

O NOTÁRIO NAS ORDENAÇÕES FILIPINAS

André Ribeiro Jeremias

Sumário – Introdução: § 1. Objeto do trabalho; § 2. Relevância do tema: (1) As Ordenações Filipinas; (2) A função notarial; § 3. A abordagem da matéria. Parte 1: Contexto e teor das Ordenações Filipinas: § 4. A cultura jurídica em Portugal; § 5. O modelo de organização política: (1) O modelo senhorial; (2) A amplitude dos poderes; § 6. A estruturação da justiça; § 7. O direito local; § 8. As Ordenações: (1) Compreensão geral; (2) Ordenações Afonsinas; (3) Ordenações Manuelinas; (4) Ordenações Filipinas; § 9. O exaurimento do modelo local. Parte 2: O notário nas Ordenações: § 10. A importância do notário; § 11. A função do notário; § 12. Considerações formais sobre a escritura: (1) Conteúdo formal do ato notarial; (2) Prova pelo ato notarial e sua falsidade; § 13. Escrituras em espécie: venda e compra; § 14. Escrituras em espécie: testamento. Conclusões. Bibliografia.

Introdução

§ 1. Objeto do trabalho

Esta produção aborda a função notarial no contexto das Ordenações Filipinas.

§ 2. Relevância do tema

(1) *As Ordenações Filipinas.* As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até a entrada em vigor do Código Civil. Suas disposições sobre a matéria em estudo serviram de inspiração para o ordenamento jurídico que a sucedeu, conforme veremos.

(2) *A função notarial.* Já a função notarial tem a importância de ser um dos principais vetores da realização espontânea do direito. Ganha relevo especial em culturas jurídicas de tradição romano-germânica, em que se desenvolveu o modelo notarial latino, presente em países como França, Alemanha, Itália e todos os países da América do Sul.

Nestes locais, o notário não é um amanuense, um copista; mas um cientista do Direito, cuja missão é promover a paz através da disseminação não-contenciosa de valores jurídicos. Para se desincumbir de sua tarefa, o notário ouve as partes e produz uma fórmula que lhes garante o alcance de seus objetivos.

§ 3. Abordagem da matéria

A fim de que exista a correta compreensão do fenômeno notarial e da transmissão imobiliária na época das Ordenações Filipinas, entendemos ser útil estabelecer conceitos atinentes à época e ao diploma normativo de que tratamos.

Dessa maneira, evitaremos precipitações e retroprojeções indesejadas, que poluem a compreensão de circunstâncias históricas.

Em seguida, analisaremos algumas regras que norteavam o exercício da profissão do notário, regras formais de execução das escrituras, a escritura como instrumento probatório e dois instrumentos de grande importância social: a escritura de venda e compra e o testamento.

Parte 1. Contexto e teor das Ordenações Filipinas

§ 4. A cultura jurídica em Portugal

No início do século XVII – período da entrada em vigor das Ordenações Filipinas -, em Portugal, o direito culto, praticado por países como a França, preenchia a necessidade de regulação em matérias como contratos, direito das coisas etc¹, vez que o direito nacional lidava predominantemente de temas como relações entre poderes, organização dos serviços públicos etc.

Na medida em que os estudantes e os aplicadores do Direito recebiam influências do Direito romano e canônico, afastavam-se das soluções do direito nacional, razão pela qual a literatura suplanta a lei em importância na tarefa de conhecer o direito pré-moderno vigente em Portugal.²

§ 5. O modelo de organização política

(1) *Modelo senhorial.* O modelo de organização política era senhorial, não feudal, eis que os vassallos portavam deveres gerais de fidelidade, que não apontavam necessariamente para a execução de serviços específicos.³ Além disso, em contraste ao conteúdo desta relação no regime feudal, o donatário exercia a jurisdição em nome do rei, que, assim, poderia revogá-la.⁴ Por fim, outro ponto de distinção entre o modelo senhorial e o feudal reside no fato de as doações senhoriais carecerem de confirmação periódica. No momento desta ratificação, o rei reavaliava a fidelidade do senhor a ele⁵.

(2) *Amplitude dos poderes.* Em que pese a amplitude de poderes restrita, se comparada com a época feudal, os recebedores do senhorio detinham o domínio da jurisdição (dizer o direito) e do império (uso da força)⁶. Além destes poderes, podiam, conforme o caso, dispor também das << regalias >>, que eram direitos reais sobre bens da coroa (também chamados << Reguengos >>)⁷.

