



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

ESTUDOS
EM HOMENAGEM
AO CONSELHEIRO
PRESIDENTE

RUI MOURA RAMOS

— Volume II —

ESTUDOS
EM HOMENAGEM AO
CONSELHEIRO PRESIDENTE

RUI MOURA RAMOS

— Volume II —

EVD-194

ALMEDINA



ALMEDINA

ALMEDINA

978-972-40-6579-3



15911
EVD-194

Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos

VOLUME II

DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

DIREITO CONSTITUCIONAL APLICADO

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

DIREITO PÚBLICO

VÁRIA: DO DIREITO INTERNACIONAL À HISTÓRIA

2016

Tribunal Constitucional


ALMEDINA



A aplicação internacionalmente ampliada das regras de notariado latino nos negócios imobiliários*

AFONSO PATRÃO**

I. Introdução

Nos contratos internacionais, o sistema conflitual europeu espelha um princípio de *favor negotii*, materializado na regra de conflitos sobre *forma dos contratos*. Estabelece-se um sistema de conexão múltipla alternativa que considera o negócio válido desde que cumpridas as disposições de *uma* de várias leis: nos contratos concluídos presencialmente, a lei do local de celebração ou a lei que regular a substância do negócio; nos contratos celebrados à distância, para além da lei aplicável à substância, é suficiente o respeito pela lei do local onde qualquer

* O presente trabalho inspira-se num problema tratado na nossa Tese de Doutoramento (*Removendo obstáculos ao mercado europeu de garantias imobiliárias: a autonomia conflitual na hipoteca e o reforço da cooperação internacional*), realizada sob orientação do Senhor Doutor RUI MOURA RAMOS e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Julho de 2015.

Ao Senhor Doutor RUI MOURA RAMOS, muito devemos. Desde a sempre presente orientação nas nossas dissertações (de mestrado e de doutoramento), aos ensinamentos que tivemos o privilégio de receber enquanto alunos, passando pela convivência pessoal quando desempenhámos as funções de seu assistente (na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), é evidente que nos marcará eternamente uma enorme gratidão ao homenageado. Esperamos, por isso, não desiludir o nosso Mestre neste estudo que lhe ora lhe dedicamos.

** Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

das declarações negociais seja emitida ou ainda a lei da residência de qualquer das partes¹.

¹ É inequívoca a sujeição deste problema ao Regulamento Roma I (Regulamento [CE] 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais), nos termos dos respectivos arts. 1º, 2º e 11º.

Assim, a forma do negócio não se sujeita necessariamente ao estatuto contratual, aquele que seria à partida mais adequado aos interesses das partes (cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. II, Direito de Conflitos – Parte Especial, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 226, e ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de Junio de 1980”, *Contratos Internacionales*, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA E PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-137, pp. 123ss). Na verdade, o âmbito da *lex contractus* é definido pelo legislador conflitual comunitário como compreendendo tão-somente a interpretação do negócio, o cumprimento das obrigações dele decorrentes, as consequências do inadimplemento total ou parcial dessas obrigações (nos limites dos poderes atribuídos ao tribunal pela respectiva lei de processo), as causas de extinção das obrigações, a prescrição e a caducidade e as consequências da invalidade do contrato (art. 12º Regulamento Roma I).

Em face do regime do Código Civil (aplicável aos contratos celebrados até 1994), o sistema internacionalprivatístico comunitário subtrai uma conexão (a lei indicada pelas regras de conflitos do Estado onde o negócio foi celebrado [cfr. nº 2 do art. 36º CC], o que se explica em face da hostilidade do instrumento ao reenvio [art. 20º do Regulamento ROMA I], como aliás é habitual nos instrumentos de unificação conflitual – cfr. RUI MOURA RAMOS, “L’adhésion du Portugal aux conventions communautaires en matière de droit international privé”, *Das Relações Privadas Internacionais – Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 143-170, p. 163; BERNARD DUTOIT, “The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts”, *European Private International Law*, BERND VON HOFFMANN, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1998, pp. 39-65, p. 64. Trata-se, assim, de uma *materialização do direito internacional privado* (DIP), pois escolhe-se a lei aplicável por referência ao resultado material pretendido: “garantizar la armonía internacional de decisiones y facilitar el tráfico jurídico” (PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “Forma de los Actos Jurídicos (Capítulo XIV)”, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 12ª Edição, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 3-14, p. 7, e “La Autonomía de la Voluntad en las Relaciones Plurilocalizadas. Autonomía de la Voluntad. Elección de Ley Aplicable: Consentimiento y Forma de los Actos”, *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado – Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V – Derecho internacional privado e interregional, LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado – Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 1-166, pp. 72 e 89; J. G. COLLIER, *Conflict of Laws*, 3ª Edição, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 207). *Vide*, sobre este intuito, HAROLDO VALLADÃO, “O princípio da lei mais favorável no direito internacional privado”, *Estudios em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*, Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1986, pp. 773-785, p. 776 (“a razão do princípio da lei mais favorável, quanto à forma extrínseca, apoiou-se moderadamente na ideia de que a forma é um requisito precário, secundário. Não deve nunca ser fundamental, inarredável”); BERNARDO CORTESE, “Artículo 11º – Commentario al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’): Francesco Salerno, Pietro Franzina (eds.)”, *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXII, nº 3/4, 2009, pp. 809-817, p. 810; TITO BALLARINO, “Disciplina della forma”, *La Convenzione di Roma sulla Legge Applicabile alle Obbligazioni Contrattuali*,

Quer isto dizer, à partida, que um negócio imobiliário sobre prédio situado em Estado cuja lei preveja necessariamente a solenidade típica do notariado latino (a escritura pública), *maxime* como formalidade *ad substantiam*, não se submeteria inevitavelmente a essa solenidade. Bastaria que uma das leis eleitas como alternativamente competentes se bastasse com forma menos solene (como um *escrito particular* ou *liberdade de forma*) para que a validade formal se desse por atingida. A isto acresce a viabilidade, nos negócios transnacionais, de as partes poderem livremente escolher a lei aplicável à sua substância (ainda que nenhuma conexão tenha com o caso), podendo fazê-lo tendo em mente que a *lex contractus* é uma das conexões alternativas para a disciplina da forma do contrato.

Concretizemos. Se dois outorgantes portugueses pretenderem celebrar um negócio de compra e venda de um imóvel situado na Suíça, país cuja lei impõe a sujeição a escritura pública para a transmissão de um direito real sobre imóveis², bastar-lhes-ia designar como *lex contractus* a lei inglesa (que não conhece aquela solenidade), nos termos do art. 3º do Regulamento Roma I, para que o cumprimento das regras anglo-saxónicas se tivesse por suficiente para a validade formal do negócio.

A conclusão não é, porém, tão linear. Na verdade, parece que as formalidades (*ad substantiam*) exigidas pelos sistemas de notariado latino, onde o tabelionato desempenha um papel preventivo de conflitos e assegura um superior nível de certeza jurídica, gozam de âmbito de aplicação alargado, impondo-se quando a lei onde aquelas disposições se encontram seja *lex contractus* ou *lex rei sitae*. De outro modo, julgamos que a *formalidade de constituição de garantias imobiliárias* reger-se-á pela *lex contractus* ou pela *lex rei sitae*, quando uma destas prescreva a intervenção de uma entidade com funções notariais inserida num sistema de tabelionato latino.

É esta inferição que pretendemos demonstrar neste curto estudo.

Consiglio Nazionale del Notariato – Giuffrè Editore, Milano, 1983, pp. 163-177, p. 168. Sobre a conexão múltipla alternativa enquanto mecanismo de materialização, cfr. ERIK JAYME, “Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tomo 251, 1995, pp. 9-268, p. 46; JOSÉ DIAS MARQUES, *Direito Internacional Privado – Apontamentos das Lições ao 5º Ano do Instituto Superior de Ciências Económicas e Financeiras de 1954-1955*, (policopiado), 1955, p. 56.

² Assim estabelece o nº 1 do art. 657º do Código Civil Suíço: “Les contrats ayant pour objet le transfert de la propriété ne sont valables que s’ils sont reçus en la forme authentique”.

II. QUESTÕES PRÉVIAS: AS FORMALIDADES AD SUBSTANTIAM/AD PROBATIONEM E O SISTEMA DE NOTARIADO LATINO.

Antes de adentrarmos no problema que nos ocupa, convirá tecer duas breves considerações sobre o assunto que abordaremos, definindo sumariamente os conceitos a que aqui nos referimos.

Em primeiro lugar, há que precisar que, quando certa lei faz uma imposição de forma a certo negócio, essa prescrição pode ter mera natureza *ad probationem* ou constituir uma solenidade *ad substantiam vel solemnitem*. No primeiro caso, a imposição de forma liga-se à prova do negócio, pelo que o respectivo incumprimento não prejudica a validade substancial do negócio (podendo todavia impedir a sua eficácia, já que certa forma pode constituir requisito necessário para a inscrição registal). Já no segundo caso, determina-se que a *validade substantiva* do negócio depende do cumprimento daquela formalidade, sem o qual não produz quaisquer efeitos, nem mesmo *inter partes*³.

³ Sobre a distinção entre formalidades *ad probationem* e *ad substantiam*, cfr. as impressivas palavras de MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. III, (policopiado), Coimbra, 1948, p. 88: as formalidades *ad substantiam* “são exigidas sob pena de nulidade do negócio. Sem elas, o negócio não é válido. A sua falta é de todo irremediável. São, em suma, absolutamente insubstituíveis por qualquer outro género de prova”. As formalidades *ad probationem* “são impostas, em dados termos, apenas para a prova de negócio. Se elas faltarem, o negócio não é propriamente nulo; só que a sua prova será mais custosa de obter. São, afinal, as que podem ser supridas por certos meios de prova mais seguros e também mais difíceis de conseguir”. Igualmente neste sentido, vide CARLOS A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 433; JOSÉ TAVARES, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, Vol. II, Pessoas, cousas, factos jurídicos, Coimbra Editora, Coimbra, 1928, p. 425; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II, Acções e Factos Jurídicos, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 70; HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 445; CHRISTINA RAMBERG, “E-Commerce”, *Towards a European Civil Code*, 3ª Edição, ARTHUR HARTKAMP, et al., Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 229-244, p. 233; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “La Autonomía...”, p. 67.

Como se sabe, no direito pátrio, a falta de documento autêntico, quando exigido, implica a *invalidade substancial* do negócio (cfr. art. 220º Código Civil), pelo que a prescrição, quando existe, constitui formalidade *ad substantiam*. Neste sentido, MANUEL DE ANDRADE, *cit.*, pp. 89-90; CARLOS DA MOTA PINTO, *cit.*, p. 433.

Noutros direitos, porém, é visível a diferença da imposição. Por exemplo, no direito espanhol, ensina PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “La Autonomía...”, p. 103, que “un contrato de venta de inmueble que consta en documento privado es perfectamente válido. Ahora bien, se no se eleva a escritura pública, dicho contrato nos es plenamente eficaz, pues no puede oponer-se a terceros”. Todavia, no estrito caso da hipoteca, estabelece o art. 145º da *Ley Hipotecaria* que uma das condições de *validade substancial* da hipoteca é justamente a sua constituição em escritura pública. Igualmente, no direito francês, a compra e venda de imóveis por escrito particular não é substancialmente inválida; todavia, no caso da hipoteca, dispõe o art. 2416º do *Code Civil* que “L’hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié”, notando a doutrina que “La convention d’hypothèque est un des rares actes solennels du droit français, c’est-à-dire que sa validité est subordonnée à l’accomplissement d’une forme” e que “L’observa-

Em segundo lugar, importa explicar o conceito de *notariado latino*. Na verdade, é possível categorizar os sistemas jurídicos europeus, no que tange às formalidades de constituição ou transmissão de direitos reais imobiliários, em dois grupos: os ordenamentos que adoptam o figurino do notariado latino (ou romano-germânico) e as ordens jurídicas, de matriz anglo-saxónica ou escandinava, que atribuem à função notarial outro papel⁴.

Nos primeiros, impera a figura do *documento autêntico*, visando-se garantir a segurança jurídica predial numa perspectiva preventiva. Nestes ordenamentos,

vation de cette disposition entraîne la nullité absolue du contrat» (LAURENT AYNÈS E PIERRE CROCCQ, *Les Sûretés – La publicité foncière*, Editions juridiques associées, Paris, 2003, p. 261).

⁴ É sabido que a categorização é simplista; na verdade, pode dizer-se que não há dois figurinos notariais iguais e que a função notarial varia de Estado para Estado; no entanto, apesar de simplista, a categorização é genericamente aceite pela doutrina, já que, como nota FRANCESCO CARNELUTTI, “La figura giuridica del notario”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno IV, 1950, pp. 921-930, p. 922, as diferenças entre muitos sistemas são pequenas variações. Neste sentido, MÓNICA JARDIM, “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, pp. 113-114; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “La función notarial desde la perspectiva de la Unión Europea”, *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 123-149, p. 124; JOSÉ ARISTONICO GARCÍA, “Las funciones notariales en España y en Europa. La doble calificación de las escrituras”, *El Mundo – Nueva Economía*, nº 109, 2002, pp. 1-3, p. 1; JOAQUIM DE SEABRA LOPES, *Direito dos Registos e do Notariado*, 5ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 599; PEDRO NUNES RODRIGUES, *Direito Notarial e Registral – O novo regime jurídico do notariado privado*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 24ss.

Não mencionaremos o sistema notarial *administrativo*, vigente nos Estados que adoptam uma economia socialista, onde o tabelião é um empregado público dotado de poderes mais extensos do que os que resultam do modelo latino: a sua função é a *garantia absoluta* da legalidade e a *colaboração com os órgãos da Administração*, podendo por isso influir no conteúdo dos actos jurídicos privados. No fundo, para lá de uma função autenticadora e conformadora, o notário administrativo *não é uma figura imparcial*, representando os interesses do Estado naquele acto, o que se articula com algumas normas de direito substantivo. Por exemplo, na ex-RDA (República Democrática Alemã) HELMUT FESSLER descreve assim o papel do tabelião: “quando um cliente ia a um notário, a um notário de Leste, e dizia que queria transferir todo o seu património, o notário sabia que se tratava de uma pessoa que queria fugir para o Ocidente. Face a essa situação, o notário era obrigado a denunciar esse cliente às autoridades policiais” (HELMUT FESSLER, “O notariado latino nos países de Leste após a queda do Muro de Berlim”, *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo – O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 63-67, p. 64). Sobre este modelo, A. M. BORGES DE ARAÚJO, *Prática Notarial*, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 12; PEDRO NUNES RODRIGUES, *Direito Notarial...*, p. 26. Repare-se que, no período em que em Portugal onde o notário público foi funcionário público, nunca se estabeleceu o modelo administrativo: o notário era oficial público que assessorava os interessados na elaboração de documentos, sem actuar no interesse do Estado – vide GEORGES A. L. DROZ, “L’Activité Notariale Internationale”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tomo 280, 1999, pp. 9-133, pp. 32-33.

o tabelião é 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 da manutenção do original em arquivos públicos, 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. 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), duplo papel que justifica o *numerus clausus* de notários e nomeação estadual destes oficiais. Ora, qualquer das funções redundante na preocupação de *justiça preventiva*, porquanto a intervenção do oficial público é dirigida a evitar o recurso às autoridades judiciárias⁵.

⁵ Parecer do Conselho Técnico da DGRN nº 76/92, relatado por MOUTEIRA GUERREIRO, p. 9. Vide ainda, no mesmo sentido, MOUTEIRA GUERREIRO (“A Actividade Notarial e Registral na Perspectiva do Direito Português”, *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 291-323, p. 322, que funda a função notarial “na prevenção da conflitualidade e na resolução extrajudicial de múltiplos problemas que quotidianamente se apresentam na vida dos cidadãos, os quais não assumem a natureza conflituosa de litígios, que só através de recurso aos tribunais possam ser dirimidos, mas que, pelo contrário, podem obter uma resolução extrajudicial com intervenção capaz – e legalmente sancionada – de jurista idóneo e investido de pública fé”; *Ensaio sobre a Problemática da Titulação e do Registo à luz do Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 101, que explica assumir o notário uma obrigação de resultado que consiste em emitir um acto válido na forma e na substância; “Formalizar, Desformalizar, Desburocratizar, Simplificar nos Registos e no Notariado: Quid iuris?”, *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 465-491, p. 474); DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, Vol. I, Introdução e Parte Geral, Almedina, Coimbra, 2008, p. 228; GEORGES A. L. DROZ, “L’Activité...”, p. 24 (sobre a segurança documental inerente ao facto de o documento público fazer prova plena e apenas poder ser contraditado por acção judicial) e p. 28 (sobre a *segurança substancial* própria do controlo de legalidade efectuado pelo notário); RUI MARCOS, “Ars Notariae”, *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO E RUY DE ALBUQUERQUE, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 795-804, p. 800; JONATHAN FITCHEN, “Authentic Instruments and European Private International Law in Civil and Commercial Matters: is now the time to break new ground?”, *Journal of Private International Law*, vol. 7, nº 1, 2011, pp. 33-100, pp. 33 e 37 (que define o documento autêntico como o “public document by which an agent of the state in question formally and authoritatively records declarations made by the parties so as to constitute those declarations as legal obligations”); MÓNICA JARDIM, “A segurança jurídica preventiva...”, p. 114, e “A privatização do notariado em Portugal”, *Revista de Direito Imobiliário*, nº 58, 2005, pp. 278-300, p. 284; FRANCESCO CARNELUTTI, “La figura...”, pp. 922 e 925ss (que explica que o notário é um “documentatore” e também um “interprete”); MARIE GORÉ, “L’Acte Authentique en Droit International Privé”, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1998-1999, pp. 23-48, pp. 23 e 25 (que identifica o instituto do documento autêntico como traço distintivo do direito romano-germânico e identifica a actuação do

oficial público como mais-valia que garante a validade do acto); BENITO ARRUÑADA, “The Economics of Notaries”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 3, nº 1, 1996, pp. 5-37, p. 5 (“Notaries thus perform many of the public functions [...] and many of the private functions”); PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “La Autonomía...”, p. 5; ISIDORO ANTONIO CALVO VIDAL, “La Circulación del Documento Público Notarial”, *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado – Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo I – Derecho de la persona, familia y sucesiones, LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado – Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 49-96, pp. 58 e 60ss; A. M. BORGES DE ARAÚJO, *Prática...*, p. 8; PIO XII, “Discurso por ocasião do V Congresso da União do Notariado Latino”, *Revista de Notariado e Registo Predial*, Ano 32, nº 4, 1959, pp. 37-42, p. 38; 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, pp. 31-37, p. 33; PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative Study on Authentic Instruments*, Study of the European Parliament nº 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-nouvelles.be/en/000/actualites/aae-etude-acte-authentique-final-25-11-2008-en.pdf>, consultado em 6 de Dezembro de 2012, p. 4; MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, “La conception renouvelée du notariat par la perspective de régulation économique”, *Le notariat et la mondialisation, congrès du Mouvement Jeune Notariat*, 2007, pp. 50-56, p. 50; MALCOLM RIDDELL E ANTONIO CAPIELLO, “Does the Rest of the World Need the «Civil Law Notary Model»? – A preliminary answer from the Real Estate Crises in the United States and China”, *Studi e Materiali – Consiglio Nazionale del Notariato*, Suppl. 1/2008, 2008, pp. 77-83, p. 79 (que sustentam que a crise da bolha imobiliária podia ter sido mitigada caso vigorasse nos EUA o figurino do notariado latino); SERGIO CÁMARA LAPUENTE, “Registration of Interests as a Formality of Contracts: Comparative Remarks on Land Registers within the Frame of European Private Law”, *European Review of Private Law*, vol. 13, nº 6, 2005, pp. 797-839, p. 799. É aliás este figurino que explica que a doutrina venha sufragando a passagem de alguns processos de jurisdição voluntária para a alçada no notário (ANDREA PROTO PISANI, “Possibile contributo del notariato al risanamento della giustizia civile”, *Il Foro Italiano*, vol. CXXIII, Parte Quinta, nº 1, 2000, pp. 1-11, pp. 9-10) e a opção do legislador português de chamar o notário para o processo litigioso de inventário.

O conceito de *justiça preventiva*, estruturante dos sistemas que adoptam o notariado latino, opõe-se ao de *justiça contenciosa* – caracterizada pela decisão de um litígio surgido *ex post*. Na verdade, a *justiça preventiva* dirige-se a acautelar o surgimento de controvérsias desnecessárias no quadro de certas transacções dotadas de particular importância e realiza-se pela subordinação dos efeitos negociais ao controlo de um terceiro imparcial, com formação específica, que recebe a vontade das partes e conforma-a ao ordenamento jurídico. Dado o controlo prévio, os documentos exarados pelo terceiro imparcial são dotados de força probatória plena, de forma a evitar os custos e a morosidade dos litígios judiciais relativos à validade e interpretação das cláusulas contratuais – cfr. JONATHAN FITCHEN, “Authentic...”, pp. 37-38; PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 4.

A origem do notário latino remonta ao direito medieval. Ensina RUI MARCOS, *cit.*, p. 795, não existir em Roma um verdadeiro precedente do notário hodierno: o *notarius* era inicialmente mero estenógrafo, já que a negociação jurídica romana era perpetrada pelo princípio da oralidade. Sobre as origens, vide ainda ANTÓNIO SANTOS JUSTO, “A segurança jurídica do comércio e a função do notariado (direito romano)”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº 36 (1º Semestre de 2009), 2010, pp. 45-64, p. 59; GUSTAVO PESSOA PINTO, *História do Notariado Português*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (policopiado), Coimbra, 2009, pp. 7ss; GEORGES A. L. DROZ,

No mundo anglo-saxónico⁶, pelo contrário, o notário limita-se “a identificar os subscritores do documento, a reconhecer a sua assinatura, a colocar o respectivo selo e assinatura no documento como garantia da não alteração deste ou, quanto muito, a recolher a declaração das partes segundo a qual o conteúdo do documento corresponde à vontade das mesmas”. Isto é, não existe a figura do documento autêntico, pois o notário “não recebe, não interpreta, nem dá forma legal à vontade dos particulares. Tão pouco qualifica essa vontade ou se preocupa que para a formulação da mesma concorram os requisitos que a tornam conforme à lei”. Assim, a figura do instrumento autêntico é absolutamente desconhecida, já que não há uma forma contratual entre privados em que o título seja exarado por terceiro imparcial e que faça prova plena do seu conteúdo. Em consequência, a própria função do notário é muito marginal⁷.

“L’Activité...”, pp. 24ss (analisando os antecedentes do notário latino e os atribuí à figura grega do *hiéromnémon* ou *guarda-memória*; dos *notarii* [mero estenógrafo] e dos *tabelliones* [que escreviam os actos ou contratos em tábuas de madeira cobertas de cera a favor de particulares, que beneficiavam das respectivas consequências jurídicas]). Sobre as origens romanas do documento público, vide CARMEN GÓMEZ BUENDÍA, “Noción de documento público extrajudicial en Derecho español: antecedentes históricos y su proyección en el derecho actual”, *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 235-262, pp. 237ss.

Sobre a fé pública notarial e defendendo a exclusão da função das liberdades de estabelecimento e prestação de serviços, vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Nacionalidade como requisito de acesso ao notariado e não transposição da directiva relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais pelo Estado português”, *Revista do Notariado*, nº 1, 2009, pp. 67-85, pp. 67ss.

⁶ A submissão do sistema jurídico escocês ao Reino Unido veio a determinar a extinção dos notários romano-germânicos na Escócia, apesar da sua estrutura de *Civil Law*. Assim, a figura que aí encontramos hoje é comparável ao *notary public* inglês que analisaremos *infra*. Vide, com mais pormenor, GEORGES A. L. DROZ, “L’Activité...”, pp. 38-39.

