destacam-se muitos sistemas e conceitos estabelecidos por *Júlio Basso*, por *Jorge Camelier*, por *Francisco Vieira da Silva Barradas*, por *Tavares de Carvalho (Pai)*, por *Avelino de Faria* e por *Fernando Tavares de Carvalho*.

Efectivamente este último proclama, bem alto, no «*Caracter Institucional do Notariado*», páginas 19 e 20, que as profissões livres se podem dividir em «profissões de exercício incondicionado» e «condicionado», não sendo a regulamentação de certa actividade o que lhe atribui o carácter de função pública, pois, de outro modo certos magistrados como os Governadores Cíveis e Presidentes das Câmaras que são só autoridades, assim como os industriais, cujas indústrias estão ciosamente regulamentadas, os próprios comerciantes, sujeitos à fiscalização de preços, ou principalmente os Advogados e os Farmacêuticos, respectivamente disciplinados pelo Estatuto Judiciário e pela Direcção Geral da Saúde, seriam forçosamente funcionários públicos.

Com a bela autoridade que lhe resulta de ter já ocupado uma das vice-presidências da União Internacional do Notariado, na gerência desse tão destacado e prestigioso órgão central mundial da classe, também sempre ensinou *Fernando Tavares de Carvalho* desde o seu primeiro livro da mocidade, «*Dupla Figura Moral e Jurídica do Notário*» que o que o Estado delega no notário, ou melhor dito, o que legalmente lhe confere é um mero poder certificante e não o verdadeiro nível moral e intelectual com que, por imperativo do cargo, aprecia a validade e a legalidade da declaração de vontade, sendo assim que o notariado tem o dúplice aspecto de função pública e de profissão liberal, como assevera *Curti-Passini*.

Efectivamente, como de estritas intervenções certificantes, segundo os poderes autenticadores da generalidade dos funcionários públicos, contam-se nas actividades dos notários apenas práticas muito ligeiras, destacadas não pela qualidade e só pela quantidade, que pela sua somenos importância andam sempre afectas aos

funcionários auxiliares, por serem das poucas que lhes cabem na competência.

A essência da actividade notarial está sempre relacionada com a parte substancial dos negócios jurídicos, ao emitir um juízo de valor, que já não se enquadra no puro conceito de autenticidade, mas dela é iniludível aditamento.

A peça unitária, a que tradicionalmente se dá o nome de instrumento público, concentra os dois aspectos da mesma função, um de pura juridicidade e outro de evidência ou certeza, um de substância e outro de simples título, só este último dizendo respeito aos interesses do Estado porque o outro antes respeita aos interesses dos particulares.

Se a certeza quanto ao *facto do outorgamento*, na sua data e intervenientes pertence ao plano do instrumento, como *acto público*, já a assistência jurídica pertence ao plano do negócio, como *dirigismo do direito privado*, num controlo de intervenção que respeita ao princípio da socialização do Direito.

Parece bem possível organizar-se certa função cautelar e fiscalizadora do exercício dos interesses privados, em *Serviço Público*, sem que o respectivo agente tenha de ser necessariamente enquadrado na categoria de empregado público, em sentido administrativo: — sabe-se que um *jurado* ou um *arbitrador* desempenham funções públicas sem se acharem compreendidos na categoria de funcionários públicos.

É só com a integral *regulamentação dos negócios jurídicos* que se processa a verdadeira dinâmica notarial predominantemente dirigida à indispensável realização *certa* do Direito, no ponto de vista em que o individualiza, no tráfico quotidiano da vida normal, não como uma autenticação qualquer, mas por operação qualificativa, intimamente relacionada com a noção de legitimidade, do direito substantivo, e, com a *forma legal* ou *jurídica* dos diplomas do direito adjectivo.

Encontrando-nos ou não no bom caminho, pelo menos com a agitação do problema neste nosso trabalho, designadamente no sentido da presente rubrica, poderemos contribuir para a definitiva fixação dum conceito legal da *capacidade notarial* em ordem à legalização e legitimação, respectivamente da relação jurídica e de seus sujeitos instrumentários.

Há pelo menos um aspecto que nos parece indispensável esclarecer-se quanto antes, e será o de saber se o *instrumento público*, quanto à capacidade de exercício dos titulares de negócio e às restrições de disponibilidade com ele interferentes, tem ou não de obedecer ao perfeito legalismo estabelecido na lei civil.

Por agora existem algumas situações em que a capacidade e a legitimidade das partes se acham submetidas à *qualificação autónoma do notário*, (exemplos: alienações, por um só dos cônjuges de bens com dependência do regime matrimonial estipulado; de terem sido transmitidos com a cláusula de incomunicabilidade; de terem sido adquiridos após a sentença da separação judicial, etc., etc.), o que irrecusavelmente já patenteia o aspecto distintamente jurídico da legalização notarial. Tudo leva a fazer crer portanto que *capacidade de outorga notarial*, coincide com a capacidade de exercício, estabelecida na lei substantiva; porém, mais que desejável torna-se necessário, ou pelo menos muito conveniente que um futuro diploma notarial, seguindo-se ao futuro Código Civil, consigne, se o notariado deve, indiscriminadamente, transigir com todas as ilegalidades da falta de capacidade nas ilegitimidades dispositivas, — impliquem ou não simples nulidades relativas, — ou só pode fazê-lo em casos de absoluta urgência.