¹ A. M. Hespanha, *O direito dos letrados no império português*, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2006, pp. 140.

² Cf. A. M. Hespanha, *O direito dos letrados no império português*, cit. (nota 1. supra), pp. 140.

³ Cf. A. M. Hespanha, *O direito dos letrados no império português*, cit. (nota 1. supra), pp. 287.

⁴ Cf. A. M. Hespanha, *O direito dos letrados no império português*, cit. (nota 1. supra), pp. 302.

⁵ Cf. A. M. Hespanha, *O direito dos letrados no império português*, cit. (nota 1. supra), pp. 321.

⁶ Cf. A. M. Hespanha, *O direito dos letrados no império português*, cit. (nota 1. supra), pp. 290.

⁷ M. P. Merêa, *Resumo de história do direito português*, Coimbra editora, 1925, pp. 41.

Tais direitos eram muito variados. Dentre eles, a título de observação, podemos citar: a criação de magistrados e oficiais, a autorização de duelos, a cunhagem de moeda etc⁸.

Estas regalias seguiam a regra da especificidade dos direitos reais. Por essa razão, uma doação de propriedade em termos gerais, sem especificação de poderes, não incluía todos os possíveis. Por exemplo, uma doação de mero império (uso da força em benefício público) não incluía o misto império (uso da força em benefício particular)⁹.

Com relação à terra, a propriedade sobre ela era, via de regra, vitalícia, indivisível e passava ao primogênito.¹⁰

§ 6. A estruturação da justiça

Os *Concelhos* traduziam-se nas comunidades locais que legislavam sobre diversas questões que não constituíssem regalias - matérias reservadas ao rei.¹¹ Outra função destes órgãos era a jurisdição, exercida em maioria por um ou mais magistrados leigos de eleição popular. Tais pessoas, que não tinham carreira, compartilhavam a função com juízes técnicos e estatais, chamados << de fora >>.

Os *Concelhos* abrigavam também os vereadores. Assim como os magistrados, eram eleitos a partir de uma lista elaborada por 6 pessoas escolhidas pela elite. Aqueles mais encontrados para a << pauta >>. A partir daí, sucedia o sorteio com << pelouros >> (bolinhas de cera com o nome do candidato).¹²

Sem embargo da autonomia na cobrança de tributos, os *Concelhos* subordinavam-se ao *Desembargo do Paço*, formado por corregedores, os quais fiscalizavam o cumprimento da lei, com o que promoviam a união dos sistemas locais com a *Coroa*.¹³

Essa atividade de encadeamento do poder local com o central também era executada pelo *Alcaide*.¹⁴

⁸ Cf. A. M. Hespanha, *O direito dos letrados no império português*, cit. (nota 1. supra), pp. 292-293.

⁹ Cf. A. M. Hespanha, *O direito dos letrados no império português*, cit. (nota 1. supra), pp. 308-310.

¹⁰ Cf. A. M. Hespanha, *O direito dos letrados no império português*, cit. (nota 1. supra), pp. 316.

¹¹ Cf. A. M. Hespanha, *O direito dos letrados no império português*, cit. (nota 1. supra), pp. 252.

¹² Cf. A. M. Hespanha, *O direito dos letrados no império português*, cit. (nota 1. supra), pp. 257.

¹³ Cf. A. M. Hespanha, *O direito dos letrados no império português*, cit. (nota 1. supra), pp. 268.

¹⁴ Cf. M. P. Merêa, *Resumo de história do direito português*, cit. (nota 7. supra), pp. 47.

Fechando o sistema de administração da justiça, havia a *Casa da Suplicação*: o tribunal superior do Reino que acompanhava a *Corte*. Seus membros encarregavam-se de produzir assentos, ou seja, interpretações do *Regedor* ou do *Rei*, produzidas para espancar dúvidas dos desembargadores.