⁷ As citações são de MÓNICA JARDIM, “A segurança jurídica preventiva...”, p. 114, e “A privatização...”, p. 284. Neste sentido, cfr. GISELA SHAW, “Notaries in England and Wales: modernising a profession frozen in time”, *International Journal of the Legal Profession*, vol. 7, nº 2, 2000, pp. 141-155, pp. 141ss (“In England, few people, even lawyers and parliamentarians, have any idea what a notary is or does”); GEORGES A. L. DROZ, “L’Activité...”, p. 38 (“Le notary public peut aussi établir des actes notariés sous forme privée qui consistent essentiellement en une attestation que les parties ont signé le document devant lui à telle date”); DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, cit., Vol. I, p. 271 (“o notary não controla, pois, a legalidade dos actos preciso perante si celebrados”); JONATHAN FITCHEN, “Authentic...”, p. 37; PIO XII, “Discurso...”, p. 38 (“nestes últimos, com efeito, a função notarial limita-se à certificação da identidade daqueles que subscrevem o documento, e portanto, para a exercer, nenhum título especial de estudos é exigido: ela, em essência, identifica-se com a função de escrivão”); PEDRO NUNES RODRIGUES, *Direito Notarial...*, p. 25; MARIUS KOHLER E MARKUS BUSCHBAUM, “La «reconnaissance» des actes authentiques prévus pour les successions transfrontalières – Réflexions critiques sur une approche douteuse entamée dans l’harmonisation des règles de conflits de lois”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 99, nº 4, 2010, pp. 629-651, p. 644 (“le droit anglais par exemple – tout comme l’ensemble des pays de common law – ne connaît pas l’institution de l’acte authentique”); MICHAEL P. CLANCY, “The Organisation and Function of the Profession of Notary in the United Kingdom”, *Notarius Inter-*

national, vol. 5, nº 3, 2000, pp. 102-106, p. 105; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “La función...”, p. 125; BENITO ARRUÑADA, “The Economics...”, p. 5 (“these so-called notaries have nothing in common with civil law notaries except for the name. In some cases they are not even law professionals but act only as qualified witnesses”); PETER STONE, *EU Private International Law – Harmonization of Laws*, Elgar European Law, Cheltenham, 2006, p. 211.

No fundo, os documentos sujeitos à intervenção dos notários ingleses dispõem apenas de uma mera certificação da “genuineness of a signature”, pelo que “the professional does not assume any responsibility for the legal correctness of the content and the validity of the underlying agreement” – PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 13; GISELA SHAW, cit., p. 142; Parecer nº 76/92 do Conselho Técnico DGRN (cit. nota nº 5), pp. 13ss; DROZ, cit. (que sustenta que a intervenção notarial anglo-saxónica se dirigirá apenas à sua melhor aceitação no estrangeiro); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. I, Introdução e Direito de Conflitos – Parte Geral, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 632 (a propósito da figura da substituição no que concerne ao documento notarial americano como instrumento autêntico no direito português); PH. FRANCESCAKIS, “Comentário ao Acórdão do Areópago nº 121/1951, sobre a forma do testamento”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 42, 1953, pp. 371-376, p. 374.

Esta diferença fundamental criou dificuldades aquando da instituição do *título executivo europeu*, porquanto os documentos exarados por notários na Europa continental produzem força probatória plena no Reino Unido, Irlanda e Suécia, embora seja impossível a sua emissão por oficiais destes países (não existindo sequer a palavra “notário” na língua sueca). Cfr. PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 12, nota nº 25, e pp. 108 e 109, propondo uma intervenção da UE para estabelecimento do instrumento autêntico em todo o espaço europeu.

O que dizemos enfrenta uma importante excepção: os *scriveners notaries*, notários de Londres (estando a disseminar-se por todo o Reino Unido), encarregados de outorgar escrituras de tipo latino titulando negócios sobre imóveis situados no estrangeiro. O seu surgimento (bem como o dos *civil law notaries* nalguns Estados dos EUA para além do Estado de Louisiana – Florida, Alabama e Illinois [cfr. MALCOLM RIDDELL E ANTONIO CAPPIELLO, “Does...”, p. 82]) dever-se-á à necessidade sentida pelo comércio jurídico da autenticidade nas relações contratuais, mormente no quadro das transacções internacionais, o que explica o requisito de conhecerem pelo menos duas línguas estrangeiras – cfr. Parecer nº 76/92 do Conselho Técnico DGRN (cit. nota nº 5), pp. 11ss; MICHAEL P. CLANCY, “The Organisation...”, p. 105; LUÍS MANUEL MOREIRA DE ALMEIDA, “Presente e Futuro do Notariado em Portugal”, *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo – O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 18-30, p. 23; NICOLÁS STASINOPOULOS, “A opção pelo notariado latino”, *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo – O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 139-143, p. 141; GISELA SHAW, “Notaries in England and Wales: modernising...”, pp. 143ss, e “Notaries in England and Wales: What future in a climate of globalisation?”, *Notarius International*, nº 1-2/2006, 2006, pp. 38-45, pp. 41ss (fazendo profunda comparação entre as funções, competências e origens dos *scrivener notaries* e os *provincial notaries*). Assim, defende-se a aceitação dos seus actos nas mesmas condições dos documentos dos demais tabeliães latinos (cfr. PIERRE CALLÉ, “L’acte authentique établi à l’étranger – Validité et exécution en France”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 94, nº 3, 2005, pp. 377-412, p. 395; MARIE GORÉ, “L’acte...”, p. 28) ainda que à face do direito inglês nenhuma força probatória especial seja conferida aos respectivos documentos. Aliás, estes notários são membros de pleno direito da UINL – GISELA SHAW, “Notaries in England and Wales: What...”, p. 42; GEORGES A. L. DROZ, “L’Activité...”, p. 38 (que frisa o facto de o *scrivener notary*

Nessa medida, olhando ao direito inglês enquanto sistema típico do mundo anglo-saxónico, a função dos *notaries* (aliás, repartida com os *solicitors* e com os *barristers*) não assume a importância que conhecemos dos sistemas romano-germânicos. Com efeito, em consonância com a inexistência do *instrumento autêntico*, impera aí o princípio da liberdade de forma dos negócios jurídicos. As exceções (que se materializam somente na exigência de *forma escrita* e não no documento autêntico) são reduzidas: é o caso da transmissão patrimonial de imóveis que, por força do *Statute of Frauds* de 1677 determina a obrigatoriedade de documento escrito (*act under seal*, também denominado *deed* ou *speciality*) assinado pelo proprietário, e submetido a registo⁸.

A intervenção do *notary* não transforma a natureza do documento (que continua *particular* – um testemunho) nem lhe confere valor probatório acrescido, sendo as partes os seus autores, razão pela qual se não reserva a função notarial a sujeitos com formação jurídica. No fundo, a actividade notarial anglo-saxónica “*limita-se à função de autenticação ou certificação; não cuida da legalidade substantiva dos actos jurídicos e muito menos da correspondência entre a vontade real e a vontade declarada das partes*”⁹.

verificar e atestar a legalidade do *negotium*, beneficiando assim da *segurança substancial* que caracteriza o notariado romano-germânico, embora o documento não receba força probatória especial).

⁸ “*English law does not require a notarial instrument for any type of contract or other legal act*”. Cfr. PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, pp. 13-14; BARBARA PASA, “La propuesta de reglamento sobre libre circulación de los ‘documentos públicos’ en la Unión Europea y el notariado latino”, *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 151-182, p. 175. No direito inglês, são quatro as exceções à liberdade de forma: as *convenções antenuptiais* (devem ser celebradas por escrito e assinadas na presença de testemunhas), o *testamento* (que deve ser manuscrito ou assinado perante duas testemunhas), a *constituição de sociedades* (que deve ser escrita) e a *transacção de imóveis*. Atente-se que o *Land Registration Act* de 2002 prevê um número alargado de casos de registo obrigatório.

⁹ Cfr. ALFREDO DE AZEVEDO SOARES, “O notariado como garante da segurança jurídica numa sociedade democrática”, *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo – O notariado do século XXI, Desafios da modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 87-93, p. 90; PH. FRANCESKAKIS, “Comentário ao Acórdão do Areópago...”, p. 374; ALBINO MATOS, “O notariado em Portugal, na Europa e 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. 81-86, p. 83; PEDRO NUNES RODRIGUES, *Direito Notarial...*, p. 29. Sintomática deste sistema é a existência, nalguns Estados americanos, de *máquinas notariais*: “*Dans certains drugstores et grands magasins américains, le notaire public est remplacé parfois par une machine à timbrer dans laquelle on introduit des feuillets qui ressortent assortis d’un timbre donnant la référence de la commission du notaire, la date d’expiration de celle-ci, la date et heure de la certification. Il suffit de prendre un jeton à la caisse...*” – GEORGES A. L. DROZ, “Regards sur le droit international privé comparé – Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1991-IV, Tomo 229, 1991, pp. 13-424, p. 372, nota nº 723.

De forma similar, no *sistema escandinavo* (de que o direito sueco é *sistema-tipo*) é absolutamente desconhecida a figura do *documento autêntico* e reina a liberdade formal. Nos negócios com maior importância, a lei obriga a *forma escrita* sem determinar qualquer intervenção de um terceiro imparcial. No que aos negócios sobre imóveis diz respeito, a lei sueca estabelece (além da forma escrita) a obrigatoriedade da presença de testemunhas, requisito antigo com *ratio* desconhecida¹⁰.

III. A LEX CONTRACTUS ESTABELECE A NECESSIDADE DE CONTROLO DA LEGALIDADE DO NEGÓCIO COMO FORMALIDADE AD SUBSTANTIAM.

1. A escritura pública prescrita pela *lex contractus* enquanto imposição substantiva.

Como vimos *supra*, a *lex contractus* não disciplina, em regra, a forma do negócio mas apenas as obrigações dos outorgantes. Segundo julgamos, porém, caso a lei aplicável às obrigações contratuais¹¹ prescreva a titulação do contrato

¹⁰ Com efeito, o estudo do PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 16, indaga: “*These requirements are all ancient, and the reasons for them are difficult to establish. Is the presence of witnesses prescribed in order to remind acting individuals of the seriousness of the act? Or must witnesses be present to observe the conclusion of the act in order to facilitate proof in future litigation that everything was conducted properly? And, can witnesses be relied upon at all to achieve these goals? There is no modern answer to these questions or analysis of requirements concerning the form of legal acts, and no coherent approach to questions of legal form and authentication in different fields of Swedish law – whether by using traditional means and methods or by relying on electronic tools*”. Assim, GEORGES A. L. DROZ, “L’Activité...”, p. 40, relata que os negócios sobre a propriedade imobiliária são habitualmente realizados em bancos comerciais.

¹¹ Num negócio constitutivo ou translativo de direito reais sobre imóveis, a *lex contractus* será a lei escolhida pelas partes ou, na falta de escolha, a lei do Estado onde o prédio se situar (alínea c) do nº 1 do art. 4º do Regulamento Roma I). Face à solução que constava do nº 3 do art. 4º da Convenção de Roma, há uma menor *flexibilização* do juízo conflitual: no instrumento de 1980 prescrevia-se que o contrato, na falta de escolha, reger-se-ia pela lei que apresentasse uma conexão mais estreita com aquele (estabelecendo-se uma *não-regra* que carecia de concretização, nas palavras de ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Direito Aplicável aos Contratos Celebrados através da Internet e Tribunal Competente”, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 159-225, p. 170, embora se presumisse que a lei com maior contacto seria a *lex rei sitae* [n.º 1 e 3 do art. 4º da Convenção]). Isto é, ao invés de um elemento de conexão, estabelecia-se o *princípio da proximidade* (RUI MOURA RAMOS, “L’adhésion...”, p. 165). Já o regulamento Roma I determina a aplicação da lei da situação da coisa (isto é, apresenta a situação da coisa como elemento de conexão – alínea c) do nº 1 do art. 4º), admitindo todavia a sua substituição através de uma cláusula de excepção aberta.

Apresentam-se, portanto, dois mecanismos de *flexibilização do DIP conflitual* ou de *justiça do caso concreto* (nos dizeres de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 449). No primeiro,

por tabelião inserido num sistema de notariado latino puro¹², não será apenas a substância do negócio como a sua forma a subordinar-se àquela lei, não obstante a conexão múltipla alternativa tendente ao favor negotii que resulta da regra de conflitos.

Entendamo-nos. Se a lei da substância impõe a titulação do negócio em documento autêntico no intuito de assegurar o controlo do cumprimento das suas próprias

atribui-se ao intérprete a valoração a atribuir aos diferentes laços; no segundo, há uma indicação conflitual derogável pelo intérprete quando a situação apresenta uma ligação mais estreita com outro Estado. Em qualquer dos casos, há uma preponderância da justiça concreta, sacrificando, de algum modo, a segurança jurídica (RUI MOURA RAMOS, "Previsão Normativa e Modelação Judicial nas Convenções Comunitárias relativas ao Direito Internacional Privado", *O Direito Comunitário e a Construção Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 93-124, p. 110, e "A Reforma de 1977 e o Direito Internacional Privado da Família", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 203-221, p. 217, a propósito da *open-ended rule* da parte final do nº 2 do art. 52º CC). Aliás, a menor flexibilidade é uma nota generalizada do Regulamento Roma I face à Convenção de Roma (PATRIZIA DE CESARI, "«Disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente» e «Norme di applicazione necessaria» nel Regolamento Roma I", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato – Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 257-272, p. 258; FRANCO FERRARI, "La loi applicable à défaut de choix par les parties selon l'article 4 de la proposition de Règlement Rome I", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2006-2008, pp. 115-149, p. 122; LUCIANO GAROFALO, "Diritto comunitario e conflitti di leggi – Spunti sulle nuove tendenze del diritto internazionale privato contemporaneo emergenti dal Regolamento Roma II", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato – Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 413-431, p. 416; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La cláusula de excepción y los contratos internacionales. La crisis del principio de proximidad", *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea – Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, CARLOS ESPLUGUES MOTA E GUILLERMO PALAO MORENO, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 459-470, p. 463). Sem que a diferença seja determinante, parece que o mecanismo da cláusula de exceção será mais exigente para o julgador, porquanto a derrogação da opção legislativa carecerá de uma fundamentação mais aturada. Julgamos ser esta a opinião de LIMA PINHEIRO, *cit.*, p. 451, e "Rome I Regulation: Some Controversial Issues", *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, HERBERT KRONKE E KARSTEN THORN, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2011, pp. 242-257, p. 250, quando sustenta que a utilização da cláusula de exceção depende de uma ligação "manifestamente mais estreita com outro Estado" [sublinhado nosso], e de FERRER CORREIA, ao explicar que o mecanismo da não-regra pode gerar "flutuação da jurisprudência, a imprevisibilidade das decisões judiciais – ao fim e ao cabo a incerteza jurídica" (cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, "A revisão do Código Civil e o direito internacional privado", *Estudos Vários de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1982, pp. 279-307, p. 293). Sobre as cláusulas de exceção, vide, p. todos, RUI MOURA RAMOS, "Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – Portugal", *Das Relações Privadas Internacionais – Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 295-323, pp. 295ss.

¹² Falamos em sistema de notariado latino puro para referir os ordenamentos que subordinam a validade substancial do negócio constitutivo ou translativo dos direitos reais sobre imóveis à sua titulação em documento autêntico, exarado por oficial público.

disposições materiais por um oficial público (o que acontecerá nos sistemas de notariado latino que exijam documento autêntico para a constituição da garantia como formalidade *ad substantiam*), a imposição condicionará a forma negocial: se a lei da substância prescreve uma solenidade com o objectivo de garantir o cumprimento da lei que regulará o contrato, cominando com a invalidade substancial o negócio que não seja exarado por oficial público depois de certificado o cumprimento das disposições da lei da substância, é evidente que a solenidade da *lex contractus* impor-se-á, pois a imposição diz respeito ao regime substancial do negócio. No fundo, se a *ratio* da formalidade é o controlo da legalidade substancial do negócio, a obrigação emana da *lex contractus* enquanto requisito de validade material¹³.

O que aqui dizemos não é novo. A prescrição da escritura pública enquanto solenidade negocial de que depende a validade material do negócio sempre implicou, em vários domínios, um desvio das opções conflituais quando o intuito da sua imposição radica na garantia da regularidade substancial do acto. Desde os tempos em que o sistema conflitual assentava, quanto à forma dos actos jurídicos, no princípio tradicional de raiz estatutária *locus regit actum*¹⁴, a eleição da lei local

¹³ A validade substancial do negócio depende do formalismo das declarações negociais; por esta razão, a prescrição de uma forma legal cuja inobservância implique a invalidade ou ineficácia do negócio é apelidada de "forma *ad substantiam*" – HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte...*, p. 445; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria...*, Vol. II, p. 70; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria...*, Vol. III, p. 88. Ora, uma das razões inerentes à prescrição da escritura pública é justamente o interesse de que o negócio seja legalmente válido – cfr. MARIE GORÉ, "L'Acte...", p. 24.

¹⁴ A perspectiva tradicional (desde a teoria dos estatutos) submetia o problema da forma à lei do local da celebração, opção conflitual que pretendia assegurar a fluidez do comércio jurídico e que constituía "one of the oldest rules in European conflicts law" (HENRI BATIFFOL, "Form and Capacity in International Contracts", *The Conflict of Laws and International Contracts*, SUMMER INSTITUTE ON INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, University of Michigan Law School, Michigan, 1949, pp. 103-111, p. 103). Ensinava JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Anotado*, Vol. I, 2ª Edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1894, p. 40 (anotação ao art. 24º) que "o princípio locus regit actum assenta na dificuldade ou impossibilidade de alcançar no estrangeiro revestir os actos das solemnidades da lei nacional". A escolha da conexão apresentava um propósito material, tendendo à validade do negócio: "quem opta por celebrar um negócio jurídico em determinado país pode facilmente informar-se, no local, dos requisitos formais que deve satisfazer. Por outro lado, quando a celebração do acto exige a intervenção de uma autoridade pública, esta autoridade está mais familiarizada com a lei local do que com uma lei estrangeira". Cfr. DULCE LOPES, et al., *Parte especial de Direito Internacional Privado – Estatuto Negocial*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível na internet via <http://woc.uc.pt/fduc>, consultado em 10 de Dezembro de 2009, p. 6; LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 159; SABINE CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques – une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, LGDJ, Paris, 2003, p. 265. É por isso que, segundo LUDWIG VON BAR, *The Theory and Practice of Private International Law*, tradução de GILLESPIE, 2ª Edição, William Green & Sons Law Publishers, Edimburgo, 1892, p. 274, em certos casos "the rule «locus regit actum» imports a mere faculty, it does not involve any compulsion or restriction

enfrentava desvios quando a lei competente para a substância do negócio prescrevia documento autêntico. Isto é, desde o século XIX, o domínio da lei da substância que exigisse intervenção de oficial público sob pena de invalidade ou ineficácia do negócio estendia-se à forma negocial, afastando a sua sujeição à *lex loci*¹⁵.

upon the parties". Sobre a sua superação vide ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Considerações sobre o método do Direito Internacional Privado", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, Vol. III, Coimbra, 1983, pp. 1-92, p. 34.

¹⁵ Além deste desvio, sobre que nos debruçaremos, repare-se que na idade média o princípio *locus regit actum* não era mobilizado nos negócios de constituição ou transmissão de direitos reais sobre coisas corpóreas, deixando-se esta matéria ao domínio da *lex rei sitae* (cfr. LUDWIG VON BAR, *The Theory...*, p. 267).

A título de exemplo, atente-se no legislador português oitocentista: estabelecendo que à substância do testamento e das convenções antenupciais se aplicava a lei da nacionalidade dos respectivos outorgantes (arts. 24º e 27º do Código de Seabra), adoptava plenamente o princípio *locus regit actum*, determinando que "a forma externa dos actos será, todavia, regida pela lei do paiz onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrário" (sublinhado nosso). Ora, nestas situações excepcionais incluíam-se a forma do testamento e das convenções antenupciais, negócios que, à luz da lei portuguesa, se sujeitavam ao controlo de um oficial público. Na verdade, atendendo às normas materiais do Código de Seabra (art. 1910ºss), o testamento podia assumir várias formas sendo que todas elas implicavam a intervenção de um oficial público responsável por certificar o cumprimento da lei portuguesa, enquanto reguladora da substância. Igualmente, as convenções antenupciais, nos termos do art. 1097º do Código de Seabra "não terão validade, se não forem celebradas em escriptura pública", determinando-se o controlo preventivo da legalidade.

Ora, para tais negócios, em que o legislador material havia demonstrado preocupações de forma relacionadas com a substância do negócio, o legislador conflitual afastava o elemento de conexão local de celebração, determinando forçosamente a intervenção de um oficial público, ainda que tal não fosse imposto pela *lex loci*: quanto às convenções antenupciais, art. 1106º e, quanto ao testamento, art. 1961º do Código de Seabra – "Os testamentos, feitos por portuguezes em paiz estrangeiro, produzirão os seus effeitos legaes no reino, sendo formulados authenticamente, em conformidade com a lei do paiz onde forem celebrados". Ou seja, uma vez que a lei material portuguesa estabelecia a necessidade de controlo da legalidade e regularidade da vontade do testador através de um oficial público, afastava-se o princípio do *locus regit actum* sempre que aqueles negócios fossem submetidos à lei pátria, prescrevendo-se um documento autêntico (exarado nos termos da lei local) ainda que a lei do Estado onde o testamento é celebrado o não exigisse. No fundo, determinava-se que a lei da substância, ao impor o controlo preventivo da legalidade por um notário, alastrava o seu domínio à própria forma. Neste sentido, JOSÉ DIAS MARQUES, *Direito Internacional...*, p. 65: "o que no fundo quis exigir foi a intervenção de um oficial público, pois é este o elemento que define a autenticidade da forma, segundo o nosso direito". Concordante, mas mais cautelosa, era a posição de TEIXEIRA D'ABREU, *Estudos sobre o Código Civil Portuguez*, Vol. II, Das relações civis internacionais, Imprensa Académica, Coimbra, 1894, pp. 90-92: segundo o Autor, o testamento e as convenções antenupciais constituiriam excepções pontuais impostas por interesse público e não um princípio geral a todos os actos solenes. A mesma solução constava do regime italiano anterior a 1995 (cfr. TITO BALLARINO, "Norme di Applicazione Necessaria e Forma degli Atti", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno III, 1967, pp. 707-729, pp. 725 e 729, e *Diritto Internazionale Privato*, 2ª Edição, CEDAM, Padova,

Este princípio vigora em todos os negócios jurídicos, como ensina LIMA PINHEIRO: "A exigência de forma autêntica, quando feita para assegurar o controlo da legalidade do acto, compete logicamente à lei da substância, visto que se trata de assegurar a conformidade do acto com esta lei". A doutrina concorda que sempre que a *lex negotii* prescrever, sob pena de invalidade substancial do negócio, a intervenção de oficial público com o intuito de proceder ao controlo da legalidade material, será a forma do contrato determinada por aquela lei, ainda que as leis indicadas pelos demais elementos de conexão não obriguem a tal formalidade¹⁶.

