

*Estudos em Homenagem
à Professora Doutora*

ISABEL DE
MAGALHÃES
COLLAÇO

VOLUME II

[Separata]



ALMEDINA

SUPERAÇÃO JUDICIAL DA INVALIDIDADE FORMAL NO NEGÓCIO JURÍDICO DE DIREITO PRIVADO

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS*

I. O artigo 219º do Código Civil consagra o princípio da liberdade de forma: o agir jurídico negocial é, em princípio, informal. Tal não significa o desprezo nem a antipatia legal contra a forma, mas antes o reconhecimento da liberdade de quem age na escolha da forma como o faz. O autor do negócio é livre, repete-se, em princípio, de adoptar no seu agir negocial a forma que considerar mais adequada e conveniente. A lei deixa-lhe a escolha e ele pode exercê-la como entender, desde que livre e esclarecidamente. É o domínio da autonomia privada, da liberdade.

Não obstante a consagração solene do princípio da liberdade de forma, a lei estatui com alguma frequência, exigências especiais de forma para o agir negocial. E fá-lo com autoridade. Já no artigo 217º se pode ler a adversativa “salvo quando a lei exigir”. No artigo 220º sanciona a falta da forma legalmente prescrita com a nulidade. Também aqui corrige a severidade da cominação com outra adversativa: “quando outra não seja a sanção especialmente prevista na lei”.

Qual é então o sentido da forma no agir negocial, da coabitação entre o princípio da liberdade de forma e as exigências legais de forma?

II. Os negócios jurídicos são acções juridicamente relevantes que assumem uma exterioridade que vai para além de uma mera vontade ou intenção interior. O simples intuito interno, ainda que fortemente determinado, a mera formação de uma intenção subjectiva não exteriorizada, não podem assumir relevância como negócio jurídico se não forem reco-

* Professor da Faculdade de Direito de Lisboa.

nhecíveis por outrem para além do seu autor. Um negócio jurídico, para além de toda a componente de vontade negocial, que é importantíssima e imprescindível, carece de ser manifestado, de ser exteriorizado de modo a tornar-se reconhecível. O Direito tem a ver com as pessoas-em-relação e é nesse âmbito de relação interpessoal que o agir humano é juridicamente relevante.

A forma é, assim, o modo como a acção juridicamente relevante, o acto ou o negócio jurídico, se insere neste âmbito social de relação interpessoal, o modo como surge e se exterioriza no mundo e na vida.

O negócio jurídico torna-se reconhecível pela forma. A forma é o modo de exteriorização do acto ou do negócio jurídico, o modo como ele se torna aparente e reconhecível pelas pessoas perante quem se destina a vigorar.

Pode, assim, dizer-se com acerto que não há negócios jurídicos sem forma. Sem um mínimo de forma, não haveria exteriorização do negócio, e ele não seria reconhecido, nem pelas pessoas perante quem se destina a vigorar, nem na comunidade na qual deve assumir relevância.

O formalismo característico do Direito Romano foi sendo afastado progressivamente, por influência do *jus honorarium*, com o progressivo reconhecimento dos pactos, primeiro dos pactos acessórios e depois dos pactos nus, até à aceitação, já sob o domínio do jusracionalismo iluminista, do princípio consensualista. A liberdade de forma passou a ser a regra, e as exigências formais, a excepção. Não obstante alguma tendência burocratizante para um reforço das exigências de forma e para a multiplicação das formalidades, pode dizer-se que a regra é, hoje, a da liberdade de forma, e que a orientação dominante vai no sentido da desformalização. O formalismo é próprio dos direitos primitivos e muitas das exigências formais que surgem consagradas em legislação avulsa são apenas manifestações de anacronismo burocrático cuja *ratio legis* se releva, por vezes, difícil de discernir.

III. É discutido o sentido das exigências legais de forma dos actos e negócios jurídicos. Encontram-se na Doutrina vozes importantes que negam às exigências legais de forma um sentido jurídico que possa ser útil na concretização do seu regime jurídico. *Menezes Cordeiro*¹ considera

¹ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, Lisboa, 1984, pág. 793, e *Tratado de Direito Civil*, I, Parte Geral, I, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 323-324.

que as normas sobre a forma “têm natureza plena, insusceptível de redução teleológica” e que “as normas relativas à forma dos negócios jurídicos são plenas: não tendo objectivos relevantes e perceptíveis, elas não comportam redução teleológica”.

*Oliveira Ascensão*² admite como fundamento das exigências legais de forma a necessidade de levar as partes a reflectir antes de praticarem actos consideravelmente graves; o reforço da segurança do negócio, nomeadamente por forma a permitir a intervenção de terceiros, e a facilitação da prova dos actos, e eventualmente o propósito inconfessado da lei de dificultar certos negócios a que é desfavorável, mas que não vai até ao ponto de proibir. Encara com cepticismo a coerência destas razões de ser da forma legal que acusa, com inegável razão, de “juncar de burocracia o mundo do Direito” e levar frequentemente a “postergar a vontade das partes, em vez de a favorecer: ou porque surpreendidas por uma exigência formal com que não contavam, ou porque vencidas por uma burocracia que não ousam afrontar”. Perante o carácter injuntivo das regras legais sobre a forma, que “não são regras inteligentes” e cujas “justificações (...) são meramente abstractas, mas não se integram com uma ratio em cada preceito concreto”, recusa qualquer modo da sua redução pelo intérprete, nomeadamente a “chamada redução teleológica” e propõe a revisão das situações em que se impõe a forma legal.

Não obstante a justeza das observações formuladas, é a própria lei que exige, em vários dos seus preceitos, que o intérprete descortine a finalidade da exigência legal de forma, a *ratio legis*. Entre eles, avultam o artigo 221º que faz depender a validade dos pactos acessórios informais da razão determinante da forma exigida por lei para o negócio principal, e o artigo 238º do Código Civil que estabelece também como limite da interpretação dos negócios formais as razões determinantes da forma do negócio. O Direito tem sempre um sentido e as prescrições legais de forma, tal como as outras regras legais, não podem deixar de ter um sentido que constitui a sua *ratio* e que orienta a sua aplicação.

É inegável que existem algumas exigências legais de forma que são desrazoáveis, que são contraproducentes e até que são pouco mais que burocracia. Importa reapreciar as exigências legais de forma e rever aquelas que não encontrem uma justificação compatível com o seu

² OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, págs. 54-56.

carácter excepcional. Só deverão manter-se aquelas que uma necessidade insuperável de ordem pública não permita dispensar. Todavia, enquanto se mantiverem na lei, têm a força que a lei lhes confere e devem ser respeitadas.

As exigências legais de forma são de ordem pública³ e têm por função acautelar interesses relevantes. Fundam-se principalmente em razões de publicidade, de ponderação e de prova. A publicidade está muito ligada à forma mais solene, a escritura pública, que permite a consulta e conhecimento por qualquer interessado. A forma defende as partes contra a precipitação e as decisões negociais imponderadas; contribui para tornar certo o conteúdo do acto, para o separar das negociações e preliminares e fixar qual o conteúdo com que a final veio a ser celebrado; confere ao acto um título que o corporiza e serve de suporte ao registo e à publicidade.

A escritura pública, forma mais solene e também mais completa, permite também a maior ponderação das partes, a documentação e a prova, e ainda a fiscalização preventiva pelo notário da legalidade do conteúdo do acto, da capacidade e legitimidade das partes e, em certa medida, da liberdade e esclarecimento dos contratantes, a consciência e compreensão do acto e do seu conteúdo. Assegura uma titulação mais rigorosa e segura, a conservação do título nos livros notariais, e o registo e publicidade. Permite ainda, por vezes, o aconselhamento técnico-jurídico das partes pelo notário. O Código do Notariado regula minuciosamente as escrituras públicas e os instrumentos públicos avulsos, cuja dignidade formal é equivalente.