Parece-nos que o notariado só devia sancionar, depois de terem falhado apropriadas diligências do saneamento dos vícios. Actuaria assim no desenvolvimento da jurisdição voluntária notarial, como já acontece em vários países do notariado latino, alargando-se à audiência das pessoas dos consentidores, convidando-os a comparecer ou pelo menos ficando consignado, no documento, a necessidade de um suprimento judicial de todas as autorizações que deixaram de ser prestadas. Abrir-se-iam consequentemente certas diligências de processo gracioso, presididas pelos Notários, até à plena regulamentação legal dos negócios jurídicos formais.

Bem mais que a prova, hoje pretende-se a *sanidade* das relações jurídicas.

E foi por isso que o grande processualista *F. Carnelutti*, quando falou na Academia Matritense do Notariado, ao definir a figura jurídica do notário moderno, o considerou, bem mais que um documentador, que um intérprete, que um grande operário e técnico

das relações jurídicas, zeloso agente da sua terapêutica e higiene, um verdadeiro *guardião do Direito* ⁽¹⁾.

4 — ENTRE O DIREITO DETERMINADOR, O REPRESSIVO E O PROCESSUAL EXISTIRÃO CERTOS DIREITOS MISTOS, COMO O DIREITO REGULADOR.

Esta existência e importância do controlo da forma pública e solene dos actos do direito privado por uma determinada classe de juristas é de tal modo sentida, no seio de todas as sociedades mesmo das mais revolucionárias e extremistas, que nem a Rússia Soviética dela pode prescindir.

Como já vimos, o Notariado documenta e autoriza nesse leste europeu os principais negócios jurídicos, embora, como bem diz Diego Hidalgo Durán, por acréscimo, igualmente lhe assista ainda a missão de controlar todas as convenções de carácter patrimonial entre os diversos órgãos da administração e todos os actos de direito privado do Estado ⁽²⁾.

Impõe-se, portanto, ao Notariado, perante as características da sua natureza específica, que vimos assinalando, o pugnar, tenazmente, pela completa integração, na sua actividade, da plena regulamentação da totalidade dos negócios jurídicos, para que seja exigida a escritura pública, na actual dinâmica do Direito.

Perante semelhante firmeza do seu conteúdo específico, já poderá reivindicar para a esfera da sua competência, a intervenção em todos os *negócios jurídicos solenes* que se achem dispersos noutras actuações administrativas.

Ocorre-nos, de momento, a necessidade da integração, no Notariado, das matérias intrínsecas dos chamados «*negócios jurídicos processuais*» que só deslocadamente se dispersam nas zonas da lei adjectiva quando constituem, afinal, puros instrumentos públicos, em que tanto pela capacidade dos sujeitos como pelo conteúdo e eficácia estão, em tudo, exclusivamente sujeitos ao Código Civil e outras leis notariais, e nunca a preceitos de direito adjectivo, mantendo-se, entre todos eles, a característica comum de represen-

(1) Ob. cit. pág. 13 a 15.

(2) *Organização e Regime do Notariado na Rússia dos Sovietes.*

tarem verdadeiras manifestações de vontade das partes, em tudo alheias à imposição coactiva do Tribunal.

Alguns destes *negócios jurídicos processuais*, como a confissão, desistência e transacção na extinção da instância, vêm, desde há tempos, oferecendo-se, em opção, poderem ser levados a efeito tanto por termo no processo, como por documento notarial.

Inexplicavelmente, o *repúdio da herança*, durante muitos anos só se regulou por termo judicial. Agora, por imposição do art.º 88.º do novo Código do Notariado de 1960, passou para exclusiva competência dos notários.

Pensamos que não tardarão muito tempo a integrar-se também na exclusiva esfera notarial, certas espécies dos actos de *arrematações*, o que já é lei escrita em tantos países ⁽¹⁾.

Quanto aos *negócios jurídicos familiares* já um, em alternativa, o de perfilhação, é susceptível de intervenção notarial, não se percebendo por que o mesmo não acontece com um outro, o da *emancipação*, nos seus trâmites, um acto de pura concessão voluntária por parte dos ascendentes do menor, e assim, um verdadeiro acto de direito substantivo, respeitante aos instrumentos públicos, únicos expedientes da evidenciação dos direitos, na normalidade jurídica e portanto só afecto à da competência dos notários e não de outro qualquer serviço de legitimação estatal.

A mesma integração terá de produzir-se relativamente ao bem preciso negócio jurídico da *adopção*, logo que admitido, como negócio familiar, no ordenamento jurídico português, o que irá acontecer com a promulgação do novo Código Civil.

Por certo só o da *legitimação de filhos ilegítimos* e principalmente o negócio jurídico familiar central, que é o *casamento*, ambos estritamente ligados ao formalismo dos registos de nascimento, — e este último também pela sua enorme importância e frequência, — é que se justifica continuem ainda, por interesses essenciais da política dos Estados, a ser entregues ao órgão específico dos registos do Estado das Pessoas, (*Registo Civil*) onde são

(1) Ver na primeira parte deste trabalho, a prática do *procedimento executivo-extrajudicial* vigente em Espanha, assim como a recente introdução da *venda extrajudicial de bens dos executados* na nossa legislação processual. Págs. 34-35 deste livro.

legalizados com intervenção de outro agente público, mas numa situação inteiramente paralela à intervenção do notário.