1996, p. 629) e decorre do nº 2 do art. 65º CC Português (que exige a forma autêntica sempre que seja determinada pela lei da substância sob pena de nulidade substancial do negócio, como por exemplo determina o art. 2223º CC para os testamentos elaborados por português no estrangeiro).
¹⁶ Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 226; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 355-356; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", ("Estas formas constituyen una variante, aun más estricta, de las llamadas formas solemnes, formas necesarias para la validez misma de un acto jurídico. Se rigen, como se verá, por la Ley estatal que regula el fondo del acto"); YVON LOUSSOUARN E JEAN-DENIS BREDIN, *Droit du Commerce International*, Sirey, Paris, 1969, p. 592 ("les principales difficultés concernant, d'une part, les formes solennels dont on a soutenu qu'elles tendraient à protéger consentement et intéresseraient non la forme mais le fond du contrat"); MARIE GORÉ, "L'Acte...", p. 27 ("la loi du fond est compétente pour poser l'exigence de l'authenticité de l'acte"); PH. FRANCESCAKIS, "Comentário ao Acórdão do Areópago...", p. 373 ("pour prendre en exemple en dehors de la matière des testaments, la donation, contrat solennel du droit français, ne devrait, lorsque la loi française en régit le fond, intervenir à l'étranger qu'en la forme authentique"); BALLARINO ("Norme...", p. 720 [sustentando que a lei da substância determina o requisito formal necessário à validade do negócio, cabendo à lei local realizar as suas exigências]; *Diritto...*, p. 629 ["Qui siamo al di fuori dello statuto della forma: poiché il modo in cui il negozio è realizzato provoca una modificazione del suo contenuto giuridico, su questo effetto dovrà decidere la lex substantiae"], e *Forma degli atti e diritto internazionale privato*, CEDAM, Padova, 1970, p. 19; CHARALAMBOS PAMBOUKIS, *L'Acte Public Étranger en Droit International Privé*, LGDJ, Paris, 1993, p. 25 ("La nécessité de l'intervention d'un organe publique résulte de la règle applicable au rapport"); PAUL LAGARDE, "The European Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations: An Apologia", *Virginia Journal of International Law*, vol. 22, nº 1, 1981-1982, pp. 91-104, p. 102; M. HANS LEWALD, "Droit International Privé de l'Allemagne (Conflits de Lois)", *Répertoire de Droit International*, Tome VII, ALBERT DE LA PRADELLE E J.-P. NIBOYET, Sirey, Paris, 1930, pp. 293-387, p. 325; ERNST RABEL, *The Conflict of Laws – A comparative study*, Vol. II, Callaghan & Company, Chicago, 1947, p. 508; PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit international privé*, 10ª Edição, Montchrestien, Paris, 2010, p. 496 (sublinhando que esta solução só é de seguir nos casos em que a *lex contractus* impõe a formalidade sob pena de nulidade, e já não nos casos em que estabelece apenas a sanção da inoponibilidade); HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, "Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la convention C.E.E. nº 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 17, 1981, pp. 215-285, p. 278; REINHARD DAMMANN, "Fiducie-sûreté et conflit de lois", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2008-2010, pp. 17-54, p. 21; REMIGIO PERCHINUNNO, "Brevi note in tema di forma", *La Convenzione di Roma sulla Legge Applicabile alle Obbligazioni Contrattuali*, Consiglio Nazionale del Notariato – Giuffrè Editore, Milano, 1983, pp. 181-188, p. 183; HENRI BATIFFOL, "Form...", p. 106 ("it concerns the substance, as the

Esta visão é não apenas consagrada na jurisprudência pátria (porquanto o Conselho Técnico do IRN entende que a exigência de *instrumento autêntico* imposta pela *lex contractus* como formalidade *ad substantiam* determina necessariamente o seu cumprimento, independentemente das formalidades aceites pelas demais leis em contacto) como conhece consagração nos direitos conflituais internos de diversos países¹⁷.

Importa notar, porém, que o direito conflitual europeu chama alternativamente várias leis à forma do negócio, sem que a norma do art. 11º do Regulamento Roma I contenha qualquer disposição similar àquela que conhecemos das leis conflituais portuguesa, espanhola e alemã, que dão apoio legal expresso ao que aqui defendemos e postulam a qualificação *substância* para as regras que determinam tal solenidade¹⁸.

law governing form determines how the formalities should be executed, and the law governing substance fixes which formalities ought to be complied with). Repare-se, aliás, que esta solução colhe apoio expresso pelo DIP alemão, onde se estabelece uma excepção do princípio do *favor negotii* (JAN VON HEIN, „Party Autonomy in International Property Law: a German Perspective“, *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 103-118, p. 108).

¹⁷ Na jurisprudência, cfr. Parecer do Conselho Técnico do IRN (Pº R.P. nº 223/2010 SJC-CT), de 26 de Maio de 2011, relatado por MADALENA TEIXEIRA: “a exigência de forma feita pela lei do negócio (da substância do negócio), tendo em vista o interesse público (ou de ordem pública) de impedir a realização de actos nulos, designadamente através do controlo de legalidade por parte da entidade titular (cfr. artigo 17º do CN), revela preocupações ligadas com o regime da própria substância do negócio, ficando, como tal, recoberta por esta qualificação”. No mesmo sentido (indo aliás mais longe do que propugnamos), vide Parecer nº 76/92, do Conselho Técnico DGRN, (cit. nota nº 5) pp. 5-32. Discordamos, porém, da fundamentação dada à conclusão deste aresto (vide *infra*, nota nº 21, *in fine*).

No direito positivo, vide designadamente, o nº 1 do art. 36º, parte final, do Código Civil Português (determinando a aplicação forçosa da lei da substância se esta “exigir, sob pena de nulidade ou ineficácia, a observância de determinada forma, ainda que o negócio seja celebrado no estrangeiro”); o nº 2 do art. 11º do Código Civil Espanhol (“Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero”); o nº 4 do §11 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche [EGBGB] (“Ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht an einer Sache begründet oder über ein solches Recht verfügt wird, ist nur formgültig, wenn es die Formerfordernisse des Rechts erfüllt, das auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist”). Sobre o conteúdo destes comandos nos pronunciaremos *infra* com maior detalhe.

¹⁸ Cfr. nota anterior, onde transcrevemos o conteúdo destas disposições.

Como é sabido, o preceito conflitual do direito pátrio chama para regular a forma do negócio, em alternativa, a lei da substância e a lei do local de celebração. Todavia, determina a aplicação forçosa da lei da substância se esta “exigir, sob pena de nulidade ou ineficácia, a observância de determinada forma, ainda que o negócio seja celebrado no estrangeiro” (nº 1 do art. 36º CC), o que implica que sempre que for determinada uma formalidade *ad substantiam*, a exigência da lei da substância se imponha (DULCE LOPES, et al., *Parte especial de DIP – Estatuto Negocial*, p. 6; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...* pp. 355-356). Esta solução decorre, ainda de forma mais clara, do art. 11º do Código Civil Espa-

A solução não é todavia incompatível com o normativo europeu, porquanto o problema que aqui se coloca é a *qualificação* das normas que prescrevem o controlo da legalidade por oficial público. Ora, dependendo a caracterização do conteúdo e função das normas materiais¹⁹, uma regra jurídica que subordina a validade substancial do negócio ao cumprimento de certa solenidade orientada com o propósito de impedir o nascimento de negócios *substancialmente* inválidos ou ineficazes deve ser qualificada no âmbito do *estatuto contratual*²⁰. No fundo,

nhol, onde se prevê especificamente no nº 2 a sujeição obrigatória à lei reguladora da substância as formalidades *ad substantiam*, reservando a conexão múltipla alternativa para as exigências de forma *ad probationem* – vide JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3ª Edição, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pp. 488ss; PILAR JIMÉNEZ BLANCO, “La eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2001, pp. 365-404, p. 372; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “La Autonomía...”, pp. 103ss (que, aliás, defende ser a regra castelhana uma cópia da norma lusa – p. 109). No direito alemão (nº 4 do §11 EGBGB), quando a lei remete a forma para a lei aplicável à relação jurídica subjacente, entende alguma doutrina dever a referência ver-se entendida à *lex rei sitae*, mesmo que não seja esta a lei reguladora do negócio (cfr. JAN VON HEIN, “Party...”, p. 108; PAUL LAGARDE, “Sur la loi applicable au transfert de propriété. Requiem critique pour une convention mort-née”, *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz on the Progressive Unification of Private International Law*, ALEGRÍA BORRÁS, et al., Martinus Nijhoff Publishers, Haia, 1996, pp. 151-172, p. 159).

Importa fazer dois sublinhados no que concerne à posição de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, pp. 228, quanto à disposição portuguesa. Em primeiro lugar, o Professor defende não estar aqui consagrado um sistema de conexão múltipla alternativa, porquanto as duas conexões se não encontram num regime de verdadeira igualdade: a lei do local de celebração só será aplicada no caso de a lei da substância não formular a supracitada exigência. Em segundo lugar, entende o Autor não se poder retirar do inciso a conclusão que formulámos (a imposição de escritura pública como formalidade *ad substantiam* pela *lex contractus* obriga a que esta formalidade seja seguida). De acordo com o Professor, a segunda parte do nº 1 do art. 36º apenas abrange normas materiais que expressamente determinem a escritura pública em negócios celebrados no estrangeiro ou que sejam chamadas forçosamente por uma regra de conflitos da *lex contractus*. Em sentido ainda mais restritivo (abrangendo neste inciso somente as disposições internacionalmente imperativas da *lex substantiam*) cfr. FERNANDO PIRES DE LIMA E JOÃO ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 77, e FLORBELA DE ALMEIDA PIRES, *Conflitos de Leis – Comentário aos artigos 14º a 65º do Código Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 94. Voltaremos a este problema *infra*, na nota nº 21.

¹⁹ Utilizamos a expressão “regras materiais” não no sentido de normas substantivas mas como oposição a *regras de conflitos* – normas de segundo grau que não disciplinam relações jurídicas mas escolhem a lei mais apta a fazê-lo. Assim, preceitos referentes à forma dos negócios jurídicos são entendidos, neste sentido, como *normas materiais*, apesar de não constituírem regras de direito substantivo (cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 47, nota nº 46: “as regras materiais podem ser substantivas ou processuais”).

²⁰ Repare-se que usamos o sistema pátrio de qualificação (postulado pelo art. 15º CC) também perante regras de conflitos de fonte comunitária. Na verdade, não existindo orientação europeia sobre este problema, parece que a única limitação ao método seguido pelo intérprete-aplicador é

o estabelecimento de uma formalidade *ad substantiam* dirigida ao controlo da legalidade do negócio é tida como a prescrição de uma “forma intrínseca”, exigida por razões atinentes ao regime de direito material do negócio (nomeadamente a sua legalidade substantiva), pelo que a qualificação *substância* prevalece aqui sobre a qualificação *forma*²¹.

o respeito pela *interpretação autónoma* dos conceitos-quadro dada pelo Tribunal de Justiça, descartando-se uma qualificação exclusivamente *lege fori* (HELENE GAUDEMET-TALLON, “Le nouveau...”, p. 258, e ANDREA BONOMI, “Il diritto internazionale privato dell’Unione europea: considerazioni generali”, *Diritto Internazionale Privato e Cooperazione Giudiziaria in Materia Civile – Trattato di Diritto Privato dell’Unione Europea*, Vol. XIV, ANDREA BONOMI, Giappichelli Editore, Torino, 2009, pp. 1-54, p. 35), mesmo por respeito ao princípio da paridade de tratamento das diferentes ordens jurídicas (cfr. GERALDO RIBEIRO, “A Europeização do Direito Internacional Privado e Direito Processual Internacional: Algumas Notas sobre o problema da interpretação do âmbito objectivo dos regulamentos comunitários”, *Julgaz*, nº 23, 2014, pp. 263-293, p. 272). Tal decorre, aliás, do Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 1976, *Eurocontrol*, proc. 29/76, *Colectânea da Jurisprudência*, 1976, pp. 1541, Edição especial portuguesa, pp. 629, nº 5. A única dissimelhança que pode aqui existir é, eventualmente, nos *padrões de interpretação* desses conceitos-quadro (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “The methodology and the general part of the Portuguese Private International Law Codification: a possible source of inspiration for the European Legislator?”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XIV, 2012-2013, pp. 153-172, p. 165), que dependerá mais intensamente de uma comparação dos direitos internos (MARIA HELENA BRITO, “A utilização do método comparativo em direito internacional privado. Em especial, o problema da qualificação”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I, JOSÉ LEBRE FREITAS, et al., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 103-133, p. 130). Em sentido convergente, é este o método de qualificação utilizado por ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 576, no domínio do Regulamento Roma II. No fundo, a qualificação reconduz-se à mobilização concreta do DIP e, por isso, cabe necessariamente ao intérprete-aplicador; é ele quem escolhe o *mais correcto*, o *melhor* sistema de qualificação, o que leva a doutrina a postular justamente o método que seguimos (cfr. RAFAEL ARENAS GARCÍA, “La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo VI, 2006, pp. 393-415, pp. 414-415).

²¹ Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, pp. 355-356; ANTOINE PILLET, *Principes de Droit International Privé*, Pedone, Paris, 1903, p. 473 (“les éléments improprement appelés formes intrinsèques n’étant autre chose que les conditions de fond de l’acte juridique”); TITO BALLARINO, “Norme...”, p. 720; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Lei Aplicável a uma Sucessão por Morte Aberta em Hong Kong”, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 347-373, p. 352, e “Testamento Público”, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 207-220, pp. 212ss; HELENE GAUDEMET-TALLON, “Le nouveau...”, p. 278 (que entende que a omissão no acto comunitário sobre lei aplicável aos contratos não contende com o facto de que é a lei aplicável à substância que determina a exigência de acto autêntico, o que se explica por via da qualificação das respectivas normas); P. LOUIS-LUCAS, “La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois”, *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tomo I, Librairie Dalloz & Sirey, Paris, 1960, pp. 175-205, p. 180; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “La Autonomía...”, p. 5.

Ligado a este assunto, está o problema de interpretação da parte final do nº 1 do art. 36º CC, quanto à questão de saber quais os casos em que se dá a aplicação forçosa da lei da substância; isto é, quais são os casos em que esta lei determina a observância de certa forma “ainda que o negócio seja celebrado no estrangeiro”.

Três alternativas se colocam.

A primeira será a de entender a aplicabilidade forçosa da lei da substância apenas nos casos em que uma norma especial dessa lei determine a sujeição a determinada forma de certa categoria de negócios celebrados no estrangeiro (à semelhança do que faz o legislador português no art. 2223º para os testamentos [pelo menos para as sucessões abertas antes de 17 de Agosto de 2015, data de entrada em vigor do Regulamento 650/2012]). Como se percebe, esta interpretação reduz de sobremaneira o âmbito útil desta disposição, já que não são frequentes tais regras – não existindo, por exemplo, no direito português para os negócios jurídicos em geral, não parecendo ser de aceitar uma interpretação de tal forma restritiva. É a posição defendida por FERNANDO PIRES DE LIMA E JOÃO ANTUNES VARELA, *Código...*, Vol. I, p. 77, e FLORBELA DE ALMEIDA PIRES, *Conflitos...*, p. 94. Repare-se que ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Lei Aplicável a uma Sucessão...”, p. 352, e “Testamento...”, p. 213, segue esta interpretação embora, como vimos *supra*, através da qualificação, considere que as normas notariais se incluem no estatuto negocial.

A segunda possibilidade é sufragada por LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 228. De acordo com esta tese, a aplicação necessária da lei da substância ocorre *quer* nos casos de determinação material especial *como também* quando a regra de conflitos da *lex contractus* indique a aplicação da lei da substância. Isto é, quando o art. 36º manda aplicar a lei da substância “ainda que o negócio seja celebrado no estrangeiro”, está a referir-se aos casos em que tal lei se considera competente para regular a forma dos negócios jurídicos plurilocalizados.

A tese impressiona, porquanto se sustenta no princípio da harmonia jurídica internacional que perpetrar todo o sistema português de DIP: no fundo, o legislador abdica do seu juízo alternativo (ou *quase* alternativo [cfr. nota nº 18]) para determinar a aplicação da *mesma lei* que será aplicada no Estado da *lex contractus*.

Simplesmente, o Professor vê-se obrigado a contradizer o seu próprio raciocínio (ainda que, porventura, sem o auxílio do art. 36º): com efeito, ao mesmo tempo que defende que a prevalência da lei da substância se dá somente nos casos em que esta determina a sua própria aplicação, argumenta também que a “exigência de forma autêntica, quando feita para assegurar o controlo da legalidade do acto, compete logicamente à lei da substância, visto que se trata de assegurar a conformidade do acto com esta lei”. Nessa medida, além dos casos excepcionais que identifica para o art. 36º, abrange mais um: aquele em que a *lex contractus* prevê a observância de forma autêntica com intervenção de oficial público, o que parece dar razão à interpretação de BAPTISTA MACHADO para última parte do preceito do nº 1 do art. 36º CC: os casos em que a prescrição da forma se liga a objectivos de legalidade material. Com efeito, a solução recomendada por BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, (a terceira possibilidade) entende o inciso final abrangendo os casos em que o direito material da *lex contractus* determina, para certas categorias de contratos e sob pena de nulidade ou ineficácia, a observância de certa forma. Isto é, aplicar-se-á a lei da substância sempre que, atendendo aos interesses substantivos (nomeadamente, o controlo da legalidade por oficial público), esta faça depender a validade *substancial* de certos negócios do seguimento de uma certa formalidade. De outro modo: o art. 36º dá aqui uma *orientação na qualificação daquelas normas materiais*, as quais atendendo ao seu conteúdo e função, pertencem à qualificação *substância*. Ora, aceitando este pressuposto, tal raciocínio vale *quer* esteja positivada

Nessa medida, mesmo na falta de previsão expressa da aplicação forçosa da *lex contractus*, a operação de qualificação sempre implicará que as regras daquela lei que imponham uma formalidade *ad substantiam* sejam chamadas a título de *lex contractus*, qualquer que seja o local de celebração do negócio²². Assim, deve concluir-se que as normas que prescrevem a intervenção de um oficial público num sistema de notariado latino, porque dirigidas ao cumprimento da *lex contractus*, têm uma aplicação ampliada: sempre que a lei da substância do negócio se inserir em tal sistema, impor-se-á a solenidade por si prescrita. Ainda que o contrato se conclua em Estado que o não exige, a qualificação daquelas disposições como normas *substanciais* implicará esse resultado.

LIMA PINHEIRO vai ainda mais longe, defendendo que se a *lex contractus* prescrever como requisito fundamental a intervenção de uma entidade dotada de *fé pública*, justifica-se inclusivamente a necessidade de o negócio ser celebrado no Estado que formula esta exigência, “com vista a garantir que a entidade dotada de *fé*

a prevalência da qualificação *substância* (como no direito conflitual pátrio de fonte interna), quer esta decorra da operação de qualificação a que se sujeita o julgador.

Creemos ser esta a posição mais correcta: no fundo, o legislador quis salvaguardar a observância das solenidades da *lex contractus* cujo propósito é o cumprimento das regras aplicáveis à substância. Note-se, todavia, dever negar-se a interpretação, que por vezes se encontra, segundo a qual sempre que a *lex contractus* estabelecer uma exigência de forma dever tal ser respeitado. Tal tese afastaria qualquer preocupação de *favor negotii*, redundando na sujeição da forma à lei da substância. Com esta interpretação, que rejeitamos, vide o Parecer nº 76/92, do Conselho Técnico DGRN, (cit. nota nº 5), pp. 5 e 32. Ao invés, a solenidade da *lex contractus* só se impõe quando se dirigir ao cumprimento dos trâmites da lei da substância, “por razões de direito material, por razões ligadas ao regime da substância do negócio” (JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, p. 356).

²² Como ensinam JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 489, a vocação da lei da substância é feita para a imposição da solenidade e não para regulação dos trâmites da elaboração do documento: “solo se trata de respetar la forma prevista por la ley del contenido, no de aplicar esta ley a la forma”.

Antecipando uma conclusão futura, importa aqui deixar um sublinhado. Veremos *infra* que as normas prescritivas de formalidades inerentes a um sistema de notariado latino parecem constituir normas de aplicação necessária e imediata da *lex rei sitae*. Tal não implica que a sua existência no seio da *lex contractus* constitua argumento suficiente para a sua mobilização, qualquer que fosse o local da celebração. Com efeito, como bem ensina LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Apontamento sobre as normas de aplicação necessária perante o direito internacional privado português e o artigo 21º do Código Civil de Macau”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, vol. I (Janeiro de 2000), 2000, pp. 23-48, p. 28, as normas de aplicação necessária e imediata (qualquer que seja a concepção que se adopte quanto à sua natureza), não prescindem de um elemento de conexão, de um raciocínio conflitual. Ora, segundo cremos, aquelas disposições determinam a sua própria aplicação internacionalmente imperativa apenas aos contratos que versem sobre coisas sitas no Estado de cuja lei pertencam. Assim, a aplicação forçosa de tais normas quando insertas na *lex contractus* depende da aceitação da qualificação *substância* que a maioria da doutrina advoga.

pública interveniente controla a legalidade do acto”, já que o Estado apenas confere *fé pública* aos seus agentes e não aos que laborem no estrangeiro²³.

Não partilhamos desta convicção. Efectivamente, sendo verdade que o poder de exarar documentos públicos é delegado por um Estado em certos agentes por si designados, não cremos que a *lei da substância do negócio*, quando prescreve a observância das formalidades em causa e a intervenção do oficial público, esteja a determinar que aquele acto seja exarado exclusivamente pelos seus agentes. Aliás, se o negócio incidir sobre coisa sita no estrangeiro, faria até mais sentido que fossem os notários do Estado da situação da coisa a exarar o documento²⁴.

2. A lei portuguesa enquanto *lex contractus*: imposição transversal da *escritura pública* ou documento particular autenticado previsto pelo Decreto-Lei 116/2008?

Se não há dúvidas quanto à qualificação *substância* da prescrição do documento autêntico constante das leis com sistema notarial latino puro, importa saber se esta caracterização é correcta para a imposição de forma na constituição e transmissão de direitos reais sobre imóveis que faz a lei portuguesa desde o Decreto-Lei nº 116/2008, de 4 de Julho, que atenuou as exigências de forma: se até aí o sistema pátrio subordinava a validade substantiva desses negócios à sua formalização em documento público, passou a bastar-se, desde 1 de Janeiro de 2009, com documento particular *autenticado* junto de entidades legalmente determinadas (notários, conservadores, oficiais de registo, advogados, solicitadores e câmaras de comércio e indústria) e depositado electronicamente.

Ora, o termo de autenticação é um acto notarial que resulta da confirmação presencial da vontade das partes perante uma das entidades legalmente designadas. Nessa medida, o termo de autenticação originário é um documento

²³ Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 226. É a chamada *tese nacionalista* ou *restritiva*, nas palavras de PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “La Autonomía...”, p. 108.

²⁴ Suponhamos que A constitui a favor de B uma hipoteca sobre um prédio sito em Espanha, escolhendo como *lex contractus* a lei francesa. Sendo certo que a lei francesa se insere no notariado latino (prescrevendo, sob pena de invalidade, a titulação do negócio em documento público e determinando a intervenção de um oficial público que afira a regularidade do consentimento, a capacidade das partes e a legalidade das cláusulas – cfr. art. 2416º do *Code Civil*), não é clara a razão pela qual as funções do oficial público só podem ser cumpridas por um notário francês. Pelo contrário, a aceitar uma restrição aos oficiais de certo Estado, seria mais fácil aceitar que o tabelião competente será apenas o espanhol.

Este raciocínio é, aliás, inaplicável em certos sistemas, que prevêem expressamente a admissibilidade de títulos exarados no estrangeiro, quer para negócios em que a *lex fori* é a *lex contractus*, quer para negócios incidentes sobre prédios aí situados – cfr. o art. 2837º do Código Civil Italiano, que estabelece a aceitação de títulos constitutivos exarados fora de Itália.

público (sujeito aos requisitos de validade prescritos no Código do Notariado). Já assim não é o *documento particular que titula o negócio*. Na verdade, no tradicional *documento particular autenticado* regulado no Código do Notariado, a entidade autenticadora do documento particular apenas certifica que a vontade das partes é aquela que expressam no título, mas não averiguará da legalidade do negócio²⁵.

Perante este sistema, há que questionar se são válidas as nossas considerações sobre a qualificação *substancial* das normas relativas à forma de tais negócios. Em suma, importa saber se, nos *negócios reais imobiliários submetidos à lei portuguesa*, é condição a *escritura pública* ou o *documento particular autenticado* se a lei do local de celebração o não exigir.

