

A ACÇÃO DE DECLARAÇÃO DA NULIDADE DOS CONTRATOS POR FALTA DE FORMA E A DOCTRINA DO NAO LOCUPLETAMENTO Á CUSTA ALHEIA

Conferência feita pelo Dr. Alberto de Castro Pito, no Tribunal da Relação de Coimbra, em 11 de Janeiro de 1943

1. — Convidado a usar da palavra nesta sessão solene de abertura do Ano Judicial, tive a preocupação de escolher um tema que, estando dentro das minhas possibilidades de simples *jurista prático*, como ainda recentemente me lembraram na nota preliminar da tradução de um livro de CARNELLUTTI dois colegas ilustres, pudesse ser de alguma utilidade para os que se iniciam na vida do fôro.

Após trinta anos de intensa actividade profissional, não esqueci ainda as dúvidas, as ansiedades, ia a escrever as angústias, que atormentaram o meu espírito nos primeiros contactos com a vida prática.

Eis porque, acima de tudo, desejava ser útil aos que principiam.

E foi até uma recordação dos meus primeiros tempos de advogado que me levou a preferir êste tema: *A acção de declaração de nulidade dos contratos por falta de forma e o não locupletamento.*

Eu vou contar.

Quando, após um breve estágio em Lisboa, abri escritório em Penacova, corria os seus têrmos naquela comarca uma acção que, a-pesar-de não ser de grande valor, trazia vivamente apaixonado

o estreito círculo de pessoas que estavam mais em contacto com a vida do tribunal.

A., depois de mourejar largos anos no Brasil, de visita à terra e à família, hospedara-se em casa de uma irmã e cunhado, com copiosas economias e umas poucas de malas.

Durante o tempo em que ali permaneceu o dinheiro corria-lhe das algibeiras às mãos largas para que nada faltasse aos que o rodeavam, e o cunhado, que nunca sonhara a opulência em que se vira de um momento para o outro, todo se derretia em amabilidades e cortesias para com o seu generoso hóspede.

A. resolveu por fim voltar para o Brasil.

Pensava demorar-se pouco tempo e deixou em casa da irmã e cunhado parte das suas malas de luxo, mais atestadas ainda do que as trouxera do Brasil.

Que fôsse descansado, que ficavam ali tão bem guardadas como na casa forte de um banco — ter-lhe-ia murmurado o cunhado, no abraço de despedida.

A. pensava voltar breve e voltou.

Entretanto, porém, tinham surgido quaisquer zangas entre A. e o cunhado.

Chegado à aldeia, A. não procurou a casa do cunhado para se hospedar e então êste resolveu tirar uma vingança singular :

— Já não lhe serve a minha casa ? Pois não lhe dou as malas...

E não deu.

A teima acabou no tribunal, numa acção de processo ordinário proposta por A. contra a irmã e cunhado pedindo a restituição das malas.

A questão eternizou-se em longas e espaçadas inquirições sobre factos que nada interessavam para a sua resolução.

De resto, o que se discutia era cristalino : as malas pertenciam a A., que as deixara a guardar em casa de sua irmã e cunhado durante uma viagem ao Brasil.

Nem os R. R. contestavam êsse facto.

Tôda a esperança de êxito do seu advogado se apoiava nas seguintes palavras que se liam na petição :

«P. — era isto no tempo dos P. P. — que o A., indo para o Brasil, deixou depositadas em casa de sua irmã e cunhado três malas, etc.».

Veio afinal a sentença e a acção foi julgada improcedente.

Tratava-se — argumentava o Juiz — de um contrato de depósito, como se classificara na petição, contrato que, sendo de valor superior a 100.000 réis, só por escritura pública podia provar-se, como preceitua o art. 1.534.º do Código Civil.

Têrmos em que — concluía a sentença — julgo a acção improcedente e condeno o A. nas custas e sêlos e em X a título de procuradoria a favor dos R. R.

Era uma monstruosidade, mas era assim mesmo.

As malas são tuas, ingénuo brasileiro, mas, sendo o seu valor superior a 100.000 réis, confiaste-as sem escritura pública a tua irmã e cunhado, e perdeste-lhe o direito — e pagarás ainda por cima as custas do processo!

Confesso que a minha consciéncia de jovem jurista sofreu um violento abalo com esta decisão.

Pois quê?! Então a Justiça, que tem por objectivo dar a cada um aquilo que lhe pertence, dar a cada um aquilo que é directamente seu, como se dizia no limiar das Ordenações Afonsinas, podia sancionar uma extorsão tão desafortada?

E a minha profissão que, enlevado nas palavras de VOLTAIRE, eu amava como a mais bela do mundo, pareceu-me nesses momentos bem triste, e a Justiça, que, com GUILHERME SAUER, eu venerava como a mais alta finalidade da vida social, pareceu-me nesses momentos uma farsa triste.

Onde estava, afinal, o respeito pelo princípio do não locupletamento à custa alheia, princípio que o meu grande mestre, Dr. GUILHERME ALVES MOREIRA, me ensinara que, não estando embora formulado no Código Civil, é aplicado em muitas das suas disposições e se amplia por analogia, podendo considerar-se como sancionado pela lei que um património não pode locupletar-se a expensas de outro, sempre que êsse locupletamento se dê contra a vontade do titular dêsse património e seja qual fôr a causa dêsse locupletamento? (*Instituições de Direito Civil Português*, vol. II, pág. 717).

2. — Eu ignorava então tudo ou quási tudo.

Decorrido algum tempo, folheando um volume atrazado da *Revista de Legislação e Jurisprudência* (ano 25.º, pág. 487), en-

contrei, casualmente, na resposta a uma consulta, a solução jurídica que evitava verdadeiros locupletamentos, como aquele de que lhes falei, que tanto alarmara a minha consciência de advogado aprendiz.