Achada, nestes termos, qual a verdadeira matéria do plasma e conteúdo constante e normal da Função, a própria natureza desse conteúdo nos servirá à maravilha para nos permitir, em seu redor, fazer a total integração deste Serviço Público.

É que terá de entender-se que, nos domínios dos grandes departamentos do Estado, sempre que quaisquer dos seus agentes se ocupem dos *negócios jurídicos solenes*, no sentido que actualmente lhes está fixado pela doutrina, pela legislação e pela jurisprudência, sempre terão de remeter a prática dessas relações jurídicas para a competência exclusiva do notariado, como órgão amplo e genérico da legitimação e evidência de todos os actos de direito privado, exercidos na normalidade, nomeadamente da *regulamentação dos negócios jurídicos*.

Impôr-se-á essa legítima integração de funções, mau grado a bárbara anormalidade, que só em Portugal veio a implantar-se, de legalmente exercerem funções, como notários privativos, funcionários administrativos de outros quadros, pois que ao desempenharem a actividade notarial o fazem, imprópriamente, porque eles nada têm de comum com a Instituição e nenhum enquadramento vêm a ter na classe profissional visto que nunca se sujeitaram ao concurso de admissão neste ramo profissional, nem dependem do Ministério da Justiça ou da Direcção Geral dos Registos e do Notariado.

No muito que já lemos em Direito Notarial comparado, nunca encontrámos em qualquer outro país os aspectos que se verificam entre nós, da Instituição se ver mutilada na separação dos chamados notários privativos das Câmaras Municipais, da Caixa Geral dos Depósitos e outros organismos onde tão elevada missão se entrega a certos dos seus empregados.

A integração pelo Notariado do regulamento formal e material de todo o negócio jurídico, no actual sentido técnico da expressão, deveria ser total regulamento tanto do continente como do conteúdo, providenciando-se às susceptibilidades ou justa equidade na escolha do notário, por parte dos organismos oficiais ou entidades particulares, concessionários de serviços públicos, dum modo idêntico ao que figura estabelecido na lei orgânica do notariado.

espanhol — *Reglamento Definitivo*, ali vigente desde 2 de Junho de 1944 :

«Os particulares têm o direito da livre escolha do Notário, salvo nos actos ou contratos em que intervenha o Estado, a Província, o Município ou os estabelecimentos ou entidades que deles dependem, conforme o preceituado no artigo 126 deste regulamento (artigo 3.º)»; «de acordo com o preceituado no artigo 3.º deste regulamento, quando numa povoação houver dois ou mais notários, serão tornados entre eles os documentos em que intervenham, directamente ou representados, ou os contratos pelos quais adquiriram direitos ou obrigações, o Estado, a Província ou o Município, ou as entidades ou pessoas jurídicas seguintes: Banco de Espanha, Banco Hipotecário de Espanha, Banco de Crédito Local, Banco Exterior, Banco de Crédito Industrial, Instituto Nacional de Previsão ou Caixas colaboradoras do mesmo, Companhia Arrendatária de Tabacos, Companhia Espanhola de Explosivos, Companhia Arrendatária do Monopólio de Petróleos, Companhia Arrendatária de Fósforos, Companhia Telefónica Nacional, Montepios oficiais, Patronato Nacional de Turismo, Associações de Beneficência Pública, Companhia de Caminhos de Ferro, Metropolitanos, Eléctricos e Serviços Aéreos, Companhias de Navegação, subvencionadas pelo Estado, Companhias exploradoras de portos e concessionários de zonas francas, Companhias de radiofusão, quando de monopólio ou subvenção do Estado e todas aquelas que desfrutem de concessões relativas a serviços públicos nos contratos que se relacionam com os mesmos, ou gozem de isenções de impostos». (art. 126).

Este sentido específico, do conteúdo da função, em ordem a determinado alvo, permanente e constante, na *tutela reguladora* dos negócios jurídicos, parece-nos o único susceptível de nos conduzir à plena integração do objecto do Notariado Português, e assim se evitar a tendência para que quaisquer serviços públicos nacionais, civis, administrativos, e até militares, cada vez mais se permitam regulamentar documentos de forma, em autênticos negócios jurídicos, como contratos para fornecimentos de veículos ou utensílios para os serviços Autónomos ou para o Exército, ou contratos de empreitada, da mais variada natureza, enfim, se crie um novo clima no ordenamento jurídico que leve a suprimir inteiramente essa verdadeira anomalia que, ressaltando-se a excepção dos Agentes Con-

sulares, — aliás imprescindível e a vigorar noutros países, — descabida e tristemente, só deve manter-se em Portugal, tal como legislou o recente Código do Notariado, no seu Artigo 3.º: —

«1. *Excepcionalmente desempenham funções notariais:*
a) *Os agentes consulares portugueses;* b) *Os chefes de Secretaria e notários privativos das câmaras municipais;* c) *Os notários privativos da Caixa Geral dos Depósitos, Crédito e Previdência;* d) *Os funcionários de outros serviços a quem, por disposição especial, seja atribuída, em relação a certos actos, competência notarial.* 2. *Os actos praticados no uso da competência de que gozam os órgãos especiais da função notarial devem obedecer ao preceituado neste código, na parte que lhes for aplicável».*

*

* *

Seria mais harmónico, na Ciência Jurídica que em todo esse largo campo do direito privado só uma mesma adequada *tutela na regulamentação* tivesse a competência da intervenção sancionadora, em nome do Estado, quanto à biologia dos direitos subjectivos.