O critério determinante para saber se as normas portuguesas (que prescrevem, em alternativa, escritura pública ou documento particular autenticado regulado pelo Decreto-Lei nº 116/2008) se qualificam no conceito-quadro *substância do negócio* (e não no conceito-quadro *forma*) será a existência de um *conteúdo e função* destas regras atinente à legalidade substancial. No fundo, o raciocínio *supra* exposto só será transponível se as regras portuguesas tiverem o escopo de controlo do cumprimento da *lex contractus*. Pelo contrário, se a função desta prescrição radicar nos motivos inerentes ao estabelecimento de qualquer forma negocial (reflexão das partes; facilitação da prova do negócio), há que qualificar as normas no conceito-quadro *forma*, pelo estarão sujeitas à competição das demais leis alternativamente indicadas como competentes pelo art. 11º do Regulamento Roma I.

Assim, importa perceber se o *documento particular autenticado que titula a constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis* é igual a qualquer documento a que é aposto o termo de autenticação (caso em que o autenticador apenas confirma a declaração das partes sem controlar o conteúdo do negócio) ou se o legislador estabeleceu um controlo de legalidade a desempenhar pelo autenticador. No primeiro caso, parecerá que a função e conteúdo das normas é inerente a preocupações de índole formal (nomeadamente o intuito de reflexão das partes), não podendo deixar de qualificar-se no conceito-quadro *forma*; se a actividade do autenticador se dirigir, todavia, a assegurar o cumprimento da *lex contractus* (devendo recusar a autenticação sempre que o negócio padeça de invalidades), poderão as regras em causa qualificar-se no conceito-quadro *substância do negócio*, aplicando-se sempre que a *lex contractus* seja a portuguesa.

A favor da primeira interpretação jogam dois argumentos. *Em primeiro lugar*, o facto de a lei portuguesa não impor a redacção do título por um oficial público mas apenas a intervenção de um terceiro que, dado o vasto leque de entidades

²⁵ Cfr. arts. 150º ss do Código do Notariado.

autenticadoras e a sua eventual impreparação (pois não se exige que sejam juristas²⁶) não pode ter em mente o controlo da legalidade do acto mas as razões inerentes à formalização negocial (reflexão das partes e facilidade probatória). *Em segundo lugar*, a definição de *autenticação*, traduzida legalmente na confirmação do documento perante entidade com funções notariais sem que a lei atribua ao terceiro qualquer poder de controlo da legalidade (cfr. arts 377º CC e 150º CNot.). Ora, ao prever a transmissão de direitos reais por documento particular autenticado, estabeleceu-se expressamente a aplicabilidade das normas do Código do Notariado aos actos translativos de direitos reais sobre imóveis (cfr. art. 24º do Decreto-Lei nº 116/2008, de 4 de Julho), pelo que pode defender-se estar apenas em causa a confirmação do conteúdo perante a entidade com funções notariais e não qualquer controlo de legalidade.

Todavia, tem sido outra a jurisprudência firmada pelo Conselho Técnico do Instituto dos Registos e Notariado. Na verdade, determinou no Parecer relativo ao proc. nº 67/2009, que “*a entidade autenticadora deverá no momento da autenticação apreciar os requisitos de legalidade do acto, devendo recusar a autenticação do documento se o acto nele «incompletamente titulado» for nulo [cfr. art. 173º, nº 1, a), do C.N.] ou se tiver sido violada norma imperativa que no momento da autenticação não possa ser observada (v.g., norma atinente ao princípio da legitimação). Como deverá advertir as partes se o acto for anulável ou ineficaz (cfr. art. 174º do C.N.). Cremos mesmo ser de entender que esta norma exige à entidade autenticadora que explique às partes o próprio conteúdo do documento (apenas) por elas assinado (e não apenas o conteúdo do «termo de autenticação», como no «vulgar» termo de autenticação – cfr. arts. 46º, nº 1, l), e 151º, nº 1, do C.N., e parecer emitido no Pº C.P. 81/2009 SJC-CT)”. Isto é, considera-se que o documento translativo de direitos reais sobre imóveis é, no seu conteúdo, um acto similar à *escritura pública*, atribuindo ao autenticador a obrigação da verificação da legalidade. No fundo, e como claramente se diz no Parecer do Conselho Técnico relativo ao proc. nº 81/2009, não se trata aqui do *mesmo documento particular autenticado* que se prevê no Código do Notariado, mas de “*uma nova forma legal de declaração negocial*”.*

O argumento decisivo para esta conclusão retira-se da norma do art. 24º do Decreto-Lei nº 116/2008, de 4 de Julho, que obriga a que o documento *autenticar* revista os requisitos legais a que estão sujeitos os negócios sobre imóveis (como o princípio da legitimação – art. 9º do CRPred.). O cumprimento deste

²⁶ Na verdade, a competência para a autenticação de documentos particulares está atribuída aos notários, às câmaras de comércio e indústria, aos conservadores, aos oficiais de registo, aos advogados e aos solicitadores (art. 38º do Decreto-Lei nº 76-A/2006, de 29 de Março), para onde remete o art. 22º do Decreto-Lei nº 116/2008, de 4 de Julho. Assim, algumas das entidades autenticadoras não têm forçosamente de ser juristas (solicitadores e oficiais de registo) e outras são pessoas colectivas, não se estabelecendo qual a pessoa singular que fará a autenticação.

comando implica que a entidade autenticadora capte as vontades negociais e recuse a sua autenticação quando aqueles requisitos se não constem do documento particular, *controlando assim a legalidade do negócio* e constituindo esta uma *condição da autenticação*. Nessa medida, é defensável que esta exigência possa ser demandada sempre que a lei portuguesa seja a *lex contractus*.

O argumento convence-nos. A alteração legislativa de 2008 dever-se-á a um esforço de incremento do mercado imobiliário sem abdicar do controlo da legalidade do negócio. No fundo, não liberalizando o mercado das escrituras públicas, o legislador moldou uma alternativa à solenidade máxima onde há, para o autenticador, a obrigação de aplicar subsidiariamente o Código do Notariado, designadamente o dever de recusar a autenticação quando o negócio é nulo, de advertir acerca da invalidade ou da ineficácia e de cumprir os requisitos previstos para a escritura pública. Em suma, a diferença está apenas na redacção do documento (que na escritura cabe ao notário e no documento particular autenticado previsto no Decreto-Lei nº 116/2008, de 4 de Julho, é cometida às partes), na certeza de que, do ponto de vista do exercício da função, há uma equiparação entre o notário e as demais entidades, quando se atribui a todas elas a mesma competência para o termo de autenticação.

Nessa medida, não espanta que o Conselho Técnico haja decidido que a sujeição à lei portuguesa do contrato translativo da propriedade de um imóvel implica a exigência de escritura pública ou documento particular autenticado, mesmo tendo o negócio sido celebrado na Califórnia (cuja lei o não exige)²⁷.

IV. A LEX REI SITAE NÃO É A LEX CONTRACTUS E PRESCREVE A VERIFICAÇÃO NOTARIAL DA LEGALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE DIREITOS REAIS SOBRE IMÓVEIS.

Demonstrámos *supra* que, nos casos em que a *lex contractus* postula uma exigência de forma que implique a intervenção de notário integrado num sistema latino (a titulação em documento público onde o tabelião não apenas assegura a plena vontade das partes como promove um controlo de legalidade), o domínio daquela alastra às formalidades negociais.

Segundo julgamos, esse não é o único caso em que ocorre a aplicação internacionalmente ampliada das regras formais de notariado latino. Na verdade,

²⁷ Cfr. Parecer do Conselho Técnico IRN nº R.P. 223/2010, 26.05.2011, (*cit. nota* nº 17). Não obstante o problema estar hoje resolvido na jurisprudência do Conselho Técnico do IRN, não é abordado pelos manuais de direito notarial (cfr. JOAQUIM DE SEABRA LOPES, *Direito dos...*, pp. 661 e 676; PEDRO NUNES RODRIGUES, *Direito Notarial...*, pp. 45ss; JOSÉ CARLOS GOUVEIA ROCHA, *Manual Teórico e Prático do Notariado*, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 399ss; A. M. BORGES DE ARAÚJO, *Prática...*, pp. 143ss).

cremos que um contrato constitutivo ou translativo de direitos reais sobre imóveis se submeterá forçosamente, quanto à forma, à lei do Estado onde a coisa se situar *sempre que esta imponha, sob pena de invalidade ou ineficácia, a sua formalização em documento público exarado por tabelião integrado num sistema de notariado latino, independentemente da lei reguladora das obrigações contratuais*. Consideramos, pois, que as normas que consagram obrigatoriedade de escritura pública nesses negócios como formalidade *ad substantiam* (concretamente, as que *determinam o controlo de legalidade do negócio por entidade notarial*) constituem *normas de aplicação necessária e imediata da lex rei sitae*, mobilizando-se independentemente da lei reguladora das obrigações contratuais ou do local de celebração²⁸.

²⁸ Como é sabido, o sistema de direito internacional privado assente no método conflitual (método clássico, utilizado em todos os países da Europa e constituindo a base do sistema jurídico comunitário – CHRISTIAN KOHLER, “Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario”, *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, PAOLO PICONE, CEDAM, Padova, 2004, pp. 65-94, p. 87; PAOLO PICONE, “Diritto Internazionale Privato Comunitario e Pluralità dei Metodi di Coordinamento tra Ordinamenti”, *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, PAOLO PICONE, CEDAM, Padova, 2004, pp. 485-525, p. 496) faz depender a aplicação de certa regra material da sua integração na ordem jurídica designada por competente pela regra de conflitos. Neste “*método típico* [...]”, *não compete ao direito internacional privado fornecer por si próprio a norma material aplicável ao caso concreto, mas unicamente designar a lei a que a norma aplicável deverá ser pedida*” (ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional Privado – Alguns Problemas*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 22; YVON LOUSSOUARN, “Cours Général de Droit International Privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1973-II, Tomo 139, 1973, pp. 271-385, p. 280). Não obstante a sua sistematização ser atribuída a SAVIGNY, certo é que já as escolas estatutárias o utilizavam, sendo igualmente patente nas ideias de ARGENTRÉ (sobre a história do método, *vide* GERHARD KEGEL, “The Crisis of conflict of laws”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1964-II, Tomo 112, 1964, pp. 96-268, pp. 103ss).

Simplemente, as ordens jurídicas nacionais foram criando normas materiais que, de forma unilateral, determinam o seu próprio âmbito de aplicação, *quer inferior ao da ordem jurídica em que se insere* (normas *autolimitadas* em sentido estrito – a sua aplicação depende de um contacto mais forte do que aquele que é prescrito pelo sistema conflitual), seja ele mais amplo do que a regra de conflitos determina (*normas de aplicação necessária e imediata* [NANI] – bastam-se com uma conexão mais ténue para estabelecerem a própria aplicação). Este tipo de normas evidencia a presença de valores políticos no âmbito do funcionamento do sistema de direito internacional privado, porquanto admite um desvio à aplicação da lei que apresenta a conexão reputada como mais adequada pela regra de conflitos.

A identificação das NANI é normalmente atribuída a FRANCISCAKIS (*La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris, 1958, pp. 11ss, e “Conflits de Lois (principes généraux)”, *Répertoire de droit international*, Vol. I, Dalloz, Paris, 1968, pp. 470-497, p. 480) que defendeu existirem normas no foro cuja aplicação não dependia da designação conflitual mas da sua própria *ratio*; neste sentido, constituiria uma *excepção* ao jogo das regras de conflitos (uma *fuga ao método conflitual*, nas palavras de RUI MOURA RAMOS), já que a lei aplicável não é determinada pela conexão mais forte ao caso mas pelos interesses legislativos subjacentes. Na realidade, a identificação primeira destas normas remontará a WÄCHTER e a SAVIGNY, embora sob as vestes da

ordem pública entendida aprioristicamente, concepção seguida por P. S. MANCINI, “De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles”, *Journal du Droit International*, Ano 1, 1874, pp. 221-239 e 285-304, p. 300, e por PROSPERO FEDOZZI, “Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international”, *Journal du Droit International*, Ano 24, 1897, pp. 69-78 e pp. 495-507, pp. 69ss (cfr. TEIXEIRA D'ABREU, *Estudos...*, Vol. II, p. 29; FRIEDRICH K. JUENGER, “A Historical Overview”, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Transnational Publishers, Inc., New York, 2001, pp. 3-43, pp. 30ss). Também GIUSEPPE SPERDUTI, “Ordine Pubblico Internazionale e Ordine Pubblico Interno”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XXXVII, 1954, pp. 82-91, p. 84, e “Sul limite dell'ordine pubblico”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XLIII, 1960, pp. 303-308, p. 306, as identificou antes do Professor de Salónica, numa interessante distinção entre *ordem pública internacional* (o limite aposteriorístico à aplicação do direito estrangeiro) e *ordem pública interna* (o conjunto de normas internacionalmente imperativas do Estado que afastaria o direito estrangeiro normalmente competente por força da regra de conflitos geral) [sobre o seu pensamento, vide RUI MOURA RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 668]. Repare-se que GIUSEPPE SPERDUTI, “Norme di Applicazione Necessaria e Ordine Pubblico”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XII, n.º 3, 1976, pp. 469-490, p. 470, e FRANK VISCHER, “New tendencies in European Conflict of Laws and the influence of the U. S. Doctrine – A short survey”, *Law and Justice in a Multistate World – Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, JAMES NAFZIGER e SYMEON SYMEONIDES, Transnational Publishers, New York, 2002, pp. 459-471, pp. 459ss, chegam mesmo a contestar a atribuição das NANI a FRANCESCAKIS, sublinhando que quer SPERDUTI, quer SAVIGNY as haviam identificado muito antes.

A PH. FRANCESCAKIS, “Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflits de lois”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 55, n.º 1, 1966, pp. 1-18, p. 1, caberá a sua moderna modelação, separada do conceito de ordem pública internacional (ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma Teoria Geral*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 700-767; RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição – Introdução a uma análise das suas relações*, 2.ª Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pp. 116ss; FRANK VISCHER, “General course on private international law”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1992-I, Tomo 232, 1992, pp. 9-256, p. 153; NUNO ANDRADE PISSARRA, “Normas de Aplicação Imediata e Direito Comunitário”, *Normas de Aplicação Imediata, Ordem Pública Internacional e Direito Comunitário*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 9-140, pp. 19ss; ANTONIO MARÍN LÓPEZ, “Las normas de aplicación necesaria en derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXIII, n.º 1, 1970, pp. 19-41, p. 22), distinção contestada por GIUSEPPE SPERDUTI, “Norme...”, pp. 473ss.

Uma nota quanto ao que acabamos de expor. Como ficou patente, preferimos a terminologia de RUI MOURA RAMOS, pois é a que melhor espelha quer a natureza substantiva daquelas normas quer o facto de tais regras determinarem a própria aplicação *independentemente* da conexão indicada pela regra de conflitos (aplicação *necessária*) e *antes* do funcionamento do seu juízo (aplicação *imediate*). No fundo, há uma *precedência e prevalência* destas normas em face das regras de conflitos (RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, p. 112; *Da lei aplicável...*, p. 667; “Aspectos Recentes do Direito Internacional Privado Português”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1984, pp. 377-420, p. 391). A nossa opção não se desliga de uma certa concepção quanto à natureza deste

Não deve encarar-se com surpresa a nossa asseveração. Na verdade, esta circunstância foi expressamente prevista pelo direito conflitual europeu que, ao indicar a conexão relevante em matéria de forma dos contratos que constituam ou transfiram direitos reais sobre imóveis, prescreveu o cumprimento das regras do Estado da situação da coisa que constituam *normas de aplicação necessária e imediata* (determinando a sua aplicação qualquer que seja o local de celebração do contrato ou a lei a que este esteja submetido). Isto é, ao sujeitar à *lex rei sitae* a forma de um contrato que tenha por objecto direitos reais sobre imóveis quando as suas regras determinem a própria aplicação (mesmo quando não discipline as obrigações contratuais), o legislador comunitário anteviu a existência de tais normas nas ordens jurídicas nacionais²⁹.

tipo de disposições, já que vemos aqui um *desvio ao método conflitual* e, nessa medida, aceitamos que o seu funcionamento é *imediate*, anterior ao da regra de conflitos. Isto é, não alinhámos pela concepção conflitualista das normas de aplicação necessária e imediata, entendendo-as *normas materiais* que delimitam o seu próprio âmbito de aplicação (sobre essas teses, cfr. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, pp. 816ss).

Para uma compreensão das demais designações (normas autolimitadas, normas materiais espacialmente condicionadas, leis de polícia e de segurança, *peremptory norms*, *legislatively localized laws*, normas funcionalmente limitadas, normas internacionalmente imperativas, *lois de police*, *règles directes d'applicabilité*, *selbstgerechten Sachnormen*, *lois politiques*), vide RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, p. 112, nota n.º 150; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma Teoria Geral*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 697ss; MARIA HELENA BRITO, *A Representação nos Contratos Internacionais – Um contributo para o estudo do princípio da coerência do direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 702, nota n.º 379; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 627ss; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1998, p. 277; MARC FALLON, “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré – L'expérience de la Communauté Européenne”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 253, 1995, pp. 9-282, pp. 129 e 213ss; GERHARD KEGEL, “Die selbstgerechte Sachnorm”, *Gedächtnisschrift für Albert A. Ehrenzweig*, ERIK JAYME e GERHARD KEGEL, C. F. Müller Juristischer, Karlsruhe – Heidelberg, 1976, pp. 51-87, pp. 53ss; PIERRE LALIVE, “Tendances et méthodes en droit international privé: cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1977-II, Tomo 155, 1977, pp. 1-425, p. 121; NUNO ANDRADE PISSARRA, “Normas...”, p. 22; FRANÇOIS RIGAUX e MARC FALLON, *Droit International Privé*, 3.ª Edição, De Boeck & Larcier, Bruxelas, 2005, p. 129; ANTONIO MARÍN LÓPEZ, “Las normas...”, p. 22; J. A. CARRILLO SALCEDO, “Le Renouveau du Particularisme en Droit International Privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1978-II, Tomo 160, 1978, pp. 181-263, p. 199; EDOARDO VITTA, “Cours Général de Droit International Privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1979-I, Tomo 162, 1979, pp. 9-243, p. 119; HERBERT KRONKE, “Capital Markets and Conflict of Laws”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 286, 2000, pp. 245-385, pp. 282-283; ANDREA BONOMI, *Le norme imperativa nel diritto internazionale privato*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurique, 1998, p. 2.

²⁹ Referimo-nos ao n.º 5 do art. 11.º do Regulamento Roma I: “Sem prejuízo dos n.ºs 1 a 4, o contrato que tenha por objecto um direito real sobre um bem imóvel ou o arrendamento de um bem imóvel está sujeito aos

Ora, segundo cremos, os Estados que prescrevem a formalização daqueles negócios através de *documento público* no seio de um sistema de notariado latino puro (determinando o cumprimento necessário de solenidade assente na intervenção de oficial público que verifique a legalidade do negócio e exare o título) estabelecem esta obrigação *não apenas para os contratos regulados pela sua lei mas para os negócios que incidam sobre prédio situado nesse país*³⁰.

1. A identificação das normas de aplicação necessária e imediata.

As normas de aplicação necessária e imediata (NANI) categorizam-se em normas explícitas (estabelecendo expressamente a sua aplicação a situações internacionais ainda que a lei em que se integrem não seja designada pela regra de conflitos) e em regras implícitas. As normas autolimitadas de carácter ampliado implícitas são regras materiais (de direito público ou de direito privado) cujo especial âmbito de aplicação se deduz pelo intérprete quando a respectiva razão de ser não dependa de *“a circunstância de os factos e relações nelas previstos se encontrarem ligados à ordem jurídica de um Estado pelo particular elemento previsto pelo sistema conflitual como relevante para lhe atribuir competência”*. No fundo, é a particular intensidade valorativa da norma material que determina o seu âmbito de apli-

requisitos de forma da lei do país em que o bem imóvel está situado, desde que, nos termos desta lei: a) Esses requisitos sejam impostos, independentemente do país em que o contrato seja celebrado e da lei que o regular; e b) Esses requisitos não sejam derogáveis por acordo”. Neste sentido, HELENE GAUDEMET-TALLON, “Le nouveau...”, p. 281; TREVOR C. HARTLEY, *International Commercial Litigation – Texts, Cases and Materials on Private International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 606. Segundo LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) – Uma Introdução”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias – Studia Iuridica n.º 101*, Vol. IV, MANUEL DA COSTA ANDRADE, MARIA JOÃO ANTUNES E SUSANA AIRES DE SOUSA, Coimbra Editora – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, pp. 833-899, p. 885, porém, a norma do regulamento é *menos exigente* e não impõe, para sua aplicação, que as normas sobre forma da *lex rei sitae* constituam NANI: bastará que o Estado da situação da coisa, através de regra de conflitos geral ou especial, determine a aplicação da sua lei à forma dos contratos sobre os imóveis aí situados.

³⁰ Deve recordar-se que ao mesmo resultado se pode chegar por via da qualificação, caso se entenda que o *estatuto real* abrange as normas relativas à forma da transacção do imóvel, proposta que teve algum apoio doutrinário na primeira metade do século XX. Por nossa parte, porém, no ensinamento de PH. FRANCESCAKIS, “Comentário ao Acórdão do Hoge Raad der Nederlanden de 21 de Novembro de 1952, *Nederlandse Belegging Maatschappij c. Kaufmann*”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 47, 1958, pp. 512-519, p. 516, julgamos que *“considérer comme liée au statut immobilier une disposition qui relève aussi, évidemment, et d’après le sens commun dirait-on, de la notion de forme, cela est artificiel”*; a prescrição de uma solenidade é, como dissemos *supra*, uma disposição sobre forma.

Assim, cremos que aplicação territorial desse tipo de normas decorre, ao invés, de um *comando conflitual especial* que estará implícito à *ratio* da sua determinação, como melhor explicaremos *infra*.

cação: a natureza *necessária e imediata* (implícita) daquelas disposições dependerá da sua *ratio*.

De outro modo: é identificando a sua razão de ser, a sua *finalidade político-legislativa* na modelação ou orientação de certa relação jurídica, que podem retirar-se conclusões quanto à sua vontade de aplicação a casos não ligados àquela ordem jurídica pela conexão eleita na regra de conflitos geral. Trata-se de normas que, por estarem particularmente empenhadas na defesa de certos valores de importância capital, só realizam a *ratio* subjacente pela extensão da sua aplicação a casos onde a lei a que pertencem não é chamada pelo sistema conflitual³¹.