António — expunha a consulta — emprestara a Pedro 800.000 réis (uma fortuna nesse longínquo ano de 1893), sem escritura pública. Agora Pedro declara que não paga porque não quer — assim textualmente.

Haverá forma — perguntava o consulente — de António compellir Pedro a restituir-lhe o dinheiro que indevidamente retém?

A velha e autorizada revista, dentro da louvável orientação que já então seguia de, aproveitando o caso concreto, desenvolver e explanar a doutrina geral que domina a matéria, lançava, segundo creio, os fundamentos da construção jurídica que havia de proteger em muitos casos os contratantes de boa-fé contra os de má-fé.

Indubitável que sendo o contrato inexistente ou nulo por não se terem observado as formalidades externas do art. 1.534.º do Código Civil — escritura pública na hipótese da consulta — Pedro não podia pedir que António fôsse condenado a pagar-lhe os 800.000 réis, isto é, pedir-lhe o cumprimento do contrato, a *Revista de Legislação e Jurisprudência* perguntava :

Mas, sendo assim, deverá Pedro perder os 800.000 réis que emprestou a António?

E logo a resposta terminante :

Entendemos que não : o contrário seria favorecer a lei a má-fé dos contratantes e auxiliar a fraude e o furto ; e aos tribunais incumbe primeiro que tudo fazer com que se evitem êstes abusos da disposição da lei.

Estas palavras da *Revista de Legislação e Jurisprudência* de há 50 anos não ficavam mal ainda agora em todos os tribunais portugueses como um grande princípio de interpretação da lei.

E o parecer concluía por aconselhar Pedro a intentar contra António uma acção de processo ordinário destinada a fazer julgar o contrato de empréstimo em referência nulo ou inexistente por falta de forma e pedindo como consequência que o R. fôsse condenado a restituir a importância que indevidamente retinha.

Esta construção não era, afinal, senão a aplicação à hipótese do que dispõe o art. 697.º do Código Civil :

«Rescindido o contrato, haverá cada um dos contratantes o que tiver prestado, ou o seu valor, se a restituição em espécie não fôr possível».

Confesso que tive com esta solução (que me parece tão simples agora !), uma grande alegria, que ela me reconciliou com a minha profissão e com a Justiça.

A construção jurídica da *Revista de Legislação e Jurisprudência* para o contrato de mútuo devia sem dúvida aplicar-se a todos os contratos nulos por falta de forma e assim se evitaria em inúmeros casos o locupletamento de um património a expensas de outro contra a vontade do titular desse património e, portanto, ilicitamente.

Consultada quasi quarenta anos decorridos, em 1932, sobre uma hipótese inteiramente semelhante, a *Revista de Legislação e Jurisprudência* (ano 64.º, pág. 408) pronunciou-se de novo pela admissibilidade da acção a pedir a declaração judicial da nulidade ou inexistência do contrato de mútuo ou usura, com o fundamento da inexistência da forma exigida por lei e na qual se prove testemunhalmente que o réu recebeu a soma emprestada e se peça a sua restituição.

O parecer é, porém, nesta segunda consulta, formulado com algumas reservas.

O problema — diz-se nessa resposta — é extremamente duvidoso.

Novamente, no ano 69.º, pág. 232, a *Revista de Legislação e Jurisprudência*, mantendo ainda embora as hesitações e dúvidas que na resposta à consulta anterior manifestara, declara não lhe repugnar a construção jurídica pela qual, julgado inexistente por falta de forma (extracto de factura) um contrato de compra e venda mercantil a prazo, o comprador seja compelido a restituir as fazendas ou o seu valor.

3. — As grandes linhas gerais da construção jurídica de que me ocupo foram, pois, lançadas com segurança pela *Revista de Legislação e Jurisprudência* há precisamente 50 anos.

O meu trabalho é por isso bem modesto : êle resume-se a desenvolver os fundamentos dessa doutrina em ordem a mostrá-la em todos os seus delineamentos apenas esboçados no parecer referido.

Farei depois uma breve resenha dos contratos em que a acção de declaração de nulidade por falta de forma tem o seu campo de applicação mais freqüente e, por último, traçarei um ligeiro quadro da doutrina e da jurisprudência portuguezas sôbre essa acção.

A bem dizer que nem tenho que me preocupar a defender a construção jurídica de que me ocupo, visto que, no estado actual da doutrina e da jurisprudência sôbre ela, isso equivaleria a arrambar uma porta aberta.

Em regra, um contrato existe válidamente desde que se verifiquem as condições formuladas no art. 643.º do Código Civil : *capacidade dos contraentes, mútuo consenso e objecto possível.*

É esta a regra, o princípio corroborado pelo art. 686.º do Código Civil.

Exceptuam-se, porém, nos têrmos dêsse artigo, os contratos para cuja prova a lei prescreve certas formalidades externas ou para que, por disposição especial, estabelece certas formalidades externas que declara substanciais.

São os denominados contratos *formais* ou *solenes*.

Quando não se observem essas formalidades pratica-se um acto contra a disposição da lei e por isso êsse acto é nulo, nos têrmos do art. 10.º do Código Civil, nulidade insanável visto as leis que estabelecem essas formalidades serem consideradas de interêsse e ordem pública.

À nulidade por falta de formalidades externas chama o Dr. REIS MAIA (*Direito Geral das Obrigações*, pág. 433) *nulidade extrínseca*.

Mas o que tem importância para o desenvolvimento da matéria de que trato é a classificação da espécie da nulidade por falta de formalidades externas.

Com variantes que aqui não interessam, os juriconsultos estão de acôrdo em distinguir entre actos *absolutamente nulos*, cuja nulidade pode ser invocada por qualquer pessoa, e actos *relati-*

vamente nulos, cuja nulidade só pode ser invocada pelas pessoas em benefício das quais a lei a estabeleceu.