E assim deveria ser porque o conceito de *sanidade e segurança*, quanto à realizabilidade judicial ou extra-judicial das situações privatistas, nos parece essencial e prevalecente sobre o da *fé pública*, como simples *forma autêntica* e só o primeiro sublinha o verdadeiro sentido de *autenticação* quanto ao valor e certeza de quaisquer relações jurídicas.

Reconhecido o consagrado sentido de *Legitimação* e do *Poder Legitimador* quanto aos actos de direito privado, bem é de entender-se que toda a *homologação*, sob o peso e responsabilidade de um Serviço de Estado, seja dada por parte dos *Tribunais*, seja dada por parte dos Registos *Civil* ou *Predial*, seja por parte do *Notariado*, muito para além das *autenticidades* predominantemente se traduza numa manifestação do *reconhecimento* dessa chancela ou da *sanção* duma controlada administração de direitos, no sentido de *validade* e *eficácia* das situações jurídicas a que se apliquem.

Como profissionais da dação da *forma legal* dos direitos sub-

jectivos, normalmente exercidos, os juristas neste Serviço enquadrados, devem constituir uma classe paralela à da Magistratura Judicial e à dos Registadores dos estados das pessoas, dos direitos sobre imóveis ou actos do comércio, pois sabe-se que os notários e estes últimos manipulam como os primeiros, o mesmo substancial de matérias, que os segundos registam, e por isso será bem coerente e lógico que a escala de valores aplicados aos pressupostos da capacidade jurídica, inteiramente se equiparem aos que se devam aplicar à *capacidade instrumentária*.

Sendo o Direito Subjectivo um só, não se compreende que o sentido da sua *homologação* nos tribunais e no Notariado não seja sempre o mesmo.

Porém, a verdade é que, nas correspondentes substâncias e direito material dos chamados *negócios jurídicos processuais*, o Poder Judicial ao discipliná-las, controla-lhes, minuciosamente, os aspectos legalizadores, vigiando-as, nos pertinentes direitos, em planos bem superiores, ao devido *acto formal*, desde o nascimento à *válida exteriorização*, uma vez que a sua prática nos *actos de processo*, não se compadece com qualquer lesão de interesses particulares.

Infere-se do disposto no artigo 25.º do Código do Processo Civil que repugna ao Poder Judicial sancionar quaisquer actos feridos de nulidade relativa, pelo que, perante situações dessa espécie, providencia, desde logo, para que o vício se sane e o acto se documente na sua eficácia plena.

Se a matéria ou substância medular dos actos, num e outro dos Serviços, é a mesma, se as exigências de *certeza*, de *paz* e de segurança da vida social, da vida económica e dos interesses fiscais dos Estados modernos abarcam todos os actos do direito privado, nunca se compreenderá que a *tutela de regulamentação* não seja idêntica, da forma à substância, nos dois ramos do Direito.

Sustenta, por exemplo, o douto advogado *Dr. João Lopes Cardoso*, bem reputado jurisconsulto, que a mulher casada mesmo que seja herdeira, em face do disposto no artigo 1 193 do vigente Código Civil, precisa de autorização do marido para adquirir bens e assim para *licitar*; portanto, mesmo a entender-se que a mulher não adquiere bens enquanto licita, até ao limite da sua quota hereditária, reputada a licitação como um acto de mera administração,

esta só incumbirá à mulher na falta ou impedimento do marido ⁽¹⁾.

Escreveu o *Prof. J. Alberto dos Reis* que foi esta a tendência da maioria dos membros da Comissão Revisora do Código do Processo Civil e que foi só por dificuldades técnicas que o diploma não a regista, tendo-se deixado a solução dessa questão para a lei civil ⁽²⁾.

Estes pormenores da capacidade contratual estão a demonstrar que o sinal predominante de todos os *negócios jurídicos formais* afinal é sempre o mesmo, sejam os processuais, sejam os notariais, o de uma sua integral regulamentação e tutela, na plenitude dos seus alcances no campo do Direito.

Trata-se duma *regulamentação jurídica* de puro sentido legitimador que aliás hoje se deve considerar subentendida no preceituado no artigo 1.º do actual Código do Notariado ao anunciar que a função tem por fim *dar forma legal* como aspecto bem distinto de *conferir autenticidade*, que só se menciona em segundo lugar, aos actos jurídicos extrajudiciais.

O *princípio da legalização* toma aqui, no Notariado, o seu devido lugar de primeiro degrau, compreensivelmente equiparado ao *princípio da legalidade* em segundo degrau consagrado no artigo 5.º do Código do Registo Predial ao atribuir-se aos Conservadores a obrigação de apreciarem a legalidade dos títulos apresentados a registo e a *validade* dos actos dispositivos neles contidos.

