

2

CADERNOS DO
C.E.No.1
CENTRO DE ESTUDOS NOTARIAIS E REGISTAIS

2

DOCTRINA

Afonso Nunes de Figueiredo Patrão

Poderes e deveres do Notário e Conservador na Cognição de direito estrangeiro

Margarida Costa Andrade

Dois questões a propósito do direito de retenção do promitente-comprador: a prevalência sobre a hipoteca e a sobrevivência à execução

Mónica Jardim

A eficácia constitutiva do assento registal da hipoteca ou a constituição da hipoteca enquanto exceção ao princípio da consensualidade

Otto Soergel | Olmar Stücker

Eintragung in die Communauté européenne aux pays de l'Est et questions dogmatiques soulevées par le droit immobilier — causalité, droit accessoire et objet du contrat de garantie

COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA

Fernanda Paula Oliveira

Declaração de nulidade de ato administrativo e operações de transformação fundiária. Comentário ao Parecer do Conselho Técnico do Instituto de Registos e Notariado P.º n.º C.P. 52/2021 SJC-CT

Publicações do Centro de Estudos Notariais e Registais



AS VNO AD OMNES

Coimbra Editora

Coimbra Editora, S.A.

Ladeira da Paula, 10
3040-574 Coimbra
Tel (+351) 239 852 650
Fax (+351) 239 852 651

editorial@coimbraeditora.pt
www.coimbraeditora.pt

ISBN 978-972-32-2198-5



9 789723 221985

Depósito Legal n.º 373 207/14



ALIANÇA ACADÉMICA

Coimbra Editora

**PODERES E DEVERES
DE NOTÁRIO E CONSERVADOR NA COGNIÇÃO
DE DIREITO ESTRANGEIRO**

AFONSO NUNES DE FIGUEIREDO PATRÃO

Sumário: O presente estudo aborda o problema de saber se o regime de cognição do direito estrangeiro consagrado na lei civil para os Tribunais (que determina a busca ex officio do conteúdo da lei estrangeira aplicável) vincula Notário e Conservador. Na verdade, as normas legais reguladoras desta questão mencionam apenas o Tribunal e há argumentos de natureza pragmática que tendem à exclusão destas autoridades das obrigações cometidas ao Juiz.

Neste artigo, sustenta-se, com exceção dos casos onde a lei crie soluções especiais, a sujeição de Notário e Conservador ao regime de cognição do direito estrangeiro que vincula os tribunais, não apenas por se considerarem improcedentes os argumentos em sentido contrário mas igualmente pelo entendimento de que o papel cometido a Notário e Conservador depende da vigência de critérios de decisão idênticos aos que cabem ao Juiz.

Palavras-chave: Direito Internacional Privado / Actividade Notarial / Actividade Registral / Cognição direito estrangeiro / Conflitos de Leis.

Abstract: The article deals with the issue of whether the "active approach" established in the Portuguese Civil Code concerning the treatment of foreign law (the *iura novit curia* principle) also affects public notaries and registrars. In fact, the relevant legal norms make exclusive mention of the Court and there are practical reasons to support the exclusion of those authorities from the duties of Judges.

The author, however, argues for the submission of Notaries and Registrars to the rules applicable to Judges on the establishment of the content of foreign law, contradicting the underlying motivations of the opposite view and taking into consideration that the legal role of those authorities, which can only be fulfilled by submitting them to equal duties.

Keywords: Private International Law / Notarial duties / Registrar's duties / Content of foreign law / Conflict of Laws.

Índice: I. Introdução. II. O direito estrangeiro perante as autoridades judiciais portuguesas. III. Autoridades extrajudiciais e aplicação de direito estrangeiro: a nossa proposta. IV. A tese oposta: a inaplicabilidade dos comandos do Código Civil a Notários. V. As obrigações do Conservador: um regime especial? VI. A cognição da lei estrangeira e a prática notarial e registal. VII. Conclusões

I — INTRODUÇÃO

Muito embora a ciência jurídica internacionalprivatística discuta abundantemente a aplicação de direito estrangeiro pelos Tribunais, o Juiz não é o único órgão aplicador do direito. Na verdade, não apenas as entidades administrativas garantem a execução de comandos legais, como existem outros *fora* ligados de forma preponderante ao princípio da legalidade e cuja missão é assegurar o cumprimento do Direito fora dos tribunais.

Neste último grupo inserem-se, evidentemente, o Notário e o Conservador.

O Notário, quando inserido num sistema de tabelionato latino (ou romano-germânico) como o português, é responsável por exarar documentos públicos; o Notário é, assim, um oficial público a cujos documentos a lei confere uma eficácia especial — até executiva —, já que assegura, “mediante a assessoria ou conselho, [...] que a vontade das partes, vertida no documento, satisfaça as condições necessárias para a produção dos efeitos previstos na lei e pretendidos pelos particulares”. Isto é, a função do Notário gera segurança documental, derivada da eficácia especial que a lei confere ao documento autêntico, e segurança substancial, resultante do *controlo de legalidade* que opera (“incapacidades, erros de direito ou de facto, coacções encobertas, fraudes à lei, e, eventualmente, reservas mentais e simulações, absolutas ou relativas”), em virtude da qual dá fé ao documento por si produzido. No fundo, o Notário garante a legalidade dos documentos que titula, mediante um propósito de *justiça preventiva*, evitando que uma eventual invalidade ou ineficácia possa implicar, no futuro, o recurso às autoridades judiciárias ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Cfr. MÓNICA JARDIM, “A segurança jurídica preventiva como corolário da actividade notarial”, *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado*

O Conservador, por seu turno, tem uma função fundamentalmente *decisória*, sendo certo que esta sua função se orienta em exclusivo pela obediência ao direito e à legalidade: o Conservador assume um papel relevante no *primado do Direito*, porquanto apesar de não exercer uma função judicial tem independência semelhante e isenção idêntica na qualificação dos pedidos de registo que lhe são submetidos. A sua decisão orienta-se por critérios de juridicidade estrita, pelo que a sua missão se dirige inequivocamente à garantia da legalidade na promoção da

do século XXI, Desafios da modernidade, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, p. 114; FRANCESCO CARNELUTTI, “La figura giuridica del notaro”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno IV, 1950, pp. 922 e 925 ss.

É neste contexto que se fala na coexistência na pessoa do Notário de um *officium publicum* (que certifica e autoriza) e de um *officium civile* (profissão jurídica de perícia legal). Ora, qualquer das funções redundava na preocupação de justiça preventiva, porquanto a intervenção do oficial público é dirigida a evitar o recurso às autoridades judiciárias.

Neste sentido, cfr. Parecer do Conselho Técnico da DGRN n.º 76/92, relatado por MOUTEIRA GUERREIRO, p. 9; RICARDO DIP, *Prudência Notarial*, Quinta Editorial, São Paulo, 2012, p. 31; A. M. BORGES DE ARAÚJO, *Prática Notarial*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 8; FRANCISCO ÁRIAS, “O Notariado no Mundo”, *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, p. 33; PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative Study on Authentic Instruments — National Provisions of Private Law, Circulation, Mutual Recognition and Enforcement, Possible Legislative Initiative by the European Union*, Study of the European Parliament n.º IP/C/JURI/IC/2008-019, (PE/408329), elaborado pelo Council of the Notariats of the European Union, disponível na internet via <http://www.cnue.be/cnue-2010/fr/005/docs/aae-etude-acte-authentique-final-25-11-2008-en.pdf>, consultado em 25 de Maio de 2011, p. 4; RUI MARCOS, “Ars Notariae”, *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 800; GUSTAVO PESSOA PINTO, *História do Notariado Português*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (policopiado), Coimbra, 2009, p. 41.

É, aliás, este figurino que explica que alguma Doutrina venha sufragando a passagem de alguns processos de jurisdição voluntária para a alçada do Notário — cfr. ANDREA PROTO PISANI, “Possibile contributo del notariato al risanamento della giustizia civile”, *Il Foro Italiano*, vol. CXXIII, Parte Quinta, n.º 1, 2000, pp. 9 e 10.

segurança jurídica, o que explica que se apelide a sua função como *jurisdicional de natureza específica* ⁽²⁾.

Ora, se é certo o papel de *garantia do direito* destes sujeitos, deve indagar-se se a sua missão se altera quando a lei a aplicar não seja a portuguesa. No fundo, importa perceber se, perante uma situação jurídica que o sistema conflitual submeta a direito estrangeiro, Notário e Conservador estão obrigados a aplicá-lo e a procurar officiosamente o seu conteúdo ou se, neste particular, apenas lhes cabe o cumprimento da lei portuguesa, sob cujo império exercem a respectiva actividade ⁽³⁾.

⁽²⁾ J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, “O Estatuto do Conservador”, *Boletim dos Registos e do Notariado*, n.º 4 (Abril) — Anexo, 2003, p. 5; J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, “Publicidade e Princípios do Registo”, *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 54.