Os primeiros actos, também denominados *inexistentes*, são nulos de pleno direito; os outros são simplesmente rescindíveis ou anuláveis.

A inexistência dos negócios jurídicos, a sua nulidade absoluta tem como causa a falta de algum dos elementos essenciais para a sua constituição, a falta de formalidades que por lei são exigíveis para a declaração da vontade e a falta de capacidade de direito por parte de quem fez a declaração (Dr. GUILHERME ALVES MOREIRA, ob. cit., vol. I, pág. 54).

A falta de formalidades externas, que é a que aqui interessa, torna, portanto, o contrato absolutamente nulo ou inexistente.

Todavia, a convenção, posto que absolutamente nula, existe de facto enquanto se não dê a declaração judicial da nulidade.

A diferença, sob êste aspecto, entre as convenções *nulas* e *rescindíveis* é que nas primeiras o tribunal limita-se a *declarar a nulidade*, ao passo que nas outras tem de *julgar* e decretar a existência da nulidade.

Mas tanto o reconhecimento judicial da nulidade como o julgamento da existência da nulidade têm de obter-se pela acção de nulidade.

No direito anterior ao Código Civil distinguia-se entre *acção de nulidade* e *acção de rescisão*, distinção que correspondia até certo ponto à distinção actual entre actos absolutamente nulos ou inexistentes e actos rescindíveis ou anuláveis (COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, § 109.º).

No Código Civil não há uma disposição de carácter geral sobre os efeitos da anulação dos contratos, isto é, uma disposição que compreenda tanto os efeitos da anulação dos contratos rescindíveis como da declaração judicial da nulidade dos contratos inexistentes. O art. 697.º, que prescreve que, rescindido o contrato, haverá cada um dos contraentes o que tiver prestado, ou o seu valor, se a restituição em espécie não fôr possível, refere-se unicamente, como se conclui dos seus termos e das restantes disposições do capítulo em que está inserto, aos efeitos das nulidades relativas, isto é, fundadas na incapacidade ou no vício do consentimento de um dos contraentes.

Ninguém duvidou ainda, porém, que esse artigo fôsse também aplicável à anulação dos contratos absolutamente nulos ou inexistentes (Dr. REIS MAIA, ob. cit., págs. 456 e 465, neste último lugar designadamente com relação aos contratos nulos por falta de forma, Dr. CUNHA GONÇALVES, ob. cit., vol. IV, pág. 477, etc.).

Na verdade, a disposição do art. 697.º do Código Civil não é senão um princípio geral da anulação das obrigações.

A anulação de um negócio jurídico ou não é anulação ou há-de tender ao restabelecimento da situação anterior, do *statu quo ante*.

Era assim no Direito Romano; deverá ser assim sempre.

O juriconsulto PAULO escreveu estas palavras que ainda hoje definem lapidarmente os efeitos da anulação; *Restitutio autem ita facienda est ut unusquisque in integrum jus suum recipiat* (L. 24, § 4, ff. de Minoribus).

Transcrevendo esta definição, DÉMOLOMBE (*Tratado dos Contratos*, vol. VI, pág. 171) escreveu: «Quere isto dizer que a nulidade ou a rescisão têm por efeito repôr as coisas no mesmo estado ou semelhante que tinham antes da convenção anulada ou rescindida».

É — acrescenta — a aplicação da máxima: *Quod nullum est, nullum producit effectum*.

Se aos contratos nulos, portanto, não pode deixar de se considerar aplicável o art. 697.º do Código Civil, segundo o qual, repito, rescindido o contrato, haverá cada um dos contraentes o que tiver prestado, ou o seu valor, se a restituição em espécie não fôr possível, a questão parece ficar, desde logo definitivamente arrumada.

É a lei a reconhecer ao contratante o direito a receber a prestação que fêz num contrato nulo.

Ora, tôda a lei, que reconhece um direito, legítima os meios indispensáveis para o seu exercício — art. 12.º do Código Civil.

Se, por um lado, a lei reconhecesse ao contratante de uma convenção nula o direito de receber o que tivesse prestado, e, por outro lado, lhe exigisse a prova da prestação pelos meios cuja falta de observância era o próprio fundamento da declaração judicial da nulidade, seria a lei a tornar impossível o exercício do direito que reconheceria.

É isto principalmente que não querem ver os adversários da admissibilidade da acção destinada a obter a restituição das prestações feitas nos contratos nulos por falta de forma através da declaração judicial da nulidade.

Com efeito, o grande argumento contra a admissibilidade da acção de declaração de nulidade dos contratos nulos por falta de forma é o de que isso equivaleria a admitir a prova do contrato por meio diferente daquele que a lei estabeleceu.

Assim, diz o Dr. LUIZ OSÓRIO na justificação do seu voto de vencido no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Outubro de 1938 :

«O Tribunal Colectivo não podia dar como provado, como deu, a existência do contrato de mútuo de valor superior a 8.000\$00 desde que não se juntou escritura pública, decreto n.º 21.287, art. 66.º, e com base em tal resposta entendi que não podia julgar procedente a acção». (*Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 72.º, pág. 127).

E o Dr. PEDRO PITA, depois de transcrever o art. 1.534.º do Código Civil, comenta num artigo publicado na *Revista de Notariado e Registo Predial*, ano 7.º, pág. 65, em que combate vivamente a doutrina do citado acórdão :

«Isto é claro como água, preciso, terminante. Mútuo de quantia superior a 8.000\$00 só por escritura pública pode provar-se. É boa? É má esta disposição legal? Não é caso que diga respeito, nem a nós, nem aos Tribunais ; é norma legal que, por o ser obriga ; e parece que é boa, pois que o legislador, reformando o Código Civil, manteve-a».

E não é a lei também — pergunto — que reconhece ao contratante de um negócio jurídico nulo o direito de reaver as prestações que fêz ?