³¹ RUI MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, p. 672; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Alguns Princípios de Direito Internacional Privado e de Direito Internacional Público do Trabalho”, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 93-130, p. 105, e *As normas...*, Vol. II, p. 940 (“o âmbito de aplicação espacial autónomo – e específico – de cada norma de aplicação imediata se explica pelo seu conteúdo e pelos seus fins, pelos objectivos por ela perseguidos e só por eles pode ser explicado”, dada a *“relação incidível entre o fim e o conteúdo das regras e o seu âmbito de aplicação no espaço”*); FRANCESCAKIS (“Conflits...”, p. 480; “Lois d’Application Immédiate et Règles de Conflit”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno III, 1967, pp. 691-698, p. 697; “Quelques...”, p. 14); HENRI BATIFFOL E PH. FRANCESCAKIS, “L’arrêt Boll de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 48, 1959, pp. 259-276, p. 273; HENRI BATIFFOL, “Le Pluralisme des Méthodes en Droit International Privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1973-II, Tomo 139, 1973, pp. 73-149, p. 138; YVON LOUSSOUARN, “Cours...”, pp. 324ss (elencando vários modos de identificação de NANI implícitas); FERRER CORREIA (*Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 161; “Considerações...”, p. 85; *Direito Internacional... (1997)*, p. 60 – *“é do próprio fim visado pela norma que derivam os limites impostos à sua aplicação espacial”*); JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, p. 279; MARIA HELENA BRITO, “Os Contratos Bancários e a Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais”, *Revista da Banca*, n.º 28, 1993, pp. 75-124, p. 118 (“*Trata-se de normas que, tendo em conta a função que desempenham e os valores que prosseguem no ordenamento jurídico e que se inserem, pretendem aplicar-se às situações internacionais independentemente do funcionamento das normas de conflitos*”); PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé*, cit., p. 91 (“*En général ce caractère d’application nécessaire est déduit logiquement, soit par la jurisprudence, soit plus rarement par le législateur, du but de la règle*”); DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit international privé*, Vol. II, Partie spéciale, 2ª Edição, Presses Universitaires de France, Paris, 2010, p. 315 (“*celui-ci doit déduire cette qualification de l’importance de la politique poursuivie, de la finalit* p. 315 de sa non-application») *liba sobretudo nos a sua aplicação salvaguardar as regras de rocedure. As it is clear, that possié de la loi, des conséquences de sa non-application*); ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Convenio...”, p. 117 (“*el intérprete [...] deberá desarrollar un análisis de la ratio de la norma, los objetivos y finalidad de la misma y los criterios de política legislativa en los que se inspira*”); ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 2, 2009, pp. 52-133, p. 115 (“*se trata de normas – también denominadas normas materiales imperativas, de aplicación necesaria, de orden público, etc. – que, por proteger intereses fundamentales del Estado se aplican en todo caso, aun en las situaciones privadas internacionales, con indepen-*

dencia del ordenamiento normalmente competente designado por la norma de conflicto"); TITO BALLARINO, "Norme...", p. 715 (que alude aos fins das normas sobre arrendamento vincultístico para sustentar a respectiva vontade de aplicação a todos os imóveis situados nesse Estado, mesmo a contratos regulados por lei distinta); J. A. CARRILLO SALCEDO, "Le Renouveau...", p. 232 (que identifica a sua *ratio* como o pressuposto legitimador da existência destas regras); HORACIO A. GRIGERA NAÓN, "Les règles de droit limitant leur propre domaine d'application: Doctrine comparée et droit argentin", *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration – Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, GERHARD LÜKE, GEORG RESS E MICHAEL WILL, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1983, pp. 185-212, p. 201 ("l'appréciation comparative des buts et politiques législatives des normes matérielles de ces systèmes prendra importance décisive"); RODOLFO DE NOVA, "Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application", *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tomo I, Librairie Dalloz & Sirey, Paris, 1960, pp. 377-401, p. 381; P. ARMINJON, "Les lois politiques et le droit international privé", *Revue de Droit International Privé*, vol. XXV, 1930, pp. 385-396, p. 389. Aliás, segundo MAYER e HEUZÉ, *cit.*, p. 91, a natureza implícita é própria da expressão "loi de police", enquanto que a determinação explícita, segundo LOUSSOUARN, *cit.*, pp. 321ss, e YVON LOUSSOUARN, PIERRE BOURREL E PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit International Privé*, 8ª Edição, Dalloz, Paris, 2004, pp. 140ss, materializa um critério formalista de identificação de NANI.

O que explicamos foi consagrado pelo legislador comunitário no Regulamento Roma I (ao definir NANI como disposições com o objectivo de salvaguardar o interesse público – n.º 1 do art. 9º) e pelo Tribunal de Justiça (que, no Acórdão TJCE de 23 de Novembro de 1999, *Arblade*, processos apensos C-369/96 e C-376/96, *Colectânea da Jurisprudência*, 1999, pp. I-8453, n.º 30, e no Acórdão de 9 de Novembro de 2000, *Ingmar*, proc. C-381/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-9305, n.º 24 e 25, identifica disposições internacionalmente imperativas por terem *objectivos de tutela da parte mais fraca*), como sublinham GIACOMO BIAGIONI, "Artículo 9º – Commentario al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ('Roma I'): Francesco Salerno, Pietro Franzina (eds.)", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXII, n.º 3/4, 2009, pp. 788-804, pp. 791-792; OLE LANDO, "The territorial scope of application of the EU Directive on self-employed commercial agents", *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. I, RUI MOURA RAMOS, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 249-261, p. 253; MARC FALLON, "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Novembro de 1999, *Arblade*, processos apensos C-369/96 e C-376/96", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 89, n.º 4, 2000, pp. 710-737, p. 732. Há, assim, um fenómeno de politização do DIP, porquanto este ramo do direito é influenciado por valores de natureza pública (HENRI BATIFFOL, "Le Pluralisme...", p. 136; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional... (1997)*, p. 73). A expressão "normas autolimitadas de carácter ampliado" (que remonta a DE NOVA, "I Conflitti di Leggi e le Norme Sostanziali Funzionalmente Limitate", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno III, 1967, pp. 699-706, pp. 699ss; "Conflits...", p. 381; "Norme autolimitate e autonomia delle parti", *Multitudo Legum Ius Unum – Festschrift für Wilhelm Wengler zum 65. Geburtstag*, Vol. II, JOSEF TITTEL, Inter Recht, Berlin, 1973, pp. 617-634, p. 627), é utilizada entre nós por alguma doutrina (BAPTISTA MACHADO, *cit.*, p. 269; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional... (1997)*, p. 60, RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, p. 113, e ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, p. 842) e pressupõe uma categorização das normas materiais autolimitadas em normas espacialmente condicionadas *stricto sensu* (i) e em normas de aplicação *necessária e imediata* (ii), que perfilhamos. Em sentido não totalmente convergente, vide a nova aproximação que faz LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 270, que considera as NANI apenas

Assim, as NANI constituem uma excepção ao sistema geral das regras de conflitos dada a sua "prevalência sobre as regras de conexão" (mesmo de origem convencional ou comunitária)³² inerente aos objectivos por si prosseguidos, que não podem ser preteridos "mediante a mera alegação de que a norma de conflitos geral remete para uma lei estrangeira". Trata-se de um desvio ao sistema conflitual próprio da particular intensidade valorativa da norma material, afastando a aplicação da lei designada pelo DIP geral independentemente do seu conteúdo (ainda que idêntico). Patenteiam um método próprio de solução de certas relações jurídicas internacionais que leva em consideração o conteúdo das normas a aplicar e não apenas a proximidade da sua legislação³³⁻³⁴.

um dos mecanismos de realização das normas autolimitadas de carácter ampliado. Voltaremos *infra* a esta questão, a propósito da natureza destas regras.

Ainda a propósito do carácter implícito das NANI, deve sublinhar-se que mesmo os Autores que recusam a *ratio* da norma material como critério da sua identificação aceitam a existência de regras cuja imperatividade internacional é afirmada de modo tácito – cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Apontamento...", p. 26 ("A autolimitação também pode ser o produto de uma valoração casuística, feita pelo intérprete face ao conjunto das circunstâncias do caso", notando simultaneamente a raridade das normas explícitas).

³² De facto, não apenas se multiplicam as convenções de unificação de DIP que expressamente ressalvam a aplicação das NANI (olhe-se ao art. 7º da Convenção de Roma de 1980 sobre lei aplicável às obrigações contratuais; no art. 16º da Convenção da Haia de 1985 relativa à lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento e no art. 17º da Convenção da Haia de 1986 sobre lei aplicável aos contratos de venda internacional de mercadorias), como o TIJ, no Acórdão *Boll* (*Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs [Pays-Bas c. Suède]*, Arrêt du 28 novembre 1958, *C.I.J. Recueil 1958*, p. 55) determinou a prevalência das NANI sobre convenção internacional que as não mencionava (cfr. FRANK VISCHER, "General...", p. 151; HENRI BATIFFOL E PH. FRANCESCAKIS, "L'arrêt *Boll*...", pp. 270ss). O mesmo sucede nos Regulamentos Europeus de unificação do direito conflitual – cfr. designadamente o art. 9º do Regulamento Roma I e o art. 16º do Regulamento Roma II (vide GIACOMO BIAGIONI, "Artículo 9º...", p. 798).

³³ Cfr. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, pp. 956 e 962; RUI MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, p. 790 (que, a propósito da internacionalmente imperativa da norma do art. 53º da Constituição, explica que "o seu âmbito de espacial de aplicação deve ser determinado autonomamente, a partir dos próprios fins visados pelo legislador constitucional não se confundindo com o âmbito de competência do legislador português"), e "The Private International Law Rules of the New Special Administrative Region of Macau of the People's Republic of China", *Louisiana Law Review*, vol. 60, 2000, pp. 1281-1295, p. 1285 (assim definindo as normas internacionalmente imperativas); PH. FRANCESCAKIS, "Lois d'Application...", p. 698; MARIA HELENA BRITO, "O Contrato de Agência", *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1988, pp. 105-135, p. 135, e "Os Contratos Bancários...", p. 118; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade...*, p. 585, e o que dissemos *supra*, nota 27. Em sentido convergente mas não totalmente coincidente, vide DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade...*, pp. 642ss, que sustenta a sua cedência a normas de outro ordenamento que realizem mais eficazmente o respectivo escopo.

Quanto o facto de materializarem um método distinto, explica BERNARD AUDIT, "Le droit international privé à la fin du XX^e siècle: progrès ou recul", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n.º 2

(Abril-Junho), 1998, pp. 421-488, p. 442, que não obstante o relevo concedido à política legislativa, as NANI não materializam o método da *governmental interest analysis* de CURRIE: não se substituem às regras de conflitos e funcionam *excepcionalmente*, apenas nos casos em que o legislador interno, por razões de necessidade e de eficácia do seu próprio sistema jurídico, exige uma competência anormal. Neste sentido, PAUL GRAULICH, "Règles de Conflit et Règles d'Application Immédiate", *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Vol. II, Émile Bruylant / Sirey, Bruxelas / Paris, 1963, pp. 629-644, p. 633; RODOLFO DE NOVA, "I Conflitti...", p. 706 ("si tratta di norme speciali, di solito formulate dal diritto scritto come eccezione [lex specialis]"); J. A. CARRILLO SALCEDO, "Le Renouveau...", p. 232; SANDRINE CLAVEL, *Droit International Privé*, 2ª Edição, Dalloz, Paris, 2010, p. 88.

³⁴ Contra o entendimento ora exposto, defende alguma doutrina que a consideração do fim político-jurídico das normas materiais é critério duvidoso para identificação da sua esfera de aplicação: "o conteúdo e o fim da norma podem fornecer indicações importantes para o efeito, mas não parece que a interpretação da norma material possa conduzir a uma solução conflitual", já que a formulação da norma de conflitos (unilateral) *ad hoc* carecerá necessariamente da "avaliação dos laços que a situação estabelece com os diversos Estados em presença, que é exterior ao processo interpretativo da norma material a que diz respeito" (LUIZ DE LIMA PINHEIRO, "Apontamento...", pp. 28-29; *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 420; *Direito Comercial Internacional*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 94). Esta concepção conflitualista das normas internacionalmente imperativas (a expressão é de ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, pp. 816) não reconhece haver nas NANI um método diferente do conflitual, mas simplesmente a abrangência, em tais regras, de uma autónoma e especial *regra de conflitos unilateral*, cujo elemento de conexão não é dedutível por referência aos fins da regra material. Isto é, tais preceitos abrangerão, no fundo, duas normas (uma material e uma conflitual), não podendo a interpretação da primeira redundar na criação da segunda. É, entre nós, a posição seguida por LIMA PINHEIRO ("Apontamento...", pp. 28-29; "Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa", *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, nº 5, 2012, pp. 121-148, p. 124), aliás reforçada pela nova abordagem do Autor de 2014 (*Direito Internacional...*, Vol. I, p. 270). Assim, o Professor explica a sua preferência pela expressão "norma de aplicação necessária" por não abdicar nunca de uma regra de conflitos; haverá simplesmente uma regra *ad hoc*, inclusa na própria norma material. Ao invés de uma alternativa ao método conflitual, o Professor vê tais normas como um "certo tipo de unilateralismo que coloca o problema do direito aplicável em função de normas individualizadas" (*Direito Internacional...*, Vol. I, pp. 277-278). LIMA PINHEIRO identifica alguns tipos de normas (materiais) autolimitadas, entre as quais as que têm uma esfera de aplicação no espaço mais vasta do que a que decorreria do direito de conflitos geral. Essa autolimitação pode conseguir-se nuns casos "como elementos da ordem jurídica competente segundo o Direito de Conflitos geral e noutros casos como normas de aplicação necessária. Por conseguinte, entendo que as normas de aplicação necessária não são uma modalidade de normas «autolimitadas», uma categoria de normas, mas um modo de actuação de certas normas «autolimitadas». A admitir-se este ponto de vista, é mais rigoroso dizer que uma norma actua como norma de aplicação necessária ou que é susceptível aplicação necessária do que dizer que uma norma é de aplicação necessária" (*Direito Internacional...*, Vol. I, p. 270).

Igualmente neste sentido, GERHARD KEGEL, «Die selbstgerechte...», p. 69, e «Zum heutigen Stand des IPR – Theorie und Rechtspolitik», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*, Vol. I, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Número Especial, Coimbra, 1986, pp. 243-278, p. 261; FRANK VISCHER, "General...", p. 156; MARC FALLON, "Les règles d'applicabilité en Droit International Privé", *Mélanges Offerts à Raymond Vander Elst*, Vol. I, Editions Nemesi, Bru-

xelas, 1986, pp. 285-322, p. 298; ANNIE TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme étatique)*, Dalloz, Paris, 1972, pp. 228-230.

Como melhor defendemos no nosso trabalho *Removendo obstáculos ao mercado europeu de garantias imobiliárias: a autonomia conflitual na hipoteca e o reforço da cooperação internacional*, (policopiado), Coimbra, 2015, pp. 288ss, a diferença das duas concepções não é tão grande quanto poderia antever-se, já que em nenhuma das concepções se põe em causa que a aplicação de regras internacionalmente imperativas carece sempre de uma conexão espacial que "não coincide com a estabelecida pela regra de conflitos aplicável na respectiva matéria", sendo estabelecida *ad hoc* e unilateralmente pela própria norma – cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Considerações...", p. 78; PH. FRANCESKAKIS, "Quelques...", p. 9; GERHARD KEGEL, "Die selbstgerechte...", p. 69; GIESELA RÜHL, "Unilateralism in European Private International Law", *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, JÜRGEN BASEDOW, KLAUS HOPT E REINHARD ZIMMERMANN, Oxford University Press, Oxford, 2012, disponível na internet via <http://ssrn.com/paper=1989540>, consultado em 28 de Outubro de 2014, pp. 1-8, p. 6; NUNO ANDRADE PISSARRA, "Breves Considerações sobre a Lei Aplicável ao Contrato de Seguro", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 2, 2011, pp. 10-50, p. 30 (que sublinha ser unânime que estas normas são materiais e que são autolimitada, surgindo o desacordo apenas no mecanismo de identificação do comando unilateral nelas incluído). Apenas diferem na questão de saber se pode a regra material estabelecer implicitamente a conexão (como forma de realização da sua finalidade político-legislativa) ou se, no conteúdo do preceito, são desenháveis duas normas autónomas, não cabendo à *ratio* da regra material a indução da regra conflitual.

Por nossa parte, e no ensinamento de RUI MOURA RAMOS, julgamos que a identificação da imperatividade internacional depende, de facto, da *ratio* e da intensidade valorativa do comando material. Em primeiro lugar, porque os limites espaciais da sua aplicação não decorrem de qualquer dos clássicos juízos conflituais que presidem à formulação de regras de conflitos (harmonia jurídica internacional, harmonia material, maior proximidade, etc.). Pelo contrário, a determinação do seu âmbito deve-se precisamente ao seu escopo, à sua intenção político-legislativa, e não usa critérios formais de determinação da aplicação das leis no espaço cfr. – RUI MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, p. 680 ("será o escopo da norma que será decisivo"); ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Considerações...", p. 85; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, p. 840; PIERRE MAYER, "Les lois de police étrangères", *Journal du Droit International*, Ano 108, nº 1, 1981, pp. 277-345, pp. 289s (quando explica que a consideração dos fins é o terceiro modo de identificação de uma norma de aplicação necessária e imediata, sendo apenas estas – cujo domínio de aplicação decorre do respectivo escopo – as que devem recolher o epíteto de *loi de police* [p. 292]).

Em segundo lugar, e mesmo aceitando que o *modus* de determinação da aplicabilidade daquelas regras se assemelha ao método conflitual, são denotáveis distinções fundamentais: ao invés do que sucede no método clássico, não se escolhe o sistema jurídico que vai indicar a norma aplicável mas determina-se a aplicação da *regra material*, independentemente de a lei em que se integra não ser a *mais bem colocada* para resolver o problema. Ora, a eleição das *regras materiais aplicáveis* (e não a escolha da *lei competente*) é precisamente uma das características comuns às propostas metodológicas americanas que se desviam ao método conflitual – cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade...*, p. 646 (apesar de o Professor não ver aqui um desvio ao método conflitual no seu estudo qualquer desvio ao método; e "Método Jurídico e Direito Internacional Privado", *Direito Internacional Privado – Ensaio*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 7-37, p. 30). Efectivamente, no método das *regras de conflitos* (quer se entendam como normas de regulação indirecta ou como normas remissivas), "não se trata de escolher a melhor lei, mas a melhor colocada para intervir – em razão,

No fundo, e nas palavras do Juiz comunitário, o julgador atenderá à *ratio* das normas materiais para dela deduzir a sua natureza *internacionalmente imperativa* e o elemento de conexão relevante (os casos em que aquele regra deverá aplicar-se para prossecução da sua finalidade político-legislativa³⁵. Assim, é a *ratio*

claro está, da localização dos factos, ou da relação dela com as pessoas a quem estes respeitam, o que não sucede de todo no quadro das NANIs (ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), p. 23; BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit International Privé*, 6ª Edição, Economica, Paris, 2010, pp. 96ss). Já nas propostas metodológicas norte-americanas, está em causa a opção entre regras materiais em concurso, seja através do resultado a que conduzam (DAVID F. CAVERS, "Contemporary Conflicts Law in American Perspective", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1970-III, Tomo 131, 1970, pp. 75-308, pp. 124ss), seja pela política subjacente às normas em causa (BRAINERD CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Duke University Press, Durham, 1963, pp. 177ss, e ALBERT A. EHRENZWEIG, "Specific Principles of Private International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1968-II, Tomo 124, 1968, pp. 167-370, pp. 208ss). Aliás, este *modus operandi* do método conflitual (de escolha da lei competente e não da norma aplicável) é a base da crítica norte-americana (CAVERS, *ibidem*; CURRIE, *cit.*, p. 178).

Em terceiro lugar, como reconhece DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade...*, p. 637, "os juízos de valor subjacentes às normas de direito material e a sua teleologia nunca são irrelevantes na determinação da sua aplicabilidade às situações plurilocalizadas". O fundamento de que partem as teses conflitualistas (a impossibilidade de dedução do âmbito de aplicação de uma norma material a partir do seu conteúdo) é desmentido pela realidade, porquanto a matriz valorativa das regras materiais se revela nos comandos conflituais: a autonomia da vontade reconhecida no domínio obrigacional alastra ao plano conflitual; a aplicabilidade de regras materiais depende de uma operação de qualificação que pressupõe o respectivo conteúdo e função.

Por fim, se é verdade que o sistema internacionalprivatístico luso (de fonte interna) não permite inferir conclusões quanto a este problema (pois não versa especificamente sobre estas normas) os legisladores vêm tomando posição sobre o tema, consagrando a viabilidade de dedução de normas de aplicação necessária e imediata (isto é, a *imperatividade internacional*) da respectiva *ratio*. Nessa medida, pelo menos nos sistemas de DIP que o prevêem, parece ser incontornável a inferência de NANi implícitas à custa do respectivo propósito. Cfr. Lei suíça de direito internacional privado (art. 18º da LFDIP): "Sont réservées les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi"; o artigo 21º do Código Civil de Macau estabelece que as "normas da lei de Macau que pelo seu objecto e fins específicos devam ser imperativamente aplicadas prevalecem sobre os preceitos da lei exterior designada"; o art. 17º da Legge di 31 maggio 1995 (nº 218) – Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato dispõe que "È fatta salva la prevalenza sulle disposizioni che seguono delle norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera" (sublinhados nossos). O mesmo sucede, como atesta HORACIO A. GRIGERA NAÓN, "International Contract Law, «Lois de Police» and Self-Applying Rules: an Argentine Outlook", *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut*, nº 19, GEORG RESS E MICHAEL WILL, Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Saarbrücken, 1983, pp. 5-25, p. 16, na lei argentina.

³⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Outubro de 2013, *Unamar*, Processo C-184/12, *Colectânea da Jurisprudência*, 2013, nº 50: "cabe assim ao órgão jurisdicional nacional, no âmbito da sua apreciação quanto ao carácter de «disposição imperativa» da legislação nacional que pretende que substitua a expressamente escolhida pelas partes no contrato, ter em consideração não só os termos exactos desta lei mas também a

legis o critério legítimo de averiguação do carácter internacionalmente imperativo das normas materiais.

2. A classificação das prescrições de forma pública num sistema de notariado latino como normas de aplicação necessária e imediata

Concluindo pela viabilidade de identificação de *normas de aplicação necessária e imediata* implícitas sempre que a sua *ratio* determine a sua própria mobilização atendendo a valores de ordem social, política ou económica³⁶, cabe agora

economia geral e todas as circunstâncias em que a referida lei foi adoptada para poder deduzir que esta assume carácter imperativo, na medida em que se afigura que o legislador nacional a adoptou para proteger um interesse considerado essencial pelo Estado-Membro em causa. Sobre esta asseveração e seu significado, vide HILDA AGUILAR GRIEDER, "Alcance de los controvertidos artículos 3 y 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008: Perspectiva de lege lata y propuestas de lege ferenda", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, 2014, pp. 45-67, p. 51; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 273. ³⁶ Esta é a definição comunitária de NANi (Acórdão *Arblade*, *cit.* nota nº 27), enunciada por PH. FRANCESKAKIS, "Conflicts...", p. 480, nº 137, e que deve considerar-se se desfasada face à moderna doutrina do DIP, já que não abrange as NANi dirigidas à protecção da parte mais fraca ou do adquirente de certo direito que "nada têm a ver com a organização política, social ou económica do país ou com a prossecução de interesses públicos", muitas vezes comunitários (cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 274; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, p. 926). Sobre a definição europeia, vide ainda RUI MOURA RAMOS, "O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Teoria Geral do Direito Internacional Privado. Desenvolvimentos Recentes", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 39-58, pp. 74 e 77 (ensinando existirem NANi estruturalmente europeias); ERIK JAYME, "Identité...", p. 35 (que sublinha a utilização de NANi como forma de promoção da integração ao determinar a aplicação necessária de legislação harmonizada); HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé?", *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 303-325, p. 319 (notando o carácter pouco satisfatório da definição do juiz comunitário); JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional", *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado – Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V – Derecho internacional privado e interregional, LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado – Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 603-766, pp. 720ss; GIACOMO BIAGIONI, "Artículo 9º...", p. 789 (que nota a passagem da definição do Juiz comunitário para o Regulamento Roma I e é crítico da respectiva cristalização positiva); ANDREA BONOMI, "Prime considerazioni sul regime delle norme di applicazione necessaria nel nuovo Regolamento Roma I sulla legge applicabile ai contratti", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato – Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 107-123, p. 114 (que aplaude a definição, quer pelo seu carácter restritivo, quer pela uniformização do conceito); JAVIER MASEDA RODRÍGUEZ, "Le juego de las normas imperativas en el Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales: límites a la aplicación de la *lex causae*", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 25, 2013, disponível na internet via www.reei.org, consultado em 28 de Junho de 2014, pp. 6-7; OLIVER REMIEN, "Variationen zum Thema Eingriffsnormen nach Art. 9 Rom I-VO und Art. 16 Rom II-VO unter Berücksichtigung neuerer Rechtsprechung zu Art. Römer Übereinkommen",

demonstrar que quando o legislador impõe a titulação de direitos reais sobre imóveis através de escritura pública (como formalidade *ad substantiam*) pretende abranger todos os negócios que tenham por objecto direitos reais sobre prédios aí situados. Com efeito, para que se conclua pela aplicação necessária de normas formais da *lex rei sitae* não basta que estas sejam imperativas mas também que esta lei determine a sua aplicação necessária, mesmo perante elementos de estraneidade, a todos os negócios reais imobiliários³⁷.