*

* *

Muito embora o problema não se levante quanto às intervenções notariais de simples reconhecimentos de assinatura, de letra e assinatura, ou termos de autenticação, nos documentos particulares, os quais, embora autenticados, continuarão a ter a mesma inicial natureza de documentos particulares, é sempre um problema que tem de pôr-se, como vimos demonstrando, no tocante ao

(1) «*Processo de inventário*», 1940, pág. 335; — «*Partilhas Judiciais*» 1955 — vol. II, pág. 140.

(2) «*Revista da Legislação e Jurisprudência* — Ano 85, pág. 365.

poder de apreciação quanto à validade das relações jurídicas, submetidas a instrumentos públicos, sob a forma de *documentos autênticos*.

Aparecem já na doutrina notarial e registral, da vizinha Espanha, certas tendências de que é ao notário que compete o acabado e absoluto *controlo* legal, da relação substantiva notariada, abarcando todos os pressupostos e requisitos não formais, — e quanto à sua competência da apreciação da legalidade formal nunca ninguém a pôs em dúvida — ao mesmo tempo que lá se sustenta dever a esfera de acção do Conservador, na apreciação dos documentos autênticos notariais, ficar limitada a um juízo extrínseco, portanto a incidir somente sobre os requisitos externos dos documentos e nas suas garantias de autenticidade.

E por outro lado o próprio *Roca Sastre*, a maior autoridade dos Registos de Imóveis no país irmão, bem sustenta que embora possa ser pleno o controlo substancial dos registadores nos actos de *direitos reais*, — e isto sem que a sua «*calificación*», como lá se diz, deva causar «choques» — quanto à anterior ou prévia apreciação de legalidade das mesmas relações já exercida pelos notários, sobre o mesmo objecto negocial, porque essa duplicidade se torna inevitável; — em contrapartida, já nos actos simplesmente obrigacionais, todo o juízo de legalidade respeitante às «*causas*», deverá pertencer inteiramente aos notários no entender desse respeitadíssimo doutrinador dos Registos.

Ora não pode variar muito o princípio de *legalização* que hoje tem de assistir ao Notariado em Portugal, para mais depois da finalidade que lhe ficou atribuída no pórtico do seu último diploma orgânico.

E só tal atributo lhe consagrará, aliás, o lugar adequado dentro da Teoria das Formas Jurídicas Extrajudiciais e lhe conferirá cabal e responsável enquadramento que, — à parte os inevitáveis critérios pessoais, quanto a pormenores de prática funcional, — venha a evitar que actos indirectamente ilegais sejam sancionados por certos notários, enquanto que recusados por outros, como a constituição de *sociedades comerciais entre cônjuges*, consorciados no regime da comunhão ou mesmo de separação de bens, ou a constituição de sociedades ou admissão nelas, de *sócios menores*, ainda que representados pelos detentores do poder paternal, mes-

mo sociedades de responsabilidade limitada, sem prévia autorização judicial, para só se apontarem dois casos de dúvida, quanto à legalização das competentes situações jurídicas. Mas muitas surgem, no ponto de *legalidade*, por via de recentes diplomas diversos, sobremaneira fiscais, quanto à defesa agrária ou de urbanização, proibindo actos de transmissão, mas isto sem que, notarialmente, a autonomia privada pareça ser atingida salvo mediante a responsabilidade de pesadas multas.

Enfim, nada melhor que este sinal da *legalidade* para conferir à Função o seu verdadeiro nível, lhe possibilitar a sua total integração e apropriado ordenamento científico, como instrumento da *regulamentação dos direitos subjectivos* no campo do Direito, muito especialmente *regulamentação dos negócios jurídicos*.

Semelhante interferência do Órgão do Estado encarregado da tutela das formas jurídicas dos actos e contratos extrajudiciais, nunca atentará contra os soberanos direitos da autonomia privada.

Pelo menos assim não se tem considerado nas relações familiares, pois que, apesar de nos últimos tempos passarem a ser reguladas por fortes normas injuntivas e inteiramente inderrogáveis pela vontade dos particulares, tudo pelos altos interesses dos Estados, apesar disso, o Direito da Família continua a ser direito privado e ainda anda muito longe de se converter em direito público.

Esta *Regulamentação* constitui, como se vê, uma aspiração e necessidade para a verdadeira dignificação dos Serviços.

Só ela lhe preencherá o verdadeiro alcance técnico da sua missão estadual, já que, como assim actualmente se entende, o Estado em função da ordem pública, desenvolve verdadeiro controlo de dirigismo tanto quanto ao comércio, indústria, instrução, e saúde, como à liberdade e Justiça dos direitos particulares e, exerce-o, tanto através dos Tribunais, como da incorporação das relações individuais, nas normas da garantia e segurança social.

É o que também nos revela numa curiosa obra dedicada ao Notariado, um ilustre catedrático argentino ⁽¹⁾.

(1) Reys Pena — «*La Funcion Notarial, considerando las directivas del Dirigismo y Socializacion del Derecho Actual*». Pág. 5.

5 — EXISTIRÁ UMA JURISDIÇÃO REGULADORA EXTRA-CONTENCIOSA E EXTRA-JUDICIAL?

Concede-se que o Notariado não é a única das vias destinadas à individualização e realizabilidade prática do Direito entre os particulares.