Uma coisa é a prova da convenção no plano jurídico para ela produzir os efeitos normais ; outra, e bem diferente, é a prova da convenção no plano das relações de facto para obter o reconhe-

cimento judicial da sua inexistência jurídica e tirar dessa inexistência as conseqüências legais.

Para a primeira hipótese é que a lei exige certas formalidades; para a segunda nenhuma formalidades prescreve a lei.

Com razão escrevia a *Revista de Legislação e Jurisprudência*, no ano 25.º, em que o seu parecer é formulado sem quaisquer dúvidas ou reservas:

«Nem se diga que por esta forma se vai provar por testemunhas o contrato de empréstimo de valor superior a 400.000 réis, pois na acção intentada por Pedro contra António há-de alegar-se e provar-se que o contrato de empréstimo não existe por lhe faltar a escritura pública, e por testemunhas prova-se que António retém no seu poder a quantia de 800.000 réis que é de Pedro e por isso lhe deve ser restituída».

Combatendo a admissibilidade da acção de declaração de nulidade dos contratos de mútuo inexistentes por falta de forma escreve, no lugar citado, o Dr. PEDRO PITA:

O que não existe não pode ser nulo porque também não pode ser válido; e rescindir o que não existe é coisa que só pode assemelhar-se à morte de... um morto...

Merece a pena esmiüçar êste passo da crítica do ilustre director da *Revista de Notariado e Registo Predial*, pois que êle constituiu, por assim dizer, a síntese da sua argumentação.

Em primeiro lugar, o negócio jurídico, uma vez formado materialmente, existe de facto.

A inexistência jurídica de um contrato não significa, nem podia significar a sua inexistência de facto.

Embora absolutamente nula, por falta de formalidades externas ou por qualquer outra causa, a convenção subsiste até que as partes reconheçam voluntariamente a sua nulidade ou o poder judicial imponha êsse reconhecimento.

Assim o faz notar, por idénticas palavras, o Dr. REIS MAIA (ob. cit., pág. 438): a convenção, pôsto que absolutamente nula, existe de facto enquanto se não dê o reconhecimento voluntário ou judicial da nulidade.

O mesmo ensina o Dr. ALVES MOREIRA (ob. cit., vol. I, págs. 508 e segs.).

Desta sorte, o argumento de pura lógica do Dr. PEDRO PITA, que, mesmo rigorosamente deduzido, teria sempre reduzido valor, pois é sabido que em matéria de obrigações revelava mais razões de justiça e de equidade, parte de uma falsa premissa: a inexistência da convenção tanto no domínio jurídico como no domínio das relações de facto.

Visto que pela construção jurídica que o Dr. PEDRO PITA entusiasticamente combate se não pretende *rescindir* um contrato, mas fazer *declarar judicialmente* a sua nulidade, coisas absolutamente diferentes, como já se acentuou, é claro que essa construção jurídica não pode assemelhar-se, como diz, à morte... de um morto...

E se se quiser, com verdade e com rigor, fazer da acção de declaração de nulidade dos contratos por falta de forma um paralelo dêsse género deve dizer-se que essa acção se destina, não a matar... um morto, mas a fazer lavrar o seu registo de óbito como nado-morto.

É tempo de reatar o fio interrompido.

Existindo a convenção de facto, isto é, materializada por factos sem carácter jurídico — e aqui é que se vinca a sua inexistência jurídica — é a lei, o art. 697.º do Código Civil, tão respeitável como o art. 1.534.º do mesmo Código, que atribui certos efeitos jurídicos à convenção nula: o direito de reaver as prestações feitas com a respectiva indemnização de perdas e danos no caso de dolo ou má-fé e a obrigação correlativa.

Não há nenhuma espécie de contradição em se dizer que um negócio jurídico nulo por falta de forma não tem carácter jurídico ou que é juridicamente inexistente e atribuir-lhe certos efeitos jurídicos.

Como simples relação de facto a convenção nula pode produzir e deve produzir os efeitos jurídicos que a lei lhe atribuiu — a obrigação para as partes de restabelecerem o *statu quo ante*, restabelecimento que não sendo feito voluntariamente há-de ser necessariamente imposto por quem nisso tenha interêsse pela acção de declaração de nulidade.

A todo o direito corresponde uma acção, destinada a fazê-lo

acautelar ou reconhecer em juízo e a torná-lo efectivo, excepto quando a lei expressamente determinar o contrário — dispõe o art. 2.º do Código de Processo Civil.

Aqueles, pois, que se arvoram em defensores estrénuos da legalidade para combaterem a construção jurídica de que me occupo, pode responder-se: é a Lei também que impõe a obrigação da restituição das prestações recebidas por efeito de uma convenção nula por falta de forma.

A Lei e — acrescento agora — a Moral, pois os próprios que, defendendo uma teoria pura do Direito, negam a conexão dêste com a Moral, como KELSEN, não deixam de reconhecer o valor do postulado de que o direito deve ser «moral», quere dizer, bom.

Ora, entre dois entendimentos da Lei, um que dá a cada um aquilo que lhe pertence, outro à sombra do qual se podem cometer as maiores fraudes, creio que não pode haver hesitação.

Um grande Juiz vienense, UNGER, escreveu algures que, ao julgar, começava por elaborar a sentença de harmonia com a sua consciência e sòmente quando, procurando fundamentá-la juridicamente, verificava que uma norma jurídica se contrapunha àquele projecto de carácter provisório, o abandonava para se subordinar à lei.

Não digo que se vá tão longe, mas admitindo, repito, que se contrabalançavam as razões jurídicas em que se apoiam as duas soluções possíveis, uma que manda restituir o seu a cujo é, na expressão saborosa do clássico JOÃO DE BARROS, outra que favorece a imoralidade e a fraude, impunha-se a preferência da primeira que tem pelo seu lado o princípio geral de direito do não locupletamento à custa alheia.