O escrito particular facilita a prova, quer da existência, quer do conteúdo da convenção e assegura que o acordo negocial foi efectivamente alcançado quanto ao conteúdo do documento, reduzindo o risco do dissenso oculto. A forma escrita permite distinguir com alguma segurança as negociações do contrato propriamente dito. A forma escrita simples documenta o acto, evita a maior parte dos equívocos quanto ao seu conteúdo e facilita a sua prova. A negociação do texto permite que as partes clarifiquem uma perante a outra, e até perante si próprias, os prós e os contras do negócio. Facilita a incidência fiscal e a contabilização do acto. Serve de base ao registo e à publicidade do negócio. O reconhecimento das assinaturas dos intervenientes é uma formalidade que permite

³ VAZ SERRA / RUI DE ALARCÃO, *Forma dos Negócios Jurídicos*, BMJ 86, págs. 177-224.

uma verificação mais segura da sua identidade e, até por vezes, da legitimidade dos intervenientes e das partes.

A forma oral é acentuadamente arriscada e perigosa, quer quanto à efectiva ocorrência do acordo negocial, quer quanto ao seu conteúdo, quer ainda quanto à distinção entre o que é pré-contratual e preparatório do contrato e o que constitui a sua versão final.

As exigências legais de forma estão dispersas por várias leis. Por vezes são estatuídas a propósito de tipos contratuais concretos, como, por exemplo, as associações, fundações e sociedades civis (artigos 168º, 185º e 981º do Código Civil), ou as sociedades comerciais (artigo 7º do Código das Sociedades Comerciais), entre muitos outros casos, ou por classes de actos determinados pela sua eficácia, como no artigo 80º do Código do Notariado, em que é exigida a forma solene da escritura pública para “actos que importem reconhecimento, constituição, aquisição modificação, divisão ou extinção dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão sobre coisas imóveis” e ainda para uma longa lista de actos.

IV. A forma deve distinguir-se das formalidades. Estas, são actos ou factos complementares cuja satisfação ou verificação são exigidas para a prática do acto ou para a celebração do negócio. Estas formalidades podem ser anteriores, concomitantes ou posteriores à celebração do negócio. São anteriores, por exemplo, as publicações prévias à celebração do casamento, exigidas nos artigos 1610º e seguintes do Código Civil. São concomitantes, por exemplo, na celebração de um contrato por escritura pública, a verificação pelo notário da identidade dos outorgantes, a leitura em voz alta do respectivo texto e a explicação do seu conteúdo⁴. São formalidades posteriores, por exemplo, a aprovação do testamento cerrado, nos termos do artigo 108º do Código do Notariado.

Há na prática jurídica uma tendência para identificar ou mesmo confundir as formalidades com a forma, para inserir a forma no âmbito de um conceito amplo de formalidade, ou para incluir as formalidades num conceito alargado de forma. Mas é útil distinguir. A forma é o modo como o acto e o negócio se manifestam ou exteriorizam. As formalidades são actos acessórios, que estão funcionalmente ligados ao negócio mas que dele não fazem parte. Acompanham-no mas não se identificam com ele nem são por ele englobados.

⁴ Artigos 48º e 50º do Código do Notariado.

As regras jurídicas sobre a forma não devem ser aplicadas, sem mais, às formalidades. Na celebração, por exemplo, de um contrato promessa de compra e venda de uma casa de habitação, o n.º 3 do artigo 410.º do Código Civil exige o reconhecimento presencial da assinatura do promitente e a certificação pelo notário da existência da respectiva licença de utilização ou construção. Tanto o reconhecimento da assinatura como a verificação da licença são meras formalidades que não devem ser confundidas com a forma do contrato, que é a forma escrita⁵. São também meras formalidades os formatos de impressos, como por exemplo, os que são impostos para as letras livranças e cheques⁶, cuja preterição não acarreta o vício da falta de forma.

Tal como a falta de forma, a preterição de formalidades exigidas por lei pode ter como consequência a nulidade, não já por força do artigo 220.º do Código Civil, mas antes do seu artigo 294.º. O negócio celebrado com preterição de formalidades injuntivamente exigidas por lei é ilegal e, como tal, em princípio, nulo.

V. A forma pode distinguir-se em forma interna e forma externa.

A forma interna participa do ser e da existência do acto. É algo que faz parte dele e sem ela o acto ou não é qualificável como tal, ou é mesmo juridicamente inexistente. Constitui exemplo claro de forma interna a que é exigida para a letra e a livrança, no artigo 2.º da Lei Uniforme sobre Letras e Livranças (LULL), e para o cheque, no artigo 2.º da Lei Uniforme sobre o Cheque (LUC). Em ambos os casos, não é havido como letra ou livrança e não é havido como cheque o documento escrito que não respeite a forma aí exigida. Nestes casos, a falta da forma tem como consequência que aqueles documentos não são havidos como letras, livranças ou cheques. Quer isto dizer, que não são qualificáveis como tais, que não são juridicamente relevantes enquanto tais. Do mesmo modo, o endosso de uma letra tem como forma interna a assinatura no verso do título e a sua entrega ao endossatário; e se essa forma não for respeitada não é sequer tido como endosso. A falta da forma, nestes casos afasta a qualificação e a existência jurídica. São inexistentes os actos ou negócios a que falte a forma interna.

⁵ No mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, cit., pág. 318.

⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO e PAIS DE VASCONCELOS, *Forma da Livrança e Formalidade*, ROA, ano 60, I, Lisboa 2000, pág. 283.

A forma externa é a forma de que o acto se reveste, é algo que lhe acresce mas que não participa da sua essência, do seu ser. É exemplo claro de forma externa, a escritura pública, no contrato de compra e venda de imóvel. A compra e venda, em geral, não deixa de o ser se for celebrada por escrito particular, por troca de cartas, de viva voz ou mesmo apenas com um aceno de cabeça e um aperto de mão. A compra e venda é um acto que pode ser celebrado de várias formas, mas de cujo tipo não faz parte uma forma especial. A forma que assumir é algo que lhe acresce. Sem essa forma, a compra e venda poderá ser eventualmente inválida, mas não deixa de ser uma compra e venda. A falta da forma externa pode afectar a validade ou a prova, mas não afasta a sua qualificação nem a sua existência.

A distinção entre forma interna e forma externa surge já em *Manuel de Andrade*⁷ que distingue “a forma necessária para a validade ou para a prova do negócio” da “forma que constitua elemento do próprio conceito de um certo tipo negocial, por maneira que a sua falta produza a inexistência do respectivo negócio – forma que pode qualificar-se como constitutiva (*hoc sensu*)”.

A forma interna é uma forma absoluta, que vale por si própria, porque pertence ao próprio tipo do acto ou do negócio e, portanto, não permite redução teleológica. A forma externa, ao contrário, é funcional, é uma forma finalisticamente determinada, que é exigida com uma finalidade concreta e que, por isso, pode ser objecto de redução teleológica se assim for imposto, designadamente, pela boa fé ou pelo fim social ou económico que tenha determinado a sua exigência.

A distinção entre forma interna e forma externa é relevante, por exemplo, no que respeita à problemática da validade formal do negócio dissimulado: a forma do acto aparente (simulado) pode suprir a forma externa do acto real (dissimulado), mas não pode suprir a sua forma interna.