§ 7. O direito local

Como dito acima, os *Concelhos* produziam o direito local (estatutos, posturas, costumes ou foros), que abarcava leis civis, criminais, políticas, administrativas e processuais relevantes ao governo e à vida do município.¹⁵

Levando em conta esse corpo legislativo local, havia uma expectativa de que a *Coroa* o respeitasse. Dessa forma, o corregedor não podia revogar a lei, mas apenas o *Rei*, se e quando ela provocasse prejuízo ao povo.¹⁶

Apesar da autonomia local, certas matérias não podiam ser reguladas por leis municipais: tributos, leis gerais e direitos já concedidos.¹⁷

§ 8. As Ordenações

(1) *Compreensão geral.* As ordenações consistiram em empreendimento de sistematização precursor na Europa.¹⁸

Dentre suas causas estão os pedidos feitos em cortes por uma coletânea do direito vigente, que refreasse desordens produzidas pela dispersão de normas.¹⁹ Com efeito, o mosaico de referências normativas (forais, direito romano, canônico, leis régias etc) ensanchava dúvidas e contentas.²⁰

Embora tal consideração genérica seja verdadeira, também o é que cada ordenação teve motivações particulares.

¹⁵ Cf. M. P. Merêa, *Resumo de história do direito português*, cit. (nota 7. supra), pp. 52.

¹⁶ Cf. A. M. Hespanha, *O direito dos letrados no império português*, cit. (nota 1. supra), pp. 253.

¹⁷ Cf. A. M. Hespanha, *O direito dos letrados no império português*, cit. (nota 1. supra), pp. 253-254.

¹⁸ I. M. P. Velasco, *Ordenações do Reino de Portugal*, Revista da Faculdade de Direito Usp, São Paulo, 89ª ed., 1994, pp. 17.

¹⁹ M. J. de A. Costa, *História do direito português*, Almedina, 3ª ed., pp. 273.

²⁰ Cf. I. M. P. Velasco, *Ordenações do Reino de Portugal*, cit. (nota 19. supra), pp. 17.

(2) *Ordenações Afonsinas*. A intenção das Ordenações Afonsinas foi atualizar e sistematizar o direito. Seu estilo principal é compilatório: cita a fonte na íntegra e, depois, informa como ela deve ser entendida²¹.

Estas ordenações colocavam no mesmo plano as *Leis do Reino* e os *Costumes*, ambas consideradas fontes imediatas. Apenas se não fosse possível que elas resolvessem a questão, recorria-se ao direito subsidiário.

Aí, em primeiro plano, ficavam o *Direito Romano* e o *Canônico*. Em questões de natureza temporal, usava-se o primeiro, a não ser que de sua utilização resultasse pecado (“*ratio peccati*”). Um exemplo disso era a usucapião de má-fé, não admitida pelo direito canônico, apesar de a questão ter natureza temporal. Depois, aplicavam-se as glosas de *Acúrsio* e as opiniões de *Bártolo*. Em seguida, como terceira fonte, a *Resolução do Monarca*.²²

(3) *Ordenações Manuelinas*. As Ordenações Manuelinas derivaram da vaidade do monarca e da necessidade de unificar o direito sob a linha do *Direito Romano*, contrariando o poder emergente dos *foraes*, que retratava o poder disperso dos senhores.²³

Elas adotaram como estilo principal o decretório, em que já se fazia um esforço de abstração.²⁴ Em outras palavras, diferentemente das *Afonsinas*, não eram mera compilação de leis (registro prático para a aplicação do direito vigente), mas refletiam um avanço no destilo decretório, dando ao seu teor um cunho mais hipotético.²⁵

(4) *Ordenações Filipinas*. No plano econômico, Portugal passou, de 1495 a 1750, por um período de estabilização do Estado, em que a expansão ultramarina enriqueceu a coroa.²⁶ No cenário político, os Filipes eram reis de Portugal ao mesmo tempo em que os eram da Espanha. Todavia, comprometeram-se a não anexar os dois reinos, razão pela qual a união entre eles foi pessoal, ou seja, havia um rei com dois tronos²⁷.

²¹ Cf. M. J. de A. Costa, *História do direito português*, cit. (nota 20. supra), pp. 276.

²² Cf. M. J. de A. Costa, *História do direito português*, cit. (nota 20. supra), pp. 311-313.

²³ F. C. Pontes de Miranda, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro, Forense, Rio de Janeiro*, pp. 65.

²⁴ Cf. M. J. de A. Costa, *História do direito português*, cit. (nota 20. supra), pp. 284.

²⁵ Cf. I. M. P. Velasco, *Ordenações do Reino de Portugal*, cit. (nota 19. supra), pp. 22.

²⁶ M. Caetano, *História do direito português*, volume I, Editorial Verbo, pp. 31.

²⁷ Cf. M. Caetano, *História do direito português*, cit. (nota 27. supra), pp. 32.