4. — É assim a tôdas as luzes evidente que o princípio do não locupletamento à custa alheia só intervém na doutrina que explica como um princípio corroborador.

Essa doutrina justifica-se, com efeito, plenamente dentro dos preceitos legais que regulam os efeitos da rescisão e da declaração judicial de nulidade dos negócios jurídicos.

Mas não é evidentemente indiferente a autoridade que à doutrina exposta dá o princípio do não locupletamento à custa alheia, princípio que o Dr. GUILHERME ALVES MOREIRA ensinava, como

já disse, que, sancionado em muitas disposições do Código Civil, nenhuma dúvida tinha em ampliar por analogia na teoria das obrigações.

O que desejo, porém, salientar é que onde existir na lei formulado êsse princípio, o problema de que trato não pode, creio eu, pôr-se sequer.

Na verdade, se o princípio do não locupletamento à custa alheia fôr regra legal êle imporá a restituição tanto quando se faz uma aquisição sem causa jurídica à custa de outrém, hipótese de que me ocupo, como quando a causa jurídica desaparece ulteriormente.

Assim o dispõe expressamente o art. 812.º do Código Civil Alemão, ao formular o princípio do não locupletamento à custa alheia.

5. — Demonstrada a aplicação do art. 697.º do Código Civil aos contratos nulos por falta de formalidades externas segue-se que, por fôrça do disposto no § 2.º dêsse artigo, nos casos em que tenha havido dóló ou má-fé, há obrigação de indemnização de perdas e danos.

O conceito do dóló e má-fé nos contratos acha-se formulado no § único do art. 663.º do Código Civil.

Entende-se por dóló qualquer sugestão ou artifício, que se empregue para induzir em êrro, ou manter nêle, algum dos contraentes; e por má-fé a dissimulação do êrro do outro contraente, depois de conhecido.

A indemnização de perdas e danos pode existir mesmo quando não haja sido feita qualquer prestação, pois não se vê nenhuma razão para que se considere o preceito do § 2.º do art. 697.º do Código Civil restrito ao caso de restituição.

6. — De tudo até agora exposto resulta que, praticamente, em muitos casos, o cumprimento do contrato pouco deferirá nos efeitos da declaração da inexistência do contrato.

Mas isto não deve constituir um argumento contra a construção delineada, antes pelo contrário.

A solução é, como creio ter demonstrado, legal.

Se ao mesmo tempo ela conduz o mais aproximadamente pos-

sível aos resultados que os contratantes, estando ambos de boa-fé, se propunham atingir — tanto melhor.

7. — A acção de declaração de nulidade dos contratos por falta de forma tem o mais fecundo campo de aplicação prática nos seguintes contratos :

- Depósito* : — definido no art. 1.431.º do Código Civil ;
- Promessa de compra e venda de bens imobiliários* : — definido no art. 1.548.º do Código Civil ;
- Mútuo* : — definido nos arts. 1.506.º e 1.507.º do Código Civil ;
- Usura* : — definido no art. 1.636.º do Código Civil ;
- Compra e venda mercantil a prazo* : — regulado nos arts. 463.º e segs. do Código Comercial.

O contrato de depósito de valor excedente a 1.000\$00 só pode ser provado por documento assinado pelo próprio depositário e reconhecido por notário ; se exceder 2.000\$00 só pode provar-se por escritura pública — art. 1.434.º do Código Civil.

Exceptua-se, nos têrmos do § único do citado artigo, o depósito feito forçadamente por ocasião de alguma calamidade, o qual, seja qual fôr o seu valor, pode ser provado por qualquer meio.

Quanto ao depósito mercantil, isto é, o depósito de géneros ou mercadorias destinados a qualquer acto de comércio, não exige a lei qualquer formalidade externa, como resulta dos arts. 403.º e segs. do Código Comercial e 686.º do Código Civil.

Os depósitos feitos em bancos ou sociedades reger-se-ão pelos respectivos estatutos em tudo quanto não se achar prevenido no capítulo respectivo do Código Comercial e mais disposições legais applicáveis — em especial o decreto n.º 10.634, de 20 de Março de 1925 —, como se acha determinado no art. 407.º do Código Comercial.

O contrato de mútuo de quantia excedente a 4.000\$00 só pode ser provado por documento assinado pelo próprio mutuário e reco-

nhecido como autêntico; e, se exceder a 8.000\$00, só pode ser provado por escritura pública — art. 1.534.º do Código Civil.

As mesmas formalidades externas são exigidas para prova do contrato de usura — art. 1.643.º do Código Civil.

Quanto ao empréstimo mercantil entre comerciantes admite êste, seja qual fôr o seu valor, todo o género de prova, nos termos do art. 396.º do Código Comercial.

O contrato-promessa de compra e venda é regulado no art. 1.548.º do Código Civil.

São três, nos termos dêsse artigo, os requisitos essenciais dêsse contrato :

- 1.º — Promessa de compra e venda ;
- 2.º — Especificação da coisa ;
- 3.º — Determinação do preço.

O art. 1.548.º do Código Civil foi alterado pelo decreto n.º 19.126, de 16 de Dezembro de 1930.

Alterou-se o corpo do artigo determinando que se considerava como sinal qualquer quantia recebida pelo promitente vendedor.

Esta alteração visou a pôr fim às dúvidas que em muitos casos se levantavam na prática para apurar se determinada quantia recebida pelo promitente vendedor lhe fôra dada como sinal ou como princípio de pagamento, dúvidas que já haviam contribuído para que uma grande corrente da jurisprudência se pronunciasse antes do decreto n.º 19.126 no sentido por êste sancionado; teve, pois, carácter *interpretativo*.

