Lusíada
Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

González, José A.R.L., 1965-

Qualificação de actos registáveis com intervenção notarial : duplo controlo da legalidade

http://hdl.handle.net/11067/5304
https://doi.org/10.34628/tdbw-5p91

Metadados

Data de Publicação 2004

Resumo Neste artigo, o autor defende que nos casos em que um facto sujeito a registo tenha sido objecto de previa titulação por notário, o conservador não deveria ter o poder de apreciar a legalidade intrínseca do mesmo, uma vez que o juízo correspondente já foi formulado pelo notário....

Palavras Chave Notários - Portugal

Tipo article

Revisão de Pares yes

Coleções [ULL-FD] LD, s. 2, n. 02 (2004)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-26T12:51:13Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

QUALIFICAÇÃO DE ACTOS REGISTÁVEIS COM INTERVENÇÃO NOTARIAL
(Duplo Controlo da Legalidade)

José González

Lusíada. Direito, Lisboa, n.º 2/2004

Resumo: Neste artigo, o Autor defende que nos casos em que um facto sujeito a registo tenha sido objecto de prévia titulação por Notário, o Conservador não deveria ter o poder de apreciar a legalidade intrínseca do mesmo, uma vez que o juízo correspondente já foi formulado pelo Notário.

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

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

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

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

---

[1] Há quem entenda que a fé pública registal não é a presunção inicial mas, ao invés, é a situação final resultante da verificação dos requisitos de protecção de terceiro de boa fé exigidos pelo art. 291.° do Cód.Civil ou pelo art. 17.°/n.°2 do Cód.Reg.Predial. Aqui prefere-se utilizar o conceito de *fé pública* com o sentido que ele normalmente tem no léxico jurídico nacional.

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

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

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

III) Sucede que, no referido exercício, o Notário deve procurar conformar a vontade das partes com as disposições legais aplicáveis (art. 4.°/n.°1, Código do Notariado) o que implica, naturalmente, que o Notário não deve admitir a prática de actos ilegais, ilícitos ou, em geral, antijurídicos.

Daí que designadamente, o Notário deva recusar a prática de actos que, tal como são pretendidos pelos particulares, sejam nulos (art. 173.°/n.°1/a), Código do Notariado).

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

IV) Ao invés, o Conservador não está em contacto directo com as partes, pois aprecia sobre a viabilidade do pedido de registo apenas em função da prova documental carreada para o processo registal pelo requerente ou então aquela de que a própria Conservatória já detém, (art. 68.° do Código do Registo Predial).[2]

[2] Não se afigura inteiramente impossível que o Conservador aprecie a viabilidade do pedido de registo atendendo a outros meios probatórios, (confissão, por exemplo). Todavia, a prova a que pode recorrer é, de facto, a documental.

No exercício do poder de apreciação sobre a viabilidade do pedido de registo (*qualificação*) o Conservador deve averiguar sobre, não apenas os requisitos de acesso ao registo de natureza exclusivamente registal, como deve apreciar também sobre a própria validade, formal e substancial, dos actos cujo registo é requerido (cfr., novamente, a disposição legal citada por último). Em conformidade, o Conservador deve recusar o registo, entre outros fundamentos, quando o acto cuja inscrição foi requerida seja indubitavelmente nulo (art. 69.°/n.°1/) do Código do Registo Predial).

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

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

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

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

Veja-se, designadamente, o caso das hipotecas.

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

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

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

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

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

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

Por outro lado, se o Notário errou, (ao menos, aos olhos do Conservador), o conflito, que se pretendia prevenido, já surgiu, (ao menos, potencialmente).

Ora, se a apreciação posterior do Conservador resolvesse alguma coisa, ainda existiria justificação para a sua manutenção – se, por exemplo, servisse para sanar vícios ou irregularidades do acto notarial, ou se, no mínimo, servisse para as declarar, evitando o recurso a tribunal.

A verdade é que a duplicação da apreciação só serve, se existirem esses vícios ou irregularidades, para impedir ou condicionar o acesso ao registo, nada remediando. De facto, a última palavra sobre a questão da validade/invalidade do facto registável sempre caberá ao tribunal.