No plano jurídico, após um período de codificação (consistente nas Ordenações Manuelinas), sobreveio uma copiosa legislação extravagante, que se avolumou, fazendo surgir o anseio por uma nova compilação.²⁸

Além disso, os reis espanhóis quiseram – com as Ordenações Filipinas - demonstrar respeito às instituições portuguesas e empenho em atualizá-las dentro da tradição jurídica do país.²⁹

O texto ficou pronto em 1595, mas somente no reinado de Filipe II, em 11 de janeiro de 1603, iniciou-se a vigência, a mais duradoura de um diploma legislativo português. No Brasil, vigorou até 1916, com o Código Civil. Em Portugal, até o Código Civil de 1867.³⁰

Vale notar que o artigo 83 da Constituição Brasileira da República manteve as Ordenações Filipinas em vigor, porém dispôs que onde fossem incompatíveis com a cultura jurídica nacional brasileira (morte civil, distinção entre filhos de nobre e de peão etc), estavam implicitamente revogadas.³¹

Em sua estrutura, continuou a divisão em cinco livros, subdivididos em títulos e parágrafos. Não há diferenças fundamentais quanto ao conteúdo dos livros, visto que a preocupação foi revisar e atualizar as Ordenações Manuelinas.³² Tratou da nacionalidade pela primeira vez.³³ Revogou todas as normas legais não incluídas na compilação, com poucas exceções.³⁴

Como dito, o propósito do monarca não era inovar, razão pela qual muitas disposições em desuso não foram extirpadas; e houve aditamentos de novas disposições que colidiam com antigas e diversos trechos com falta de clareza. Por esses motivos, a expressão << filipismo >> passou a ser usada pela população para designar << falta de originalidade >>.³⁵

A primeira edição brasileira datou de 1870 e correspondeu à 14ª tiragem em Portugal.³⁶

²⁸ Cf. I. M. P. Velasco, *Ordenações do Reino de Portugal*, cit. (nota 19. supra), pp. 23.

²⁹ Cf. M. J. de A. Costa, *História do direito português*, cit. (nota 20. supra), pp. 289.

³⁰ Cf. M. J. de A. Costa, *História do direito português*, cit. (nota 20. supra), pp. 289.

³¹ Cf. F. C. Pontes de Miranda, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, cit. (nota 23. supra), pp. 67.

³² Cf. M. J. de A. Costa, *História do direito português*, cit. (nota 20. supra), pp. 289-290.

³³ Cf. M. J. de A. Costa, *História do direito português*, cit. (nota 20. supra), pp. 290.

³⁴ Cf. M. J. de A. Costa, *História do direito português*, cit. (nota 20. supra), pp. 291.

³⁵ Cf. M. J. de A. Costa, *História do direito português*, cit. (nota 20. supra), pp. 291-292.

³⁶ Cf. M. J. de A. Costa, *História do direito português*, cit. (nota 20. supra), pp. 293.

Nas Ordenações Filipinas, o problema da subsidiariedade do direito passou a ser tratado no << Processo >>, pois deixou de ser um problema moral entre Igreja e Estado e tornou-se uma questão meramente técnica.³⁷

Ainda existia no âmbito de aplicação do direito subsidiário o requisito do pecado. Porém, no que diz respeito às glosas de *Acúrsio* e às opiniões de *Bártolo*, havia a necessidade de que tais fontes passassem pelo crivo da << comum opinião dos doutores >> antes de serem utilizadas na disputa.³⁸

§ 9. O exaurimento do modelo local

Com visão pejorativa das Ordenações, *Pombal* tentou construir uma sociedade regida por normas abstratas, visando ao interesse geral e disciplinada por um único poder central. Sua visão dos *Concelhos* também era negativa, pois, para ele, a administração era movida por interesses particulares, dominada pelo arbítrio e pelo irracionalismo privado das luzes.³⁹

Parte 2. O notário nas Ordenações

§ 10. A importância do notário

Os tabeliães de notas davam fé aos negócios privados, embora a maioria não fosse escrita. Além disso, difundiam em fórmulas escritas a cultura jurídica local.⁴⁰ Como função complementar, deviam publicar e ler as leis ao povo dentro da frequência determinada pelo monarca.⁴¹

Eram verdadeiros centros de poder da época, assessores de magistrados e consultores de particulares.