⁽³⁾ É absolutamente inequívoco que os deveres e poderes de Notário e Conservador se regem pela lei do Estado onde exercem a sua actividade, em execução do brocardo “*auctor regit actum*”. Este adágio tem a sua origem em NIBOYET e não esgota a sua eficácia na determinação dos poderes dos *Tribunais* mas de qualquer autoridade cujo *funcionamento* se reja pela lei do Estado onde é competente: é o caso do “*notaire, l’officier de l’état civil, le conservateur des hypothèques*” (FRANÇOIS RIGAUX e MARC FALLON, *Droit International Privé*, De Boeck & Larcier, Bruxelas, 2005, p. 104; PIERRE CALLÉ, *Lacte public en droit international privé*, Economica, Paris, 2004, p. 16 [“*Il est certain que les règles procédurales d’élaboration des actes publics sont gouvernées par la lex auctoris*”]; PIERRE MAYER e VINCENT HEUZÉ, *Droit international privé*, 10.ª Edição, Montchrestien, Paris, 2010, p. 351 [“*c’est à l’État qui institue un organe qu’il revient de préciser, d’une part, les conditions de fonctionnement, d’autre part, la portée qu’il s’attache à ses actes*”]).

Trata-se de um princípio de fácil aceitação porquanto é especialmente evidente: é incontestável que um oficial público actue nos termos da lei do Estado que o institui. O seu fundamento estará na delegação de poderes públicos nas autoridades notariais (CALLÉ, *cit.*, p. 42 — “*La délégation de souveraineté, comme fondement de l’activité notariale, est difficilement contestable*”).

Note-se, porém, que o princípio não se dirige a todos os elementos do acto notarial: inúmeras vezes o tabelião aprecia a capacidade das partes, a substância do negócio ou as exigências de forma à luz de lei estrangeira. Assim, o princípio dirige-se às normas definidoras dos poderes do oficial e do modo de exercício da sua actividade.

Repare-se que, mesmo que desnecessário, o princípio encontra acolhimento positivado no sistema de DIP espanhol, no n.º 3 do art. 11.º do Código Civil, dirigido aos funcionários consulares que exerçam funções notariais. Sobre esta regra, PILAR

Reconheça-se, porém, que o problema não se costuma pôr com uma total ausência de dados sobre a lei competente. É sabido que os interessados e seus representantes estão normalmente munidos de documentos que pretendem ilustrar o conteúdo do direito estrangeiro ⁽⁴⁾. Todavia, importa saber, em concreto, que poderes-deveres cabem ao Notário e Conservador em face de certa situação regulada por lei estrangeira.

II — O DIREITO ESTRANGEIRO PERANTE AS AUTORIDADES JUDICIAIS PORTUGUESAS

No que concerne à aplicação de direito estrangeiro pelos tribunais, poucas ou nenhuma dúvida existem: o direito estrangeiro é autêntico direito e é aplicado enquanto tal ⁽⁵⁾. Esta natureza decorre essencialmente de duas regras jurídicas.

Em primeiro lugar, dispõe a lei civil que o julgador está vinculado à aplicação do direito estrangeiro ainda que as partes o não tenham invocado, cabendo-lhe a sua cognição officiosa (cfr. n.ºs 1 e 2 do art. 348.º do Código Civil). Esta disposição prova não apenas o carácter obrigatório da regra de conflitos como também a obrigação de conhecimento *ex officio* da lei estrangeira. *Em segundo lugar*, atente-se na lei processual civil que plasma, no n.º 2 do art. 674.º do Código de Processo Civil (art. 722.º do anterior Código), ser fundamento de recurso de revista o erro ou a violação de normas estrangeiras aplicáveis, equiparando o direito estrangeiro ao direito português.

BLANCO-MORALES LIMONES, “Forma de los Actos Jurídicos (Capítulo XIV)”, *Derecho Internacional Privado*, org. por ALFONSO LUIS CALVO CARACAVA e JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, vol. II, 12.ª Edição, Ed. Comares, Granada, 2011, p. 13.

⁽⁴⁾ Neste sentido, SHAHEEZA LALANI, “Establishing the content of foreign law: a comparative study”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, n.º 1, 2013, p. 76.

⁽⁵⁾ Vide ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 427 ss.

Assim, não subsistem dúvidas de que o Juiz deve conhecer e aplicar a lei estrangeira; o conhecimento do direito estrangeiro assume a natureza jurídica de *questão de direito*, pelo que o julgador tem a obrigação de procurar e provar o conteúdo do direito estrangeiro aplicável, tal como se de direito português se tratasse ⁽⁶⁾.

É sabido, no entanto, que a lei atribui às partes que invoquem direito estrangeiro o dever de provar a sua existência e conteúdo ⁽⁷⁾. Simplesmente, o dever não tem sanção, pois “o tribunal deve procurar, oficiosamente, obter o respectivo conhecimento”; ademais, se as partes o não invocarem, “o conhecimento oficioso incumbe ao tribunal” ⁽⁸⁾. Nessa medida, conclui a Doutrina que não se atribui verdadeiramente um ónus da prova (como se de um facto se tratasse); ao invés, há uma *obrigação partilhada* de prova do conteúdo e existência do direito estrangeiro, adoptando o sistema português a mesma solução dos alemão, suíço, italiano, austríaco e espanhol. Isto é, *por um lado*, a lei estrangeira é de conhecimento oficioso, devendo o Juiz procurar obter o seu conhecimento; *por outro*, convocam-se as partes para o demonstrar e provar, repartindo o encargo por todos os sujeitos envolvidos (embora, segundo FERRER CORREIA, as partes assumam tão-somente uma *obrigação de meios*) ⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “A Aplicação do Direito Estrangeiro”, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 45; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 248; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições...*, p. 428. É a chamada “active approach”, na terminologia de SHAHEEZA LALANI, “Establishing...”, p. 78.

Precisamente por esta razão, ao dispor das autoridades judiciárias existe um mecanismo institucional de conhecimento do direito estrangeiro — o Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Trata-se de uma estrutura da Procuradoria Geral da República que serve para assessorar os tribunais na pesquisa e averiguação do conteúdo do direito estrangeiro: por um lado, organiza bases de dados de direito estrangeiro; por outro, estabelece contactos com congéneres estrangeiras, solicitando informações sobre o conteúdo do direito estrangeiro.

⁽⁷⁾ Cfr. n.º 1 do art. 348.º do Código Civil: “àquele que invocar direito [...] estrangeiro compete fazer a prova da sua existência e conteúdo”.

⁽⁸⁾ Cfr. n.ºs 1 e 2 do art. 348.º do Código Civil.

⁽⁹⁾ Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições...*, p. 428; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2008, p. 577;

Note-se, aliás, que ainda que se atribuísse em exclusivo o ónus da prova às partes (sem determinar o conhecimento oficioso do direito estrangeiro), tal não implicaria que o direito estrangeiro fosse tratado como um facto: só o seria se, na falta de prova do conteúdo da norma estrangeira, a consequência fosse o indeferimento da pretensão da parte que pretendia

ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “A Aplicação...”, p. 47. Quanto aos meios de prova admitidos sobre o conteúdo do direito estrangeiro, são aceites todos os meios válidos em processo civil, isto é, a prova documental, pericial e testemunhal. No que concerne às soluções dos sistemas estrangeiros citados, *vide* ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “A Aplicação...”, pp. 44 ss.; TREVOR C. HARTLEY, “Pleading and Proof of Foreign Law: the Major European Systems Compared”, *International Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, pp. 275 ss.

Assim, estabelecendo o conhecimento oficioso do direito estrangeiro, *vide*, no direito alemão, § 293 *Zivilprozessordnung* (que estabelece o dever de conhecimento oficioso do direito estrangeiro); no direito austríaco, o § 3 da Lei de Direito Internacional Privado; no direito espanhol, o art. 12.6, segundo parágrafo, do Código Civil; no direito italiano, art. 14.º da Lei de reforma do DIP; no direito suíço, o art. 16.º da Lei de Direito Internacional Privado.

Pelo contrário, o DIP inglês exige que as partes provem, como questão de facto, o conteúdo do direito estrangeiro (ALBERT VENN DICEY e JOHN HUMPHREY CARLILE MORRIS, *Dicey and Morris on the conflict of laws*, vol. II, 13.ª Edição, Sweet & Maxwell, Londres, 2000, pp. 226 ss.; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, p. 247; TREVOR C. HARTLEY, “Pleading...”, p. 273); a jurisprudência da *Cour de Cassation* não é uniforme quanto a este problema, embora na generalidade das matérias (com excepção das relativas à capacidade e ao estado das pessoas) a aplicação da regra de conflitos seja facultativa e o ónus da prova da lei estrangeira caber à parte interessada (MARIEL REVILLARD, *Droit International Privé et Communautaire. Pratique Notariale*, 6.ª Edição, Defrénois, Paris, 2006, pp. 15 e 17; HARTLEY, *cit.*, p. 280; SHAHEEZA LALANI, “Establishing...”, p. 77). Esta solução é igualmente seguida na Argentina, Dinamarca, Equador, Finlândia, Islândia, México, Luxemburgo, Noruega e Suécia — SHAHEEZA LALANI, *cit.*

Repare-se, como bem sublinha TREVOR C. HARTLEY, “Pleading...”, p. 272, que a distinção entre os sistemas que tratam o direito estrangeiro como *direito* ou como *facto* não é tão importante quanto possa parecer. Na verdade, em países que entendem a lei estrangeira como facto, não se retiram daí a plenitude das consequências, considerando-o um “*facto de natureza peculiar*”; da mesma forma, sistemas, como o português, que vêem a lei estrangeira como questão de direito, estabelecem-se deveres de colaboração para as partes que não existem quando a lei aplicável seja a *lex fôri*.

dela prevalecer-se. Ora, nada disto sucede: se se concluir pela impossibilidade de provar o conteúdo do direito estrangeiro, a consequência será, *em última instância*, a aplicação do direito de português, conhecido oficiosamente pelo Juiz (e não o decaimento no pedido) ⁽¹⁰⁾.