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

Se o Notário já exigiu a licença de construção ou de utilização para celebrar a escritura, por que razão deverá o Conservador voltar a exigir a exibição da mesma para proceder à inscrição? Se o Notário não verificou o cumprimento da obrigação de dar preferência ao Estado ou a uma autarquia local, no âmbito da Lei do Património Cultural, e celebrou a escritura de venda a terceiro, de que adianta agora o Conservador recusar o registo da mesma com fundamento na violação da obrigação de preferência?

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

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

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

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

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

Estas ilações são logicamente dedutíveis mas certamente indefensáveis.

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

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

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

XI) Mas, isto prova, também, que a fé pública de tais actos não está logicamente dependente da intervenção da entidade publicitária centralizadora – a Conservatória, entre nós.

Ou seja, por exemplo, as presunções de existência e de validade dos factos relativos a direitos reais não podem ter no registo a sua base *racional*, porque este não é um elemento contemporâneo à sua ocorrência – no máximo, o registo

reforça essas presunções. De resto, para atestar esta afirmação, basta verificar como, quando o acto registável teve intervenção notarial, é raríssima a recusa de registo fundada na alínea d) do n.º1 do art. 69.º do Cód.Reg.Predial – o que demonstra que é no acto notarial que *materialmente* estão consolidadas as presunções estabelecidas pelo art. 7.º do mesmo diploma.

Aliás, mesmo num sistema de registo constitutivo como o alemão, o registo, origina essencialmente a mesma espécie de presunções que gera entre nós, (§ 891, Cód.Civil Alemão). No entanto, no direito alemão, a entidade registadora limita-se, praticamente, à verificação dos requisitos de natureza registal na apreciação da viabilidade do registo. É que o objecto da apreciação é o *negócio abstracto de disposição* e os vícios e/ou as irregularidades que concebivelmente o podem atingir são, na prática, em quantidade reduzidíssima[3]. O que significa, de todo o modo, sublinha-se, que apesar de os vícios e/ou as irregularidades do acto causal não serem sequer considerados, as presunções de compleição e de exactidão não deixam, por isso, de se formar.

Prova-se, por tudo isto, que, para fundar a fé pública registal, basta *uma* apreciação da legalidade, seja a efectuada pelo Notário ou pelo Tribunal, quando estes tenham tido intervenção na formação do facto registável, seja pelo próprio Conservador, quando aquela intervenção inexista.

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

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

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

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

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

[3] Por isso, o registo predial alemão se torna tão fiável e seguro.

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

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

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

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

Apenas faz sentido atribuir ao Conservador o poder de apreciar os fundamentos correspondentes a tais nulidades se estas forem causa de nulidade do registo, (o que actualmente, perante o disposto no art. 16.°, Cód.Reg.Predial e art. 22.°/n.°1, Cód.Reg.Comercial, não sucede). Caso contrário, voltando a um argumento anterior, já não servirá para nada a apreciação do Conservador – o vício já não é eliminável, nem a partir dessa apreciação se pode obter a declaração de nulidade do facto registável com os consequentes efeitos, (arts. 289.° e 290.°, Cód.Civil).

Aliás, se o Conservador não pode, em geral, declarar a nulidade dos actos de registo por si próprio praticados, (art. 17.°/n.°1, Cód.Reg.Predial e art. 22.°/n.°3, Cód.Reg.Comercial), e, portanto, não pode impedir a publicitação resultante dos mesmos, (até que seja proferida sentença que declare tal nulidade), não se vê razão para que possa impedir a publicitação de actos nulos alheios.

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

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

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

Mas, *um* é suficiente.

XVII) A função do Conservador é a *publicitadora*, (art. 1.°, Cód.Reg.Predial) – por isso, a sua qualidade como jurista mede-se pela fineza com que faz a extractação, qualificando e separando o que interessa do que não interessa ao público.

O Conservador não é um guardião da legalidade, ou, ao menos, está longe de ser essa a sua (nobre) função.

A atribuição de poderes de fiscalização ao Conservador não é conatural à sua existência. A maior parte desses poderes são atribuídos, acima de tudo, devido à incapacidade para os exercer daquelas entidades que, naturalmente, deveriam fazer cumprir as leis instituídas em nome do interesse público, bem como os deveres que delas decorrem para os cidadãos.

Lisboa e Universidade Lusíada, 05 de Dezembro de 2003