O regime geral da forma, nos artigos 219º e seguintes do Código Civil, está construído na perspectiva da forma externa.

⁷ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 3ª Reimpr., Almedina, Coimbra, pág. 142. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II Bd., *Das Rechtsgeschäft*, 3. Aufl., Springer, Berlin Heidelberg New York, 1979, § 38.2, págs. 244-245, trata com algum desenvolvimento desta distinção, que é reconhecida também por OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – TEORIA GERAL*, II, cit., pág. 53(51).

VI. É tradicional a classificação da forma em forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*.

O critério da classificação encontra-se na consequência da sua falta ou do seu desrespeito. A falta da forma *ad substantiam* acarreta a nulidade do acto. A falta da forma *ad probationem* acarreta como consequência a impossibilidade de prova: o acto só pode ser provado com aquela forma, ou revestido de uma forma mais solene.

Em regra as exigências legais de forma são *ad substantiam*. Esta conclusão retira-se do artigo 220º do Código Civil que comina, em princípio, com nulidade o desrespeito pela forma exigida por lei. Admite, porém, que outro regime seja fixado em preceito especial.

Do artigo 364º do Código Civil resulta que a forma pode ser exigida por lei «apenas para prova da declaração». Nesse caso, a sua falta não é causa de nulidade, mas antes apenas de dificuldade de prova. Sem a forma *ad probationem*, o acto é válido mas não pode ser provado, a não ser por um meio mais solene, com força probatória superior, ou por confissão.

O regime da forma *ad probationem* exige que seja sindicada, através da interpretação, a finalidade da exigência legal de forma e que se conclua que a lei a exige apenas para a prova.

VII. A falta da forma legal dá, por vezes, lugar a regimes jurídicos que são desequilibrados a favor de uma das partes, tida como tipicamente mais fraca, menos esclarecida ou mais carecida de protecção.

Assim sucede, por exemplo, no regime formal do contrato de arrendamento. No artigo 7º do Regime do Arrendamento Urbano, a lei exige para o contrato de arrendamento a forma escrita, na modalidade mais solene da escritura pública, para os arrendamentos sujeitos a registo e para os arrendamentos para comércio, indústria ou profissão liberal ou, na modalidade mais simples do escrito particular, para os demais arrendamentos urbanos. No caso dos arrendamentos sujeitos a registo, “a falta de escritura pública ou de registo não impede que o contrato se considere validamente celebrado e plenamente eficaz pelo prazo máximo por que o poderia ser sem a exigência de escritura pública”, que é de trinta anos, “desde que tenha sido observada a forma escrita”. A falta do escrito particular no arrendamento urbano simples, pode ser suprida pelo recibo de renda.

Também os arrendamentos rurais têm de ser reduzidos a escrito particular podendo, na falta desta forma, qualquer das partes exigir à

outra a redução a escrito do contrato, e ficando a parte que recusar a redução a escrito impedida de invocar a nulidade formal⁸.

No arrendamento florestal a forma legal é também o escrito particular, mas a falta desta forma pode ser suprida judicialmente por sentença “que reconstitua as cláusulas do contrato”⁹.

Ainda o artigo 87º do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos (CDADC)¹⁰ exige para a validade do contrato de edição o escrito particular, mas estatui que “a nulidade resultante da falta de redução do contrato a escrito presume-se imputável ao editor e só pode ser invocada pelo autor”.

VIII. Qual o sentido destes regimes especiais?

A primeira questão a resolver é a de saber se se trata de regimes jurídicos excepcionais insusceptíveis de aplicação analógica por força do artigo 11º do Código Civil. Recorde-se que as exigências especiais de forma são já em si excepcionais, por serem contrárias ao plano normativo da liberdade de forma e do consensualismo consagrado no artigo 219º. As limitações à excepção, ao reduzirem o seu âmbito de eficácia, apontam no sentido do regime geral da liberdade de forma e não têm, por isso, carácter excepcional. Podem, pois, ser aplicadas analogicamente.

Em segundo lugar, os regimes citados são consideravelmente posteriores à entrada em vigor do Código Civil e devem ser tidos como uma modernização superveniente do regime da forma legal, que se integra no sistema e que aponta uma nova direcção, mais aperfeiçoada e mais dúctil. Estas orientações legislativas são fragmentárias, mas não podem ser consideradas contrárias ao plano normativo do sistema; antes reforçam o consensualismo e o *favor negotii*. Integradas no plano normativo como aperfeiçoamentos, apontam direcções que podem e devem ser exploradas e desenvolvidas noutros casos semelhantes (análogos) em que seja comum a *ratio juris*. Perante outros casos de falta de forma legal, deverão ser aferidas as semelhanças e diferenças entre as situações já previstas na lei e as que estiverem em causa. Postas essas semelhanças e diferenças perante o sentido e a razão dos regimes legais, poder-se-á

⁸ Artigo 3º do Decreto-Lei nº 385/88, de 25 de Outubro.

⁹ Artigos 3º e 4º do Decreto-Lei nº 394/88, de 8 de Novembro.

¹⁰ Decreto-Lei nº 63/85, de 14 de Março, alterado pela Lei nº 45/85, de 17 de Setembro, pela Lei nº 114/91, de 3 de Setembro, pelo Decreto-Lei nº 332/97, de 27 de Novembro, e pelo Decreto-Lei nº 334/97, de 27 de Novembro.

decidir da sua aplicação, com as modificações e adaptações exigidas pelo caso, de modo a salvar a validade do negócio sem pôr em causa as finalidades da exigência legal de forma.

Pode agora responder-se à questão colocada acerca do sentido destes regimes jurídicos. O seu sentido é que, desde que esteja garantida a liberdade e discernimento da celebração do negócio, e bem assim a ausência de outros vícios que o possam inquinhar, qualquer das partes pode exigir da outra a cooperação necessária para a formalização do negócio; e que, se essa parte se recusar injustificadamente a praticar os actos e diligências necessárias à formalização, a sentença judicial poderá declarar o conteúdo do negócio celebrado e suprir a falta da forma legal.

A sentença servirá de base ao registo e publicidade do acto que estiver a eles sujeito. Nos casos em que a forma legal tenha por finalidade assegurar a publicidade e a cognoscibilidade do acto por terceiros, o que sucede sempre que a lei exige a escritura pública ou forma autêntica equivalente e registo (caso, entre outros, da compra e venda de imóveis), o acto só poderá ter validade a partir da data da formalização subsequente, seja ela adoptada pelas partes ou pelo tribunal.

A formalização subsequente poderá ser espontânea, quando as partes a ela procedam de sua iniciativa, ou provocada, quando uma das partes a exija da outra, ou ainda judicial, quando decorrente de sentença judicial emitida a requerimento de outra parte ou de terceiro para isso especialmente legitimado.

IX. O regime geral de nulidade dos actos e negócios jurídicos por falta da forma legal, aplicado com todo o seu rigor, conduz frequentemente a injustiças que impressionam os juristas.

Já *Manuel de Andrade*¹¹ notou que o regime de nulidade por desrespeito da forma legal “pode dar lugar a injustiças, por não ficar válido o negócio que as partes na verdade concluíram, mas que (por ignorância, inadvertência ou para fugir a despesas) deixaram de dar a forma legal”.

Na sua esteira, *Carlos Mota Pinto*¹² manifesta a mesma preocupação,

¹¹ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, cit., pág. 145.