As escrituras eram distribuídas entre os tabeliães do *Concelho*⁴², para evitar que a concorrência entre eles promovesse angariação de clientes contrárias à deontologia e ao interesse geral.⁴³

³⁷ Cf. M. J. de A. Costa, *História do direito português*, cit. (nota 20. supra), pp. 314.

³⁸ Cf. M. J. de A. Costa, *História do direito português*, cit. (nota 20. supra), pp. 314.

³⁹ Cf. A. M. Hespanha, *O direito dos letrados no império português*, cit. (nota 1. supra), pp. 272.

⁴⁰ Cf. A. M. Hespanha, *O direito dos letrados no império português*, cit. (nota 1. supra), pp. 262.

⁴¹ Cf. M. J. de A. Costa, *História do direito português*, cit. (nota 20. supra), pp. 259.

⁴² *Ordenações Filipinas*, Livro 1, Título 85.

§ 11. A função do notário

Para as Ordenações, o notário é empregado público, a quem cabe escrever os contratos⁴⁴.

Somente o rei poderia criar os cargos, que poderiam ser providos pelo donatário, a quem cabia reclamar ao soberano quando precisasse de notários.⁴⁵

O ingresso na função dava-se por exame a ser realizado no Desembargo do Paço.⁴⁶ Entretanto, para começar a exercê-la, precisavam os notários prestar caução.⁴⁷

Deveriam ter um sinal público difícil de imitar⁴⁸.

Em dessemelhança ao que ocorre hoje, em que há um regimento estatal de custas, tinham autonomia emolumentar.⁴⁹

Era de sua responsabilidade cuidar do livro de notas e observar seus requisitos formais de escrituração.⁵⁰

Deveria fazer inventário dos livros que recebia para não se responsabilizar pelos descuidos de seu antecessor.^{51 52}

Sua idade mínima deveria ser de 25 anos e precisava casar-se em dois anos a partir da investidura, sob pena de perda de delegação.⁵³

Era mister que fosse desinteressado, verdadeiro, diligente e perito.⁵⁴

O notário carecia ser versado em gramática, para que não produzisse textos passíveis de dúvidas. Se não fosse versado em Direito, deveria enviar um assunto a um letrado, para que fizesse a minuta.^{55 56}

⁴³ Cf. A. M. Hespanha, *O direito dos letrados no império português*, cit. (nota 1. supra), pp. 262.

⁴⁴ *Ordenações Filipinas*, Livro 2, Título 45, § 15.

⁴⁵ J. H. C. Telles, *Manual do tabelião*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1850, pp. 5.

⁴⁶ Cf. J. H. C. Telles, *Manual do tabelião*, cit. (nota 43. supra), pp. 6.

⁴⁷ Cf. J. H. C. Telles, *Manual do tabelião*, cit. (nota 43. supra), pp. 7.

⁴⁸ *Ordenações Filipinas*, Livro 1, Título 1, § 44; Livro 1, Título 90, § 1 e Livro 1, Título 97, § 5.

⁴⁹ *Ordenações Filipinas*, Livro 1, Títulos 78, 80 e 90.

⁵⁰ *Ordenações Filipinas*, Livro 1, Título 78, § 4.

⁵¹ Cf. J. H. C. Telles, *Manual do tabelião*, cit. (nota 43. supra), pp. 9.

⁵² Interessante notar que essa disposição, de utilidade inegável, faz falta nos tempos hodiernos, em que surgem diversas discussões sobre o tema entre o notário interino e aquele que vai substituí-lo em razão de aprovação em concurso público.

⁵³ *Ordenações Filipinas*, Livro 1, Título 94, §§ 25 e 42.

⁵⁴ *Ordenações Filipinas*, Livro 3, Título 60, § 3.

⁵⁵ Cf. J. H. C. Telles, *Manual do tabelião*, cit. (nota 43. supra), pp. 12.

⁵⁶ Tal disposição não encontra guarida no estágio atual de compreensão da função, vez que ela é dotada de natureza científica. Em que pese essa ordem de ideias, é inegável ser um problema que o notário não possa servir-se de sócios – como ocorrem em escritórios de advocacia – para auxílio em temas de naturezas diversas, que exigem especialização nos estudos.

Ao contrário do senso comum, não podiam vender ou deixar para os filhos a delegação, salvo com permissão do rei.⁵⁷

Havia um tratamento quase isonômico entre os tabeliães judiciais e extrajudiciais.^{58 59}

§ 12. Considerações formais sobre a escritura

(1) *Conteúdo formal do ato notarial.* O Livro 1, Títulos 78 a 80, contém regras interessantes sobre o exercício da função notarial. Ainda hoje, no dia a dia do notário, é possível reconhecer tais ordens como se fossem atuais, tamanha a similitude delas com as que observa no presente.