Sem dúvida que existem outras tutelas de semelhante ordenamento jurídico.

Mas o nosso objectivo é destacar que o Notariado, entre as vias correntes da individualização do Direito, — (umas directas, por realizabilidade espontânea, como as convenções verbais, a escrita comercial, os vales postais, os cheques e as letras de câmbio, outras indirectas como as formas da vida administrativa e as decisões arbitrais) — é a via fundamental da representação dos direitos subjectivos, suficientemente legitimados enfim o principal suporte na sinalização da sua *evidência e certeza*.

Embora se aceite que o Notariado não alinha sozinho no plano de individualização extrajudicial dos direitos subjectivos, para efeito da sua legitimação, sem a menor sombra de dúvida que é o seu órgão primário e mais destacado.

De toda a argumentação despendida na II Parte do presente trabalho se tem de concluir que se o *autenticar* não é predicado exclusivo do Notariado, e antes se vê repartido por diferentes cargos públicos, já a *regulamentação legitimadora* é, dentro da zona da normalidade, quanto a fixação de direitos, principalmente dos *negócios jurídicos*, um predicado característico do órgão especial que evidencia e legitima os factos solicitados.

Nesta zona pacífica, sem o «*fiat notarial*», de retinto carácter legalizador, legitimador e configurativo, muito mais ligado à feição técnica do guardião da boa *administração do direito privado* do que ao federatário dos factos e documentos, muito mais *intelectual* que *certificante*, é que não podem existir negócios jurídicos formais.

Sem tão valiosa dação da consagrante *forma jurídica*, não de qualquer forma sem tal atributo o que representa o mais duro escolho, pelos atritos que ocasiona, pelos actos que leva a recusar, o negócio jurídico é *inexistente* e por isso essa *sanção* constitui toda a grandeza da missão, pois nada a pode substituir nem mesmo a força de uma sentença.

Tal qualificação de juridicidade, traduzida na forma legal ou *sanção* jurídica do notário, pretendemos nós denominar *regulamentação integral dos negócios na substância e forma*, valor íntegro completo e o único capaz de proporcionar ao *acordo da parte* a plenitude viva do Direito.

Esta *regulamentação legitimadora* assumirá assim conceito inteiramente distinto dos vulgares conceitos da forma ou da prova, em geral, como o salientámos no início desta III Parte.

Foi por certo à luz destes princípios de que o notário é antes de tudo um jurisperito, criador de formas, não puramente instrumentais nas formalidades externas, porque a forma notarial é principalmente interna, — já que é sempre *forma jurídica* — e foi a consagrá-los, na moderna temática, que logo o I Congresso Internacional do Notariado, de há menos de vinte anos, decretou para todos os países membros da União do Notariado Latino, entre quais nos encontramos, — pois compreende todo o mundo ocidental, — «*o notário é o PROFISSIONAL DE DIREITO encarregado de receber, interpretar e dar forma legal à vontade das partes, redigindo os documentos adequados a esse fim e conferindo-lhes autenticidade*».

Importa registar que tal conceito se manteve inalterável nos seis seguintes congressos ou assembleias mundiais da classe, e depressa passou aos diplomas orgânicos dos muitos países que nestes últimos anos fizeram reformas notariais.

Consagra-o, por exemplo, no país vizinho, o vigente Regulamento Definitivo da Lei Orgânica do Notariado, no seu artigo segundo, ao dizer «*que os notários são simultâneamente profissionais do Direito e funcionários públicos*».

Entre nós o entendimento não pode ser diferente, quer por força da doutrina propalada desde o começo do século, por numerosos e tão distintos escritores, do nosso direito notarial, dos quais apontamos apenas os que publicaram trabalhos de profundidade — com prejuízo de muitos outros não menos valiosos, — quer porque felizmente o art.º 1.º do actual Código do Notariado, o de 1960, logo espelha uma esforçada dignificação da classe que o diploma bem procura servir.

Mesmo que burocraticamente o Estado tenha imposto aos notários uma disciplina administrativa mais apertada e lhe tenha alterado as proveniências da sua retribuição, isso não lhe pode tirar

o seu bom nível e prestígio, como nunca idênticas intromissões políticas ou legislativas tiraram dignidade à magistratura judicial.

Algo se equivocou portanto aquele tão ilustre notário holandês, autor do «*Notariat Portugais ... Notariat Fonctionnarisé*» ao pôr em dúvida o aspecto tradicionalmente latino de qualificação técnico-jurídica do notariado luso, por não atender, suficientemente, no duplo aspecto dessa sucinta mas bela e explícita definição do Notariado Português, incerta no pórtico do diploma que disseca :

«*A Função Notarial tem essencialmente por fim dar forma legal e conferir autenticidade aos actos jurídicos extrajudiciais*».

Ainda que se tenha fugido a um conceito demasiado doutrinal, embora com sacrifício de uma rigorosa perfeição no englobamento dos vários aspectos da actividade profissional, o que só poderá explicar-se pelas regras de muita simplicidade e concisão que caracterizam o novo Código do Notariado, sem sombra de dúvida que na definição adoptada se abarcam feições de *qualificação técnica* por parte do documentador no ponto em que só pode conferir *forma legal*.