¹² CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1991, págs. 438-440. Em nota de pé-depágina, cita *Karl Larenz* em apoio da sua opinião de que “o vício de forma não pode ser invocado, se, quem se nega a cumprir uma promessa por inobservância das regras sobre o formalismo, impediu dolosa ou pré-ordenadamente que elas fossem observadas”.

mas sugere uma via de solução que viria a revelar-se produtiva. Vale a pena transcrever:

“Tal consideração não exige, porém, que as regras de forma devam ser consideradas um «jus strictum», indefectivamente aplicado, sem qualquer subordinação a um princípio supremo do direito, verdadeira exigência fundamental do «jurídico», como é o do artigo 334º (abuso do direito). O intérprete, desde que lealmente aceite como boa e valiosa para o comum dos casos a norma que prescreve a nulidade dos negócios feridos de vício de forma, está legitimado para, nos casos excepcionalíssimos do artigo 334º, afastar a sua aplicação, tratando a hipótese como se o acto estivesse formalizado. Fora destes casos excepcionalíssimos, se uma das partes actuou com má fé nas negociações, o negócio é nulo, mas surgirá uma indemnização por força do artigo 227º.

Aliás, os próprios autores que sustentam o carácter de «jus strictum» das normas sobre a forma, procuram corrigir as escandalosas injustiças a que dá lugar o abuso do direito, através de uma indemnização do chamado «dano da confiança». Ora, tal solução vulnerará menos a segurança e a certeza jurídica? Ou será, no fundo, uma atitude de «insincero respeito» por aquele valor, elevado assim à categoria de dogma ou «tabu», esvaziado de toda a racionalidade? De qualquer modo a segurança jurídica e a certeza do direito, sendo valores de importância fundamental na ordenação da vida social e compreendendo-se o seu acatamento mesmo que para isso se pague o tributo *de alguma injustiça*, não podem ser afirmadas com *sacrifício das elementares exigências do «justo»*.

Esta palavras tiveram forte impacto em *Castro Mendes*¹³ que as reproduziu no seu ensino.

*Oliveira Ascensão*¹⁴ aborda directamente a questão e recusa a salvação da validade do negócio admitindo, embora sem aplauso, situações previstas na lei de inalegabilidade de nulidades formais. São estas as suas palavras:

I. – A doutrina tem suscitado a hipótese de alguém, que é responsável pela inobservância da forma normativamente imposta, se pretender depois prevalecer do vício. Abel induz Bento a não usar a escritura pública que a lei exige para a conclusão do negócio e pretende depois prevalecer-se do vício para que contribuiu.

Usa-se em direito o aforisma de que «ninguém se pode prevalecer da sua torpeza». Com base neste há quem tenha entendido que nestes casos a demonstração da má fé do agente supriria a deficiência de forma. Acentua-se que a sanção normal do acto ilícito do agente é a frustração do fim que abusivamente pretendia.

¹³ CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, AAFDL, Lisboa, 1979, págs. 68-70.

¹⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, II, cit., págs. 56-57.

Não nos parece que estas tentativas sejam de aplaudir. A exigência de forma é de ordem pública. Não é meio adequado de compor os litígios entre particulares o sacrifício das exigências gerais da ordem jurídica. Não será pois possível chegar desta maneira à constituição de direitos reais sobre imóveis sem escritura, que é exigida nos casos normais, ou de uma sociedade sem observância da forma legal.

II. – O acto ilícito, resultante da má fé do agente, só poderá assim ser sancionado nos quadros da responsabilidade civil.

Estaria porém aí em causa a satisfação do interesse contratual negativo e nunca a validação do negócio.

Uma pequena correcção, em relação a este estado de coisas, surge nas situações de *inalegabilidade de nulidades formais*. Pode-se restringir a alegabilidade por uma das partes da nulidade. Por exemplo, o art. 87º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos estabelece que a nulidade resultante da falta de redução do contrato de edição a escrito presume-se imputável ao editor e só pode ser invocada pelo autor.

Mas regras destas trazem por sua vez outras injustiças, pelo que devem igualmente ser evitadas.

*Menezes Cordeiro*¹⁵ adopta uma posição mais aberta, embora cautelosa. Na sequência do que havia já escrito anteriormente¹⁶, debruça-se sobre a solução consistente na *inalegabilidade formal*. Depois de afastar o recurso à boa fé (pois a nulidade sempre poderia ser invocada por terceiro e conhecida officiosamente pelo juiz) e à redução teleológica das normas que exigem a forma (por as considerar “normas plenas” em relação às quais não seria possível detectar valores ou objectivos juridicamente perceptíveis), aponta o caminho da responsabilidade civil, em princípio natural ou específica, que obrigue quem alega a nulidade a supri-la, validando o negócio. “Quando inacatada, esta obrigação poderia ser executada especificamente pelo tribunal”. Adverte, porém, que esta solução “só poderá funcionar em casos que particularmente a justifiquem, havendo que evitar a sua banalização”. E conclui: “Mas perante situações de injustiça, a Ciência do Direito não deve ficar desarmada, encobrendo-se com meros expedientes formais. No seu conjunto, todos os esquemas explorados conduzem a uma certa «relativização» da forma e das suas regras, a explorar com cuidado”.

¹⁵ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I Parte Geral, Tomo I, 2ª ed., cit., págs. 379-384.

¹⁶ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, Lisboa, 1984, págs. 771-796 e *Contrato-promessa – artigo 410º, nº 3 do Código Civil – Abuso do direito – inalegabilidade formal*, ROA, ano 58, Junho 1998, II, pág. 929-968.

*Carvalho Fernandes*¹⁷ usa de prudência. Contrapõe o carácter de ordem pública das exigências legais de forma com o cariz consensualista do sistema e dá preferência a “um entendimento restritivo dos efeitos da exigência da forma legal, favorável à conservação do negócio jurídico e à tutela da confiança da contraparte” (...) “mas apenas quando prevaleçam razões particularmente significativas. Fora disso, a exigência de forma legal, revestindo, embora carácter excepcional, quando imposta, tem de se entender ditada por razões superiores de interesse geral”.

*Baptista Machado*¹⁸ discorreu sobre o assunto, com a profundidade que lhe era própria, e conclui que “na hipótese de, por força do princípio da tutela da confiança, se vir a conferir a um negócio nulo efeitos iguais àqueles que o negócio teria se fosse válido, esses efeitos, apesar de tudo, devem ser havidos como efeitos *ex lege*, valendo o negócio nulo agora como *simples facto* gerador de um estado ou situação de confiança.

X. A questão está em aberto. Importa avançar no caminho do desenvolvimento do Direito para além da dura letra da lei, “de um desenvolvimento do Direito certamente *extra legem*, à margem da regulação, mas *intra jus*, dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base¹⁹. Este desenvolvimento é exigido pela necessidade de encontrar critérios que propiciem soluções justas para casos eticamente indefensáveis de aproveitamento desonesto de regras formais.

A recusa por uma das partes em dar ao negócio a forma devida e a invocação da invalidade decorrente da falta da forma legal podem colidir com a boa fé e os bons costumes. Assim será quando haja o consenso negocial, livre e esclarecidamente formado, e principalmente quando tenha havido execução, ou início de execução. Mais grave ainda será a anti-eticidade quando a parte, que recusa a cooperação na formalização ou que invoca a invalidade por falta da forma legal, a tenha provocado ou para ela tenha relevantemente contribuído. Nestas circunstâncias, é contrária à boa fé e até aos bons costumes a recusa, por uma das partes, em cooperar na formalização do contrato já aceite ou a invocação da invalidade emergente da falta de forma, principalmente quando foi já

¹⁷ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 3ª ed., Universidade Católica, Lisboa, 2001, pág. 246.

¹⁸ Baptista Machado, *Tutela da Confiança e “Venire contra factum proprium”*, cit., pág. 375-376.

iniciada ou mesmo consumada a sua execução e se consolidou entre as partes a confiança na vinculação negocial.