Às escrituras davam-se o nome de carta. Daí a origem do termo << cartório >>.⁶⁰ Como hoje, nelas as abreviaturas foram proibidas.⁶¹

O controle de legalidade prévio do conteúdo dos atos notariais era realizado de maneira formal, através do elenco de cláusulas proibidas. Diante de algumas delas, o notário seria punido. Por exemplo, a cláusula depositária, em que a parte somente poderia discutir em juízo após o depósito de certa quantia; ou a cláusula em que renunciavam à citação.⁶²

Outras cláusulas eram vedadas, mas não provocavam punição do notário.⁶³ Exemplo é a cláusula de renúncia de ação de lesão contratual.⁶⁴ Outra é a renúncia ao direito de revogar doação por ingratidão do donatário.⁶⁵

(2) *Prova pelo ato notarial e sua falsidade.* O Livro 3, Título 59, das Ordenações Filipinas, elenca as provas que se fazem por instrumento público. Dentre elas, todas as avenças sobre bens de raiz e sobre bens móveis com valores superiores a 200 mil reis.⁶⁶

⁵⁷ *Ordenações Filipinas*, Livro 1, Título 96, §2; Livro 2, Título 28; e Livro 4, Título 97, §12.

⁵⁸ *Ordenações Filipinas*, Livro 1, Título 79.

⁵⁹ Tal tratamento pode justificar a posição de inferioridade funcional que o notário porta hoje em relação aos juízes corregedores, em que pese a natureza científica da função, garantida pela Lei n. 8.935/94.

⁶⁰ *Ordenações Filipinas*, Livro 1, Título 78, §§ 10 e 14.

⁶¹ *Ordenações Filipinas*, Livro 1, Título 78, §5.

⁶² Cf. J. H. C. Telles, *Manual do tabelião*, cit. (nota 43. supra), pp. 18.

⁶³ *Ordenações Filipinas*, Livro 4, Título 13, § 9.

⁶⁴ Cf. J. H. C. Telles, *Manual do tabelião*, cit. (nota 43. supra), pp. 19.

⁶⁵ *Ordenações Filipinas*, Livro 4, Título 63, §10.

⁶⁶ J. B. G. Cerne, *Ordenações em Vigor – Estudos sobre o Código Philippino na nossa atualidade*, Empreza Editora, 1897, pp. 197.

Porém, não somente a escritura preenchia o requisito da publicidade instrumental, uma vez que havia documentos que também faziam fé por conta da autoridade da função.⁶⁷

As pessoas poderiam, na tentativa de burlar a regra da necessidade de instrumento público em função do valor, fixar o valor da causa - de maneira artificial - abaixo do mínimo legal. Em atenção a essa possibilidade, o texto previa que essas pessoas não deviam ser ouvidas.⁶⁸

Havia escrituras suspeitas, seja pela qualidade pessoal do notário (notário suspeito), sejam pelos sinais gráficos de entrelinhas e emendas, que precisavam ser confirmadas pelas testemunhas.⁶⁹

Diante da possibilidade de perda da escritura e da impossibilidade de se conseguir outra via, a prova poderia ser suprida por testemunhas, desde que fossem << homens discretos e entendidos >>, que pudessem expressar o teor do documento.⁷⁰

Se houvesse dúvidas acerca da veracidade do teor das escrituras, as testemunhas somente seriam chamadas a ratificar seu conteúdo quando o notário houvesse sido pego em falso anteriormente.⁷¹

O notário pego em falsidade nos seus atos respondia com pena de morte e de perdimento de todos os bens para a *Coroa*.⁷²

§ 13. Escrituras em espécie – Venda e compra

Os elementos essenciais da venda e compra – coisa, preço e consentimento – já estavam nas Ordenações Filipinas e sobrevivem até hoje. Além deles, o recolhimento do imposto de transmissão – também chamado *siza* – era requisito de validade da escritura.^{73 74}

⁶⁷ Cf. J. B. G. Cerne, *Ordenações em Vigor – Estudos sobre o Código Philippino na nossa atualidade*, cit. (nota 58. supra), pp. 202.