Assim, é pacífico que os tribunais portugueses, quando hajam de julgar uma causa ao abrigo de lei estrangeira por força do DIP vigente, assumem o ónus de cognição oficiosa do direito estrangeiro, vigorando sem qualquer dúvida o princípio *iura novit curiae* também quanto ao direito de outro Estado. Só na impossibilidade de determinação do conteúdo da lei competente se aplicará, *em última instância*, a lei portuguesa.

⁽¹⁰⁾ Cfr. n.º 3 do art. 348.º CC. Neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, vol. I, p. 580. Repare-se, todavia, que não obstante o n.º 3 do art. 348.º CC estabelecer que a impossibilidade de determinação do conteúdo da lei estrangeira implica a aplicação da *lex fori*, esta solução deve considerar-se de *ultima ratio*, até porque o n.º 2 do art. 23.º CC determina o recurso à conexão subsidiária antes de se passar à aplicação da lei do foro.

Assim, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições...*, p. 431, propõe que na impossibilidade de conhecimento directo do direito estrangeiro aplicável, se recorra a 3 presunções que permitam inferir o direito "*provavelmente vigente*" — *i*) o julgador procurará informar-se sobre os princípios gerais desse sistema jurídico e decidir de harmonia com esses cânones; *ii*) se for impossível, mas conseguir apurar a proximidade do sistema jurídico com outro (porque são da mesma família ou porque sofreu grande influência daquele), o decisor deve conformar a sua decisão com aquele outro que é conhecido, presumindo que as soluções não variarão muito da lei competente; *iii*) se se tiver apurado que houve uma mudança legislativa no seio da lei competente mas não for possível estabelecer o conteúdo da lei nova, pode continuar a solucionar-se o caso pelo critério da lei antiga (salvo se se souber que a nova legislação inaugurou uma regulamentação distinta. Caso nenhuma destas presunções auxilie, deve então resolver-se o caso pela lei indicada como subsidiariamente competente (cfr. n.º 2 do art. 23.º CC) e só em último caso aplicar a lei portuguesa (n.º 3 do art. 348.º CC). Esta posição é igualmente perfilhada por ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "A Aplicação...", p. 50, e JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, p. 249.

Por seu turno, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, vol. I, p. 579, considera que o recurso a presunções não é legítimo em face do direito positivado, devendo imediatamente o decisor olhar à lei subsidiariamente competente e, por fim, à lei do foro.

III — AUTORIDADES EXTRAJUDICIAIS E APLICAÇÃO DE DIREITO ESTRANGEIRO: A NOSSA PROPOSTA

É fácil antever o problema suscitado: pode interrogar-se se as normas que habilitam a conclusão de que o direito estrangeiro é de conhecimento oficioso *nos tribunais* são fundamento suficiente para inferir os deveres e poderes de Notário e Conservador neste domínio.

Na verdade, *em primeiro lugar*, o Código Civil refere-se expressamente ao "Tribunal" e a nenhum outro órgão aplicador do direito ⁽¹¹⁾; *em segundo lugar*, o argumento de que a violação de lei estrangeira por tribunal dá origem a um recurso de revista demonstra apenas que, nos tribunais, a lei estrangeira é tida como verdadeiro direito, mas não prova semelhante estatuto nos cartórios ou nas conservatórias.

Perante este *status quo*, um de dois caminhos pode seguir-se. *Por um lado*, pode sufragar-se que as duas normas não legitimam qualquer conclusão no que concerne às obrigações de Notário e Conservador na cognição de direito estrangeiro. A ser esta a interpretação correcta, há que procurar os comandos adequados em regras relativas à actividade notarial e registal, posição que é perfilhada por LIMA PINHEIRO ⁽¹²⁾. *Em alternativa*, pode sustentar-se que a o regime jurídico civil é de aplicação genérica, para qualquer órgão aplicador do direito, raciocínio que subjaz às palavras de FERRER CORREIA ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Cfr. art. 348.º CC: "1 — [...] o tribunal deve procurar, oficiosamente, obter o respectivo conhecimento. 2 — O conhecimento oficioso incumbe também ao tribunal [...]".

⁽¹²⁾ Embora o Professor considere que a via da aplicação das normas do art. 348.º CC e dos arts. 671.º e 674.º CPC (arts. 721.º e 722.º do anterior CPC) a todos os órgãos aplicadores do direito seria um raciocínio admissível, acaba por preferir procurar um regime próprio de aplicação de lei estrangeira para Notários e Conservadores, afastando o carácter genérico daquelas regras. Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, vol. I, p. 580.

⁽¹³⁾ Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições...*, p. 428, quando justifica as opções do legislador numa preocupação de uniformidade de lei aplicável e de preclusão do *forum shopping*.

Por nossa parte, e com excepção dos casos especiais onde a lei puder diferentemente, julgamos ser esta última interpretação a tese correcta, devendo sujeitar-se Notário e Conservador às mesmas precisas obrigações que incumbem ao Juiz. Cremo-lo por três razões.

Em primeiro lugar, deve atentar-se que um dos mais fundamentais princípios estruturantes do DIP português é o da *harmonia jurídica internacional*, concretizada na estabilidade e continuidade das relações jurídicas e associada, por isso, a um propósito de uniformidade de lei aplicável onde quer que o problema se coloque ⁽¹⁴⁾. É este mesmo juízo que funda a maioria dos critérios conflituais na escolha das conexões relevantes e, em simultâneo, que o nosso sistema de DIP abdique da aplicação da lei indicada pela regra de conflitos *quando isso promova a uniformidade de lei aplicável*, aceitando o reenvio para outra lei ⁽¹⁵⁾. Ora, este propósito é igualmente revelado no que tange à opção do legislador português quanto à aplicação do direito estrangeiro, já que não deixa às partes a escolha de aplicar a lei que o DIP elege. Pelo contrário, comete ao Juiz o dever de conhecer officiosamente do direito indicado pelo comando conflitual, assegurando assim na prática o propósito formal inerente aos juízos conflituais.

Ora, parece que só a aplicação *do mesmo regime* aos cartórios e conservatórias assegura o propósito de harmonia jurídica internacional: de nada serviria estabelecer um mecanismo de DIP que escolhesse a aplicação da lei mais apta a promover a estabilidade das relações jurídicas se depois, no momento da sua aplicação em cartório notarial ou em conservatória registal, se pudesse ignorar a opção legislativa ao não cometer ao oficial público o dever de garantir o regular funcionamento do sistema conflitual mediante aplicação da lei competente (sempre que as partes a não invocassem ou não lograssem demonstrar o seu conteúdo). No fundo,

⁽¹⁴⁾ Sobre este assunto *vide*, p. todos, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional Privado — Alguns Problemas*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 111 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. RUI MOURA RAMOS, “Droit international privé vers la fin du vingtième siècle: avancement ou recul?”, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 187; RUI MOURA RAMOS, “Linhas Gerais da Evolução do Direito Internacional Privado Português posteriormente ao Código Civil de 1966”, *Estudos de Direito Internacional Privado e de direito Processual Civil Internacional*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 283.

ou redundaríamos na aplicação sistemática da lei do foro perante Notários e Conservadores *ou* assistiríamos a um bloqueio do sistema (através de recusas de prática dos actos ou da feitura de registos como provisórios que mais tarde viriam a caducar) sempre que os interessados não conseguissem comprovar o conteúdo da lei competente, o que contraria todos os interesses e propósitos do sistema de DIP.

Em segundo lugar, cremos que o propósito de justiça preventiva inerente ao Notariado latino e de segurança jurídica próprio dos Registos só se realizam quando o resultado da intervenção *prévia* do Notário e do Conservador é exactamente semelhante àquele que o Tribunal produziria. Só assim se pode sustentar que a intervenção destes profissionais tende à diminuição da conflituosidade, à promoção da paz social e à *redução da intervenção dos tribunais*. Caso se defenda que Notário e Conservador não assumem os mesmos deveres de cognição da lei estrangeira daqueles que impendem sobre o Juiz — conduzindo, porventura, à aplicação de lei diferente, à recusa do acto ou à provisoriedade dos efeitos do registo solicitado — é bom de ver que a sua função não é cumprida. De nada serviu a intervenção de Notário, quando o Juiz for forçosamente chamado a decidir sobre a pretensão das partes ou dos interessados — seja porque ao abrigo da lei competente vai decidir diferentemente quanto à capacidade de uma das partes ou à validade de um título (porque o acto requerido foi recusado quando o interessado não demonstrou o conteúdo da lei estrangeira) ou seja porque um registo foi celebrado como provisório e caducará se o interessado não demonstrar o teor do direito estrangeiro. A não pesquisa do direito estrangeiro por parte das autoridades extra-judiciais obriga à intervenção do tribunal ao invés de a afastar.