Esta ideia de uma *dação de legalidade* é prévia e independente, constitui como que um pressuposto em ordem à segunda fase do acto referente só à autenticidade dos factos.

É como que a *legitimação substantiva* dos actos e contratos a antepôr-se à peça de *prova*.

Em conclusão, no direito nacional, como no de todo o mundo latino, a Função Notarial tem por fim a regulamentação e tutela dos *factos* e dos *actos jurídicos* da vida normal do Direito que os particulares ou entidades públicas, agindo como particulares, pretendam evidenciar com especiais garantias de *certeza*, de *legitimidade* e de *eficácia* ou *prova*; e exerce-se no integral alcance dos direitos a que se aplica, regulamentando-os, — tanto na «*substância*», ao receber, configurar ou ordenar juridicamente as declarações das partes, legitimando-as, numa redacção directa ou indirecta, quanto ao seu objecto, num indispensável policiamento das boas regras do Direito, — assim como na *forma* no sentido de *forma externa*, conferindo-lhes o devido invólucro de formalidades e prestando a sua afirmação activa ou passiva, geralmente passiva, no momento em que essas declarações se tornam evidentes.

TENTATIVA DUMA NOVA INTERPRETAÇÃO DO CONTEÚDO ESPECÍFICO DA FUNÇÃO NOTARIAL

É

A REGULAMENTAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO, NA SUBSTÂNCIA E NA FORMA

Dos princípios e conceitos expostas nas segunda e terceira partes deste trabalho, mormente nesta última, viemos a inferir a nossa interpretação do conteúdo específico da Função Notarial a qual nos permitimos expressar na seguinte conclusão:

O Notariado é o órgão extra-judicial genéricamente encarregado da tutela sobre a total regulamentação dos direitos subjectivos, particularmente dos «negócios jurídicos», a fim de que obtenham adequada representação no ordenamento jurídico para subsistirem com perfeita garantia de evidência, confiança, certeza e eficácia ou prova.

Consiste numa peculiar administração dos interesses privados, na sua realizabilidade normal e espontânea, que por força das necessidades da vida moderna, é exercida em nome do Estado, sem perder o carácter institucional, que sempre teve, produz-se actualmente sob feição «normativa» quanto ao integral alcance dos direitos, a que se aplica; regulando-os desde a substância à respectiva forma externa.

Tem assim, desdobrado significado a «*forma legal*» dos *negócios jurídicos* solenes:

- § 1.º — A sanção legalizadora do «NEGÓCIO JURÍDICO» expressa na autorização que lhe confere o notário, constitui a parte verdadeiramente técnica, pode dizer-se jurisdicional da função notarial e vem a exercer-se pelo enlace, pela configuração, segundo a lei — embora de conformidade com as partes, — dos poderes da autonomia privada, ou direitos subjectivos com que se constitui o mesmo «NEGÓCIO» (substância do acto).
- § 2.º — As formalidades do «INSTRUMENTO» continente constituem mero suporte da certeza e evidência do «NEGÓCIO», ou conteúdo que transporta (autenticidade externa).

LEGITIMAÇÃO E CONFIGURAÇÃO dos poderes jurídicos ou declarações de vontade privada com que se constitui para que tenha eficácia (*esfera de legalidade interna*).

AUTENTICAÇÃO do «acto formal» que o representa para que seja crível, tenha evidência, força de prova e execução, bem como a maior parte das vezes, validade e existência (*esfera da verdade dos factos*).

O conteúdo da sua missão específica desdobra-se, por tal motivo, em duas operações distintas, mas conexas, — e ambas integram o acto unitário da *Forma Legal*: Primeiramente a Instituição utiliza um poder jurisdicional ao ligar as manifestações de vontade, em ordem à eficácia que têm em vista, ou seja ao valorizá-las juridicamente pelo seu enlace, legitimação e configuração, segundo a lei, embora também de conformidade com as partes.

Depois, utiliza um poder certificante, ao dotar as merecedoras de objectivação e publicidade daquela peculiar *forma pública* que as torna críveis e valiosas, — quer como meio de prova extrajudicial, pelo robustecimento da sua legalidade interna, na presunção da validade do seu sentido expresso, quer judicial pela força legal e obrigatória que da solenidade resulta —, ao imprimir autenticidade ao facto de se terem produzido, e aos outros factos que figurem no invólucro documentário ou forma externa, como praticados na presença do funcionário.

Tais operações devidas respectivamente à «*autorização*» e à «*intervenção*» do Notário, na sua dupla qualidade, de jurista e federatário, Magistrado da Normalidade Jurídica e da Fé Pública, são actividades de sentido diverso, porém sobrepostas e indissolúvelmente ligadas numa só peça técnico-jurídica, verdadeiramente típica da função, técnica quanto às legalidades, obrigatória quanto às autenticidades, — peça solene de *forma jurídica* tradicionalmente consagrada com o nome de *Instrumento Público* ou *Acto Autêntico Notarial*.