⁶⁸ Cf. J. B. G. Cerne, *Ordenações em Vigor – Estudos sobre o Código Philippino na nossa atualidade*, cit. (nota 58. supra), pp. 204.

⁶⁹ Cf. J. B. G. Cerne, *Ordenações em Vigor – Estudos sobre o Código Philippino na nossa atualidade*, cit. (nota 58. supra), pp. 207.

⁷⁰ Cf. J. B. G. Cerne, *Ordenações em Vigor – Estudos sobre o Código Philippino na nossa atualidade*, cit. (nota 58. supra), pp. 209.

⁷¹ *Ordenações Filipinas*, Livro 3, Título 60, §3.

⁷² *Ordenações Filipinas*, Livro 5, Título 53.

⁷³ *Ordenações Filipinas*, Livro 1, Título 78, § 14.

⁷⁴ À época não havia um sistema de registros públicos. Quando ele surgiu, o legislador pátrio optou por adotar parcialmente o sistema germânico de transmissão, por meio do qual ela ocorre com o registro do

Já há no texto a noção de necessidade de preço certo.⁷⁵ Aliás, o preço devia ser *justo*. Se menor do que a metade comum e de geral estimação, ocorria automaticamente a lesão enorme. Se menor do que a quarta parte, sucedia a nulidade.

Também constava do texto legal a possibilidade de manifestação separada de vontade entre vendedor e comprador, algo raramente praticado ainda hoje por notários, porém muito útil, posto que traz facilidades práticas à vida das pessoas⁷⁶.

A mulher deveria consentir na alienação de bens de raiz, regra que permanece nos dias atuais, salvo no regime da separação total.⁷⁷

A venda de ascendentes a descendentes era nula.⁷⁸

Coisa penhorada não pode ser vendida.^{79 80}

Por conta da ausência da noção de prioridade decorrente de protocolo no registro, vez que nem este existia, havia a possibilidade de a coisa ser vendida a duas pessoas. Neste caso, o critério de preferência era a entrega da posse.^{81 82}

Nas vendas que envolvessem menores, já havia a necessidade de interferência do magistrado.⁸³

§ 14. Escrituras em espécie – Testamento

O testamento tinha seis testemunhas,⁸⁴ sendo que o notário era considerado a sexta testemunha.⁸⁵

contrato. Assim, estranhamente sobrevive ainda hoje a necessidade de recolhimento do imposto na escritura, em que pese o fato gerador dar-se em momento posterior.

⁷⁵ *Ordenações Filipinas*, Livro 4, Título 1.

⁷⁶ *Ordenações Filipinas*, Livro 4, Título 1, §1.

⁷⁷ *Ordenações Filipinas*, Livro 4, Título 48.

⁷⁸ *Ordenações Filipinas*, Livro 4, Título 12.

⁷⁹ *Ordenações Filipinas*, Livro 4, Título 10 e Livro 3, Título 86, §1.

⁸⁰ Essa solução não garante a segurança do comprador, pois não havia um sistema de registros públicos, ele contava apenas com a boa-fé do vendedor para saber que a coisa não poderia ser vendida.

⁸¹ *Ordenações Filipinas*, Livro 4, Título 7.

⁸² Mas essa solução não era satisfatória, pois nem sempre a entrega da posse era física, real. Ocorria, muitas vezes, com o constituto possessório, através de cláusula na escritura, traduzindo-se em entrega ficta. Assim, duas escrituras contraditórias poderiam conter a entrega ficta da posse, sem que se resolvesse o problema. Talvez a jurisprudência da época seguisse o critério prioridade da entrega real, ou da antiguidade da escritura.

⁸³ *Ordenações Filipinas*, Livro 1, Título 88, §§ 25 e 28.

⁸⁴ Cf. J. B. G. Cerne, *Ordenações em Vigor – Estudos sobre o Código Philippino na nossa atualidade*, cit. (nota 58. supra), pp. 401.

⁸⁵ Talvez por isso existam tantos testamentos antigos em que os prepostos do notário são testemunhas. Hoje isso não é desejável, pois esvazia o próprio conceito do termo, já que o notário é testemunha técnica, responsável pela redação. Quem age em seu nome não preenche o requisito legal da prova testemunhal.

Uma disposição que consta do texto das Ordenações Filipinas – referente à impossibilidade de assinatura da escritura pelo testador – chama a atenção pela sua aproximação com a construção linguística atual: << *Não sabendo ou não podendo assinar, assinará por ele uma das testemunhas, qual logo dirá ao pé do sinal, que assina por mandado do testador* >>.