Por fim, julgamos que sujeitar Notários e Conservadores a regime diverso na aplicação e cognição de direito estrangeiro é criar uma incoerência sistemática. Na verdade, deve recordar-se que as decisões dos Conservadores e as recusas dos Notários são judicialmente controláveis ⁽¹⁶⁾ e que os tribunais, quando for caso disso, conhecem officiosa-

⁽¹⁶⁾ Cfr., quanto às recusas notariais, arts. 175.º ss. do Código do Notariado. No que concerne às decisões dos Conservadores, *vide*, entre outros, arts. 286.º ss.

mente do conteúdo da lei estrangeira competente. Ora, se o Conservador puder recusar o registo, fazê-lo como provisório ou apreciar o pedido em face da lei subsidiariamente competente, a verdade é que esta desta decisão vai caber recurso para o tribunal. E, embora a decisão recorrida não seja a questão substancial mas a licitude da recusa ou da provisoriedade dos efeitos, a verdade é que se o tribunal se pronunciasse sobre a questão principal conheceria *ex officio* do conteúdo da lei estrangeira. No fundo, a ser válida a tese de inexistência de conhecimento officioso do conteúdo da lei estrangeira, o tribunal que é chamado a título de recurso para apreciar a licitude da decisão extrajudicial teria poderes diferentes se conhecesse da relação jurídica subjacente, o que não pode deixar de considerar-se incoerente ⁽¹⁷⁾.

Nessa medida, julgamos que não será boa qualquer outra solução que não a *equiparação plena* das autoridades não judiciais aos tribunais no que tange à aplicação de lei estrangeira: *salvo disposição especial*, cremos que Notário e Conservador são vinculados pelos comandos do Código Civil e, assim, estão obrigados a conhecer officiosamente da lei estrangeira indicada como competente.

IV — A TESE OPOSTA: A INAPLICABILIDADE DOS COMANDOS DO CÓDIGO CIVIL A NOTÁRIOS

Contra o entendimento que sufragámos, sustenta LIMA PINHEIRO existirem regras específicas no quadro da função notarial que permitem concluir que *“perante o Direito vigente os notários não estão obrigados a conhecer officiosamente do Direito estrangeiro aplicável”* ⁽¹⁸⁾.

Código do Registo Civil; 140.º ss. Código do Registo Predial; 101.º ss. Código do Registo Comercial.

⁽¹⁷⁾ Com efeito, a falta de determinação do conteúdo da lei estrangeira implica a aplicação da lei subsidiariamente competente (n.º 2 do art. 23.º CC) ou, em última instância, da lei portuguesa (n.º 3 do art. 348.º CC).

⁽¹⁸⁾ Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, vol. I, p. 580. O Professor reconhece, todavia, a validade da tese oposta, uma vez que aceita poder *“partir-se*

Na verdade, é sabido que o n.º 2 do art. 85.º do Código do Notariado (relativo à escritura de habilitação de herdeiros) determina que o tabelião, quando a sucessão seja regulada por lei estrangeira e este a não conhecer, pode exigir documento idóneo comprovativo do respectivo conteúdo ⁽¹⁹⁾. Isso significa que, para este acto notarial, o tabelião não tem obrigação de cognição officiosa da lei estrangeira, podendo recusar-se a lavrar a escritura se os interessados não fizerem prova documental do respectivo conteúdo.

Antes de mais, deve sublinhar-se que a sanção para a falta de prova, pelos interessados, do conteúdo do direito estrangeiro não é a aplicação da lei subsidiariamente competente ou da lei portuguesa: admite-se simplesmente um caso de *recusa* da elaboração da escritura, sem alterar a lei competente, mesmo que o Notário a não conheça e que as partes não hajam demonstrado o respectivo conteúdo ⁽²⁰⁾. Por outro lado, deve frisar-se que nada obsta a que o Notário determine o conteúdo da lei estrangeira, sem exigir às partes a prova documental, já que o regime em causa apenas se aplica quando o Notário *não conheça* a lei estrangeira. No fundo, a regra relativa à habilitação não retira todas as consequências da atribuição às partes do ónus de demonstrar o conteúdo de lei estrangeira ⁽²¹⁾.

Perante esta norma, sustenta LIMA PINHEIRO poder inferir-se que *“perante situações transnacionais, os notários estão sempre obrigados a deter-*

do princípio que as regras estabelecidas para os tribunais seriam aplicáveis aos outros órgãos de aplicação do Direito Internacional Privado”

⁽¹⁹⁾ Assim estabelece o n.º 2 do art. 85.º do Código do Notariado: “Quando a lei reguladora da sucessão não for a portuguesa e o notário a não conhecer, a escritura deve ser instruída com documento idóneo comprovativo da referida lei”.

⁽²⁰⁾ No mesmo sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, vol. I, p. 581: “isto não significa que, na falta de prova pelos interessados do Direito estrangeiro competente, os notários possam realizar o acto segundo o Direito material português”.

⁽²¹⁾ Por esta razão, não são aqui aplicáveis os nossos argumentos supra citados de que o acto notarial poderia ser submetido a lei diferente daquela que o juiz de recurso utilizaria ou que este regime põe em causa a harmonia jurídica internacional. Tais críticas só seriam válidas se se admitisse que o tabelião, na falta de prova do conteúdo da lei estrangeira, pudesse aplicar outra lei que não a primariamente designada pela regra de conflitos.

minar o Direito competente e que, no caso de ser competente um Direito estrangeiro, só devem realizar o acto se conhecerem o conteúdo deste Direito ou se as partes fizerem prova do mesmo”, uma vez que se trata da única referência no Código do Notariado à aplicação de lei estrangeira ⁽²²⁾.

Se bem conseguimos reproduzir o raciocínio do Professor, parece que esta norma *especial* no Código do Notariado derrogará o comando *geral* do Código Civil, estabelecendo deveres diferentes para a função notarial e subtraindo assim os tabeliães ao regime de cognição oficiosa do direito estrangeiro plasmado na lei civil.

Como dissemos *supra*, não partilhamos deste entendimento. Pelo contrário, a norma reforça a nossa convicção de que, fora do domínio da habilitação de herdeiros, o Notário tem obrigação de conhecer officiosamente do direito estrangeiro aplicável, ainda que as partes não o hajam sequer invocado. Sustentamo-lo em três razões.

Em *primeiro lugar*, julgamos que a previsão de um regime especial de cognição de direito estrangeiro na escritura de habilitação de herdeiros (e não na parte dos *actos notariais em geral*) demonstra, pelo contrário, que nos demais actos notariais vigora uma obrigação de conhecimento officioso do direito estrangeiro. A não ser assim, a serem inaplicáveis as normas do Código Civil à função notarial, não haveria necessidade de, no domínio da *habilitação de herdeiros*, estabelecer uma regra excepcional. No fundo, parece que o legislador sentiu necessidade de derrogar a lei civil *apenas* no quadro circunscrito daquele acto notarial, porque nos demais pretendeu a vigência do regime geral.

Em *segundo lugar*, cremos que a extrapolação da *regra especial* das habilitações para qualquer acto notarial contraria as regras de interpretação vigentes no nosso sistema. Na verdade, sendo indiscutível que o n.º 2 do art. 85.º do Código do Notariado contém norma especial quanto à cognição da lei estrangeira (e, por isso, no que concerne à *escritura de habilitação*, o Notário pode recusar-se a lavrá-la no caso previsto), certo é que a sua natureza *especial* tem uma segunda consequência: *não comporta aplicação analógica*, nos termos do art. 11.º do Código Civil.

⁽²²⁾ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, vol. I, p. 581.

É sabido, porém, que as mais recentes propostas metodológicas obrigam a repensar o alcance desta proibição. Na verdade, não é verdadeiramente possível separar *interpretação* de *analogia*, porquanto a aplicação da lei importa necessariamente uma operação de analogia entre a hipótese da norma e o caso concreto: “*essa proibição carece, pura e simplesmente, de metodológica condição de possibilidade*” ⁽²³⁾. É por isso que a analogia de normas excepcionais deve ocorrer nos mesmos casos que justificam a analogia em geral — “*sempre que a eadem ratio da norma excepcional ou do seu regime de excepção se puder afirmar quanto a outros casos não expressamente previstos nessa norma*” ⁽²⁴⁾. Ponto é saber se as razões da excepcionalidade do regime previsto na habilitação se comunicam aos demais actos notariais.

Ora, as razões que levaram o legislador a desenvolver um regime especial para a habilitação não subsistem nos demais instrumentos notariais (o que levaria aliás à sua previsão na parte geral do código e não para aquela singular escritura). Vejamos.

Deve recordar-se que esta solução não constava do Código do Notariado de 1967 ⁽²⁵⁾ e que, no Código de 1995, foi cometida aos interessados a obrigação de prova da lei estrangeira mediante documento emitido por agente consular do Estado da lei reguladora da sucessão (mesmo que o Notário conhecesse o direito estrangeiro). Isto é, em 1995 houve uma opção política de, na habilitação de herdeiros, passar para as partes a obrigação de demonstrar o conteúdo da lei estrangeira, restringindo-se a prova ao documento emitido pelas autoridades consu-

⁽²³⁾ A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica — Problemas Fundamentais (Studia Iuridica n.º 1)*, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1993, p. 275.

⁽²⁴⁾ A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, p. 275. No mesmo sentido, FERNANDO JOSÉ PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 884; MARGARIDA COSTA ANDRADE, “(Alguns) Aspectos Polémicos de Bens Imóveis no Direito Português”, *Direito Imobiliário Brasileiro*, Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 293.