O respeito pela palavra dada e a confiança suscitada pelo consenso, reforçada pelo início de execução, quando não mesmo pelo próprio cumprimento, são na maior parte dos casos suficientes, na consciência das partes, para fundar o negócio. As pessoas de bem cumprem espontaneamente aquilo que combinam, a confiança na promessa e no acordo são imprescindíveis à vida de relação (*reliance*). A promessa e o consenso livres e esclarecidos têm uma poderosa força vinculativa. A falta de cooperação, por uma das partes, na formalização do negócio e a invocação da falta de forma, depois de iniciada a sua execução por ambas as partes, assim como a invocação da invalidade daí decorrente, podem violar a ética dos negócios e constituir mesmo uma desonestidade dificilmente suportável pelo Direito.

A reprovabilidade ética desta actuação tem suscitado dúvidas e a intervenção dos tribunais. Existe já uma sólida corrente jurisprudencial que qualifica como abuso do direito a invocação da invalidade formal pela parte que lhe deu causa, ou depois de iniciada a execução consensual do contrato²⁰.

A questão é muito delicada porque põe em presença, ou contrapõe mesmo, o desvalor da preterição da forma legalmente obrigatória e o desvalor da sua invocação em certas circunstâncias. A nulidade decorrente da falta de forma legal é de ordem pública e de conhecimento oficioso. Por isso, mesmo que considere eticamente reprovável e juridicamente ilícita a invocação da falta de forma por uma das partes, o Tribunal dificilmente pode furtar-se a declarar a nulidade do negócio formalmente deficiente. Por outro lado, é eticamente perverso que sejam a Lei e o Tribunal a cooperar com um comportamento reprovável, por vezes mesmo eticamente repugnante.

O Direito nem sempre está simplesmente escrito na letra da lei e a procura da Justiça é árdua. Os casos difíceis – este é um deles – exigem

¹⁹ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, Gulbenkian, Lisboa, 1997, págs. 588 e segs.

²⁰ Constituem exemplos desta orientação jurisprudencial, entre outros, os seguintes arestos: STJ 5.II.98, BMJ 474, 431, TRP 11.V.89 CJ, 1989, III. 192, TRP 21.XI.95, BMJ 451, 506, TRP 29.IX.97, CJ, 1997, IV. 200, TRP 24.V.99, CJ, 1994, III, 219, TRC 18.XI.93, CJ, 1993, V, 219, TRC 14.XII.93, CJ, 1993, V, 48, TRL 31.III.98, BMJ 475, 755, TRL 4.III.99, CJ, 1999, II, 78.

sempre um esforço de discernimento e fundamentação. A *Scientia* e a *Prudentia* jurídicas apontam direcções diversas.

A primeira aponta na direcção da declaração da invalidade do negócio, porque de ordem pública e de conhecimento officioso, compensada com a condenação da parte que recusa a cooperação ou que invoca a invalidade na indemnização dos danos causados à outra parte, com fundamento em responsabilidade pré-contratual. Em termos jurídico-formais, esta solução é fácil de fundamentar. A exigência legal de forma, é de ordem pública, de conhecimento officioso e indisponível e, por isso, o Tribunal não pode deixar de a conhecer. A injustiça emergente da actuação contrária à boa fé por uma das partes merece tratamento em sede de responsabilidade pré-contratual. Esta é uma das orientações seguidas nos Tribunais e na Doutrina.

Para além desta primeira orientação, a *Prudentia* pede ao Jurista e à Teoria Geral do Direito Civil uma abordagem mais rica, mais dúctil e mais “perto das coisas” que permita procurar soluções mais aperfeiçoadas, no sentido de mais justas e mais conformes ao plano normativo e valorativo da Ordem Jurídica.

XI. A experiência jurídica permite discernir diversos tipos de problemas com diferentes graus de densidade ética e jurídica:

- o contrato carece da forma legal por ignorância ou inadvertência das partes (*actuação ingénua*);
- o contrato começou a ser executado antes da sua formalização e na expectativa de que viria a sê-lo de acordo com a lei (*actuação confiante*);
- a parte aproveita a falta de forma para se livrar da vinculação contratual (*actuação oportunista*);
- a parte contribui relevantemente para a falta de forma e vem depois invocá-la (*actuação contraditória*);
- a parte provoca intencionalmente a falta de forma para vir depois aproveitar-se dela (*actuação dolosa*).

Deve, depois, ser posta em presença e relacionada a factualidade relevante (ser) e a normatividade vigente (dever ser) sob a mediação da natureza das coisas e do critério decisor (*ratio juris*). Como se viu, as exigências legais de forma não são neutras nem meramente sacramentais e têm um sentido que se traduz em acautelar a liberdade e discernimento na contratação, na documentação e certeza do conteúdo do contrato, e a

sua publicidade para conhecimento ou cognoscibilidade por terceiros. Apenas a última ultrapassa a intimidade interprivada das partes e tem a ver com a tutela de interesses de terceiros. Uma vez assegurado que as partes celebraram o negócio livre e esclarecidamente, e que o seu conteúdo está determinado, a falta de forma legal apenas pode agredir ou pôr em perigo interesses de terceiros quando essa forma legal seja de molde a satisfazer ou proteger tais interesses, o que sucede apenas no caso da escritura pública, ou documento notarial equivalente, ou de documentos destinados a suportar um registo público.

XII. O primeiro tipo de casos (*actuação ingénua*) não sucede normalmente em contratos com elevada complexidade e relevância económica. É invulgar que contratos economicamente importantes sejam celebrados sem assistência jurídica profissional que evite a ocorrência de vícios como a falta de forma. Em casos como este, existem todos os pressupostos de validade do contrato com excepção apenas da suficiência formal. O princípio da autonomia privada, a boa fé e os bons costumes exigem que as partes assumam a vinculação do negócio e façam o necessário para sanar a falta de forma, isto é, que cooperem entre si para que o negócio passe a revestir a forma necessária e que não invoquem a sua falta para dele se desvincularem.

No segundo tipo de casos (*actuação confiante*), assume particular relevância a confiança. Antes mesmo de formalizarem o contrato, as partes, ambas confiantes de que ele virá a sê-lo, dão início à sua execução. Diferentemente do tipo anterior, sabem que é formalmente deficiente, mas assumem tal circunstância como provisória. Casos como este são relativamente vulgares quando as partes são impedidas temporariamente de cumprir a forma legal, por exemplo a escritura pública, em virtude de dificuldades burocráticas. Pelo menos implicitamente (tacitamente) assumem, uma perante a outra, um dever de formalização, a obrigação de cooperar para que o negócio venha a cumprir as exigências legais de forma de obter e de fornecer os documentos e de praticar as formalidades necessárias. Cada uma das partes pode, como vinculação negocial, exigir da outra a cooperação necessária para a formalização.

No terceiro tipo de casos (*actuação oportunista*), uma das partes apercebe-se de que a falta da forma legal lhe pode servir para se desvincular. No seu plano pessoal, a sanção legal da invalidade resulta em vantagem. Contra o plano contratual, resolve aproveitá-la. A sua actuação só formal e aparentemente é lícita. Substancialmente (materialmente) a

actuação da parte é reprovável e contrária ao plano ético do Direito. Embora a forma legal corresponda a exigências de ordem pública, não deve a lei emprestar a sua força vinculativa a projectos e propósitos desonestos. O *sensus iuridicus* sugere o bloqueamento da invocação do vício formal pela parte oportunista.