De acordo com o Livro 4, Título 81, os *varões* maiores de 14 anos e as *fêmeas* maiores de 12 podiam fazer testamento.

Os surdos e os mudos não podiam fazer testamentos.⁸⁶

De acordo com o Título 82 do Livro 4, a legítima recaía sobre 2/3 do montante hereditário, deixando ao testador a liberdade sobre somente 1/3. Já havia também disposições sobre a redução das disposições testamentárias, caso a legítima fosse vulnerada, pois, na ausência de justa causa, considerava-se que não houvera intenção de deserdação.⁸⁷

O Título 84 do Livro 4 trata de disposições sobre a liberdade de testar. Aquele que tentasse coagir o testador, perdia a deixa.⁸⁸ Se alguém tentasse impedir outrem de fazer testamento, o juiz poderia ser avisado e mandaria o notário à casa do testador para colher suas manifestações de vontade.⁸⁹

Conclusões

O estudo das Ordenações Filipinas, a par do interesse histórico, fornece uma grande oportunidade para que o interessado na pesquisa da função notarial compreenda melhor sua função, desfaça preconceitos e reflita sobre soluções criativas para problemas atuais.

(1) *Compreensão da função.* O notário ainda não obteve no Brasil o grau de reconhecimento e compreensão que já conquistou na Europa, especialmente na França e na Alemanha. As Ordenações apontam talvez para as explicações disso. Por exem-

⁸⁶ Cf. J. B. G. Cerne, *Ordenações em Vigor – Estudos sobre o Código Philippino na nossa atualidade*, cit. (nota 58. supra), pp. 404.

⁸⁷ Cf. J. B. G. Cerne, *Ordenações em Vigor – Estudos sobre o Código Philippino na nossa atualidade*, cit. (nota 58. supra), pp. 407.

⁸⁸ Cf. J. B. G. Cerne, *Ordenações em Vigor – Estudos sobre o Código Philippino na nossa atualidade*, cit. (nota 58. supra), pp. 413.

⁸⁹ Cf. J. B. G. Cerne, *Ordenações em Vigor – Estudos sobre o Código Philippino na nossa atualidade*, cit. (nota 58. supra), pp. 413.

plo, quando posicionava o notário como alguém com desempenho de função similar à de um escrevente judicial, subordinado a um juiz. O notário é profissional do Direito, e não um copista de termos judiciais ou extrajudiciais, como faz parecer o texto das Ordenações.

(2) *Desfazimento de preconceitos.* Por um longo período o Brasil não realizou concursos para o preenchimento de vagas nas serventias extrajudiciais. Desenvolveu-se aqui o senso de que << cartório é de pai para filho >>, algo que não encontra embasamento já nas Ordenações Filipinas, que previam a realização de provas – com o objetivo de aquilatar o mérito do pretendente à função. Além disso, essa lei proibia a transmissão hereditária das delegações.

(3) *Soluções para os problemas atuais.* Causa assombro verificar a preocupação do legislador filipino com os efeitos da concorrência sobre a deontologia notarial, ou seja, sobre a ética, quando não permitia a angariação de clientela, vez que o notário recebia seus serviços de um distribuidor. Ainda hoje a ideia do distribuidor de escrituras é tida como uma das soluções definitivas para os problemas decorrentes da visão rentista da função notarial.

Bibliografia

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *História do direito português*, Almedina, 3ª ed.

CAETANO, Marcello, *História do direito português*, volume I, Editorial Verbo.

CERNE, João Baptista Guimarães, *Ordenações em Vigor – Estudos sobre o Código Philippino na nossa atualidade*, Empreza Editora, 1897

CORREIA TELLES, José Homem, *Manual do tabelião*, Lisboa: Imprensa Nacional, 1850.

FERREIRA, Waldemar Martins, *História do direito brasileiro*, Tomo III, São Paulo: Max Limonad, 1955.

HESPANHA, António Manuel, *O direito dos letrados no império português*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

MERÊA, Manuel Paulo, *Resumo de história do direito português*, Coimbra: Coimbra editora, 1925.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.

POVEDA VELASCO, Ignacio M., *Ordenações do Reino de Portugal*, Revista da Faculdade de Direito Usp, 89ª ed., São Paulo, 1994

WOLKMER, Antonio Carlos, *História do direito no Brasil*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense.