

CONSELHO GERAL | ADVOCACIA

Parecer do Conselho Geral

Processo

CG n.º 54/2010

Data do documento

30 de agosto de 2010

Relator

João Loff Barreto

DESCRITORES

Realização de actos notariais por advogado.

SUMÁRIO

N.D.

TEXTO INTEGRAL

Parecer CG n.º 54/2010 PARECER

I - QUESTÃO

Por ofício entrado com o nº ... nos serviços do Conselho Geral da Ordem dos Advogados no dia de 2010, veio o Conselho Distrital de ... remeter a este Conselho cópia do parecer emitido em resposta a consulta da Conservatória do Registo Civil, Predial e Comercial de ..., homologado pelo CD... em 08.04.2010.

No seu parecer o CD... concluía não ser legal a realização por advogado de actos notariais relativamente aos quais o mesmo advogado seja parte ou beneficiário, directa ou indirectamente.

Face ao exposto, a natureza da questão o Sr. Bastonário determinou a emissão de Parecer pelo Conselho Geral, o que se fará de seguida.

A) REGIME LEGAL

O Decreto-Lei n.º 28/2000, de 13 de Março veio introduzir no ordenamento jurídico mecanismos de simplificação na certificação de actos, admitindo formas alternativas de atribuição de valor probatório a documentos.

Este diploma atribuiu, nomeadamente, aos advogados e aos solicitadores competência para certificar a conformidade de fotocópias com os documentos originais que lhes sejam apresentados para esse fim e ainda proceder à extracção de fotocópias dos originais que lhes sejam apresentados para certificação, adquirindo essas fotocópias o valor probatório dos originais – cf. n.ºs 1, 2, 3 e 5 do artigo 1.º.

Posteriormente, e ainda com o objectivo de introduzir formas alternativas de atribuição de valor probatório aos documentos, foi publicado o Decreto-Lei n.º 237/2001, de 30 de Agosto.

Este diploma, por sua vez, veio permitir aos advogados e aos solicitadores fazer reconhecimentos com menções especiais, por semelhança e ainda certificar, ou fazer e certificar, traduções de documentos – cf. artigos 5.º, acrescentando o artigo 6.º que os reconhecimentos e traduções efectuados nestes termos conferem aos documentos a mesma força probatória que teria se tais actos tivessem sido realizados com intervenção notarial.

Com o mesmo objectivo, foi publicado o Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março que atribuiu aos advogados e aos solicitadores competência para poderem fazer reconhecimentos de quaisquer espécies, simples e com menções especiais, presenciais e por semelhança, bem como, para a autenticação de documentos particulares, acrescentando o n.º 2 do artigo 38.º que os actos efectuados nestes termos conferem aos documentos a mesma força probatória que teria se tais actos tivessem sido realizados com intervenção notarial.

Em síntese, as competências notariais agora igualmente atribuídas aos advogados e aos solicitadores são as seguintes:

- a. Certificar a conformidade de fotocópias com os documentos originais apresentados e proceder à extracção das mesmas para esse efeito.
- b. Fazer reconhecimentos simples e com menções especiais, presenciais ou por semelhança.
- c. Autenticar documentos particulares.

d. Certificar, ou fazer e certificar, traduções de documentos.

Como é sabido, estas competências estavam anteriormente reservadas aos notários – cf. alíneas c), f) e g) do n.º 2 do artigo 4º do Código do Notariado.

A solicitação do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, o Dr. Luís Menezes Leitão emitiu em 7 de Janeiro de 2007 um douto parecer sobre a autenticação, certificação e reconhecimento de assinaturas praticado por advogado face ao disposto no Decreto-Lei nº 76-A/2006.

Nesse parecer o Dr. Luís Menezes Leitão esclarece com rigor o regime legal aplicável, em termos que julgamos de sufragar. Mas examinemos sucessivamente estas competências:

«Em relação à certificação de fotocópias ela abrange a conferência de fotocópias, prevista no art. 171º-A do Código do Notariado, mas não os certificados, referidos nos arts. 161º e ss. CN, nem as certidões extraídas dos instrumentos, registos e documentos arquivados nos cartórios.

«Efectivamente, aos advogados não foram atribuídas as competências notariais previstas nas alíneas d) e e), nem a da primeira parte da alínea g) do art. 4º CN, pelo que não podem certificar factos que tenham verificado, nem passar certidões de documentos em relação a um arquivo que organizem, uma vez que a lei não lhes atribuiu essas funções notariais.

«Através da certificação de fotocópias, os advogados conferem às mesmas a mesma força probatória resultante do documento original.

«Em relação à feitura dos reconhecimentos, destina-se a mesma a atribuir aos documentos a eficácia e força probatória estabelecida nos arts. 374º a 376º do Código Civil, que anteriormente estava dependente de intervenção notarial.

«Conforme o D.L. 76-A/2006, de 29 de Março, todo e qualquer reconhecimento pode agora vir a ser feito pelo advogado, independentemente de ser simples ou com menções especiais, presencial ou por semelhança, desde que sejam cumpridos os requisitos previstos nos arts. 153º e ss., do Código do Notariado e realizado o registo informático previsto na Portaria 657-B/2006, de 29 de Junho.

«Em relação à autenticação de documentos particulares, trata-se da competência anteriormente atribuída ao notário pelo art. 363º, nº3, do Código Civil, que permite atribuir ao documento, nos termos do art. 377º do mesmo Código "a força probatória dos documentos autênticos, ainda que não os substituam quando a lei exija documento desta natureza para a validade do acto".

«O processo de autenticação dos documentos particulares encontra-se disciplinado nos arts. 150º e ss. do

Código do Notariado, exigindo-se assim que as partes confirmem o seu conteúdo perante o advogado (art. 150º, nº1, CN), o qual deve lavrar termo de autenticação (art. 150º, nº2, CN), o qual obedece aos requisitos previstos nos arts. 150º e 151º CN, devendo ainda ser efectuado o registo informático previsto na Portaria 657-B/2006, de 29 de Junho.

«Finalmente, compete ao advogado certificar, ou fazer e certificar, traduções, as quais devem obedecer aos requisitos previstos nos arts. 172º e ss., do Código do Notariado, cabendo-lhe também fazer o registo destes actos no referido sistema informático.».

B) RESPOSTA

Recapitulado o regime legal, é chegado o momento de responder à questão posta pela Conservatória do Registo Civil, Predial e Comercial de ... -- a saber, se é legal a realização por advogado de actos notariais relativamente aos quais o mesmo advogado seja parte ou beneficiário, directa ou indirectamente - sendo certo que a natureza da questão interessa à generalidade dos advogados.

Desde já antecipamos uma resposta negativa, aliás em sentido idêntico ao do parecer do CD.... Vejamos porquê.

a) Actos próprios de advogado?

A primeira averiguação consiste em tentar “situar” este tipo de actos relativamente aos actos que tradicionalmente constituem o escopo da advocacia. Será que integram o núcleo essencial de funções que caracteriza a profissão de advogado?

Nos termos do artº 1º, nºs 9 da Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto - para que remete o artº 61 nº 1 do actual Estatuto da Ordem -- os actos próprios dos advogados são os seguintes:

5 a

«(...)

5 - Sem prejuízo do disposto nas leis de processo, são actos próprios dos advogados e dos solicitadores:

- a) O exercício do mandato forense;
- b) A consulta jurídica.

6 - São ainda actos próprios dos advogados e dos solicitadores os seguintes:

- a) A elaboração de contratos e a prática dos actos preparatórios tendentes à constituição, alteração ou

extinção de negócios jurídicos, designadamente os praticados junto de conservatórias e cartórios notariais;

b) A negociação tendente à cobrança de créditos;

c) O exercício do mandato no âmbito de reclamação ou impugnação de actos administrativos ou tributários.

7 - Consideram-se actos próprios dos advogados e dos solicitadores os actos que, nos termos dos números anteriores, forem exercidos no interesse de terceiros e no âmbito de actividade profissional, sem prejuízo das competências próprias atribuídas às demais profissões ou actividades cujo acesso ou exercício é regulado por lei.

8 - Para os efeitos do disposto no número anterior, não se consideram praticados no interesse de terceiros os actos praticados pelos representantes legais, empregados, funcionários ou agentes de pessoas singulares ou colectivas, públicas ou privadas, nessa qualidade, salvo se, no caso da cobrança de dívidas, esta constituir o objecto ou actividade principal destas pessoas.