No quarto tipo de casos (*actuação contraditória*) há um claro abuso do direito (*venire contra factum proprium*). O caso acontece com alguma frequência: uma das partes induz a outra a dispensar a formalização do negócio com o argumento de que entre pessoas de bem não é necessária a forma (*para mim a palavra dada vale uma escritura pública!*). Porém, depois de ter contribuído para a falta de forma, a mesma parte vem depois a invocá-la, contrariando a expectativa que criou. É um comportamento abusivo e desonesto, contrário à boa fé e aos bons costumes, que o Direito deve contrariar e sancionar. Também aqui, o sentido de justiça aponta uma solução de bloquear a invocação da invalidade formal pela parte que a provocou.

O quinto tipo de casos (*actuação dolosa*) é o mais grave e reprovável e merece censura severa do Direito. Ao seu autor deve o jurista esforçar-se por recusar a vantagem emergente do comportamento desonesto. Uma vez satisfeitas as finalidades que constituem o fundamento da exigência legal de forma e desde que seja possível satisfazê-las no caso concreto, será justo procurar alternativas de regime que permitam reduzir tanto quanto possível a lesão da parte contrária.

Na Jurisprudência portuguesa desenha-se já com alguma nitidez uma orientação no sentido do bloqueamento da declaração de nulidade por falta de forma em caso de má fé da parte que a invoca e do carácter abusivo dessa invocação. É paradigmático desta orientação o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Fevereiro de 1998²¹ que expressamente admite que, tendo o contrato sido correctamente cumprido por ambas as partes durante cerca de dez anos, é justificado que a ordem jurídica tutele, de forma positiva, a confiança legítima baseada na conduta de ambas as partes “considerando o então contrato nulo por falta de forma, neste caso concreto, como vinculante”. Apoiando-se em *Baptista Machado*²², o acórdão considera tratar-se “de um efeito *ex lege*, e não de

²¹ Julgado por Torres Paulo (relator), Cardona Ferreira e Aragão Seia e publicado no BMJ 474 (1998), págs. 431-436.

²² BAPTISTA MACHADO, *Tutela da Confiança e “Venire contra factum proprium”*, cit., págs., 367-376.

um efeito do contrato nulo”, e conclui que a manutenção do contrato não obstante a sua nulidade formal “pode considerar-se como uma indemnização – uma das sanções do acto abusivo – mediante reconstituição natural – artigos 562º e 566º, nº 1, ambos do Código Civil”. E explicita: “a lesão traduzir-se-ia na invocação pelos réus recorrentes da nulidade do contrato, cometendo abuso do direito (...) e a reconstituição do lesado ao estado anterior à lesão traduzir-se-ia em considerar eficaz tal contrato”.

XIII. A experiência jurídica (natureza das coisas) ensina que há outros modos de satisfazer as exigências de forma legal como, por exemplo, a sentença judicial.

A dignidade formal da sentença é francamente superior à da escritura pública. Através do processo judicial é possível sindicar a liberdade e esclarecimento da contratação e acertar o conteúdo do contrato. A sentença pode servir de suporte ao registo e satisfazer as exigências de publicidade. A intervenção do tribunal pode suprir a formal legal, com apenas duas limitações: por um lado, a publicidade só fica assegurada a partir da (publicação da) sentença, deixando os interesses de terceiros por acautelar em todo o tempo anterior; por outro, só a forma externa pode ser suprida pela sentença, o mesmo não sucedendo já com a forma interna, cuja falta implica a não celebração (inexistência) do contrato.

O regime formal do arrendamento urbano, rural e florestal, já atrás referido, pode dar um contributo relevante. A falta da escritura pública nos arrendamentos urbanos celebrados por mais de trinta anos dá lugar à redução automática do prazo a trinta anos, desde que sejam celebrados por escrito particular. A falta do escrito particular no arrendamento urbano simples pode ser suprida pelo recibo de renda. No arrendamento rural, cada parte pode exigir da outra a formalização e a parte faltosa fica impedida de invocar a falta de forma, que deixa de ser conhecida oficiosamente. No arrendamento florestal, a forma legal exigida (escrito particular) pode ser suprida pela sentença judicial que reconstitua as cláusulas do contrato.

Estes regimes jurídicos são já posteriores à entrada em vigor do Código Civil e representam uma evolução, um aperfeiçoamento e uma modernização do regime legal da forma no sentido da redução da rigidez da regra do artigo 220º do Código Civil e da salvação da validade do negócio (*favor negotii*), sempre que seja possível, sem pôr em causa a *ratio* da exigência legal de forma. Uma vez que as exigências de forma legal são excepcionais, estes regimes específicos não podem ser conside-

rados exceções à exceção, mas antes como limitações do âmbito da exceção, no sentido da regra geral da desnecessidade de forma e da procura da validade negocial (*favor negotii*), e não estão, por isso, abrangidas pela proibição da analogia.

XIV. São concebíveis três vias possíveis de solução:

- o reconhecimento de um dever de formalização emergente da relação jurídica existente e vigente entre as partes;
- o bloqueio da invocação do vício formal pela parte que lhe deu causa ou que se recusa a cooperar na formalização;
- o suprimento judicial da deficiência de forma legal.

XV. O relacionamento entre as partes institui, logo desde o início da negociação pré-contratual, um complexo de vinculações assente principalmente na boa fé e nos usos e costumes da contratação, isto é, na natureza das coisas²³. O regime do artigo 227º não é uma imposição puramente criadora do legislador e reflecte uma realidade da vida de relação: ao assentirem no início e no estabelecimento de negociações tendentes à celebração de um contrato, as partes confiam uma na outra, revelam apetências e projectos negociais, e expõem-se a riscos. A relação interpessoal típica das pessoas em negociação traduz-se em posições e papéis típicos que trazem ínsita uma normatividade muito própria. Nesta relação jurídica pré-negocial avultam os deveres de cooperação e de lealdade entre as partes.

No seio dos deveres pré-negociais de cooperação e lealdade, está implícito (*implied*) um dever positivo de cooperação na formalização do contrato e um dever negativo de não invocação da falta de forma pela parte que lhe deu causa. Existe, ínsito na relação jurídica pré-negocial, um dever de cooperação no cumprimento das exigências formais necessárias à validade e eficácia do contrato negociado.

A existência deste dever de formalização pressupõe que seja, ou que tenha sido, alcançado o consenso negocial. Nenhuma das partes em negociação tem qualquer dever de cooperar para a formalização de um contrato que, mesmo que formalizado, não estaria ainda concluído por

²³ Sobre a Natureza das Coisas como operador jurídico, PAIS DE VASCONCELOS, *A Natureza das Coisas*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, págs. 707-764.

falta de consenso. Só há dever de formalização desde que seja alcançado o consenso negocial com o âmbito exigido pelo artigo 232º do Código Civil, isto é, quando haja acordo sobre todas as matérias que alguma das partes queira submeter a negociação, quando a negociação tenha sido concluída com êxito.

Alcançado o consenso negocial e concluída com êxito a negociação é ainda necessário, muitas vezes, cumprir formalidades, formalizar o contrato, dar-lhe a forma legal. As diligências de formalização têm sido entendidas como de livre execução pelas partes. A liberdade negocial negativa tem sido entendida como permitindo que, mesmo depois de concluída com êxito a negociação e alcançado o consenso negocial, qualquer das partes se abstenha de contribuir para a formalização do contrato, deixando assim de o celebrar. Antes da formalização não haveria verdadeira vinculação negocial e a liberdade seria regra. Nada de juridicamente reprovável constituiria a recusa de formalização do contrato, mesmo depois de concluída com êxito a negociação, porque o negócio, em si, não estaria ainda verdadeiramente concluído.