CORRIGENDA

CORRIGENDA

A página 4, não poderá ler-se «dos quatro ramos de direito privado» mas antes ler-se: «dos dois grandes ramos de direito privado». A página 5, não «CARTAES» mas «CARTAS». A página 7, não «ou os outorgantes» mas «ou outorgantes». A página 8, não «Dizem-se verificar-se»... mas «Dizem eles verificar-se»... Ainda a página 8, rectifica-se que a transcrição final deve anteceder as duas linhas que a precedem, as quais saltaram para cima, quando deviam ficar só ao fundo da página, como texto em redondo, a ligar com o texto em redondo da página seguinte. A página 11, não «...instrumentalmente falando...» mas «...instrumentalmente, portanto...». A página 14, não «(SIGUNAM FACER)» mas «(SIGNA FACER)». A página 16, não «particulista» mas «particularista» e também não «...prelecções catedráticas, invulgares produções...» mas «...prelecções catedráticas e invulgares produções...». A página 21, não «...porque se constitui...». mas «...por que se constitui...». A página 26, não «procedeu» mas «precedeu». A página 27, não «...nas acções em que se pedia o pagamento da dívida nas acções em que se pedia o pagamento de quantias certas...» mas «...nas acções em que se pedia o pagamento de quantias certas...». A página 29, não «...dum montante, certo» mas sim «...dum montante certo...». Ainda a página 29, não «911, 967 n.º 1.969 e 906 do Código Civil», mas sim, «672, 674, como dos 906 — n.ºs 1 e 2, 911, 967 n.º 1 e 969 do Código Civil que concedem garantias para créditos futuros, se assinalados e art.º 200 do então...». A página 35, não «convenções, hipotecárias» mas «convenções hipotecárias». A página 42, não «superintendência» mas «superintendência». A página 51, não «...obdecendo» mas sim «...obedecendo»; e não «vezs» mas sim «vezes». A página 59, não «reclamados dos pela» mas «reclamados pela». A página 60, não «e» mas «as». A página 64, não «As simples cláusula de continuação da sociedade com os sócios sobreviventes» e «As cláusulas de continuação da sociedade com os herdeiros dos sócios falecidos, somente facultativa» mas «A SIMPLES CLAUSULA DE CONTINUAÇÃO DA SOCIEDADE COM OS SÓCIOS SOBREVIVENTES» e «CLÁUSULAS DE CONTINUAÇÃO DA SOCIEDADE COM OS HERDEIROS DO SÓCIO FALECIDO, aqui situação somente facultativa...». A página 68 não «MANUAL DE DROIT, COM.» mas «MANUEL DE DROIT COM.». A página 69, não «...como o decorrer...» mas «com o decorrer...». A página 77, não «dos inovadores» mas «das inovadoras». A página 88, não «...por parte do notário AUTORIZAÇÃO não significa acção...» mas «...por parte do notário, — conceito em que AUTORIZAÇÃO não significa...» A página 105, não «... a existência e efeitos do acto...» mas «... a sua existência e efeitos». A página 106, não «...contempla-

da ...» mas «... contemplado ...». A página 109, o final do último parágrafo, não termina como está: «... não falar numa doação remuneratória, por forças da mesma quota», mas sim, com a inclusão de linhas que saltaram: «... não falar numa doação pela quota disponível, contra prestação de serviços futuros, como encargos exigíveis, em doação onerosa, e uma doação remuneratória de serviços já prestados ou recebidos, e portanto não exigíveis, igualmente feita pelas forças da mesma quota». A página 111, não «... descrição» mas «... discrição ...». A página 119, não «... só com a **FORMA INTERNA** ...» mas «... sempre com a **FORMA INTERNA** ...». A página 161, não «viraram» mas «visaram ...». A página 167, não «pesca» mas «pessoa». A página 196, não «verdade ...» mas «vontade ...». A página 213, não «nulidades resolúveis, no sentido ...» mas «nulidades resolúveis antes se tomassem como situação de validade transitória, no sentido ...». A página 215, não «da» mas «de». A página 217, não «Configuração ...» mas «Configuração, ...». A página 219, não «jurídicos ...» mas «jurídicos, ...». A página 230, não «... exiguidade» mas «... exigibilidade ...». A página 231, não «... nas convenções ...» mas «... nas convenções antenupciais ...». A página 233, na nota, não «... do seu monumental notado «Derecho Civil», mas sim «... do seu monumental tratado «Derecho Civil» ...». A página 234, não «... vontade ...» mas «... vontades ...». A página 236, não «... conversão ...» mas «... convenção ...». A página 238, não «Efectivamente» (no início do período final), mas: «De facto». A página 243, não «... deveria ser total regulamento tanto no continente ...» mas sim «... deveria ser total, tanto no continente ...». A página 246, não «... de matérias, que os segundos registam, e por isso ...» mas sim «... de matérias, e por isso ...». A página 250, não «... sem tal atributo o que representa» mas sim «... sem tal atributo, o que representa ...». A página 253, não «... aplica; regulando-os ...» mas sim «... aplica, regulando-os». Ainda a página 253, não «... «NEGÓCIO», ou conteúdo», mas sim «NEGÓCIO» ou conteúdo ...». A página 254, não «Depois, utiliza um poder ...» mas sim «Depois usa um poder ...».

Composto e impresso na
LIVRARIA EDITORA PAX, LIMITADA
Rua do Souto, 73 a 77
Telefone PPC 22604
Braga — Portugal

biblioteca
municipal
barcelos



19047

O Notariado na elaboração do
Direito privado