⁽²⁵⁾ A escritura de habilitação era prevista nos arts. 91.º ss. do Código do Notariado de 1967, não se fazendo, então, qualquer referência a um regime especial de cognição do direito estrangeiro.

lares ⁽²⁶⁾. Fazendo a reconstituição do pensamento legislativo, o preâmbulo do diploma denuncia o propósito das alterações introduzidas: tratou-se de uma intervenção *especial e dirigida* à habilitação de herdeiros que não quis alterar o regime de aplicação do Direito nos demais actos notariais. Diz-se que as novas normas tendiam a uma *simplificação* da habilitação de herdeiros (pela exigência de apenas *um declarante*) e a uma *adequação* do Código à modificação então ocorrida na lei processual civil (que permitiu habilitações notariais em todos os casos e prescindiu da demonstração documental da sucessão) ⁽²⁷⁾. No fundo, a norma que amputava ao Notário o poder-dever de conhecer *ex officio* do conteúdo da lei estrangeira foi introduzida no estrito domínio da habilitação notarial, no quadro da reforma da habilitação.

Não são especialmente evidentes as razões desta opção: porventura, o legislador esperava um aumento substancial do número de escrituras de habilitação de herdeiros, possivelmente difícil de conjugar com a obrigação de cognição de direito estrangeiro pelo Notário; *eventualmente*, uma vez que a habilitação notarial passou a ser suficiente (cumulando quer declarações de ciência quer a prova da sucessão apresentada perante notário) e no quadro do interesse em que *todas as habilitações ocorressem*

⁽²⁶⁾ Assim, na versão de 1995, o n.º 2 do art. 85.º do Código do Notariado estabelecia: "Quando a lei reguladora da sucessão não for a portuguesa, a escritura deve, ainda, ser instruída com documento emitido por agente diplomático ou consular do respectivo país, comprovativo da ordem legal da sucessão estabelecida na lei pessoal do autor da herança ou da capacidade testamentária deste, consoante os casos".

Isto é, na versão de 1995, a habilitação regulada por lei estrangeira sempre exigia o documento consular das autoridades do Estado da *lex successionis*. Nem se admitia ao Notário conhecer *ex officio* da lei estrangeira, nem se admitia qualquer outro meio de prova.

Ora, porque as autoridades consulares muitas vezes não tinham competência para esta actividade, o legislador interveio pelo Decreto-Lei n.º 380/98, de 14 de Agosto, bastando-se com a prova documental. Só desta forma, dizia-se no preâmbulo, se cumpria o objectivo de *todas as habilitações* terem lugar por via notarial. Neste sentido, cfr. Parecer dos Serviços Jurídicos da DGRN relativo ao proc. 27NOT.96 DSJ, publicado no *Boletim dos Registos e do Notariado* n.º 7/97, p. 14.

⁽²⁷⁾ Cfr. n.º 5 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de Agosto, que aprova o Código do Notariado.

por via notarial (como expressamente se diz no preâmbulo do Código), o legislador terá querido evitar quaisquer situações de dúvida que pudessem inquinar a habilitação por via notarial.

São assim identificáveis fundamentos para, *neste concreto acto notarial*, passar para as partes e para os agentes consulares do Estado cuja lei regulava a sucessão a demonstração do conteúdo do direito estrangeiro aplicável. Isto é, a *norma especial* do n.º 2 do art. 85.º do Código do Notariado não parece poder generalizar-se a todos os actos notariais: o legislador foi claro em regular exclusivamente aquela escritura, o que é explicável pelo intuito de promover *todas* as habilitações por via notarial ⁽²⁸⁾.

A certeza do nosso raciocínio (isto é, do carácter exclusivo da habilitação e da natureza não generalizável do regime) decorre da alteração desta regra em 1998, altura em que tomou a formulação actual: o Notário volta a poder conhecer *ex officio* do conteúdo da lei estrangeira embora, querendo, possa exigir *qualquer documento* (e já não apenas consular) a demonstrar o respectivo conteúdo. Esta modificação foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 380/98, de 27 de Novembro, que, no respectivo preâmbulo, clarifica as respectivas razões: a exigência de documento consular revelou-se contraproducente no objectivo de que todas as habilitações tivessem lugar em cartório, já que muitas autoridades consulares não tinham competência para esta actividade, forçando a habilitação judicial ⁽²⁹⁾.

Isto é, o legislador vem reconhecer o carácter *excepcional* do regime de cognição da lei estrangeira aí estabelecido: dirigia-se a que *todas as habilitações ocorressem por via notarial*, procurando evitar que eventuais erros ou dúvidas quanto ao conteúdo da lei estrangeira viessem a con-

⁽²⁸⁾ Neste sentido, cfr. Parecer dos Serviços Jurídicos da DGRN relativo ao proc. 27NOT.96 DSJ, publicado no *Boletim dos Registos e do Notariado* n.º 7/97, p. 14, que expressamente sustenta que o propósito da regra do n.º 2 do art. 85.º foi garantir que o Notário pudesse elaborar *todas as habilitações*.

⁽²⁹⁾ Só desta forma (diz-se no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 380/98) se cumpria o objectivo de *todas as habilitações* terem lugar por via notarial. Neste sentido, cfr. Parecer dos Serviços Jurídicos da DGRN relativo ao proc. 27NOT.96 DSJ, publicado no *Boletim dos Registos e do Notariado* n.º 7/97, p. 14.

duzir a uma *habilitação judicial*. É, portanto, uma *ratio* circunscrita ao regime da habilitação de herdeiros, sem paralelo na demais actividade notarial: não legitima que em todos os demais casos de aplicação de lei estrangeira (*v. g.* apreciação da capacidade negocial de nacionais de outros países) o notário exija o prova documental do conteúdo da lei estrangeira, antes lhe cometendo a cognição do direito aplicável.

Por fim, julgamos que a generalização deste mecanismo a todos os actos notariais contraria a própria razão de ser do notariado latino. Na verdade, é sabido que a opção por um sistema de notariado romano-germânico se liga, entre outras razões, em diminuir a conflituosidade e promover a paz social, prevenindo o surgimento de conflitos. No fundo, se o tabelião previne, logo no nascimento da relação jurídica, vícios que afectem a validade ou a eficácia do negócio — garantindo igualmente o cumprimento do direito público e privado vigente⁽³⁰⁾ — estará *ipso facto* a resguardar o aparelho judiciário, contribuindo não apenas para a paz social como para a redução dos custos do sistema de justiça. No fundo, os Notários “*play a complementary role to that of the judges*”, dirigido a evitar o surgimento de conflitos⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ Atente-se nas normas que orientam o notariado latino quanto à certificação da legalidade. Como nota o Conselho Técnico da DGRN no parecer n.º 76/92, relatado por MOUTEIRA GUERREIRO, p. 11, “*dar fé pública na formação do documento realiza o direito — o que consabidamente constitui um dos principais fins do Estado*”. No direito português, assume relevância o art. 11.º do Estatuto do Notariado (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 26/2004, de 4 de Fevereiro): “*O notário deve apreciar a viabilidade de todos os actos cuja prática lhe é requerida, em face das disposições legais aplicáveis e dos documentos apresentados ou exibidos, verificando especialmente a legitimidade dos interessados, a regularidade formal e substancial dos referidos documentos e a legalidade substancial do acto solicitado*”.

⁽³¹⁾ Cfr. estudo do PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative Study on Authentic Instruments*, p. 4. É essa a razão que justifica, por um lado que “*preventive justice functions must not be entrusted to mere private service companies*”, determinando a investidura notarial como acto público soberano e, por outro, que o acto seja exarado por “*a trustworthy, state-appointed person with sufficient experience and a clearly defined jurisdiction who is — although independent — subject to an effective disciplinary control like a judge*”. Assim, MÓNICA JARDIM, “A importância do documento autêntico na

Ora, segundo julgamos, este papel só pode ser correctamente desempenhado se a aplicação das normas jurídicas ocorrer no cartório da mesma exacta forma que ocorreria num Tribunal. Na verdade, se assim não for, não resta outra opção às partes que não recorrer às autoridades judiciais.

Entendamo-nos. Suponhamos que o regime excepcional de cognição do direito estrangeiro (e que legitima o Notário a recusar a prática do acto notarial quando as partes não logrem demonstrar documentalmente o conteúdo do direito estrangeiro aplicável) se estende a qualquer instrumento notarial. Nessa medida, imaginemos que um outorgante estrangeiro precisa de demonstrar que, à luz da sua lei pessoal, é civilmente capaz; o Notário, não conhecendo a lei da nacionalidade do interessado, vai exigir documento comprovativo do respectivo conteúdo⁽³²⁾. Se, porventura, tal documento não for obtido pelo outorgante, nenhuma alter-

transmissão e constituição dos direitos reais — controlo da legalidade”, *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, p. 194, ensina que “*através da redacção e autorização de documentos válidos e conformes à lei, pelo seu conteúdo, e eficazes e executórios pela sua forma, os notários facilitam, encurtam ou tornam desnecessária a intervenção dos tribunais*”; JOÃO FERNANDO FERNANDES MAGALHÃES, “O notariado como sistema de segurança e de prevenção de conflitos”, *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, p. 59, explica que “*Quanto mais notário, tanto menos juiz*”; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “Forma...”, p. 4, alerta-nos para a “*función de economía jurisdiccional*” que caracteriza a imposição da intervenção notarial.