É preciso, contudo, não confundir os casos em que houve consenso negocial completo, com vontade e consciência da vinculação negocial, e apenas falta a forma legal ou uma especial formalidade para que o negócio alcance a sua plena validade e eficácia, dos casos em que a omissão da forma ou de uma formalidade legal decorre de não haver ainda o fecho do negócio. No primeiro caso, o negócio está concluído, mas falta-lhe a forma ou uma formalidade; no segundo não está ainda concluído. Esta distinção é importante porque só pode existir o dever de formalização quando o negócio esteja concluído; quando uma ou ambas as partes não tenham ainda concluído o negócio manter-se-ão a liberdade de não vinculação, a liberdade negocial negativa. O início de execução e o cumprimento, quando se verificarem antes da formalização constituem indício seguro da conclusão do contrato.

Importa ainda distinguir consoante a modalidade da forma em falta. Só a forma interna condiciona a existência do negócio; a forma externa tem influência apenas sobre a sua validade. Ainda que concluída com êxito a negociação e alcançado o consenso sobre a totalidade das matérias acerca das quais tenha sido suscitada a negociação, o negócio sujeito a uma forma legal interna ainda não está concluído antes de satisfeita essa forma, ainda não existe; ao contrário, o negócio sujeito a uma forma legal meramente externa, está já concluído, já existe mas não tem ainda validade.

Daqui resultam dois níveis diferentes de vinculação. Se o negócio estiver sujeito por lei a uma forma interna (por exemplo, casamento ou o endosso) o simples consenso não é suficiente para a sua conclusão; se, todavia, a forma legal for apenas externa, como sucede na compra e venda de imóvel, uma vez alcançado o consenso integral, o negócio fica concluído e falta apenas formalizar, no caso, celebrar a escritura pública. Antes da formalização, o casamento e o endosso não existem, enquanto a compra e venda existe já mas não tem ainda validade.

Feitas estas distinções, não repugna vincular as partes no negócio a um dever pré-contratual consistente na cooperação para a sua formalização e para a realização das formalidades necessárias à sua validade e eficácia plenas. No caso da compra e venda de imóvel, não é só a outorga na escritura pública; também, do lado do comprador, é necessária a prévia liquidação e pagamento da Sisa e, do lado do vendedor, falta por vezes a regularização da situação registal do prédio vendido, a obtenção de licenças ou o cumprimento de outras formalidades. A boa fé e os bons costumes exigem que, concluídas com êxito as negociações, as partes cooperem lealmente na resolução de todas as dificuldades burocráticas, no cumprimento de todas as formalidades e na satisfação das exigências de forma que, no caso, sejam necessárias à plena validade e eficácia do negócio.

Este dever de cooperação que pode ser designado expressivamente por “dever de formalização”, embora se não restrinja exclusivamente à satisfação da forma e abranja também outras formalidades, não tem sido reconhecido especificamente na Doutrina, apesar de surgir já especificamente na lei a propósito do contrato de arrendamento rural.

A orientação jurisprudencial que se detecta hoje nos tribunais portugueses no sentido, por um lado, de desconsiderar a invalidez formal quando invocada pela parte que lhe deu causa, corresponde a um desenvolvimento judicial do direito²⁴ que é benéfico e que é previsível e desejável que prossiga, embora com a necessária cautela, porque assenta nos princípios da autonomia e do *favor negotii*, numa forte necessidade de confiança (no respeito pelos acordos livremente concluídos) no tráfico jurídico, no respeito pela boa fé e pelos bons costumes e na procura de uma justiça material. Este desenvolvimento judicial do direito traduz-se

²⁴ Sobre o desenvolvimento judicial do direito, LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., pág. 519 e seguintes.

na recepção no regime jurídico da forma dos actos e negócios jurídicos do sentido ético-jurídico imanente às regras de forma citadas que, sendo posteriores à entrada em vigor do Código Civil, são assim assumidas como uma modernização e um aperfeiçoamento do sistema que o deve influenciar na concretização e decisão de outros casos em que a forma legal não tenha sido respeitada. Este desenvolvimento está ainda no início, embora seja já claramente detectável, e importa segui-lo com atenção.

XVI. Segundo o artigo 220º do Código Civil, a falta da forma imposta por lei determina, em princípio, a nulidade. Esta nulidade, nos termos gerais do artigo 286º, é invocável por qualquer interessado, a qualquer tempo, e é de conhecimento oficioso. Este regime da nulidade formal, que é tradicional, tem acarretado algumas injustiças manifestas. A Doutrina e a Jurisprudência têm desenvolvido esforços de construção jurídica com a finalidade de impedir que a aplicação cega do preceito legal resulte em injustiça e frustração, assim, a função primeira do Direito que é a de promover a Justiça.

A questão coloca-se, sempre que uma das partes, não obstante vinculada ao dever de formalização, se recusa injustificadamente a cooperar para a satisfação das exigências legais de forma e, pior ainda, vem a juízo invocar a invalidade formal e pedir a declaração de nulidade.

Viu-se já como as partes, uma vez concluída com êxito a negociação, isto é, depois de alcançado o consenso, sem deficiências de liberdade e de discernimento, sobre todas as matérias em discussão (artigo 232º), ficam vinculadas a um dever pré-contratual (artigo 227º) de cooperação na formalização do negócio, na prática das diligências necessárias e na remoção dos obstáculos que se oponham à plena validade e eficácia do negócio sobre o qual acordaram. Este dever de formalização, é um dever jurídico que vincula as partes a agir de certo modo para alcançar um certo objectivo, que consiste na plena validade e eficácia do negócio acordado.

A pretensão formulada pela parte faltosa, que se recusa a cumprir o dever de formalização, de obter a declaração da nulidade formal do negócio não pode ser satisfeita. É claramente ilícita. O Tribunal é um órgão da Justiça e a sua acção não pode ser pervertida a instrumento da injustiça. A injustiça judicial é circunstancialmente inevitável (a justiça humana é tão falível como as pessoas que a actuam), mas não pode ser banalizada e muito menos aceite como natural, nem como o preço da certeza e segurança do Direito, porque o Direito é ontologicamente dirigido à Justiça. A injustiça é o fracasso do Direito.

Impõe-se, por isto, que seja sempre desatendida a pretensão de declaração de nulidade formal que for formulada pela parte onerada com o dever de formalização. Esta decisão de improcedência deve ser complementada com a condenação em custas em litigância de má fé. Os juizes devem, neste particular, ultrapassar a timidez de que têm padecido. A má fé que envolve a recusa de formalização do negócio penetra e inquina também a pretensão formulada e a actuação processual da parte.

XVII. Mas não é suficiente o bloqueio da pretensão da parte faltosa que invoca a nulidade formal.

Esta orientação assenta fundamentalmente na proscricção da invocação, contrária à boa fé, da nulidade formal pela parte que a provocou, de modo a impedir que essa parte obtenha vantagem de um seu comportamento reprovável. Ninguém deve poder ser beneficiado pela sua própria torpeza. O instituto mais invocado para fundamentar judicialmente o bloqueio da nulidade formal, quando invocada por quem lhe deu causa, é a contrariedade à boa fé e o abuso do direito.

Embora materialmente justa, esta orientação sofre de fragilidade na fundamentação. A má fé e o abuso da parte que vem a juízo invocar a nulidade formal poderão bloquear a invocação da nulidade por essa mesma parte, mas não existe fundamento para bloquear a alegação da nulidade por um terceiro interessado, nem para impedir o seu conhecimento officioso pelo tribunal. A parte que está na origem da falta de forma e que a vem invocar de má fé, merece ser condenada a indemnizar a outra por responsabilidade pré-contratual (artigo 227º), e poderá até ser bloqueada, como abusiva (artigo 334º), a sua pretensão; mas o juiz não pode, com apenas esse fundamento, deixar de declarar officiosamente a nulidade formal.