Mas o decreto n.º 19.126 não se limitou a essa alteração do corpo do artigo. Aditou-lhe um § único segundo o qual a promessa de compra e venda de bens imobiliários tem de ser reduzida a *escrito*.

Quere dizer: o contrato-promessa de compra e venda de bens imobiliários, que até à entrada em vigor do decreto n.º 19.126 não carecia de ser revestido de quaisquer formalidades externas, pela regra do art. 686.º do Código Civil, passou a só poder provar-se por *escrito*.

Já houve quem pretendesse sustentar que também a doutrina do § único do art. 1.548 do Código Civil não constituíu inovação,

antes, como a alteração do corpo do artigo, teve carácter interpretativo.

Os que assim pensam partem do princípio de que a exigência do escrito formulado nesse parágrafo visou a equiparar a prova do contrato-promessa ao contrato de compra e venda.

Assim, o contrato-promessa de compra e venda só poderia hoje provar-se por escritura pública— art. 147.º, n.º 1, do Código do Notariado.

Efectivamente, antes daquela alteração, já algumas vezes, ainda que raras, se julgara que o contrato-promessa de compra e venda só podia provar-se pela forma exigida na lei para prova do contrato de compra e venda (Acórdão da Relação de Lisboa, de 14 de Agosto de 1899, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. IV, pág. 189).

Esta corrente, porém, não se baseava em quaisquer razões convincentes e pode dizer-se que, à data da publicação do Decreto n.º 19.126, não se duvidava de que o contrato-promessa de compra e venda se podia provar por qualquer meio.

Há diferenças profundas entre os dois contratos, o preliminar e o definitivo, os efeitos daquele são muito mais limitados que os dêste, pelo que não se podem julgar exigíveis para o contrato-promessa as formalidades externas que a lei somente exigia para o contrato definitivo.

O § único do art. 1.548.º é indiscutivelmente *inovador*.

Exige êle, para prova da promessa de compra e venda de bens imobiliários — *escrito*.

A palavra *escrito* na terminologia do Código Civil significa sem dúvida — escrito particular.

Tem-se discutido se o *escrito* para prova do contrato-promessa de compra e venda carece de ser assinado pelo promitente comprador, ou se bastará a assinatura do promitente vendedor.

Creio que basta apenas a assinatura do promitente vendedor.

Por um lado, o art. 1.590.º do Código Civil, que foi reposto em vigor pelo decreto n.º 19.126 (1), não exigia que o comprador manifestasse por escrito a sua vontade.

(1) Revogado depois pelo art. 174.º, n.º 1, do Código do Notariado.

Sendo assim, muito menos se compreende essa exigência para o promitente-comprador.

Por outro lado, se o mútuo consenso é requisito essencial para a validade do contrato, a lei não exige em parte alguma que o consentimento seja dado simultâneamente e no mesmo acto.

O consentimento pode ser tácito, como se deduz do art. 648.º do Código Civil, e a aceitação pode ser posterior, como permitem expressamente os arts. 649.º e segs.

E o facto de o promitente comprador dar sinal sera, só por si, prova bem evidente de que êle aceitou o contrato-promessa.

Portanto, o contrato-promessa de compra e venda de bens imobiliários prova-se por qualquer escrito assinado pelo promitente vendedor (*Acórdão da Relação de Lisboa*, de 24 de Julho de 1940, na *Revista de Notariado e Registo Predial*, ano 15.º, pág. 3, e nota, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 66.º, pág. 379, Dr. CUNHA GONÇALVES, ob. cit., pág. 388, etc.).

Na prática o contrato-promessa de compra e venda de bens imobiliários aparece quasi sempre titulado pelo *recibo* do sinal.

Êsse escrito é, de harmonia com o exposto, suficiente, desde que contenha os três mencionados requisitos do contrato-promessa de compra e venda, mas quando nem tal *escrito* ou outro equivalente titule o contrato, a solução para o promitente comprador re-haver qualquer importância dada é a acção de declaração de nulidade por falta de formalidades externas.

Resta ocupar-me do contrato de compra e venda mercantil a prazo.

Êste contrato, que no regime do Código Comercial se podia provar por qualquer meio, é hoje, depois do decreto n.º 19.490, de 21 de Março de 1931, um contrato formal que só pelo extracto de factura pode provar-se em certas circunstâncias.

Com efeito, determina-se no art. 1.º dêsse decreto que nos contratos de compra e venda mercantil a prazo entre comerciantes domiciliados no continente e ilhas adjacentes, sempre que o preço não seja representado por letras, *deve*, no acto da entrega, real, presumida ou simbólica da mercadoria, passar-se uma factura ou conta, que será acompanhada de um extracto, nos têrmos do art. 3.º

E no citado art. 3.º estabelece-se que o extracto ou o instrumento do protesto é a base indispensável de qualquer procedimento judicial destinado a tornar efectivos os direitos do vendedor.

O extracto de factura é, pois, um título de crédito exigido por lei para prova do contrato, de que resulta a inexistência do contrato por falta de forma quando não seja passado êsse título.

Aconteceu, porém, que a emissão de extracto de factura encontrou na prática uma grande opposição e relutância por parte dos compradores e até dos vendedores.

O extracto de factura raras vezes é emitido.

Isso deve ter contribuído para que os tribunais algumas vezes, contra a letra expressa da lei, chegassem a decidir que o extracto de factura só era indispensável para o vendedor poder usar contra o comprador da acção executiva a que se referia o art. 12.º do decreto n.º 19.940 (1).

Assim julgou o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1937 (*Boletim da Faculdade de Direito*, ano 15.º, pág. 189).

A doutrina dêsse acórdão é, porém, insustentável, como demonstrou o Prof. Dr. ALBERTO DOS REIS (*Boletim da Faculdade de Direito*, ano 15.º pág. 198).

O art. 3.º do decreto n.º 19.490 é, na verdade, terminante: o vendedor não pode ir a juízo exigir o preço sem estar munido de uma letra ou de um extracto de factura.