Aliás, tradicionalmente, e até às pronúncias do TJUE de 24 de Maio de 2011 era precisamente este o argumento da Doutrina para considerar estar a profissão notarial limitada aos cidadãos nacionais (cfr. MÉLINA DOUCHY-LOUDOT e EMMANUEL GUINCHARD, “Espace judiciaire civil européen”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 47, n.º 4 (Outubro-Dezembro), 2011, p. 881; CARLO ANTONIO TROJANI, “Il principio comunitario di sussidiarietà nell’ottica della funzione notarile”, *Notarius International*, Vol. 3, n.º 1, 1998, pp. 64 ss.; PHILIPPE CORRUBLE, “Pour une régulation des professionnels au service d’un marché efficient des transferts de propriété immobilière dans l’Union européenne”, *La Semaine Juridique — Edition générale*, Vol. 82, n.ºs 28 e 29, 2008, pp. 163 ss.).

⁽³²⁾ Como é sabido, regra geral, a capacidade negocial é apreciada à luz da lei pessoal do interessado (art. 25.º CC), a qual é, em princípio, a lei da respectiva nacionalidade (n.º 1 do art. 31.º CC).

nativa resta ao interessado que não seja suscitar a intervenção do tribunal, que conhecerá *ex officio* da lei estrangeira.

Isto é, repare-se, o notariado *não cumpriu a sua missão* de evitar o recurso aos tribunais mas, antes, potenciou a utilização do aparelho judiciário, contrariando o fundamento principal de instituição de um sistema de notariado latino. Claro, dir-se-á, que é este o efeito da norma do n.º 2 do art. 85.º do Código do Notariado; mas reconhecer-se-á que é um efeito *excepcional*, a ocorrer num singular acto notarial (a escritura de habilitação) por razões que o legislador entendeu existirem exclusivamente naquele instrumento. A existência de um regime especial num único acto notarial não faz perigar a missão do Notário; o mesmo não sucederá se, em todo e qualquer instrumento público, as partes que não logrem provar o conteúdo do direito estrangeiro forem conduzidas às autoridades judiciárias.

V — AS OBRIGAÇÕES DO CONSERVADOR: A SITUAÇÃO EXISTENTE ATÉ SETEMBRO DE 2013

No que concerne às obrigações cometidas ao Conservador na cognição do direito estrangeiro, a Doutrina tem menos dúvidas. Mesmo LIMA PINHEIRO, que não considera que a regra de cognição oficiosa presente no Código Civil vincule mais do que o Juiz, entende dever *“aplicar-se analogicamente o regime estabelecido para os tribunais”* ⁽³³⁾.

Não cremos poder haver outra conclusão que não esta. Mesmo se se defenda a inaplicabilidade do art. 348.º CC ao Conservador, é sabido que este desempenha uma função *parajudicial*, independente e imparcial, exclusivamente sujeita ao Direito ⁽³⁴⁾.

A aditar a este argumento, podem ainda aduzir-se outros arazoados. *Por um lado*, lembre-se que o controlo judicial das decisões do Conservador só faz sentido se este for sujeito ao mesmo exacto regime de cog-

⁽³³⁾ Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, vol. I, p. 581.

⁽³⁴⁾ J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, “O Estatuto...”, p. 5.

nição da lei estrangeira, sob pena de o Tribunal não poder apreciar coerentemente as decisões tabulares; *por outro*, repare-se que não existe para o Conservador uma norma semelhante à do n.º 2 do art. 85.º do Código do Notariado que, de alguma forma, crie um regime de excepção à cognição oficiosa da lei estrangeira; *por fim*, atente-se que mesmo as normas especiais de aplicação de lei estrangeira fazem recair sobre o Conservador o dever de buscar o seu conteúdo e garantir a sua aplicação ⁽³⁵⁾.

Há, assim, uma unanimidade doutrinal no sentido de que o Conservador é colocado na mesma exacta posição do Juiz no que concerne à busca e conhecimento do direito estrangeiro, quer seja por se entender que o regime do Código Civil vincula todos os órgãos aplicadores do direito, quer seja por considerar que o regime em causa apenas vincula os tribunais mas que há razões para uma aplicação analógica aos Conservadores.

É neste contexto que a jurisprudência do Conselho Técnico do IRN se afigura surpreendente. Na verdade, mesmo antes da introdução do novo art. 43.º-A do Código do Registo Predial (sobre o qual nos pronunciaremos autonomamente infra), apontava-se um caminho diametralmente oposto, estabelecendo-se que *“não sendo portuguesa a lei reguladora da forma do negócio jurídico nem sendo, por isso, suposto que o conservador dela tenha de*

⁽³⁵⁾ É o caso da demonstração da capacidade para celebrar casamento civil (regulada, nos termos do art. 49.º CC, pela lei pessoal de cada um dos cônjuges, a qual será, em princípio, a da sua nacionalidade). Ora, no caso de casamento de cidadão estrangeiro, manda a norma especial do art. 166.º do Código do Registo Civil instruir o processo preliminar de publicações com um documento comprovativo da inexistência de impedimentos matrimoniais à luz da sua lei pessoal, que deverá ser emitido por uma autoridade do país da sua nacionalidade; tal significa, no fundo, que é ao interessado que cabe demonstrar documentalmente a sua capacidade matrimonial em face da lei competente.

Todavia, na sua falta, a capacidade é suprida por declaração do interessado, sendo que em caso de dúvida, o Conservador supre essas dúvidas ouvindo duas testemunhas: tal demonstra, justamente, que é ao Conservador que continua a competir conhecer a lei estrangeira em matéria de capacidade nupcial. Atente-se, ainda, que o Registo Predial tem um novo regime especial, introduzido em Setembro de 2013, sobre o qual nos pronunciaremos autonomamente.

conhecer *ex officio*, deverão os interessados fazer prova dessa lei pelos meios próprios previstos na lei”⁽³⁶⁾. Quanto aos meios de prova, estabelece-se que deverão ser apenas *documentos idóneos*, por aplicação analógica da norma do n.º 2 do art. 85.º do Código do Notariado.

Esta pronúncia suscita-nos alguma perplexidade, porquanto ressalta, desde logo, a ausência de fundamento positivo ou transpositivo para a conclusão. Na verdade, como demonstrámos *supra*, não apenas a eficácia do sistema jurídico depende da sujeição dos Conservadores ao mesmo regime dos tribunais como não havia sequer qualquer base legal que legitimasse o afastamento da regra de cognição oficiosa prevista no Código Civil.

O Conselho Técnico justifica esta opção em razões pragmáticas: *por um lado*, a propósito do dever de conhecimento oficioso previsto no art. 348.º do Código Civil, sustenta que “tais poderes-deveres não são porém facultados nem impostos ao conservador. Com efeito, a celeridade do processo registral — o prazo legal para efectuar o registo é apenas de 15 dias —, aliada aliás ao elevado número de actos que normal e quotidianamente serão de qualificar, não se compadece com uma tal actividade de investigação do direito estrangeiro por parte do conservador”. *Por outro lado*, entende que “a segurança do comércio jurídico não se compadece também com qualquer meio de prova, mesmo que eventualmente idóneo. Tal prova deverá ser documental e o documento para tanto emitido terá de o ser por quem for competente para, nos termos legais, comprovar o facto”⁽³⁷⁾.

Por nossa parte, não cremos ser de acompanhar o raciocínio.

Se bem pensamos, o argumento temporal só colhe na perspectiva pessoal da actividade do Conservador e não atende à *ratio* do prazo — a rápida decisão definitiva sobre o pedido de registo para restabelecimento da segurança jurídica. Na verdade, a aceitar como boa a jurisprudência do Conselho Técnico, o Conservador está habilitado a

⁽³⁶⁾ Proc. n.º R.P. 187/99 DSJ-CT, relatado por LUÍS GONZAGA DAS NEVES SILVA PEREIRA, publicado no *Boletim dos Registos e do Notariado*, n.º 7/2000, 2.º Caderno.

⁽³⁷⁾ Cfr. Proc. n.º R.P. 187/99 DSJ-CT, relatado por LUÍS GONZAGA DAS NEVES SILVA PEREIRA, publicado no *Boletim dos Registos e do Notariado*, n.º 7/2000, 2.º Caderno, nota n.º 7.

recusar a inscrição definitiva solicitada (o que fará dentro do prazo legal) sempre que o interessado não demonstre documentalmente o conteúdo da lei estrangeira, fazendo o registo como provisório. Ora, mesmo que o recurso judicial da decisão do Conservador não incida sobre a questão principal (já que se cingirá sobre o problema de saber se podia o Conservador não fazer o registo definitivo na falta de prova da lei estrangeira), a verdade é que esta tese conduzirá o interessado que não possa provar documentalmente o conteúdo da lei estrangeira a uma acção judicial que lhe crie o título para registo, já que o Juiz necessariamente conhecerá *ex officio* do direito estrangeiro competente. Se assim é, na perspectiva do sistema jurídico, da segurança jurídica e dos interesses dos utentes, a recusa do Conservador dilatou a situação de incerteza e insegurança jurídica, prejudicando o propósito de instauração de prazos legais de decisão.

O segundo argumento também não colhe. Na verdade, mesmo aceitando a necessidade de demonstração documental do direito estrangeiro, tal não contende minimamente com o facto de poder ou dever ser o Conservador a buscar tal documento, oficiosamente. Assim, julgamos não ser apto o arrazoado a afastar do Conservador o regime geral de cognição oficiosa da lei estrangeira.