Um raciocínio precipitado poderia imediatamente afastar esta concepção. Com efeito, poder-se-ia sustentar que os valores de natureza pública aqui presentes (certeza e segurança jurídicas, prevenção de conflitos, publicidade jurídico-real), nos sistemas em que o conservador exerce uma função qualificadora (de controlo de legalidade), seriam assegurados pelo sistema de Registo Predial, cujas normas têm aplicação territorial³⁸; nessa medida, do ponto de vista daqueles interesses, pouco importaria que fosse seguida uma a forma negocial

Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann, HERBERT KRONKE E KARSTEN THORN, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2011, pp. 334-347, p. 335; JONATHAN HARRIS, "Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation", *Rome I Regulation – The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, FRANCO FERRARI E STEFAN LEIBL, Sellier, European Law Pub, Munique, 2009, pp. 269-342, p. 294; SYLVAIN POILLOT-PERUZZETTO, "Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2002-2004, pp. 65-116, p. 72.

³⁷ Neste sentido, cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 231 ("esta aplicabilidade de normas sobre forma a título de *lex rei sitae* tem de resultar de uma regra de conflitos especial [explícita ou implícita]"). Note-se, porém, que segundo a concepção do Professor sobre NANI, não será a *ratio do comando material* a permitir deduzir a imperatividade internacional. Pelo contrário, o Autor ("Apontamento...", p. 31, e *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 279) identifica três círculos de casos de identificação de normas implícitas: a prova, pelo intérprete, de uma regra de conflitos especial implícita "*deduzida das proposições legais ou de práticas acompanhadas de uma convicção de vinculatividade*" (i); a necessidade de criação de uma regra de conflitos implícita à luz da teoria de integração de lacunas (ii); ou a vigência de uma cláusula geral que sustente a aplicação daquela regra material em função das circunstâncias daquele caso concreto (iii).

³⁸ A aplicação territorial do direito dos registos decorre de várias causas: *por um lado*, constituirá parcialmente direito público que determina a sua própria aplicação de forma unilateral, o que é especialmente visível no facto de a maioria dos sistemas registais europeus se organizar com *folio real*, assegurando a publicidade em torno dos prédios situados no respectivo território e não nas pessoas nacionais ou residentes naquela área; *por outro lado*, a natureza pública das autoridades registais e o conteúdo adjectivo das normas tabulares tornam absolutamente inequívoca a vigência do princípio *auctor regit actum* na determinação do seu campo espacial de aplicação, à semelhança das normas de funcionamento das demais autoridades públicas (cfr. FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé*, cit., p. 104; PIERRE CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, Economica, Paris, 2004, p. 16; PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé*, cit., p. 353). *Por fim*, porque alguns efeitos substantivos do registo (como o seu carácter constitutivo) se recolhem do estatuto real, onde vigora a regra da *lex rei sitae*.

não *solene* (regida por lei estrangeira), pois o registo sempre asseguraria os interesses públicos em jogo³⁹. Esta tese pressupõe que a garantia da segurança jurídica, a prevenção de conflitos e a publicidade jurídico-real são atribuídas em exclusivo ao conservador, sendo a prescrição da titulação de negócios por documento público destinada à protecção de interesses particulares das partes (nomeadamente a reflexão, a correspondência entre vontade e declaração e o seu interesse em não celebrar negócios inválidos ou ineficazes)⁴⁰. Nessa medida, nada obstará a que as partes optassem por reger o negócio por lei que não as tutelasse da mesma forma, porquanto os interesses públicos sempre seriam assegurados pela actividade registal.

Não cremos que assim seja. Pelo contrário, a exigência de formalização do negócio real sobre imóveis em documento público explica-se na perspectiva *preventiva de conflitos*, enquanto *guarda avançada do registo*, na garantia de uma imprescindível segurança jurídica no estatuto real da coisa e em "*certas razões que o legislador considera serem de interesse público (ou de ordem pública), superiores, portanto aos interesses das partes envolvidas*"⁴¹.

Antes de demonstrarmos tais interesses legislativos, importa sublinhar que estes não são assegurados em exclusivo pela actividade qualificadora do conservador. Com efeito, a tese segundo a qual o Estado territorial não teria interesse em aplicar as normas do sistema de notariado latino (já que os propósitos subjacentes sempre seriam assegurados pelo acesso ao Registo Predial dos direitos sobre os imóveis) enfrenta duas objecções.

Em primeiro lugar, não deve olvidar-se que nem todos os Estados cometem aos serviços de registo a apreciação da legalidade do título, exercendo o conservador uma função *qualificadora*. Assim, sempre teria de aceitar-se que, em siste-

³⁹ Parece ser este o raciocínio que subjaz ao pensamento do estudo do PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 142: "*As a rule, in Member States following the civil law approach of preventive justice this task has been entrusted by the State to the civil law notary as a public official in order to relieve the registration authorities of this task*"; de GIULIO DIÉNA, "Les conflits de lois en matière de droits réels à l'Institut de Droit International", *Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International*, vol. VII, 1911, pp. 561-586, p. 571; e de ANTONIO PAU PEDRÓN, "The Register as an Instrument of Security in Property Transactions", *Land Law in Comparative Perspective*, ELENA SÁNCHEZ JORDÁN E ANTONIO GAMBARO, Kluwer Law International, Haia, 2002, pp. 87-95, p. 90 ("*the notary's function is to attend the requirements of the parties, within the framework permitted by the law, whereas the function of the Registrar is to look out for the interests of third parties, the whole of society*").

⁴⁰ Isto é, a prescrição da solenidade notarial cingir-se-ia àquilo que PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", p. 71 apelida de "*función admonitória*".

⁴¹ Cfr. HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte...*, p. 442, e "Simulação. Simulação relativa. Formalismo legal.", *Cadernos de Direito Privado*, nº 19, 2007, pp. 3-28, p. 20 ("*o Código Civil, ao exigir, excepcionalmente, a observância de uma forma para a validade de um negócio jurídico, baseia esta sua exigência em razões de ordem pública*"); ISIDORO ANTONIO CALVO VIDAL, "La Circulación...", p. 60.

mas onde o registador não apura a legalidade material, a intervenção notarial se justifica por razões de *ordem pública*⁴².

Em segundo lugar, mesmo nos ordenamentos que estabelecem um duplo controlo do título, deve lembrar-se que as esferas de apreciação da legalidade não constituem dois círculos concêntricos mas antes dois domínios afins, embora com uma área comum de intervenção. Isto é, há domínios da garantia preventiva da legalidade (cujo cumprimento é de ordem pública e não apenas de protecção particular dos outorgantes) cometidos em exclusivo ao oficial público que redige o título negocial. Designadamente, não é possível ao conservador apreciar se os outorgantes se apresentavam, na celebração do negócio, na plena posse das capacidades mentais ou indagar junto das partes sobre as suas intenções,

⁴² Neste sentido, MÉLINA DOUCHY-OUODOT e EMMANUEL GUINCHARD, "Espace judiciaire civil européen", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 47, nº 4 (Outubro-Dezembro), 2011, pp. 871-883, p. 880. Isto mesmo, é reconhecido no Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 2011, *Comissão c. França [requisito da nacionalidade para notários]*, proc. C-50/08, *Colectânea da Jurisprudência*, 2011, nº 85.

É o caso, designadamente, dos sistemas italiano e francês. Assim, o art. 2674º do Código Civil Italiano estabelece taxativamente as causas de recusa do registo, as quais se reportam a vícios estritamente formais, pelo que não pode o conservador apreciar a legalidade substancial do título; o mesmo se passa em França, onde o conservador "se borne à vérifier que l'acte est publiable, c'est à dire, que «l'effet relatif» est respecté et que l'acte est régulier en la forme", com certas excepções em matéria de nulidades muito graves (cfr. LAURENT AYNÈS e PIERRE CROCO, *Les sûretés...*, p. 248; JOSÉ GONZÁLEZ, "Dupla qualificação: o alcance do princípio da legalidade na qualificação notarial e registal", *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo – O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 206ss, p. 206; MÓNICA JARDIM, "O sistema registal francês", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita – Studia Iuridica nº 95*, Vol. I, DIOGO LEITE DE CAMPOS, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 967-1022, p. 977). Nestes sistemas, como é evidente, o registo desempenha menos funções de ordem pública do que nas ordens jurídicas onde a instituição registal é perpetrada pelo princípio da legalidade (ALEJANDRO M. GARRO, "Chapter 8: Recordation of Interests in Land", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III – Private International Law, ATHANASSIOS N. YIANNPOULOS, et al., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2004, pp. 3-197, pp. 4ss; SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "Registration...", p. 833).

Sobre a actividade qualificadora do conservador, nos sistemas que a prescrevem, cfr. J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, "Publicidade e Princípios do Registo", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 17-60, p. 57; MÓNICA JARDIM, "O Registo de Acções e Decisões Judiciais – Qualificação do Registo e os Poderes do Conservador", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXXIII, 2007, pp. 591-613, pp. 592ss; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, "Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 530, 1979, pp. 75-183, pp. 128ss; RAMÓN ROCA SASTRE e LUIS ROCA-SASTRE MUCUNILL, *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, Dinámica Registral, 8ª Edição, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 10ss; JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, "La libre circulación de capitales y su incidencia en el crédito hipotecario: la CEE y otras comunidades internacionales", *Regesta – Revista de Direito Registral*, vol. 13, nº 2, 1992, pp. 116-132, p. 121

apercebendo-se porventura de um vício de simulação; não é possível ao registador verificar a identidade dos outorgantes⁴³.

Feito este sublinhado, partamos para a identificação dos interesses legislativos do Estado da situação da coisa que, em nosso entender, só são realizados pela imposição da forma notarial quanto aos imóveis aí situados, independentemente da *lex contractus*. Segundo pensamos, são quatro as razões decisivas a fundamentar a aplicação *necessária e imediata* da imposição da solenidade *ad substantiam* nos negócios reais imobiliários.

A primeira razão radica no facto de, quando o legislador prescreve a obrigatoriedade de documento público em negócios reais sobre imóveis, não visar somente acautelar interesses particulares dos outorgantes (necessidade de reflexão, regularidade do consentimento, inexistência de incapacidade acidental e assessoria jurídica imparcial e qualificada) mas ter em conta preocupações *de ordem pública* atinentes à segurança jurídica imobiliária e à tutela do crédito. De facto, um documento substancialmente viciado, ainda que jamais acedesse ao registo, criaria no ordenamento jurídico incerteza quanto ao estatuto jurídico-real da coisa, potencialmente geradora de conflitos. É esta dúvida que o legislador visa excluir ao cometer funções públicas ao notário, procurando impedir o nascimento de qualquer título particular que prejudicasse a segurança do estatuto jurídico-real dos imóveis, já que a exigência da solenidade é especialmente eficaz no que tange à *evidência* do negócio, afastando incertezas sobre a condição do imóvel⁴⁴. Como é manifesto, esta finalidade (de certeza

⁴³ Neste sentido, J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, "Publicidade e Princípios...", p. 57; "Formalizar...", p. 475, e *Ensaio...*, p. 186 ("nem se trata da mesma apreciação, nem com base nos mesmos documentos complementares ou instrutórios, nem com a mesma finalidade").

⁴⁴ Neste sentido, sustentando que a forma autêntica se dirige a prevenir o aparecimento de negócios inválidos geradores de insegurança, cfr. MÓNICA JARDIM, "A segurança jurídica preventiva...", p. 112; FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁZ, "O controlo da legalidade – seu significado", *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo – O notariado do século XXI, Desafios da modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 73-80, p. 76; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "Forma...", p. 4 (que nos fala da "función depuradora o de encauzamiento", a preocupação de interesse público em "posibilitar que los negocios jurídicos nazcan sin vicios o irregularidades"), e "La Autonomía...", p. 71 (defendendo que "un acto formal irradia confianza y seguridad para las partes intervinientes y para terceros"); JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria...*, Vol. II, p. 64; HEINRICH EWALD HÖRSTER, "Simulação...", pp. 21 e 24 (explicando que a exigência de forma autêntica se justifica "sobretudo, na segurança da prova"); MARCEL PLANIOL e GEORGES RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Tomo XII, 1ère partie, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1927, p. 417 (explicando que a exigência de intervenção notarial "est une garantie pour la sécurité des placements"); MICHEL CABRILLAC e CHRISTIAN MOULX, *Droit des Sûretés*, 5ª Edição, Éditions Litec, Paris, 1999, p. 625; J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, "O título e o registo: âmbito das respectivas qualificações e funções", *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo – O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 95-105, p. 98, e "Formalizar...", p. 469 (sublinhando a função de criação

jurídica imobiliária) só se realiza se a solenidade for imposta em *todos os negócios sobre os prédios situados nesse Estado* (aqueles em cuja certeza jurídica o Estado está interessado) e não apenas aos negócios regidos pela sua lei.

Em segundo lugar, a opção por um sistema de notariado latino, que atribui às partes e aos terceiros a segurança que advém da força probatória plena do documento público, tem subjacente uma preocupação de desenvolvimento económico, alheia aos interesses particulares das partes. Efectivamente, se a *segurança substancial* é o ponto mais impressivo do notariado latino (ao caucionar a validade material do título), o documento público é dotado de uma *segurança formal, documental*, que deriva da eficácia que a lei lhe confere e que tem valor económico. Assim, o desenvolvimento económico (mormente na sua dimensão de atracção do investimento) será mais eficazmente prosseguido quando o título de aquisição de um direito sobre coisa imóvel for dotado de força probatória plena – factor que assume ainda mais relevância em sistemas de *título*, que não carecem de um *modo* para o direito se constitua ou transmita. Ora, a preocupação de atracção de investimento realizar-se-á quando os *prédios situados naquele Estado*, independentemente da lei reguladora do contrato, sejam transmitidos e onerados por documento com força probatória plena⁴⁵.

Em terceiro lugar, não pode olvidar-se que, frequentemente, a prescrição de solenidade que implique a intervenção de oficial público se dirige a interesses fiscais do Estado de situação do imóvel: em alguns países é cometida ao titular a função de notificar a administração tributária da transacção; noutros sistemas ao notário cabe a responsabilidade de *liquidar e cobrar o imposto* sobre as transacções de direitos reais sobre imóveis, actuando como colaborador do

de *indubitabilidade* da celebração do negócio, promovendo a segurança jurídica predial, [p. 477]; CARLOS A. DA MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 429 (aludindo à *publicidade do acto notarial*).

⁴⁵ Neste sentido, MÓNICA JARDIM, “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, p. 195 (“*a chave fundamental para o desenvolvimento económico consiste em atribuir aos cidadãos títulos de direitos reais seguros*”); J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, “O Registo Imobiliário – necessário instrumento do progresso económico-social”, *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 237-257, p. 245 (lembrando depender a atracção de desenvolvimento, na fase contratual, da certeza das partes em que “*a aquisição se torne eficaz e segura, se conserve íntegra na titularidade do adquirente de modo que este possa praticar todos os actos que o Ordenamento lhe consente*”); MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, “La conception...”, p. 51, (lembrando a função económica do notário na atracção de investimento pelo valor da *incontestabilidade* do documento público); JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Nacionalidade...”, p. 77 (explicando a incindibilidade entre aconselhamento jurídico e concessão de força probatória plena).

Estado. Assim, há um interesse público *do país credor de impostos* (o Estado da situação do prédio) no cumprimento da formalidade por si prescrita⁴⁶.

Por fim, e parece ser este o argumento determinante, deve lembrar-se que a *justiça preventiva* se projecta na redução de intervenção dos tribunais. Ora, a ligação da regularidade substancial do título real com a especial eficácia de que é dotado reduz a necessidade de intervenção judiciária: se o tabelião previne, no nascimento da relação jurídica, vícios que afectam a validade ou eficácia do negócio (garantindo igualmente o cumprimento do direito público e privado vigente)⁴⁷ está *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. A diminuição do recurso aos tribunais, com inegáveis vantagens para os operadores económicos, não pode deixar de considerar-se um desígnio de interesse público, pois a redução da conflituosidade é um dos objectivos do Estado⁴⁸. Este interesse preventivo (a precaução de

⁴⁶ O argumento tributário subjaz às palavras de LUDWIG VON BAR, *The Theory...*, p. 281, ao sustentar que em matéria de forma, o princípio *locus regit actum* se não aplica quando estivermos perante uma formalidade prescrita no interesse da administração tributária. Também neste sentido, J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, “Formalizar...”, p. 477, e ISIDORO ANTONIO CALVO VIDAL, “La Circulación...”, p. 82, nota 41.

Como exemplos de leis que determinam funções fiscais para o titular, *vide* os casos da Roménia (art. 77^oss do Código Fiscal Romeno), e de Portugal (art. 49^o do Código do IMT, que determina o dever de comunicação das transacções imobiliárias sujeitas a imposto e a proibição de lavrar o título antes de demonstrada pelo interessado a respectiva liquidação).

Acresce que, por força de regulamentação europeia, cabem ao tabelião deveres de cooperação com o Estado na detecção da criminalidade económica, motivando a prescrição obrigatória da formalidade. Em execução da obrigação imposta pela Directiva nº 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 2005, o notário deve recusar a prática de um acto quando suspeite do crime de branqueamento de capitais. Cfr. as disposições nacionais de transposição disponíveis na internet, via http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72005L0060:PT:NOT#FIELD_BE e, na doutrina, CALVO VIDAL, *cit.*, p. 82.

⁴⁷ Como nota o Conselho Técnico da DGRN no parecer nº 76/92 (*cit. nota nº 5*), p. 11, trata-se de “*dar fé pública na formação do documento realiza o direito – o que consabidamente constitui um dos principais fins do Estado*”. Como exemplo de normas que orientam o notário na certificação da legalidade, *vide*, no direito pátrio, o art. 11^o do Estatuto do Notariado (aprovado pelo Decreto-Lei nº 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*”.

⁴⁸ 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*

surgimento de litígios sobre imóveis) é do Estado cujos tribunais seriam competentes caso o conflito surgisse. Ora, a competência judiciária em matéria de imóveis é orientada pelo *critério de situação da coisa*, pelo que o propósito de justiça preventiva se realiza apenas se todos os prédios situados naquele Estado forem transmitidos e onerados com intervenção notarial⁴⁹.

a judge” – cfr. estudo do PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 4. Assim, MÓNICA JARDIM, “A importância...”, 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, pp. 57-61, p. 59, explica que “Quanto mais notário, tanto menos juiz”; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES (“Forma...”, p. 4; “Del cándido europeísmo al turismo documental: reflexiones a propósito de la inscripción en el registro de la propiedad de una escritura autorizada por notario alemán”, *Diario La ley*, Año XXXIII, nº 7940 – 9 Outubro 2012, 2012, pp. 3ss, título IV, nº 2, e “La Autonomía...”, p. 72), apelida este fundamento como a “*función de economía jurisdiccional*” que caracteriza a imposição da intervenção notarial, dirigida justamente a reduzir os litígios entre particulares; PIO XII, “Discurso...”, p. 40, declara que “o notário se esforça por tornar inútil o recurso à autoridade judiciária”; PHILIPPE CORRUBLE E BERNARD REYNIS, “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, nº 28-29, 2008, pp. 24-28, p. 25, explicam que a intervenção notarial gera “la réduction du risque de contentieux judiciaire”; BENITO ARRUÑADA, “The Economics...”, p. 8, fala na função de *gatekeeper* cometida ao notário como parte da estratégia de imposição da legalidade, atribuindo-lhe um papel de natureza judicial, explicando que “the notary system reduces the litigiousness, and is desirable from a public point of view”; UGO BECHINI E DOMINIK GRASSEN, “A New Approach to Improving the Interoperability of Electronic Signatures in Cross-Border Legal Transactions”, *Michigan State Journal of International Law*, vol. 17, nº 3, 2008, pp. 703-720, p. 720 (“these tasks are performed not only in the interest of the parties, but in general public interest, as it keeps litigation in Europe at comparatively low levels”).

No que respeita à prevenção da conflituosidade enquanto função do Estado, vide o estudo do PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. iv: “The State does not just become involved in deciding legal disputes *ex post* (“contentious jurisdiction”). Instead, it provides for a preventive legal control through authentication [...]. The idea underlying this system is to establish legal certainty and legal security by means of authentic instruments in order to avoid costly and time-consuming litigation about the validity and meaning of contractual provisions”.

⁴⁹ Isto é, sabendo que os litígios sobre direitos reais sobre imóveis situados no Estado A, bem como as contendas respeitantes à validade de inscrições em registos públicos, serão submetidos exclusivamente aos tribunais do Estado A, (cfr. art. 24º do Regulamento Bruxelas I-bis – Regulamento nº 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro 2012; LUIS DE LIMA PINHEIRO, “Exclusive Jurisdiction”, *Brussels I Regulation – European Commentaries on Private International Law*, ULRICH MAGNUS E PETER MANKOWSKI, Sellier – European Law Publishers, Munique, 2007, pp. 345-365, pp. 350-351), o interesse preventivo dirige-se às transacções dos imóveis aí situados. Nessa medida, a prescrição de mecanismos de justiça preventiva há-de encontrar o mesmo elemento de conexão da competência internacional.

Assim, conclui-se que os interesses de ordem pública da lei da situação da coisa implicam, qualquer que seja a lei reguladora da substância do negócio, que a forma autêntica prescrita pela *lex rei sitae* (como formalidade *ad substantiam*) seja forçosamente observada. Trata-se uma determinação constante de normas espacialmente autolimitadas implícitas, cuja mobilização é expressamente autorizada pelo título de aplicação constante do nº 5 do art. 11º do Regulamento Roma I.

Esta conclusão não é original. Por um lado, desde o século XIX que a doutrina o defende como princípio geral, sufragando que as formalidades negociais imobiliárias estabelecidas no interesse de terceiros (como solenidades que envolvem a intervenção qualificadora do notário nos negócios imobiliários) se submetem sempre ao domínio da *lex rei sitae*, seja determinando a natureza internacionalmente imperativa dessas regras (e colocando-as sob o âmbito do nº 5 do art. 11º do Regulamento Roma I), seja abarcando-as no estatuto real. Isto é, a doutrina maioritária secunda esta conclusão⁵⁰.

⁵⁰ Quanto às posições mais antigas, vide JOSÉ DIAS MARQUES, *Direito Internacional...*, p. 63, que considerava que, ao abrigo do art. 964º do Código de Seabra, a *lex rei sitae* regulava a forma nos contratos translativos de direitos reais sobre imóveis. De facto, a lei estabelecia que “As hypothecas contrahidas em paiz estrangeiro, sobre bens existentes no Reino, só produzem os seus efeitos desde o dia em que são registadas nas respectivas conservatórias nacionaes”, o que era interpretado pelo Autor no sentido que expusemos: “esta disposição deve entender-se como uma revelação do princípio geral de que os interessados devem conformar-se com as prescrições da *lex rei sitae*, quando se trata de formalidades destinadas a dar publicidade aos negócios jurídicos sobre imóveis ou móveis”. Igualmente, LUDWIG VON BAR, *The Theory...*, pp. 500-502, não mobiliza aos negócios reais a regra de conflitos sobre forma negocial, considerando serem aplicáveis forçosamente os trâmites da *lex rei sitae* a todos os respectivos aspectos; ERNST FRANKENSTEIN, *Internationales Privatrecht*, Vol. II, Dr. Walther Rothschild, Berlim, 1929, p. 104, entendia estar a forma da hipoteca incluída no estatuto real como conexão primária (“Die Form der Bestellung, Abtretung und Löschung der Hypothek untersteht primär dem Sachenstatut”); ANTÓNIO FERRER CORREIA, “Conflitos de leis em matéria de direitos sobre coisas corpóreas”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 117 e Ano 118, n.º 3728 a 3732, 1985-1986, Vol. 117: pp. 298-302, 325-329, 357-361; Vol. 118: pp. 115-119, 138-142 e 165-169, nº 3727, p. 300 (“tratando-se de coisas situadas além fronteiras, é de toda a conveniência que qualquer negócio jurídico realizado ou qualquer decisão judiciária proferida sobre elas no Estado local obedeçam às leis do Estado da situação, pois é nele que se destinam a produzir os seus efeitos e, todavia, só por tal modo terão nele assegurado o respectivo reconhecimento”). É certo que, desta asseveração, se não pode concluir com certeza se o Professor se refere somente às disposições substantivas ou também à forma negocial. Todavia, uma vez que alerta no mesmo estudo, p. 326, para os vários Estados onde é imperativa a sujeição da forma à *lex rei sitae*, parece poder inferir-se que a sua preocupação alastra à solenidade negocial; WILHEM WENGLER, “The General Principles of Private International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1961-III, Tomo 104, 1961, pp. 279-469, p. 370, nota nº 32, também parece inferir esta conclusão (embora sob uma perspectiva conflitual), sustentando que só devem ser aplicadas “rules which are applicable according to the conflict of laws of the situs; another forum should avoid to decide, for instance, the formal validity for application of the *lex loci actus* if the conflict rules of the situs allow only the application of the law of

the situs"; HENRI BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1956, p. 233, referindo-se à "force d'expansion du statut réel"; DAVID E. CAVERS, *The Choice-of-Law Process*, The University of Michigan Press, Michigan, 1966, p. 197, nota 31 (excluindo do seu princípio de preferência – indicando a lei escolhida pelas partes para os contratos – a forma exigida pela *lex rei sitae* para a transmissão ou oneração de imóveis).