Resta-lhe, pois, a solução da acção de declaração de inexistência do contrato e o pedido de restituição da mercadoria ou do seu valor.

A esta solução se deve não se terem consumado desde a entrada em vigor do decreto n.º 19.490 inumeráveis fraudes.

A acção de declaração judicial de nulidade do contrato por falta de forma teve depois do decreto n.º 19.490 uma extraordi-

(1) Revogado, como é sabido, pelo actual Código de Processo Civil, seguindo agora a execução fundada em extracto os termos comuns da execução para pagamento de quantia certa.

nária expansão — e não consta que à sombra dela se cometessem quaisquer imoralidades.

Sem esta doutrina é que inúmeros comerciantes teriam ficado sem mercadoria e sem dinheiro...

8. — Pode dizer-se que a construção jurídica lançada pela *Revista de Legislação e Jurisprudência* é hoje perfilhada unanimemente pela jurisprudência e que no campo da doutrina são raros os seus opositores.

Não se julgue, porém, que ela vingou e se generalizou rapidamente.

Tal doutrina foi sem dúvida para essa época considerada revolucionária, isto é, subversiva de uma ordem jurídica demasiadamente apegada às fórmulas.

Até 1918 não se encontram nas revistas jurídicas vestígios de que qualquer acção de declaração judicial de inexistência de contrato por falta de forma fôsse apresentada nos tribunais.

No caso afirmativo, é natural que a imprensa jurídica não deixasse de reproduzir as respectivas decisões.

Parece dêste modo que foram os advogados os primeiros a duvidar da viabilidade dessa construção jurídica perante os tribunais.

Dir-se-ia que sôbre o espírito dos advogados portugueses pesava ainda o preceito das *Ordenações* (livro 3.º, tít. 59.º § 24), segundo o qual o empréstimo de bens e coisas móveis, se a *quantidade da divida passar de 60.000 réis, per bem desta Ordenação, sendo feito sem escritura publica.*

... use não pode provar por testemunhas, nem ser ouvido em juizo, razão he, que nenhuma quantidade do dito contrato se possa pedir».

Hoje a doutrina da acção de declaração judicial de nulidade dos contratos formais tem a adesão de todos ou quasi todos os autores e revistas jurídicas.

Assim, além da *Revista de Legislação e Jurisprudência*, perfilham essa doutrina a *Revista dos Tribunais*, ano 53, pág. 322, em artigo não assinado mas sem dúvida do seu ilustre director; a

Gazeta da Relação de Lisboa, ano 49.º, pág. 266, nota; *Consultor Jurídico*, ano 1.º, pág. 87, etc.

Defendem a mesma doutrina, sem hesitação, entre outros, o Dr. JOSÉ MOURISCA (*Revista de Justiça*, ano 19.º, pág. 81) e o Dr. CUNHA GONÇALVES (*Tratado de Direito Civil*, vol V, pág. 477).

Já se citou o Dr. FERNANDO AIRES (1) como um dos sequazes desta doutrina (*Revista dos Tribunais*, ano 53.º, pág. 322).

Todavia, êste autor não pode rigorosamente assim ser considerado.

O Dr. FERNANDO AIRES (1) propõe-se atingir o mesmo resultado — o não locupletamento à custa alheia —, mas faz basear o direito à restituição no direito de propriedade, numa relação do credor com a coisa prestada e não numa relação do credor com o devedor.

Desde que o contrato é inexistente desacerto seria — escreve — falar na restituição ao estado anterior a um acto que se não praticou, que não teve realização.

A relutância do Dr. FERNANDO AIRES em aceitar a construção aqui defendida resulta de não atender a que factos sem carácter jurídico podem produzir, e produzem, os efeitos que a lei lhes atribuiu. E êsse efeito é na hipótese a restituição da prestação.

O opositor mais representativo da construção de que me ocupo (podia até dizer o único opositor de que tenho conhecimento) — é o Dr. PEDRO PITA, em dois artigos publicados na *Revista de Notariado e Registo Predial* (ano 7.º, págs. 65, e 101).

Com efeito, o Prof. Dr. ALBERTO DOS REIS não pode enfileirar-se entre os seus adversários.

Comentando no *Boletim da Faculdade de Direito*, ano 115.º, pág. 198, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1938 êle chega a afirmar que a doutrina da admissão da acção de declaração judicial de nulidade dos contratos inexistentes por falta de forma dá satisfação a uma instância clamorosa da consciência moral.

E merecendo-lhe essa doutrina apenas algumas reservas êle deve antes ser incluído entre os seus sequazes.

A opinião do Prof. Dr. ALBERTO DOS REIS ajusta-se afinal à

(1) Artigo publicado na *Revista de Justiça*, ano 19.º, pág. 193.

opinião actual da *Revista de Legislação e Jurisprudência*, de que é um dos mais illustres redactores. (Talvez mesmo se devessem inverter os têrmos...).

No campo da jurisprudência são já em grande número as decisões dos tribunais superiores sancionando a mesma doutrina: acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Março de 1918, na *Colecção Oficial*, ano 17.º, pág. 19; de 30 de Outubro de 1934 e de 15 de Março de 1935, na *Revista dos Tribunais*, ano 53.º págs. 325 e 326, respectivamente; de 19 de Outubro de 1937, na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 70.º, pág. 352; de 11 de Julho de 1938, na mesma revista, ano 71.º, pág. 320; de 18 de Outubro de 1938, na mesma revista, ano 72.º, pág. 127; de 9 de Julho de 1939, na mesma revista, ano 73.º, pág. 129; de 21 de Outubro de 1941, na mesma revista, ano 74.º, pág. 344; acórdão da mesma data no *Bolitin Oficial*, ano 1.º, pág. 424; acórdãos da Relação de Lisboa de 18 de Maio de 1931 e de 14 de Fevereiro de 1934, na *Revista de Justiça*, ano 16.º, pág. 231 e ano 19.º, pág. 89, respectivamente; acórdão da Relação de Pôrto de 29 de Junho de 1933, na *Revista dos Tribunais*, ano 53.º, pág. 327, etc.