Por fim, mesmo aceitando a valia dos argumentos para uma solução *de iure condendo*, há-de considerar-se que pura e simplesmente esta conclusão é proibida em face do direito positivo: o nosso sistema de DIP determina a cognição oficiosa do direito estrangeiro e, ainda que essa operação implique a ultrapassagem do prazo legalmente registo, não pode o Conservador decidir *mal*. A ser assim, seria igualmente legítima a conclusão de que, perante uma questão jurídica complexa que forçasse o Conservador a ultrapassar o prazo legal no seu estudo, caberia às partes demonstrar a solução jurídica sob pena de recusa⁽³⁸⁾.

⁽³⁸⁾ Deve reconhecer-se, no entanto, que a jurisprudência mais recente do Conselho Técnico vem atenuando este entendimento, considerando haver uma obrigação do Conservador de envidar esforços na cognição do conteúdo do direito estrangeiro, conquanto continue a não lhe atribuir essa responsabilidade. Assim, o Parecer relativo ao Proc. n.º R.P. 176/2001 DSJ-CT, relatado por JOÃO BASTOS, publicado no *Boletim dos*

Na verdade, a actividade qualificadora do Conservador é, necessariamente, uma actividade decisora, tutelar da legalidade. Ora, aferir o parâmetro dessa legalidade — isto é, determinar a lei competente e conhecer o seu conteúdo — não pode afastar-se da sua missão. Negá-lo é negar a função qualificadora. Se a isto aditarmos as razões melhor explicadas *supra* quanto à sujeição do Conservador ao mesmo regime dos tribunais (a sua função de exclusiva obediência à juridicidade e, assim, o seu papel *parajudicial*; o controlo judicial das suas decisões, a implicar que seja a mesma régua a operar a respectiva aferição), não cremos ser correcta a convicção do Conselho Técnico.

Assim, não convencem os argumentos do Conselho Técnico, pelo que julgamos estar o Conservador vinculado pelo regime geral de cognição da lei estrangeira.

VI — A COGNIÇÃO DA LEI ESTRANGEIRA E A PRÁTICA NOTARIAL E REGISTAL: A RECENTE INTERVENÇÃO LEGISLATIVA E O REGIME ESPECIAL DO REGISTO PREDIAL

Como vimos, parece não existir fundamentação dogmática que legitime uma isenção de Notário ou de Conservador no regime de conhecimento do direito estrangeiro plasmado na lei civil: não apenas o direito internacional privado não tem uma perspectiva processualista — sendo de aplicação por quaisquer autoridades extrajudiciais cuja missão seja a

Registos e do Notariado, n.º 4/2002, nota n.º 4, “*entende que, mesmo em sede de impugnação das decisões do conservador, a Direcção-Geral, não sendo embora «o tribunal» (cfr. art. 348.º, n.ºs 1 e 2, C.C.), deve desenvolver esforços para obter o conhecimento do direito estrangeiro aplicável. Porém, a diligência não surtiu efeito. Pelo que deverá agora o interessado, em sede do pedido de «conversão» do registo de aquisição das fracções temporais, juntar o documento idóneo com a legislação aplicável.*”

Igualmente, no Parecer relativo ao Proc. R. P. n.º 252/2009, relatado por LUÍS MANUEL NUNES MARTINS, entende-se que seria desejável a criação de um organismo universitário encarregado de certificar o direito estrangeiro aplicável.

garantia da legalidade — como nenhum dos argumentos avançados na proposta de uma diferente solução acaba por colher. No fundo, fica-se com a sensação de que as teses que sustentam a subracção de Notário e Conservador do regime civil de conhecimento do direito estrangeiro procuram suporte teórico para uma realidade pragmática: os processos registais e a actividade notarial não se coadunam, em termos práticos, com a cognição oficiosa do direito estrangeiro.

Estas dificuldades práticas não podem deixar de ser reconhecidas. Na verdade, não podemos ser indiferentes a uma série de especificidades na busca do conteúdo do direito estrangeiro pelas autoridades extrajudiciais.

Por um lado, lembre-se que o processo registal tem *interessados* e não *partes litigantes*, o que sempre legitima um seu maior empenho na procura do conteúdo do direito estrangeiro⁽³⁹⁾. Ademais, recorde-se que a decisão do Conservador não goza da mesma imperatividade que uma sentença judicial nem faz caso julgado, factores que atenuam as consequências negativas de um desvio às obrigações oficiosas de cognição do Direito estrangeiro.

Por outro, recorde-se que a exigência de um documento autêntico é pretendida com uma celeridade que não é sobreponível à de uma decisão judicial e que o processo registal é por natureza rápido, não sendo habitual que o Conservador seja obrigado a ultrapassar o prazo de decisão com estudo de questões jurídicas complexas. Na verdade, há uma importância primordial do cumprimento prazo para feitura do registo directamente relacionada com o ingresso dos factos subsequentes e a fluência do comércio jurídico.

Por fim, recorde-se que os tribunais têm ao seu dispor o Gabinete de Documentação e Direito Comparado, com a estrita missão de os auxiliar na pesquisa do conteúdo de leis estrangeiras⁽⁴⁰⁾; ora, a sua sim-

⁽³⁹⁾ Ora, se já em juízo as partes litigantes são diligentes na prova do conteúdo da lei estrangeira, ainda que não recaia sobre elas tal obrigação (cfr. SHAHEEZA LALANI, “Establishing...”, p. 76), por maioria de razão os interessados no registo ou no título notarial serão ainda mais expeditos.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. art. 48.º da Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, na versão que lhe foi conferida pela Lei n.º 9/2011, de 12 de Abril.

ples existência não apenas confessa a dificuldade inerente ao conhecimento officioso do direito estrangeiro (porquanto há um reconhecimento institucional da necessidade de um órgão especializado a auxiliar o decidente) como coloca Conservador e Notário numa posição francamente desigualitária face à do Juiz.

Simplemente, este arrazoado não legitima o afastamento das regras de cognição da lei estrangeira vigentes; pelo contrário, será fundamento para reclamar uma intervenção legislativa que torne praticáveis as obrigações legalmente cometidas a Notário a Conservador. Na verdade, para que o sistema de direito internacional privado se realize também fora dos tribunais, será necessário criar as condições pragmáticas para que, mesmo na falta de demonstração do conteúdo lei competente, Notário e Conservador possam officiosamente buscar o seu teor.

Porventura o actual desenho do sistema impede que os comandos conflituais sejam executados. Este estado de coisas seria porventura minorado pela disponibilização a estas autoridades dos mesmos recursos institucionais ou pela regulação do esforço a despendar por estes órgãos na procura do conteúdo do Direito estrangeiro aplicável ⁽⁴¹⁾. O que não parece aceitável é a subordinação da dogmática jurídica e da bondade e justiça das soluções a dificuldades pragmáticas da sua concretização.

Não sabemos se por influência do raciocínio acabado de expor (foi publicitado na nossa intervenção no último Congresso Luso-Brasileiro de Direito Notarial e Registral, ocorrido em Madrid), a verdade é que o legislador veio escolher o Registo Predial para atenuação dos deveres do Conservador no Decreto-Lei n.º 125/2013, de 30 de Agosto. Na verdade, foi introduzido o artigo 43.º-A no Código do Registo Predial, estatuinto para estes serviços um regime especial muito próximo daquele que vincula os Notários na escritura de habilitação: atribui-se ao Conservador a identificação da lei aplicável e, se esta for estrangeira, comete-se ao interessado o

⁽⁴¹⁾ Por hipótese, estabelecendo-se que as obrigações do Conservador, quando houvesse de decidir com base em lei estrangeira, se resumiriam à indagação do respectivo conteúdo junto das autoridades consulares e do Gabinete de Documentação e Direito Comparado.

dever de demonstrar documentalmente o respectivo conteúdo. Da norma parece resultar que a falta desse documento implicará a recusa do Registo ⁽⁴²⁾.

Se, como vimos, é positiva a atenuação dos deveres do Conservador na cognição do direito estrangeiro (por força dos problemas de ordem pragmática que identificámos), julgamos que o legislador foi além do que lhe era exigido, já que pura e simplesmente eliminou o dever de conhecimento officioso da lei estrangeira. Nesta sede, coloca-se em perigo a própria função registal de preclusão de intervenção do aparelho judicial e de publicitação dos factos jurídicos: na impossibilidade de o interessado demonstrar documentalmente o conteúdo da lei estrangeira, aquele vê-se forçado a recorrer aos tribunais ou a prescindir do Registo (perdendo aqueles factos a inclusão tabular que se pretendeu).

Por nossa parte, teria sido preferível a manutenção, também no Registo Predial ⁽⁴³⁾, do dever de cognição da lei estrangeira, embora atenuado nos termos que propusemos supra (porventura regulando o esforço necessário à busca da lei competente, designadamente determinando que seria suficiente a consulta da base de dados do Gabinete de Documentação e Direito Comparado). Tal solução manteria o Conservador do Registo Predial como garante da legalidade e aplicador officioso da lei competente, o que pode deixar de acontecer em face da nova regra especial para o Registo Predial.

VII — CONCLUSÕES

A missão do Conservador e do Notário está directamente ligada à preclusão da intervenção do aparelho judiciário: a segurança jurídica dos factos publicados nas tábulas é consequência do controlo da sua legalidade.

⁽⁴²⁾ Assim dispõe o art. 43.º-A do Código de Registo Predial: “Quando a viabilidade do pedido de registo deva ser apreciada com base em direito estrangeiro, deve o interessado fazer prova, mediante documento idóneo, do respectivo conteúdo”.