9 - São também actos próprios dos advogados todos aqueles que resultem do exercício do direito dos cidadãos a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade»

Por aqui se vê que a autenticação ou certificação de documentos e/ou o reconhecimento de assinaturas, não obstante serem actos que hoje já podem ser praticados por advogado, não integram o núcleo essencial de funções que tradicionalmente caracterizam a sua profissão. Tanto que não figuram entre os “actos próprios” dos advogados, acima elencados.

Dito por outras palavras, «a faculdade atribuída aos advogados de efectuar reconhecimentos por semelhança com menções especiais é meramente instrumental da sua função de advogado. A função do advogado é distinta da função notarial» (cfr. parecer aprovado em sessão do Conselho Geral de 17 de Dezembro de 2004 - Relator: Jaime Medeiros).

b) Garantia de fé pública notarial

Como é sabido, até há bem pouco tempo tais actos foram apanágio exclusivo dos tabeliães (primeiramente) e dos notários (mais tarde) munidos da independência que lhes conferia e confere o seu estatuto.

Nos países de notariado latino, o sistema jurídico caracteriza-se, basicamente, por ser de justiça preventiva, em que o Estado intervém logo aquando da titulação dos negócios jurídicos. Fá-lo através do oficial público que é o Notário, que, como delegatário que é da Fé Pública do Estado, confere autenticidade

aos documentos que elabora e aos actos que pratica ou em que intervém.

Só no final do século XIX foi o tabelionato substituído, no nosso país, pelo notariado moderno, função pública exercida por juristas especializados, então profissionais liberais.

Em 1949, os notários portugueses passaram a ser funcionários públicos, quer quanto à função, quer quanto à relação jurídico-laboral, uma vez que passaram a exercer a sua actividade como funcionários do Estado e por este remunerados, embora em moldes significativamente diferentes da generalidade dos funcionários públicos.

O primeiro diploma legislativo que consagrava a liberalização do notariado português foi aprovado em 1995, mas foi objecto de veto presidencial.

O Governo seguinte voltou a consagrar a privatização do notariado como um das reformas a concretizar, tendo sido constituída para o efeito uma comissão ad hoc, presidida pelo Prof. João Caupers, de cujos trabalhos resultou um pacote legislativo que acabou por ser aprovado em 1999 pela Assembleia da República, na generalidade.

O caminho da privatização e da modernização do notariado foi retomado pelo Governo Português, com o pacote legislativo publicado em 2004, mormente os Decretos-Leis n.º 26/2004 e n.º 27/2004, ambos de 4 de Fevereiro, que aprovam, respectivamente, o Estatuto do Notariado e o Estatuto da Ordem dos Notários, nos quais o Estado Português deu expressão legal à reforma e à modernização do notariado português, convidando os notários a trocar o funcionalismo público pela iniciativa privada.

Em 2005, e de um momento para o outro, Portugal passou, assim, a dispor dos primeiros notários profissionais liberais, em que a tradicional relação funcionário público/utente passou a estar em “concorrência” com a relação prestador de serviço/cliente.

Mas mesmo quando é um profissional liberal, o notário só tem razão de existir porque é um oficial público que representa o Estado e, em nome deste, assegura o controlo da legalidade, conforma a vontade das partes à lei e dá garantia de autenticidade aos actos em que intervém, como delegatário da fé pública – a qual é uma prerrogativa exclusiva do Estado.

A modernidade e o desenvolvimento tecnológico, bem como o uso dos meios que são proporcionados por essa via, não são incompatíveis com a preservação das mais profundas tradições jurídicas – da segurança tabelionar -- de que o notariado e os notários são exemplo.

Bem pelo contrário, a segurança jurídica que os notários garantem é, agora mais que nunca, um valor essencial à tranquilidade das transacções imobiliárias e do comércio jurídico em geral.

Actuando de forma independente, imparcial e por livre escolha dos interessados, o notário - simultaneamente, oficial público pelas funções públicas que exerce e profissional liberal pela forma como presta o seu serviço - confere autenticidade aos documentos, para além de dar forma legal à vontade das partes, conformar a vontade das partes à da lei e, finalmente, controlar e assegurar a legalidade.

Não é pois por mero acaso - mas por manifestas razões de segurança jurídica -- que os notários, historicamente, nunca foram trabalhadores por contra de outrem mediante contrato de trabalho subordinado, mas sempre foram funcionários públicos ou profissionais liberais.