É também digna de registo a sentença do illustre magistrado Dr. H. A. DA ROCHA FERREIRA, quando Juiz da 6.ª Vara de Lisboa, publicada na *Revista dos Tribunais*, ano 53.º, pág. 333.

Entre a jurisprudência citada não se encontra nenhum acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra.

Não é de admitir que êste Tribunal se não tenha nunca pronunciado sôbre a matéria.

Porém, raros são os seus acórdãos reproduzidos na imprensa jurídica e entre êsses não se encontra nenhum sôbre a hipótese, de que eu tenha conhecimento pelo menos.

Se friso a falta é sobretudo para aqui ficar a sugestão para a fundação, logo que as circunstâncias se modifiquem, de uma *Gazeta da Relação de Coimbra*...

Não falta entre os advogados de Coimbra quem possa dedicar-se a essa iniciativa.

Suponho não haver nenhum acórdão dos nossos tribunais superiores em sentido contrário ao das decisões citadas.

O acórdão da Relação do Pôrto, de 31 de Outubro de 1934

(*Revista dos Tribunais*, ano 53.º, pág. 329), que já se citou como perfilhando doutrina contrária, não pode assim ser considerado.

Parece concluir-se dos seus termos que a acção não fôra rigorosamente deduzida, pedindo-se a restituição do *signal* dado numa promessa de venda de bens imobiliários, nula por não ter sido reduzida a escrito, sem se fundamentar êsse pedido de restituição na declaração judicial de nulidade.

Assim, diz-se nesse acórdão :

«A presente acção não se baseia na nulidade da promessa de venda do prédio mencionado no art. 1.º da petição inicial, mas sim na falta de cumprimento dum contrato verbal, que consistia em reduzir a escrito aquela promessa».

Dêste passo do acórdão deve antes concluir-se que, posta a acção noutros termos, outra seria talvez a decisão.

Este acórdão foi, de resto, revogado pelo citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Março de 1935.

A unidade da jurisprudência nesta matéria não pode deixar de ser destacada com o devido louvor.

A doutrina consagrada honra a Magistratura Portuguesa.

Ela não se quedou, como já se escreveu a êste mesmo propósito, no respeito exagerado das fórmulas, levando-o até ao ponto de sancionar injustiças.

Juízes, cumpriram o seu dever no sentido profundo da palavra— *judgaram*, que é alguma coisa mais do que resolver um litígio pela aplicação da primeira norma jurídica que parece aplicável.

Há no prefácio de HENRY LEYRET a um volume de sentenças do Presidente MAGNAUD, o Juiz de uma modesta comarca de província, em França, cujas sentenças, há 40 anos, transpuseram as fronteiras daquele país para se tornarem universalmente conhecidas (e dizendo isto não se quer tomar posição quanto ao valor ético-jurídico dessas sentenças), uma passagem singularmente sugestiva do conteúdo profundo da função do magistrado.

HENRY LEYRET conta como em dois ou três anos êsse modesto

magistrado de província se tornara célebre. O seu nome alcançara um prestígio universal.

E HENRY LEYRET pergunta :

— Teria MAGNAUD feito alguma descoberta genial?

E logo responde :

— Não, êle não se tornou célebre por qualquer coisa desse género.

Juiz — êle *julgava*, e eis a surpresa.

É tempo de concluir.

O que se passou, em nossos dias, no capítulo de que me ocupei, é, muito mais do que um indício, uma prova incontestável do progresso da Justiça.

Por isso acredito na Justiça, quero fortemente, vivamente, acreditar nela, até porque, como li algures, para encontrar a Justiça, é preciso ser-lhe fiel.

Como tôdas as divindades, só se manifesta aos que nela creem.

Sinto assim verdadeiro contentamento por poder concluir com algumas palavras de fé sincera e profunda no progresso da Justiça, que quer dizer, no triunfo do esforço incansável de quantos — juizes e advogados — trabalham na faina árdua dos tribunais para conformarem, através, da sua aplicação, a Lei com a Justiça.

Progresso lento, avanço às vezes pouco perceptível, como se, para me servir de uma imagem alheia, o ponteiro do relógio se movesse num quadrante de séculos, mas, em todo o caso, progresso indiscutível e firme.

O Juiz, ao fazer a avaliação jurídica do facto concreto, da hipótese que lhe é submetida, difficilmente se poderá eximir a um juízo sôbre a justiça da norma.

O Juiz é dêste modo, a um tempo, com mais ou menos consciência, Juiz das partes e do legislador.

Assim o faz notar CARNELLUTTI, que acrescenta :

Não há nenhum jurista consciencioso que diàriamente não dê por esta luta de supremacia entre o Juiz e o legislador, que vai mergulhar as suas raízes na irredutibilidade do princípio ético a regras fixas.

E é precisamente desta luta incessante, de todos os dias, de

tôdas as horas, de todos os momentos, luta que se passa na consciência dos juizes, mas de que os advogados são os estimuladores diligentes, infatigáveis, minuciosos, fornecendo-lhes os dados e os factos para que a hipótese lhes surja na sua frente palpitante de vida e a injustiça da norma se lhes impunha, que provém, afinal, em grande parte, o progresso da Justiça.

Até sob êste aspecto juizes e advogados se devem sentir colaboradores da mesma grande obra, lutadores do mesmo grande ideal, podendo bem de facto, como queria aquele Juiz do diálogo entre um Juiz e um Advogado de CALAMANDREI, abraçar-se como irmãos !