⁽⁴³⁾ Deve sublinhar-se que esta regra apenas se aplica ao Registo Predial, pelo que nos demais ramos tabulares se mantém o regime de cognição da lei estrangeira constante do Código Civil.

dade inerente à imparcial função qualificadora que garante o primado do direito; os documentos notariais previnem litígios atendendo à segurança substancial e probatória que promovem, pois o titular certifica a sua conformidade com o Direito.

Ora, como antevimos, a combinação desta missão com os propósitos do direito internacional privado — mormente no que concerne à uniformidade de lei aplicável — são condicentes com a aplicação geral, a todos os aplicadores do Direito, dos comandos de cognição oficiosa da lei estrangeira constantes do Código Civil.

Ademais, atente-se que nenhum dos argumentos opostos no sentido de afastar a regra civil do domínio dos Registos e Notariado convence: nem a norma excepcional da escritura de habilitação de herdeiros é aplicável analogicamente a toda a função notarial, nem a necessidade de os Conservadores decidirem num curto prazo legal constitui fundamento bastante para derogar o sistema de Direito Internacional Privado no momento da sua aplicação prática.

Nessa medida, não há outra conclusão a inferir que não seja a sujeição de Notário e Conservador aos mesmos deveres do Juiz na aplicação da lei estrangeira, ressaltando evidentemente os casos em que a lei dispõe diferentemente.

Esta conclusão não obsta, porém, a que se identifiquem dois regimes especiais: por um lado, no que concerne à função notarial, lembre-se a norma especial da escritura de habilitação de herdeiros, que desonera o tabelião da busca do conteúdo da lei estrangeira; por outro, atente-se na novíssima norma do Código do Registo Predial que, nos actos a ele sujeitos, inaugura a mesma solução.

A nossa conclusão não impede ainda que se reconheça que o regime vigente (para os actos notariais e registais que não beneficiem de regime especial) joga mal com a celeridade dos processos notarial e registal, com a ausência de apoio institucional ao conhecimento oficioso da lei estrangeira e mesmo à natureza não litigiosa dos casos colocados a estas autoridades. Simplesmente, esses são factores que podem *de iure condendo* implicar uma modificação do *status quo* e não fundamentos para que se isentem notário e conservador do cumprimento cabal das normas de direito internacional privado em vigor.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ANDRADE, MARGARIDA COSTA, "(Alguns) Aspectos Polémicos da Posse de Bens Imóveis no Direito Português", *Direito Imobiliário Brasileiro*, Alexandre Guerra e Marcelo Benacchio, Quartier Latin, São Paulo, 2011, pp. 285-303; ARAÚJO, A. M. BORGES DE, *Prática Notarial*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003; ÁRIAS, FRANCISCO, "O Notariado no Mundo", *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 31-37; BLANCO-MORALES LIMONES, PILAR, "Forma de los Actos Jurídicos (Capítulo XIV)", *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12.ª Edição, ALFONSO LUIS CALVO CARACAVA e JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 3-14; BRONZE, FERNANDO JOSÉ PINTO, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002; CALLÉ, PIERRE, *L'acte public en droit international privé*, Economica, Paris, 2004; CARNELUTTI, FRANCESCO, "La figura giuridica del notaro", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno IV, 1950, pp. 921-930; CORREIA, ANTÓNIO FERRER, *Direito Internacional Privado — Alguns Problemas*, Almedina, Coimbra, 1997; — *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000; CORRUBLE, PHILIPPE, "Pour une régulation des professionnels au service d'un marché efficient des transferts de propriété immobilière dans l'Union européenne", *La Semaine Juridique — Edition générale*, Vol. 82, n.º 28 e 29, 2008, pp. 163 ss.; DICEY, ALBERT VENN / / MORRIS, JOHN HUMPHREY CARLILE, *Dicey and Morris on the conflict of laws*, vol. II, 13.ª Edição, Sweet & Maxwell, Londres, 2000; DIP, RICARDO, *Prudência Notarial*, Quinta Editorial, São Paulo, 2012; DOUCHY-LOUDOT, MÉLINA / GUINCHARD, EMMA-NUEL, "Espace judiciaire civil européen", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 47, n.º 4 (Outubro-Dezembro), 2011, pp. 871-883; GUERREIRO, J. A. MOUTEIRA, "O Estatuto do Conservador", *Boletim dos Registos e do Notariado*, n.º 4 (Abril) — Anexo, 2003, pp. 1-15; — "Publicidade e Princípios do Registo", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 17-60; HARTLEY, TREVOR C., "Pleading and Proof of Foreign Law: the Major European Systems Compared", *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, 1996, pp. 271-292; JARDIM, MÓNICA, "A importância do documento autêntico na transmissão e constituição dos direitos reais — controlo da legalidade", *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 193-202; — "A segurança jurídica preventiva como corolário da actividade notarial", *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 193-202; LALANI, SHAHEEZA, "Establishing the content of foreign law: a comparative study", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, n.º 1, 2013, pp. 75-112; MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1999; MAGALHÃES, JOÃO FERNANDO FERNANDES, "O notariado como sistema de segurança e de prevenção de conflitos", *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 57-61;

MARCOS, RUI, "Ars Notariae", *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, António Menezes Cordeiro e Ruy de Albuquerque, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 795-804; MAYER, PIERRE / HEUZE, VINCENT, *Droit international privé*, 10.^a Edição, Montchrestien, Paris, 2010; NEVES, A. CASTANHEIRA, *Metodologia Jurídica — Problemas Fundamentais (Studia Iuridica n.º 1)*, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1993; PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative Study on Authentic Instruments, National Provisions of Private Law, Circulation, Mutual Recognition and Enforcement, Possible Legislative Initiative by the European Union*, Study of the European Parliament n.º IP/C/JURI/IC/2008-019, (PE/408329), elaborado pelo Council of the Notariats of the European Union, disponível na internet via <http://www.cnue.be/cnue-2010/fr/005/docs/aae-etude-acte-authentique-final-25-11-2008-en.pdf>, consultado em 25 de Maio de 2011; PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, *Direito Internacional Privado*, vol. I, Introdução e Direito de Conflitos — Parte Geral, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2008; PINTO, GUSTAVO PESSOA, *História do Notariado Português*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (policopiado), Coimbra, 2009; PISANI, ANDREA PROTO, "Possibile contributo del notariato al risanamento della giustizia civile", *Il Foro Italiano*, vol. CXXIII, Parte Quinta, n.º 1, 2000, pp. 1-11; RAMOS, RUI MOURA, "Droit international privé vers la fin du vingtième siècle: avancement ou recul?", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 167-208; —, "Linhas Gerais da Evolução do Direito Internacional Privado Português posteriormente ao Código Civil de 1966", *Estudos de Direito Internacional Privado e de direito Processual Civil Internacional*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 275-325; REVILLARD, MARIEL, *Droit International Privé et Communautaire: Pratique Notariale*, 6.^a Edição, Defrénois, Paris, 2006; RIGAUX, FRANÇOIS / FALLON, MARC, *Droit International Privé*, De Boeck & Larcier, Bruxelas, 2005; SANTOS, ANTÓNIO MARQUES DOS, "A Aplicação do Direito Estrangeiro", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 33-53; TROJANI, CARLO ANTONIO, "Il principio comunitario di sussidiarietà nell'ottica della funzione notarile", *Notarius International*, Vol. 3, n.º 1, 1998, pp. 59-68.

DUAS QUESTÕES A PROPÓSITO DO DIREITO DE RETENÇÃO DO PROMITENTE-COMPRADOR: A PREVALÊNCIA SOBRE A HIPOTECA E A SOBREVIVÊNCIA À EXECUÇÃO

MARGARIDA COSTA ANDRADE

Sumário: 1. O direito de retenção enquanto direito real de garantia com preferência sobre a hipoteca; *a)* O direito de retenção como garantia real; *b)* A preferência do direito de retenção sobre a hipoteca; 2. O direito de retenção do promitente-comprador; 3. Observações a propósito do destino do direito de retenção na venda executiva do imóvel onerado com hipoteca posteriormente registada; 4. Conclusões

Sumário: Estudam-se neste trabalho, fundamentalmente, duas questões relacionadas com o direito de retenção do promitente-comprador de imóvel: 1) que razões levam à prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca? 2) deve ou não considerar-se que esta garantia sobrevive à venda executiva da coisa retida? Para a elas respondermos tivemos necessariamente de passar por algumas das notas distintivas do direito de retenção enquanto garantia real (nomeadamente a questão mais genérica da sua preferência sobre a hipoteca), que ocupam a primeira parte deste artigo. Chegamos à conclusão, em primeiro lugar, de que a escolha pela preferência da retenção sobre a hipoteca, neste caso particular, não é juridicamente correcta nem se adequa aos objectivos que, com ela, se pretendem alcançar (mesmo que um destes seja a protecção do consumidor), existindo alternativas mais acertadas ao dispor do legislador. E, em segundo lugar, que não é razoável, nem acertado pugnar pela manutenção do direito de retenção do promitente-comprador onerando o imóvel adquirido em venda executiva (nem enquanto garantia, nem enquanto direito de gozo).

Abstract: If one celebrates a contract according to which one has the right to be the buyer in a future sale (promising-contract) and the promising-seller does not comply with this promise, the promising-buyer has the right to an indemnity for damages. This right is reinforced with a security right *in rem* that allows (if the object