Sendo assim, a ratio inspiradora e a disciplina que deverá nortear a prática de tais actos por Advogados deverá buscar-se não apenas, nem tanto, nas regras da advocacia mas também, e sobretudo, nas regras que disciplinam a prática desses actos pelos “notários”.

Tanto assim que ao investir os Advogados em certos actos típicos da função notarial o legislador teve o cuidado de lhes mandar aplicar a disciplina da lei notarial.

Desde logo o art. 38º, nº 1, do DL 76-A/2006, de 29/Março, no que tange aos impedimentos do advogado em relação aos actos notariais que tem competência para praticar, dispõe que:

“...os advogados ...podem fazer reconhecimentos simples e com menções especiais, presenciais e por semelhança, autenticar documentos particulares, certificar ou fazer e certificar, traduções de documentos nos termos previstos na lei notarial...”.

Sublinhámos “nos termos previstos na lei notarial” para evidenciar que o regime jurídico dos actos notariais dos advogados está sujeito à disciplina da lei notarial, nomeadamente o Código do Notariado.

De outra forma dar-se-ia azo a um sistema incongruente, que deixaria entrar pela janela o perigo que quis deixar ficar à porta.

Afinal, é essa mesma segurança jurídica que deve continuar a ser acautelada, independentemente da autenticação, da certificação de documentos ou do reconhecimento de assinaturas serem feitos por Notários ou por Advogados.

c) Proibição de certificação pelo interessado no acto

Sucedem que o nº 1 do art. 5º do Código do Notariado dispõe:

“1- O notário não pode realizar actos em que sejam partes ou beneficiários, directos ou indirectos, quer ele

próprio, quer o seu cônjuge ou qualquer parente ou afim na linha recta ou em 2º grau da linha colateral.”

Deste dispositivo legal, conjugado com o art. 38º, nº 1, do DL 76-A/2006, resulta com meridiana clareza que o impedimento se aplica a qualquer advogado que pretenda realizar acto notarial de que seja parte ou beneficiária, directa ou indirectamente, e a razão é simples: não estarem nesse caso asseguradas as garantias mínimas de rigor, isenção e fidelidade.

Em sentido próximo do exposto, já se havia pronunciado o Acórdão da Relação de Évora, de 07-07-2005, em www.dgsi.pt, cujo sumário passamos a transcrever:

“1 - O advogado subscritor da petição inicial, mandatário do A. e representante dos seus interesses, não pode traduzir, ele próprio, documentos e a certificar a sua própria tradução, e destinados a fazer prova no processo que patrocina, por não estarem asseguradas as garantias mínimas de rigor, isenção e fidelidade.”

“2 - As limitações e incompatibilidades impostas aos notários, são aplicáveis, mutatis mutantis, à actividade de tradução e reconhecimento de documentos, exercida pelos Sr.s Advogados, nos termos do disposto nos arts. 5º nº1 e 6º do DL nº 237/01.”

E o Conselho Distrital de Évora voltou a pronunciar-se no mesmo sentido no parecer E-10/07 junto a fls, 4 com o qual se concorda.

Em sentido semelhante, vide parecer 15/PP/2008 do Conselho Geral do qual também fomos relator.

Assim, entendo que o Conselho Geral, ao abrigo das alºs d) e i) do artº 54, nº 1, do EOA - como orientação geral e uniforme a seguir pelos demais órgãos da Ordem dos Advogados - deverá deliberar nos seguintes termos:

«A prática por advogado de actos notariais (nomeadamente de certificação da conformidade de fotocópias com os documentos originais, ou de reconhecimento de assinaturas, ou de autenticação de documentos particulares, ou certificação de traduções de documentos) relativamente aos quais sejam partes ou beneficiários, directos ou indirectos, quer o próprio advogado quer o seu cônjuge ou qualquer parente ou afim na linha recta ou em 2º grau da linha colateral, não é compatível com as garantias mínimas de rigor e isenção que devem presidir aos actos notariais, para além de violar o nº 1 do art. 5º do Codº Notariado, ex vi do art. 38º, nº 1, do DL 76-A/2006, de 29/Março».

Tal é, salvo melhor juízo, o nosso parecer.

Lisboa, 19 de Maio de 2010.

A próxima reunião do CG.

Relator: João Loff Barreto Topo

Fonte: <http://www.oa.pt>