Mais recentemente, a submissão à *lex rei sitae* das solenidades que impõem controlo notarial do negócio imobiliário é sufragada por BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, pp. 170 e 673; BERNARD AUDIT, "Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la «crise» des conflits de lois)", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1984-III, Tomo 186, 1984, pp. 219-397, p. 283 ("on soumettra ainsi à la loi de l'immeuble la forme des actes dont ils sont l'objet ou la capacité en disposer"); CATHERINE KESSEDIAN, "The Conflict of Laws Principles in French Law with Respect to Security Interests in Movable Assets", *Cross-Border Security and Insolvency*, MICHAEL BRIDGE E ROBERT STEVENS, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 159-185, p. 166 ("the form of the creation of the security interest and the publicity attached to it remain subject to the *lex situs*"); JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Thomson – Civitas, Madrid, 2004, p. 536 ("La *lex rei sitae* rige, en primer término, el modo de adquisición de los derechos reales. Dicha ley establecerá [...] si un contrato de hipoteca, para generar el consiguiente derecho real, precisa, como elemento constitutivo, de una escritura pública"); NADINE WATTÉ, "L'opposabilité des sûretés dans le nouveau Règlement Européen des procédures d'insolvabilité", *Revue de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles*, vol. 24, nº 2, 2001, pp. 7-42, p. 22 ("nombreux auteurs imposent dans cette matière la forme exigée par la *lex rei sitae*"); A. V. M. STRUYCKEN, "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1992-I, Tomo 232, 1992, pp. 257-383, p. 317 (que, explicando as normas sobre forma da Convenção de Roma, considera haver uma excepção ao princípio *auctor regit actum* justamente nestes casos: "en matière immobilière et en matière de sociétés et de personnes morales, la loi prescrit souvent la forme d'un acte notarié. Et, même dans les relations internationales, la loi ne se plie pas à l'adage. Pour autant, la loi, la loi de tel ou tel pays, impose un régime d'exception. Souvent, cela revient à ce qu'elle persiste à exiger un acte notarié"); PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé*, cit., p. 495; REINHARD DAMMANN, "Fiducie-sûreté...", p. 21 ("la *lex rei sitae* ne régit pas seulement l'opposabilité de la fiducie-sûreté aux tiers mais également sa validité quant à la forme de l'acte, en tant que loi de police"); M. DE BOER, "The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts", *Rechtschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 54, nº 1, 1990, pp. 24-62, p. 57 (que o sustenta quando há interesses públicos do Estado territorial na prescrição dessa solenidade que vão além dos interesses das partes); TITO BALLARINO, "Disciplina...", p. 171 (que sustenta a aplicação necessária das solenidades notariais e a necessidade de se operar uma equivalência entre o documento público da *lex loci* e aquele que é determinado pela *lex rei sitae*); SABINE CORNELOUP, *La publicité...*, pp. 247ss (que considera que o critério do *locus regit actum* é incompatível com o princípio da publicidade); WINTER, "Hypothèque – Procuration pour consentir une hypothèque", *Journal du Droit International*, vol. 82, 1955, pp. 896-899, p. 899 (a propósito da atribuição de efeitos a uma procuração celebrada na Califórnia destinada à constituição de uma hipoteca na Holanda). Ao mesmo resultado chega a doutrina que inclui no estatuto real a forma da transmissão de direitos reais sobre imóveis (mormente a concepção clássica anglo-saxónica), com fundamentos que aqui não analisamos (v.g., interesse do Estado em não permitir transmissão de imóveis sob leis estrangeiras) – cfr. JOSEPH STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws*, 3ª Edição, L. H. Bridgham, Boston, 1912, pp. 736ss.

Em sentido contrário, sufragando não bastar a prescrição de intervenção notarial *ad substantiam* com o objectivo de controlo da legalidade para que se preencha a condição do nº 5 do art. 11º

Em segundo lugar, em alguns sistemas integrados no notariado latino nem é necessário deduzir a imperatividade internacional da sua *ratio*, porquanto as regras sobre forma dos negócios reais imobiliários constituem normas de aplicação necessária e imediata *explicitas*, declarando a sujeição obrigatória à lei da situação do imóvel⁵¹.

Em terceiro lugar, esta concepção está subjacente às mais recentes leis nacionais de direito internacional privado que submetem à *lex rei sitae* a forma dos negócios sobre imóveis, excluindo os contratos imobiliários do âmbito da regra geral sobre forma⁵².

Por fim, alguma doutrina que não aceita a obrigatoriedade de aplicação da *lex rei sitae* sempre que esta determine solenidade notarial, defende-o quanto aos negócios *rigorosamente formais* (aqueles em que a imposição de forma é requisito *ad substantiam*)⁵³.

do Regulamento Roma I, cfr. DIETER MARTINY, "Lex rei sitae as a connecting factor in EU Private International Law", *IPRax – Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, nº 2, 2012, pp. 119-133, p. 124 (que limita a eficácia desta regra ao chamamento de procedimentos autorizativos das transacções, por exemplo no domínio agrícola); ULRICH DROBNIG, "European Conflict Rules for the Mutual Recognition of Security Rights in Goods", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 165-185, p. 82 (que entende *insuficiente* para classificação como internacionalmente imperativa a mera prescrição necessária de intervenção notarial).

⁵¹ É o caso da Suíça, onde a Lei federal de direito internacional privado determina, no nº 3 do art. 119º que, admitindo a escolha da lei reguladora do contrato, estabelece que "Toutefois, la forme du contrat est régie par le droit de l'État dans lequel l'immeuble est situé, à moins que celui-ci n'admette l'application d'une autre droit. Pour l'immeuble sis en Suisse, la forme est régie par le droit suisse". Ressalta da lei um apoio pleno à nossa tese, quer quanto à sujeição da forma à *lex contractus*, quer quanto à natureza necessária e imediata das normas sobre forma para o legislador suíço. Sobre esta norma vide ANDREAS BUCHER E ANDREA BONOMI, *Droit International Privé*, 2ª Edição, Helbing & Lichtenhahn, Zurique, 2004, pp. 114 e 272. É também o caso do direito grego (cfr. CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real Property Law and Procedure in the European Union – General Report*, European University Institute; European Private Law Forum; Deutsches Notarinstitut, disponível na internet via <http://www.euil.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/GeneralReport.pdf>, consultado em 21 de Novembro de 2012, p. 82).

⁵² Assim faz a lei polaca de Direito Internacional Privado de 2011, que submete a forma dos negócios sobre imóveis à *lex rei sitae* (embora utilize como conexão dependente, chamando a *lex situs* enquanto reguladora da substância do negócio) – cfr. art. 25º (cfr. ULRICH ERNST, "Das polnische IPR-Gesetz von 2011 – Mitgliedstaatliche Rekodifikation in Zeiten supranationaler Kompetenzwahrnehmung", *Rechtschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 76, nº 3, 2012, pp. 597-638, p. 618; TOMASZ PAJOR, "La nouvelle loi polonaise de droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 101, nº 1, 2012, pp. 5-13, p. 13); é esta a conclusão que a mais autorizada doutrina retira do nº 4 do §11 EGBGB, quando sujeita a forma do negócio à lei aplicável à relação jurídica subjacente (JAN VON HEIN, "Party...", p. 108; PAUL LAGARDE, "Sur la loi...", p. 159).

⁵³ Cfr. GERHARD KEGEL, "Zum heutigen...", p. 260 (embora expressando dúvidas sobre a bondade da solução *de iure condendo*); JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derechos Reales (Capítulo XXIX)",

Ademais, e mesmo que assim não fosse, as regras tabulares de muitos países integrados no notariado latino fazem depender o acesso do direito real ao registo da apresentação de *documento autêntico*. Ora, sobretudo nos sistema em que o registo tem eficácia constitutiva, o direito tabular acaba por implicar a aplicação necessária das regras notariais romano-germânicas para os prédios aí situados⁵⁴.

3. Os negócios sobre imóveis situados em Portugal: recurso necessário a escritura pública ou documento particular autenticado regulado no Decreto-Lei nº 116/2008?

Importa agora saber se a opção do legislador português tomada em 2008 permite concluir pela natureza *necessária e imediata* das normas prescritivas da solenidade (à semelhança do que concluímos para os sistemas de notariado latino puro) ou se a admissibilidade de titulação através do *documento particular autenticado* sujeito a depósito electrónico retira às normas lusas imperatividade internacional quando o imóvel se situe em Portugal.

Derecho Internacional Privado, Vol. II, 12ª Edição, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 863-912, pp. 904 e 906 (que alude ao *principio de equivalência de formas* para poder aceitar título que haja seguido lei diferente da *lex situs*); ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 125; PIERRE CALLÉ, *L'acte public...*, p. 78, e PIERRE CALLÉ, "L'acte authentique...", p. 392 ("*la lex rei sitae évince la lex loci actus pour les conditions de forme ad validitatem*"); WILHEM WENGLER, "Les conflits de lois et le principe d'égalité", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 52, 1963, pp. 201-231 e 503-527, p. 225, refere-se-lhe como exemplo de *desigualdade* conflitual, já que no quadro dos imóveis valerão as regras de forma da *lex rei sitae*; MARIEL REVILLARD, *Droit International Privé et Communautaire: Pratique Notariale*, 6ª Edição, Defrénois, Paris, 2006, pp. 466-467.

Duvidosa é a posição de DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit...*, Vol. II, p. 48: os Autores, explicando que o Regulamento Roma I pretendeu salvaguardar as regras de forma da *lex rei sitae* de ordem pública, exemplificam com as normas que estabeleçam um qualquer regime de autorização administrativa para a transmissão do direito, deixando em aberto a questão de saber se a imposição de escritura pública como formalidade *ad substantiam* se inclui na remissão à *lex situs*.

⁵⁴ Assim, na Alemanha o §29 Grundbuchordnung (GBO) estabelece que "*Eine Eintragung soll nur vorgenommen werden, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Andere Voraussetzungen der Eintragung bedürfen, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, des Nachweises durch öffentliche Urkunden*"; na Bélgica, defendem FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé*, cit., p. 675, que a regra de forma seria a *locus regit actum* "*mais la nécessité de satisfaire aux exigences de fonctionnement des services de publicité foncière énerve l'efficacité de cette maxime*"; em França, quanto à hipoteca, estabelece o art. 4º do *Décret nº 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière* (na redacção que lhe foi conferida pela *Ordonnance nº 2006-346 du 23 mars 2006*) dispõe que "*Tout acte sujet à publicité dans un bureau des hypothèques doit être dressé en la forme authentique*" (*vide*, MICHEL CABRILLAC E CHRISTIAN MOULY, *Droit...*, p. 625).

Neste último sentido milita LIMA PINHEIRO, sustentando que as normas de direito português que prescrevem a *escritura pública* ou *documento particular autenticado* não são internacionalmente imperativas: entende o Professor que os contratos que constituam ou transmitam direitos reais sobre imóveis situados em Portugal "*são formalmente válidos quando forem celebrados no estrangeiro por documento particular simples em conformidade com a lei do local da celebração*"⁵⁵. A opinião de LIMA PINHEIRO ligar-se-á, porventura, ao facto de o direito português não exigir a intervenção de tabelião inserido em sistema de notariado latino puro, admitindo que tais contratos não sejam exarados em documento público; nessa medida, não retirará da *ratio* inerente a estas normas os interesses político-legislativos necessários para a sua aplicação necessária. A conclusão do Professor seria quiçá oposta se o direito português mantivesse a exigência (como fazia até 2008) de formalização do negócio em escritura pública, já que, recorde-se, o Autor defende que a imposição de *escritura pública* pela *lex contractus* implica não apenas a forma autêntica por aquela estabelecida, como a sua celebração forçosa por notários desse Estado.

Por nossa parte, e em consonância com o que defendemos *supra*, tendemos em sentido contrário. De facto, se a imposição de forma (escritura pública ou documento particular autenticado) é feita *ad validitatem* e tem em vista o *controlo da legalidade do acto*⁵⁶, mantêm-se todas as razões de *segurança jurídica imobiliária* e de *justiça preventiva* que valem para a prescrição escritura pública nos sistemas puros (a prevenção do nascimento de negócios imobiliários inválidos e o resguardo do aparelho judiciário prevenindo a conflituosidade). Ademais, recorde-se que o sujeito autenticador (ainda que não seja notário) actua como *colaborador tributário*, cabendo-lhe obrigações fiscais relativas aos imóveis situados em Portugal (cfr. art. 49º Código IMT).

Repetindo as nossas conclusões anteriores, a alteração legislativa de 2008 dever-se-á a um esforço de incremento do mercado imobiliário *sem abdicar do controlo da legalidade do negócio*. No fundo, o legislador moldou uma alternativa à solenidade máxima onde há, para o autenticador, as mesmas obrigações que são

⁵⁵ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 231, e "O novo...", p. 884. Em contraste, lembre-se que o Professor defende que a sujeição do contrato a uma lei de notariado latino implica a formalidade imposta por essa lei. A mesma exigência não é defendida pelo Autor quando o imóvel se situe em Portugal e não seja a lei pátria a *lex contractus*.

⁵⁶ Lembre-se o Conselho Técnico do IRN defende que o *documento particular autenticado previsto pelo Decreto-Lei 116/2008* consubstancia *nova forma negocial*, que sujeita obriga o autenticador ao controlo da legalidade material do documento que lhe é apresentado e que se impõe a *todos os negócios submetidos substancialmente à lei portuguesa* – *vide*, respectivamente, Parecer do Conselho Técnico do IRN Pº C.P. 81/2009 SJC-CT e Parecer do Conselho Técnico do IRN nº R.P. 223/2010 SJC-CT, de 26 de Maio de 2011, (*cit. nota nº 17*).

atribuídas ao Notário no documento autêntico. Assim, o documento particular autenticado *especial* que foi previsto no Decreto-Lei nº 116/2008 cumpre as mesmas funções, ligadas por isso à segurança jurídica imobiliária, ao sistema de justiça preventiva e à cooperação com as autoridades tributárias. Estas razões, como se vê, conduzem à conclusão de que as razões que motivam a *imperatividade internacional* da escritura pública nos sistemas de notariado latino puro se verificam igualmente na lei portuguesa. Nessa medida, julgamos poder continuar a concluir-se pela aplicação necessária das formalidades de contratação imobiliária previstas da lei portuguesa *a todos os imóveis situados em Portugal*, mesmo que o negócio haja sido celebrado no estrangeiro ou sujeito materialmente a lei distinta.

V. A APLICAÇÃO AMPLIADA DAS SOLENIDADES NOTARIAIS: UMA RESTRIÇÃO AOS TITULADORES DO PAÍS DA SITUAÇÃO DA COISA?

1. A regra geral: admissibilidade de títulos exarados fora do Estado de situação da coisa.

Muitas vezes se encontra a ideia de que, mais do que o cumprimento forçoso das solenidades notarias prescritas pela *lex contractus* ou pela *lex rei sitae* (pelo menos quando se integrem no tabelionato romano-germânico), se imporá a constituição de direitos reais sobre imóveis perante tabeliães do Estado territorial.

Esta conclusão vem sendo justificada em três razões.

Por um lado, sustenta alguma doutrina que sempre que a *lex contractus* determine forma autêntica, tal implica não apenas a sujeição necessária a tal solenidade (pois tende ao respectivo cumprimento substancial) como a restrição da titulação aos oficiais desse Estado, já que só a esses foi conferida fé pública – é a tese *nacionalista* ou *restritiva*⁵⁷.

⁵⁷ A expressão é de PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “La Autonomía...”, p. 108. É a posição de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 226, e de PETER SPARKES, “European Land Law: too narrow for second home owners in Spain”, *European Property Rights & Wrongs*, DIANA WALLIS E SARA ALLANSON, 2011, disponível na internet via <http://dianawallismep.org.uk/en/>, consultado em 25 de Janeiro de 2012, pp. 29-34, p. 33, defendida, *de iure condendo*, pelo Parecer nº 76/92 do Conselho Técnico DGRN (*cit. nota* nº 5), pp. 18 e 24. Chegou a estar consagrada nas resoluções da DGRN espanhola, como explica RAFAEL ARENAS GARCÍA, “Denegación de la inscripción de un documento en el registro de la propiedad español por el hecho de ser extranjero”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo V, 2005, pp. 337-349, p. 341.

De acordo com LUDWIG VON BAR, *The Theory...*, p. 270, a concepção assenta na ideia de que os oficiais estrangeiros não têm as qualificações (a capacidade de produzir documentos dotados de fé pública) necessárias à emissão de título equivalente ao prescrito pela lei interna: “In conformity with

Por outro, há a ideia de que a *justiça preventiva* em que assenta a imposição de documento autêntico pela *lex rei sitae* só se realiza quando a transacção for titulada por notário desse Estado, tese que encontra consagração legal em alguns países⁵⁸.

Por fim, defende-se que as liberdades comunitárias são *inaplicáveis* aos serviços notariais, porquanto o tabelião é um oficial público que se destina a salvaguardar os interesses públicos do Estado que lhe delegou poderes⁵⁹.

Como aflorámos *supra*, não aderimos a esta tese: mesmo quando a *lex rei sitae* impõe de forma necessária e imediata a certificação da legalidade por oficial público (a ocorrer nos termos por si previstos), não restringe esse poder aos seus notários. Isto é, nos países que não contenham prescrição em contrário, não cremos existir uma *obligatoriedade de celebração do negócio no Estado territorial*, mesmo que este estabeleça a celebração obrigatória perante *instrumento autêntico*, pelo que produzem efeitos os negócios válidos celebrados no estrangeiro.

Na verdade, os fundamentos de tal concepção não colhem.

Por um lado, o valor probatório acrescido dos documentos autênticos (a fé pública notarial) não é um pressuposto da verificação da legalidade mas uma *consequência*: porque um tabelião redigiu o título e certificou a inexistência de nulidades, a lei confere-lhe um valor probatório especial.

Por outro, a certificação da legalidade substancial do negócio não depende de o sujeito fiscalizador ter sido autorizado pelo Estado de situação da coisa. Aliás, não apenas este raciocínio está há muito firmado na doutrina e jurisprudência

this reasoning, we should have to deny validity to all transactions entered into before foreign officials, who did not possess the special qualifications which native law requires of the officials who are entitled in this country to give validity to the execution of such transactions”.

⁵⁸ É o caso holandês, onde o art. 3:31 do Código Civil (*Burgerlijk Wetboek*) determina que a prescrição de um acto notarial pela lei só é cumprida por tabelião holandês (“*Waar een wetsbepaling die betrekking heeft op registergoederen, een notariële akte of een notariële verklaring voorschrijft, is een akte of verklaring van een Nederlandse notaris vereist*”); e o caso francês *para a hipoteca*, onde o art. 2417º do *Code Civil* estabelece “*Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d’hypothèque sur les biens de France, s’il n’y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités*”. Sobre a eventual incompatibilidade destas normas com as regras europeias, cfr. o que dizemos na nossa tese *Removendo...*, p. 309, nota nº 601, e pp. 683ss.

⁵⁹ Cfr. JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos Reales...”, p. 904: “*No existe una libre prestación de servicios en la UE en relación con los Notarios. En efecto, el Notario es una autoridad pública «española» que ejerce, por delegación del Estado «español» un auténtico poder público que consiste en el control de legalidad del documento que se otorga ante dicho Notario, un control civil, fiscal y administrativo. La finalidad de dicho control es salvaguardar los intereses generales del Estado español*”; JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Nacionalidade...”, p. 73, que considera estar o notariado ao abrigo da excepção dos Tratados das actividades que directa e especificamente exercem autoridade pública.

dência da maioria dos países europeus, como tem consagração positivada em vários sistemas⁶⁰.

⁶⁰ Na doutrina, vide PH. FRANCESCAKIS, “Comentário ao Acórdão *Nederlandse Belegging Maatschappij*...”, p. 516 (“*Décider, en effet, que la forme de la procuration dépend de la loi hollandaise, loi du lieu de la situation de l’immeuble, cela ne veut pas dire que la procuration ne peut être faite que devant un office public hollandais. Lorsque que le législateur entend mettre obstacle au développement de certaines institutions sur le plan international il le dit expressément*”); PROSPERO FEDOZZI, *Trattato di Diritto Internazionale*, Vol. IV, Il Diritto Internazionale Privato – Teorie Generali e Diritto Civile, CEDAM, Padova, 1935, p. 673 (“*Gli art. 1935 e 1990 del nostro cod. civ. [...] riconoscono chiaramente che può darsi iscrizione ipotecaria nel nostro Stato in base ad un atto seguito all’estero, all’ sola condizione che esso sia debitamente legalizzato*”); A. V. M. STRUYCKEN, “Les conséquences...”, p. 317 (“*le notariat devra fonctionner sur une échelle européenne. Il vaut la peine d’assurer l’équivalence de la valeur juridique des actes notariés*”); GEORGES A. L. DROZ, “L’Activité...”, p. 52 (“*Dans beaucoup de systèmes juridiques rien n’interdit qu’un contrat de vente d’immeubles situés dans un pays soit passé dans un autre pays*” [o Professor conclui, porém, que as dificuldades quanto à promoção da inscrição registal conduzem à obrigatoriedade pragmática de celebração de negócios perante o notário local]); PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “La Autonomía...”, p. 108 (“*La consecuencia jurídica del art. 11.2 CC es que la determinada forma o solemnidad exigida por la Ley que regula el fondo del acto será siempre aplicada. El precepto no ordena que dicha forma o solemnidad se lleve a cabo arreglo a lo dispuesto en la Ley que regula en fondo del asunto, sólo que tal forma o solemnidad se observe*”). No fundo, bastará haver uma “equivalência de formas” para que se admita a titulação da constituição de direito real imobiliário por notário de Estado diferente daquele onde a coisa se situa. Na jurisprudência, atente-se, em Portugal, nas várias pronúncias do Conselho Técnico do IRN em matéria de efeitos e lei aplicável a contratos sobre imóveis celebrados perante notário estrangeiro; em Espanha, a mesma conclusão foi firmada pela *Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo* nº 998/2011, de 19.06.2012, que reconheceu a eficácia em Espanha de uma escritura de compra e venda de um prédio em Tenerife celebrada perante notário alemão. O Tribunal justificou a sua decisão, essencialmente, nas regras europeias em matéria de liberdades fundamentais e num princípio de equivalência entre as escrituras estrangeiras e internas (sobre a decisão, vide MARTA REQUEJO ISIDRO, “Foreign Notary Deed in Spain”, *Conflict of Laws.Net*, 2 de Agosto de 2012, 2012, disponível na internet via <http://conflictoflaws.net/2012/foreign-notary-deed-in-spain/>, consultado em 16 de Agosto de 2012, §1). Importa atentar, como sublinham RAFAEL ARENAS GARCÍA, “Acceso de Documentos Públicos Extranjeros al Registro de la Propiedad Español”, *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 359-384, p. 360, e LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, “La inscribibilidad de escrituras públicas extranjeras a la luz de la primera doctrina hipotecaria”, *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 399-429, p. 400, que até àquela pronúncia não era este o entendimento da DGRN espanhola, que sustentava a impossibilidade de um documento público estrangeiro titular a transmissão de propriedade sobre imóveis em Espanha. Quanto à legislação positiva, vide, em Espanha, a própria *Ley Hipotecaria* que postula a aceitação dos títulos estrangeiros, ao estabelecer, no art. 4º que “*También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes*”; em Itália, a lei determina-o expressamente, aceitando que o título constitutivo da hipoteca possa ser formalizado no estrangeiro, conquanto se respeite a forma estabelecida pela *lex rei sitae* e o acto venha legalizado processualmente (ou apostilado) – cfr. art. 2837º *Codice Civile* e CRISTIANO CICERO, *L’Ipoteca*, Giuffrè Editore, Milão, 2000, p. 275.