Se essa parte se recusar injustificadamente a praticar os actos e diligências necessárias à formalização, será admissível que a sentença judicial possa declarar o conteúdo do negócio celebrado e suprir a falta da forma legal? Esta solução, que está já consagrada na lei a propósito do arrendamento florestal, poderá ser alargada a outros casos não especialmente previstos na lei, comprimindo a regra geral do artigo 220º do Código Civil?

Detecta-se hoje já com certa clareza uma linha de orientação jurisprudencial nos tribunais portugueses no sentido de desconsiderar ou de bloquear a nulidade formal, quando invocada contra a boa fé pela parte que lhe deu causa.

Tem sido sugerida uma outra saída, assente na execução específica do dever de indemnização, por reconstituição em espécie, emergente do facto ilícito consistente em dar causa à nulidade formal. Escreve, nesta linha, *Menezes Cordeiro*²⁵: “Quem dê azo a uma nulidade formal e a alegue, perpetra um facto ilícito: atenta contra a boa fé. Verificados os competentes requisitos, deve indemnizar – artigo 483º/1 – sendo certo que a indemnização será, em princípio, natural ou específica – artigo 566º/1. A título indemnizatório, o alegante de nulidades formais será condenado a suprir o vício, validando o negócio; quando inacatada, esta obrigação poderia ser executada especificamente pelo tribunal”. O Autor entende, todavia que esta solução só deverá ser usada “em casos que particularmente a justifiquem, havendo que evitar a sua banalização”.

A orientação jurisprudencial de desconsiderar a nulidade formal quando invocada pela parte que lhe deu causa é materialmente justa e corresponde a um desenvolvimento judicial do Direito (talvez) *extra legem* mas (sem dúvida) *secundum jus*. Quando se critica, por vezes com razão, a excessiva timidez e apego à letra de lei por parte dos tribunais portugueses, muito diferente da capacidade criadora dos seus congéneres alemães e ingleses, deve aplaudir-se a agilidade com que detectaram uma desfuncionalidade do sistema e corrigiram a injustiça daí resultante. Pensamos que a orientação é correcta e peca apenas por alguma fragilidade de fundamentação.

A desfuncionalidade detectada reside na inversão de valores resultante de uma aplicação demasiado rígida do artigo 220º do Código Civil. A regra geral é a da liberdade de forma, os princípios dominantes são os da autonomia privada, do consensualismo, do *favor negotii*. As exigências legais de forma e a conseqüente nulidade formal são excepcionais e contrárias ao sistema. Os preceitos que impõem a forma legal têm um sentido, que é o de assegurar a publicidade do acto, a ponderação das partes e a prova. Na maior parte dos casos, o processo e a sentença judicial são hábeis para assegurar, até com vantagem, a razão de ser e as finalidades da forma legal.

A solução adoptada pela lei para o suprimento da falta de forma no arrendamento florestal é mais justa e adequada ao sistema do que a cominação com a nulidade. Na verdade, o processo judicial permite a

²⁵ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, cit., pág. 325.

garantia da idoneidade do objecto, da legitimidade das partes, da liberdade e esclarecimento da sua estipulação, da licitude e validade do conteúdo, da perfeição do consenso, assegura ainda a titulação e a prova do negócio, e finalmente a publicidade após a sentença. Apenas não fica assegurada a publicidade no tempo anterior à sentença.

A falta de publicidade anterior à sentença poderia ser resolvida de dois modos: ou recusando a retroactividade e dando o contrato como válido e eficaz apenas a partir da sentença; ou dando o contrato como celebrado na data em que se demonstrasse que ocorrera a perfeição do consenso. A segunda solução parece ser a preferível, desde que se reconheça a quem sofrer algum dano por causa da falta de publicidade anterior à sentença a sua ressarcibilidade em responsabilidade civil. A preterição da forma legal constitui facto ilícito susceptível de desencadear a responsabilidade civil, uma vez verificados os respectivos pressupostos.

Perante a invocação da nulidade formal, o tribunal deverá, em homenagem ao princípio do *favor negotii* averiguar se, no caso em questão, a deficiência formal é de molde a poder ser suprida pela sentença. Em caso afirmativo deverá verificar os pressupostos do negócio, sindicar a licitude do seu conteúdo, a liberdade e esclarecimento das partes na negociação, a perfeição do consenso na conclusão, a data em que foi celebrado e o respectivo clausulado.

Falta ainda afastar a objecção formalista que se adivinha: qual o fundamento para desaplicar o preceito injuntivo do artigo 220º do Código Civil? A resposta é a seguinte:

Em primeiro lugar, atentos os princípios da autonomia privada, do consensualismo e do *favor negotii*, é claramente preferível, no direito privado, a validade à nulidade formal do negócio. Os preceitos que impõem uma forma legal sob a cominação de nulidade são de ordem pública e têm finalidades específicas sem cuja satisfação o negócio não pode valer. Todavia, desde que estejam satisfeitas de outro modo as finalidades que justificam a nulidade formal, deixa de haver um fundamento que não seja meramente formal, sacramental ou burocrático para uma sanção tão severa e violenta como é a da nulidade.

Em segundo lugar, as regras que impõem a forma legal e que cominam com nulidade a sua falta são excepcionais e contrárias ao plano normativo do direito privado. Pelo contrário, as normas legais que limitam ou amaciam o regime de forma legal estão de acordo com o plano normativo do direito privado e podem (e devem) ser alargadas a outros casos que nelas não estejam expressamente previstos, mas em que se

verifique uma identidade de razão (*a eadem ratio*). Tal conduzirá a uma redução teleológica do preceito do artigo 220º do Código Civil, que só será aplicado na cominação da nulidade quando não seja possível suprir com a sentença as deficiências formais e salvar assim a validade do negócio. A letra do preceito permite esta maleabilidade quando admite que seja outra a sanção da lei. Basta interpretar a palavra «sanção», contida na parte final do artigo 220º do Código Civil, como consequência admitida por lei, não necessariamente punitiva, o que a língua portuguesa bem permite. Assim interpretado o artigo 220º, a falta da forma legal só acarretará a nulidade quando – e só quando – não exista outra solução jurídica que salvasse a validade.

Em terceiro lugar, esta solução não é muito diferente daquela que se traduz na conversão do negócio formalmente deficiente no respectivo contrato promessa, seguida de execução específica. Esta solução tem sido admitida sem dificuldades pelos tribunais, principalmente no caso de compra e venda de imóvel titulada por escrito particular. Depois de convertido no respectivo contrato promessa, a parte pode pedir e obter judicialmente a execução específica (artigo 830º do Código Civil), conseguindo, assim, suprir pela sentença constitutiva a falta de forma. O resultado é idêntico e o seu *iter* é mais artificial.

XVIII. Este é um caminho, uma solução e uma fundamentação inovadores que se deixam propostos como desenvolvimento do Direito para além do plano da lei, de acordo com as necessidades do comércio jurídico e dos princípios jurídicos da autonomia privada, da boa fé, da confiança e do *favor negotii*. *Karl Larenz* preconiza este tipo de desenvolvimento como um processo lícito e normal de exercício jurídico²⁶ perante o qual não devem o tribunais portugueses sentir demasiada timidez.

Março de 2002

²⁶ KARL LARENZ, *Metodologia*, cit., págs. 588 e segs..