Efectivamente, ainda que a prescrição de certas formalidades pela *lex rei sitae* tenha subjacente a concepção notarial e os deveres de tabelionato dessa lei, não há obstáculo a que se deixe funcionar nesta sede o instituto internacional-privatístico da substituição: se a intervenção notarial é um pressuposto necessário para certo efeito nos termos da lei competente, perante instrumento exarado no estrangeiro a questão está em saber se o cumprimento das normas notariais estrangeiras é equivalente à condição exigida pela *lex situs*⁶¹. Aliás, multiplicam-se hoje projectos europeus destinados a assegurar a possibilidade de contratar direitos reais sobre imóveis diante notário de Estado diferente daquele onde se situa a coisa. Ora, o facto de aqueles funcionarem (ainda que abrangendo apenas alguns Estados-Membros) comprova a não restrição da competência aos titulares territoriais⁶².

Acresce ser muito frágil o argumento de que a aceitação de actos notariais é excluída pelo facto de o tabelião exercer simultaneamente funções públicas: também os conservadores exercem funções públicas e não é por isso que se recusa o reconhecimento de casamentos ou divórcios decretados no estrangeiro⁶³.

Assim, embora com algumas excepções⁶⁴, não é proibido que o negócio real sobre imóveis seja celebrado fora do país da situação da coisa. Ponto é saber em

⁶¹ Neste sentido, ERIK JAYME, “Identité...”, p. 119; JONATHAN FITCHEN, “Authentic...”, p. 40. Sobre a substituição, enquanto problema de saber se o pressuposto da aplicação de certa norma material pode ser cumprido por instituto de lei estrangeira, vide JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Problemas na Aplicação do Direito Estrangeiro – Adaptação e Substituição”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXXVI, 1960, pp. 327-351, pp. 339ss; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Breves considerações sobre a adaptação em direito internacional privado”, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 51-128, pp. 58-59.

⁶² Referimo-nos ao projecto CROBECO (*Cross Border Electronic Conveyancing*), que desenvolvemos no nosso trabalho *Removendo...*, pp. 671ss.

⁶³ Iguualmente repudiando o argumento das funções públicas do notário, ERIK JAYME, “Identité...”, p. 119.

⁶⁴ Há, na verdade, três excepções ao que dizemos.

Em primeiro lugar, a admissibilidade de documento público estrangeiro não existe nos países que, mediante regra especial, atribuem aos tabeliões territoriais a exclusividade de constituição de hipotecas. São os casos francês e holandês (cfr. *supra* nota nº 57), cujas leis limitam a competência a notários internos, ainda que se discuta a conformidade dessas disposições com as regras da União Europeia em matéria de livre prestação de serviços.

Em segundo lugar, a obrigatoriedade de contratação no país da situação da coisa pode ser uma implicação do sistema translativo dos direitos reais (sujeito à *lex rei sitae*) se este, ainda que admita que o negócio obrigacional seja celebrado no estrangeiro, impuser a celebração de um negócio real abstracto no país da situação da coisa – será o caso da Alemanha. No fundo, o problema é exactamente o mesmo: a restrição a oficiais locais da exclusividade de constituição do direito real – embora neste último caso só o negócio real esteja coberto pela restrição. Entendamo-nos. Se o prédio a transmitir ou onerar se situar em país cujas regras tabulares considerem o negócio obrigacional como título

de registo (ainda que exigindo a sua formalização em documento público) não haverá obstáculo dogmático à sua formalização em documento autêntico exarado no estrangeiro, conquanto sejam cumpridos os requisitos necessários à sua recepção. Assim, do ponto de vista teórico, nada impede que o negócio de compra e venda de um prédio em Portugal tenha sido celebrado perante notário espanhol: o documento passará pelo processo de recepção e constituirá título de registo. O mesmo não sucede se as regras tabulares do país da situação da coisa determinarem que o título de registo não é o *negócio obrigacional formalizado em documento autêntico* mas um *negócio abstracto de transmissão do direito real*. Serão os sistemas que exigem, para constituição ou transmissão do direito, um *negócio obrigacional* (pelo qual as partes se comprometem à constituição do direito) e um *negócio abstracto translativo do direito real* (que proceda à constituição do direito). Nestes, o título de registo não é o documento que contém o *negócio obrigacional* mas sim o *acto translativo do direito real* – o *negócio real abstracto* (é o caso alemão): STEVEN BARTELS, “An Abstract or Causal System”, *Rules for the transfer of Movables, a candidate for European Harmonisation or National Reform?*, WOLFGANG FABER E BRIGITTA LURGER, Sellier Law Publishers, Munique, 2008, pp. 59-67, p. 60. É bom de ver o problema que se suscita neste sistema: ainda que as partes hajam concluído perante notário português o negócio de constituição de uma *Hypothek* sobre prédio na Alemanha, não celebraram ainda o *negócio real translativo*. Este negócio está sujeito à *lex rei sitae* e coloca a questão de saber se pode ser celebrado perante notário estrangeiro. E, na Alemanha, a opinião dominante na jurisprudência é de que apenas os tabeliães territoriais têm tal competência, interpretando que quando o §925 BGB se refere a “*jeder Notar*”, está a referir-se apenas àqueles que exercem a sua actividade na Alemanha (“*kann aber nicht gefolgert werden, dass auch die Zuständigkeit eines ausländischen Notars gegeben sei*”) – Acórdão do Oberlandesgericht de Colónia, de 29 de Novembro de 1971, publicado na *Der Deutsche Rechtspfleger*, nº 4, 1972, pp. 134; KANZLEITER, “§925”, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 6, 6ª Edição, ROLAND RIXECKER E FRANZ JÜRGEN SÄCKER, Beck, München, 2013, nº 1-56, nº 14, nota 40; REINHOLD GEIMER, “Eintragungsfähigkeit einer von einem deutschen Notar errichteten Kaufvertragsurkunde im spanischen Eigentumsregister”, *IPRax – Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, nº 5, 2013, pp. 479-481, p. 481. Segundo TITO BALLARINO, “Disciplina...”, p. 170, a restrição é permitida pelo nº 5 do Regulamento Roma I (embora o Professor se referisse ao correspondente nº 6 do art. 9º da Convenção de Roma de 1980): “*Quando si tratta di immobili, è necessario un procedimento solenne (Auflassung) in cui la partecipazione del pubblico ufficiale si spinge sino all'accertamento della reale volontà delle parti. Questo procedimento è insostituibile, secondo quanto dispone il numero 6. Esaminando la questione era già arrivato per conto mio alla medesima conclusione: la procedura della Auflassung deve necessariamente svolgersi di fronte ad un'autorità certificante tedesca*”. Vide, ainda, RAFAEL ARENAS GARCÍA, “Acceso...”, p. 373; LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, “La inscribibilidad...”, p. 409; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “Del cándido...”, p. 6.

Em terceiro lugar, a aceitação de títulos estrangeiros não é possível quando a *lex rei sitae* preveja certa formalidade que não conheça *equivalente* no estrangeiro. É o que se passa, na lei portuguesa, quanto à forma de *documento particular autenticado regulado no Decreto-Lei nº 116/2008, de 4 de Julho*. Na verdade, o direito pátrio impõe, nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis, a formalidade de *escritura pública* ou do *documento particular autenticado modelado pelo Decreto-Lei nº 116/2008, de 4 de Julho*. Se nenhum obstáculo encontramos a que a escritura pública seja exarada por notário estrangeiro (porquanto é possível funcionar o instituto da *substituição* perante documento autêntico exarado no estrangeiro), dificuldades surgem quanto à possibilidade de notário, advogado ou solicitador *não estabelecido em Portugal* gerarem título negocial estrangeiro que possa substituir-se ao instituto que o estatuto real prevê como solenidade necessária à transmissão do direito. Na verdade, recorde-se que o Conselho Técnico do IRN determinou no Parecer de 30 de

que casos é a formalidade estrangeira *equivalente, assimilável, substituível* naquela que é imperativamente exigida pela *lex rei sitae* ou pela *lex contractus*⁶⁵.

2. As dificuldades práticas e a imposição pragmática de contratação territorial.

Todavia, se assim é do ponto de vista dogmático, outro cenário se encontra na prática. São muitos os factores que impelem as partes a celebrar o negócio no Estado territorial, a ponto de se concluir pela *obligatoriedade, do ponto de vista pragmático, de celebração do negócio no país da situação da coisa*, dado o reduzidíssimo número de negócios aquisitivos de direitos reais sobre imóveis titulados fora do país de situação do prédio. O impulso à contratação territorial é tal que se fala numa *inexistência de mercado de titulação sobre imóveis no estrangeiro* como fundamento de aplicação da *lex rei sitae* como conexão supletiva às obrigações contratuais nos negócios imobiliários⁶⁶.

Julho de 2009, proc. 67/2009, que “a entidade autenticadora deverá no momento da autenticação apreciar os requisitos de legalidade do acto, devendo recusar a autenticação do documento se o acto nele «incompletamente titulado» for nulo [cfr. art. 173º, nº 1, a), do C.N.] ou se tiver sido violada norma imperativa que no momento da autenticação não possa ser observada (v.g., norma atinente ao princípio da legitimação). Como deverá advertir as partes se o acto for anulável ou ineficaz (cfr. art. 174º do C.N.). cremos mesmo ser de entender que esta norma exige à entidade autenticadora que explique às partes o próprio conteúdo do documento (apenas) por elas assinado (e não apenas o conteúdo do «termo de autenticação», como no «vulgar» termo de autenticação – cfr. arts. 46º, nº 1, l), e 151º, nº 1, do C.N., e parecer emitido no Pº C.P. 81/2009 SJC-CT)”. Isto é, considera-se que o documento translativo de direitos reais sobre imóveis é, no seu conteúdo, um *acto similar à escritura pública*, atribuindo ao autenticador a obrigação da verificação da legalidade. No fundo, e como claramente se diz no Parecer do Conselho Técnico relativo ao proc. nº 81/2009, não se trata aqui do *mesmo documento particular autenticado* que se prevê no Código do Notariado (e que se basta pela confirmação do conteúdo do documento ao notário), mas de “*uma nova forma legal de declaração negocial*”. Esta *autenticação especial* está sujeita a um requisito de validade, de aplicação territorial: o depósito electrónico no portal *Predial Online*, identificando aí o prédio (situado em Portugal) sobre que incide o negócio contido no documento particular.

Ora, este depósito é inexecutável de operar por profissional estrangeiro, porquanto está subordinado à identificação do titular com assinatura electrónica qualificada emitida por *entidade autenticadora estabelecida em Portugal* (Ordem dos Notários, Ordem dos Advogados e Câmara dos Solicitadores) – cfr. Portaria 1535/2008. Nessa medida, haverá aqui uma limitação indirecta (e porventura ilícita) do recurso a esta solenidade aos sujeitos *estabelecidos em Portugal*.

⁶⁵ Trata-se, assim, de um problema de *substituição* (em DIP), cujos critérios são por nós tratados no trabalho *Removendo...*, pp. 327ss, para onde remetemos as necessárias considerações.

⁶⁶ É a opinião de PIETRO FRANZINA, “Artículo 4º – Commentario al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’): Francesco Salerno, Pietro Franzina (eds.)”, *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXII, nº 3/4, 2009, pp. 706-712, p. 706, justificando assim a alínea c) do nº 1 do art. 4º do Regulamento Roma I. Frisando a *obligatoriedade pragmática de celebração do negócio* no Estado da

A pressão para esta decisão decorre de vários obstáculos, nem todos de solução fácil.

Por um lado, há dificuldades de circulação e aceitação dos documentos públicos notariais que titulem negócios imobiliários, quer em sede de certificação da autenticidade, quer em matéria de atribuição de força probatória a actos estrangeiros quer, principalmente, na operação de *substituição* necessária a estabelecer a equivalência entre a solenidade imperativamente imposta pela *lex rei sitae* e aquela que foi seguida no local da celebração⁶⁷.

Em segundo lugar, lembre-se que a *lex rei sitae* muitas vezes subordina a produção do efeito real (ou a inscrição registal) ao cumprimento de tarefas pelo titular: pense-se no dever de o notário liquidar e cobrar os impostos (constituindo-se pessoalmente responsável pela sua entrega à administração fiscal); de obter ou verificar as licenças de direito público necessárias à transacção (v. g., licença de habitabilidade, certificação energética, etc.); de respeitar o princípio da legitimação (cometendo-lhe o encargo de aceder a registos públicos do Estado territorial); de comunicar às autoridades com acção penal a suspeita de cometimento de crime de branqueamento de capitais; de articular o título com o cadastro geográfico; ou mesmo de perceber o preço pago pelo adquirente e, uma vez firmado o registo, o entregar ao alienante ou onerante⁶⁸.

Como se percebe, esta missão é difícil (ou impossível) de desempenhar por titular estrangeiro: não conhecerá facilmente a sua imposição, carecendo de se informar ou assessorar sobre ordenamento jurídico distinto; não terá facilidade em interagir com autoridades públicas do Estado de situação do prédio, pois os mecanismos de obtenção da documentação necessária (nomeadamente informáticos) estão habitualmente restritos à identificação do titular por do-

situação da coisa, cfr. GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", p. 53; LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, "La inscribibilidad...", p. 400.

⁶⁷ Não trataremos nesta sede destes problemas, remetendo a análise destas dificuldades para o nosso trabalho *Removendo...*, pp. 314ss.

⁶⁸ Com bastantes exemplos do direito francês, vide MARIEL REVILLARD, *Droit...*, p. 480; do direito espanhol LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, "La inscribibilidad...", p. 424ss. No direito português (que não é, de todo, um dos mais exigentes) olhe-se à obrigação de promoção da inscrição predial na matriz, com propósitos tributários (cfr. art. 57º CNot.); harmonização do título com a inscrição matricial e com a descrição predial (art. 58º CNot.); verificação do princípio da legitimação registal, actuando como promotor da obrigatoriedade indirecta de registo (arts. 9º CRPred. e 54º CNot.); obrigação de promover oficiosamente o registo do direito (al. b) do n.º 1 do art. 8º-B CRPred.); verificação da liquidação e cobrança do Imposto Municipal de Transacções (art. 49º do Código do IMT); certificação de existência e entrega ao comprador da ficha técnica da habitação (art. 9º do Decreto-Lei n.º 68/2004, de 25 de Março); verificação da existência e validade do certificado de eficiência energética do prédio (art. 5º do Decreto-Lei n.º 118/2013, de 20 de Agosto); e certificação da existência e validade da licença de utilização (art. 1º do Decreto-Lei n.º 281/99, de 26 de Julho).

documentação nacional (cédulas de Ordens Profissionais; números de identificação fiscal; etc.). Nessa sede, é evidente um obstáculo pragmático à contratação imobiliária no estrangeiro.

Por fim, e mesmo abstando-nos dos diferentes graus de protecção registal, não pode negar-se uma certa opacidade dos sistemas tabulares nacionais no que concerne ao acesso ao Registo Predial a partir do estrangeiro. De facto, ainda que não existam obstáculos legais, são vários os Estados onde que a inscrição *on-line* (ou até o pedido *on-line* de certidão) não é admitida a requerentes estabelecidos noutro país, por culpa dos requisitos práticos impostos: exigem-se frequentemente documentos nacionais (número de identificação fiscal do requerente, por exemplo), restringindo o acesso a sujeitos estabelecidos no Estado da situação do prédio⁶⁹.

A isto acresce existirem sistemas registais que não são de acesso livre: os sujeitos que pretendem aceder à informação devem demonstrar um interesse legal (a pretensão de aquisição; a herança, etc.), o que gera obstáculo adicional a titular estrangeiro⁷⁰. Ademais, mesmo quando assim não é, o titular não conhecerá o significado ou a língua da informação publicitada: esta está disponível apenas no idioma do Estado da situação da coisa, dificultado ao interessado o conhecimento da posição jurídica do imóvel⁷¹.

⁶⁹ MORTGAGE FUNDING EXPERT GROUP, *Report...*, p. 18: "In six of the Member States surveyed (Denmark, Germany, Italy, Hungary, Portugal and Sweden) mortgage registers are not accessible cross-border. In some Member States, this arises from legislation or standards imposed by authorities, whereas in other Member States, it is simply a technical question; [...] on-line registration is only accessible in half of the Member States". No mesmo sentido, COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde "O crédito..."*, p. 15; GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, pp. 28-29; HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, *Response...*, p. 1. Utilizamos aqui *cadastro* com o sentido que lhe é atribuído por HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, "EULIS...", p. 380, e GERHARD LARSSON, *Land...*, pp. 89ss, abrangendo a informação geográfica e fiscal sobre o prédio.

⁷⁰ Cfr. ANTONIO PAU PEDRÓN, "The Register...", p. 92, que ilustra com o caso espanhol.

⁷¹ HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, "EULIS...", p. 381, e "Harmonization of Land Registry in Europe", *TS18 – Comparative Aspects of Land Administration Systems, From Pharaohs to Geoinformatics*, 2005, disponível na internet via http://www.fig.net/pub/cairo/papers/ts_18/ts18_02_ploeger_vanloenen.pdf, consultado em 28 de Dezembro de 2012, p. 3, que citam o exemplo de um inglês que pretende adquirir um imóvel na Holanda. Mesmo que consiga contactar o *Kadaster* neerlandês, ficará a saber que o alienante figura como "erfpachter" e que as autoridades municipais constam como "eigenaar", sem que possa entender o significado da posição jurídica atribuído a cada um destes sujeitos. Vide ainda HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, "The European Real Estate Market – Transparency, Security and Certainty through registration by EuroTitle", *The Future of European Property Law*, SJEFF VAN ERP, ARTHUR SALOMONS E BRAM AKKERMANS, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 183-198, p. 186, ilustrando as dificuldades de um comprador alemão e de um financiador inglês em aceder ao registo de um imóvel em França.

Por outro lado, a organização do Registo nos vários Estados é de tal forma dissemelhante que não confere a titular estrangeiro qualquer expectativa sobre o *iter* a seguir na busca de informação tabular e quanto aos dados publicitados. Isto é, há variação na *organização* do Registo (e, em consequência, do tipo de informação aí presente): coexistem sistemas de registo de *actos* e de *documentos* (nos primeiros, a modificação jurídico-real ocorre perante o oficial de registo e nos segundos ocorre *extra-registo*, sendo o documento comprovativo levado ao conservador, o que está ligado à natureza constitutiva ou declarativa da inscrição); sistemas de *transcrição* e sistemas de *inscrição* (nos primeiros arquivam-se ou copiam-se integralmente os documentos apresentados ao Registo; nos segundos extractam-se os dados com incidência jurídico-real); sistemas de *fólio real* e de *fólio pessoal* (nos primeiros a informação é organizada por prédio e nos segundos por titular, o que permite *localizar títulos* mas não um elenco fidedigno da situação jurídica de certo imóvel); nalguns países coexistem sistemas distintos, consoante o local onde se situe o prédio⁷².

Todos estes factores induzem a contratação territorial do negócio ou, por outro prisma, desincentivam à escolha do local celebração de negócios sobre imóveis situados noutro país. No fundo, como concluem PLOEGER e VAN LOENEN, “*the practical solution is that a local advisor is hired*”⁷³.

VI. CONCLUSÕES

Deste breve estudo, são dedutíveis três conclusões.

Em primeiro lugar, deve concluir-se que as normas que subordinam a validade substancial do negócio jurídico a uma solenidade imposta no intuito de verificação da sua legalidade material são abrangidas pelo conceito-quadro *substância do negócio*. Isto é, sempre que a *lex contractus* determinar formalidade *ad substantiam* destinada a cometer a um terceiro o controlo da conformidade do negócio

⁷² ELENA SÁNCHEZ JORDÁN, “Garantías...”, pp. 996-997, e “La Eurohipoteca”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson - Civitas, Madrid, 2003, pp. 4277-4297, p. 4288; CHRISTOPH SCHMID e CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 29; THOMAS WACHTER, “La garantie...”, p. 186; HANS G. WEHRENS, “Real Security...”, p. 772 (que explica os diferentes procedimentos de requisição de um registo); BENEDICT FOËX, “L’Eurohypothèque”, p. 483; J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, “Publicidade e Princípios...”, p. 21; PASCAL ANCEL, *Droit...*, p. 130; OTMAR STÖCKER e ROLF STÜRNER, *Flexibilität...*, Band III, 35. Sobre os inconvenientes do fólio pessoal (pela dificuldade de cognição da situação jurídica do prédio), *vide* GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE e P. DE LOYNES, *Traité...*, Vol. XXVII (Tomo III), pp. 43ss; ANTONIO PAU PEDRÓN, “The Register...”, p. 93. Sobre a vigência de dois sistemas de registo em Itália (um de matriz francesa na generalidade do território; um de matriz austríaca nos territórios do norte), *cfr.* ARTURO PICCIOTTO, *Lineamenti...*, p. 1.

⁷³ HENDRIK PLOEGER e BASTIAAN VAN LOENEN, “EULIS...”, p. 382, e “The European...”, p. 187.

jurídico com a lei que o regula, esta solenidade deverá ser observada *enquanto requisito substantivo* do contrato, ainda que este haja sido celebrado em país que o não exija. Tal resulta da correcta qualificação das normas prescritivas de tal solenidade, que são abarcadas pelo estatuto negocial.

Em segundo lugar, conclui-se que as regras que imponham (sob pena de invalidade ou ineficácia material) a formalidade própria do notariado latino constituem *normas de aplicação necessária e imediata* da *lex rei sitae*, porquanto a respectiva *ratio* só é atingida quando aquela solenidade se aplica a todos os prédios do Estado que a postulou. A mesma conclusão se retira na lei portuguesa, que apesar de não impor fatalmente a *escritura pública*, desenhou como alternativa uma *nova forma negocial* ligada aos mesmos propósitos de ordem pública, continuando a deduzir-se a respectiva imperatividade internacional. Tal significa, pois, que aquelas formalidades se impõem a todos os contratos imobiliários sobre prédios situados em Estados que determinem a intervenção preventiva do notário (ou outro sujeito com funções similares), mesmo que o negócio haja sido celebrado no estrangeiro ou que seja regulado por outra lei.

Por fim, deve reparar-se que estas duas conclusões não parecem impor, juridicamente, que o negócio se celebre perante titular do Estado da situação do prédio. Nos países em que tal não se determine expressamente, é possível que o contrato se conclua no estrangeiro, desde que seguida a formalidade necessariamente imposta pela *lex rei sitae* ou pela *lex contractus*. Tal não supera, no entanto, importantes dificuldades. Por um lado, terá de se fazer funcionar o instituto internacionalprivatístico da *substituição* (importando saber se a solenidade seguida no estrangeiro é *equivalente e assimilável* àquela que é imperativamente determinada pela *lex rei sitae*); por outro, subsistem fortes dificuldades de ordem pragmática a que o negócio imobiliário seja concluído fora do Estado da situação do prédio.